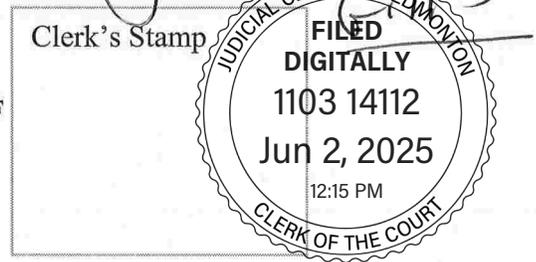


FIAT

Let this document be filed notwithstanding the passage of the filing date of May 26, 2025.

Dated this 2nd day of June, 2025.

A.J.C.K.B.A. *BEK*



COURT FILE NUMBER 1103 14112

COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT, R.S.A. 2000, C. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER VIVOS SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER PATRICK TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19, now known as SAWRIDGE FIRST NATION, ON APRIL 15, 1985 (the "1985 Sawridge Trust")

APPLICANTS **ROLAND TWINN, EVERETT JUSTIN TWIN, MARGARET WARD, TRACEY SCARLETT and DAVID MAJESKI, as Trustees for the 1985 Trust ("Sawridge Trustees")**

RESPONDENTS **THE OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN AND TRUSTEE and CATHERINE TWINN**

DOCUMENT **REPLY SUBMISSIONS OF THE OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN AND TRUSTEE ("OPGT")**

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT	Hutchison Law	Field Law
	#190 Broadway Business Square 130 Broadway Boulevard Sherwood Park, AB T8H 2A3	2500 - 10175 101 ST NW Edmonton, AB T5J 0H3
	Attn: Janet L. Hutchison	Attn: P. Jonathan Faulds, KC and Greg Harding, KC
	Telephone: (780) 417-7871	Telephone: (780) 423-7625
	Fax: (780) 417-7872	Fax: (780) 428-9329
	File: 51433 JLH	File: 551860-8 JLH

Table of Contents

I. INTRODUCTION 3

II. FACTS 3

III. SUBMISSIONS 5

 A) The Three Certainties..... 5

 B) Discrimination in a Private Trust is Not a Bar to Distribution 6

 C) Other Considerations and Issues 8

IV. REMEDY SOUGHT 9

I. INTRODUCTION

1. The Sawridge Trustees (Trustees) apply for advice and direction from this Court confirming they may distribute from the 1985 Trust to its beneficiaries, notwithstanding the 1985 Trust's beneficiary definition is discriminatory and its beneficiaries include persons who are not members of the Sawridge First Nation (SFN). The OPGT supports the Trustees' application.

2. The 1985 Trust was settled 40 years ago by then SFN Chief Walter Twinn as an *inter vivos* discretionary private trust. The beneficiary definition in the Trust incorporated by reference the then governing statutory provisions in the *Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6* for determining band membership.

3. Through a modern lens, there are resulting discriminatory aspects of the beneficiary definition that are undesirable. However, the definition reflects the clear intentions of the settlor at the time and is consistent with the claimed historical customs practices of the SFN¹. As the OPGT previously submitted to the Court (in its submissions concerning the Jurisdiction Application, as referenced further below) such discrimination in a private trust does not call for or require the intervention of the Court.

4. The OPGT takes the position that the Order sought by the Trustees in this application is properly founded. The OPGT supports granting the application and moving forward to determining a fair approach to distribution of benefits to the beneficiaries, including the minors whose interests the OPGT represents.

II. FACTS

5. The OPGT was appointed by the Court to represent the interests of minors affected by the Trustees' application, including minor beneficiaries of the 1985 Trust. Throughout this proceeding, the OPGT has consistently advocated to protect and preserve the interests of the current minor beneficiaries of the 1985 Trust and continues to do so in the within application.

¹ *Sawridge Band v. Canada*, [1996] 1 FC 3 (action dismissed); decision set aside on appeal and new trial ordered on grounds of a reasonable apprehension of bias, [1997 3 FC 580 (FCA)]; action dismissed on retrial, 2008 FC 322 (CanLII); appeal dismissed, 2009 FCA 123 (CanLII), leave to appeal to the SCC denied, 2009 CanLII 69744 (SCC) [Authorities Tab 2-6]

6. The OPGT is in general agreement with the facts set out in the Trustee’s April 16, 2025 brief. The history and background of the 1985 and 1986 Trusts have been extensively reviewed in previous decisions in this proceeding, and in the submissions of the parties. To the extent it is necessary to refer the Court to any evidence beyond the facts in the Trustees’ Brief, the OPGT will refer to and rely on its April 19, 2019 Jurisdiction Brief and March 14, 2025 Reply Brief in the SFN Intervention Application.²

7. The evidence cited in both Briefs is clear that the 1985 Trust was intentionally settled with a beneficiary definition that would not include individuals restored to membership in the SFN by Bill C-31. It did so with the goal of protecting assets that were accumulated prior to their reinstatement to SFN membership. Those assets, which had been held in a predecessor trust, the 1982 Trust, were transferred to the 1985 Trust for this purpose.³

8. As counsel for the SFN advised the Court in these proceedings in 2016 “The purpose of the transfer in 82, 85, in terms of transfer from trust was to avoid any claim that others might make in relation to those assets after the enactment of Bill C-31.”⁴

9. There is no question that the 1985 Trust’s beneficiary definition is discriminatory on the basis of sex. This is because it incorporates by reference the patrilineal membership rules from the *Indian Act* as it read prior to Bill C-31. At the same time, it should be recalled the SFN, in its constitutional challenge to Bill C-31, asserted that such a patrilineal approach reflected its own aboriginal customs and practices for which it claimed constitutional protection.

10. The decision of the Federal Court on the first trial of that challenge includes a lengthy section (24 page) entitled “Woman Follows Man” reviewing the evidence led by the SFN and its

²Reply Brief of the OPGT, Jurisdiction Application, filed April 12, 2019 at para.10-32 [Appendix C]; Reply Submissions of the OPGT, SFN Intervention Application, filed March 14, 2025 at para. 6-35 [Appendix D]

³ Reply Submissions of the OPGT, SFN Intervention Application, filed March 14, 2025 at para. 12 and 13 [Appendix D]; Reply Brief of the OPGT, Jurisdiction Application, filed April 12, 2019 at para.1-13 [Appendix C]

⁴ Submissions of Mr. Molstad on behalf of the SFN, Transcript of Case Management Hearing, held August 24, 2016 at page 39 [Appendix B]

First Nation co-plaintiffs to support its claim of those customs and practices. Due to the manner in which the litigation ended, the merits of that claim were never specifically ruled on.⁵

11. In the within litigation, in January 2018, the parties agreed to the Discrimination Consent Order (the Consent Order) which acknowledged the 1985 Trust Beneficiary definition is discriminatory. The Consent Order also confirmed the parties' intention to protect the existence of the 1985 Trust, despite any discrimination. The terms further precluded the use of the Consent Order to attack the validity of the 1985 Trust.⁶

12. The current application arises from the Trustee's June 28, 2024 multi-part application for advice and direction. The Threshold Question is set out in paragraph 1(b) of the application.

III. SUBMISSIONS

A) *The Three Certainties*

13. The OPGT agrees with the Trustees that the issue of the validity of the 1985 Trust on the basis of the "three certainties", as raised by the SFN in its intervention application, is not before the Court in this application. The current application is concerned exclusively with the Threshold Question.

14. The Order permitting the SFN to intervene specifically provided that the SFN "...may not raise new issues in the Threshold application and may not raise issues that are not raised by the Applicants."⁷ Further, and as stated in the OPGT brief concerning the SFN's intervention application, any attempt to raise that issue would be barred by the *Limitations Act* and the doctrine of laches.⁸

⁵ *Sawridge Band v. Canada*, [1996] 1 FC 3 (action dismissed); decision set aside on appeal and new trial ordered on grounds of a reasonable apprehension of bias, [1997 3 FC 580 (FCA)]; action dismissed on retrial, 2008 FC 322 (CanLII); appeal dismissed, 2009 FCA 123 (CanLII), leave to appeal to the SCC denied, 2009 CanLII 69744 (SCC) [Authorities Tab 2-6]

⁶ Order of Thomas J., January 22, 2018 [Appendix A]

⁷ Case Management Order, filed May 13, 2025 [Appendix E]

⁸ Reply Submissions of the Office of the Public Guardian and Trustee, filed March 14, 2025, paras. 50 and 51 [Appendix D]

B) *Discrimination in a Private Trust is Not a Bar to Distribution*

15. The character of the 1985 Trust is key to considering the effects of any discrimination. The 1985 Trust is an *inter vivos* discretionary private trust. The 1985 Trust is not a charitable purpose trust, to which different principles may apply.

16. Private trusts by their nature commonly discriminate in establishing the beneficiaries of the trust. Principles arising from cases involving other types of trusts, such as *Leonard Foundation* (a charitable trust) are of limited application. In *Leonard*, the Court held the basis for its decision, which struck provisions from a trust that discriminated on the basis of race and religion, did not extend to private trusts and stated “only where a trust is a public one devoted to charity will restrictions that are contrary to public policy of equality render it void.”⁹

17. The OPGT has previously in the within proceedings provided the Court with submissions on jurisprudence that is applicable to the Threshold Question. The submissions are found in a Reply Brief filed on April 12, 2019 with respect to a prior (undetermined) application before the Court concerning the 1985 Sawridge Trust known as the “Jurisdiction Application”.

18. In the referenced Jurisdiction Reply Brief the OPGT agreed that while discrimination in the 1985 Trust is undesirable, discrimination in a private trust, without more, does not call for or require the intervention of the Court. The OPGT reminded the Court that the question of whether the 1985 Trust could even be reviewed on grounds of public policy was questionable given the most relevant authorities.¹⁰

19. In particular, the OPGT drew the Court’s attention to the decision and reasoning of the Ontario Court of Appeal in *Spence v. BMO Trust Co.* The case concerned a challenge to a testamentary trust in which it was alleged, based on evidence external to the will, that the testator had disowned his daughter for racist reasons.

⁹ *Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights Commission (C.A.)*, [1990 CanLII 6849 \(ON CA\)](#) [Authorities Tab 1]

¹⁰ Reply Brief of the OPGT, Jurisdiction Application, filed April 12, 2019 at para.65-81 [Appendix C]

20. The Court held that even if the will had displayed a discriminatory intent on its face the Court would not intervene with the testator's intentional and private disposition of property. The Court noted that, unlike the situation in *Leonard Foundation*, administering the Trust did not require the executor of the will to engage in discriminatory conduct themselves, and unlike the situation in *McCorkill v Streed*, the will did not involve promoting criminal acts by an unworthy heir.¹¹

21. The same reasoning applies here. There is nothing about the nature or character of the beneficiaries themselves, who are overwhelmingly Indigenous persons with a connection to the SFN, that disentitles them to receive such distributions as the Trust provides for. And the Trustees distributing to the beneficiaries as required would not promote or support criminal or other acts that subvert the public good.

22. Analogous situations have arisen in the First Nations context. For example, *Taylor v. Ginoogaming* (referenced at paragraph 74 to 76 of the OPGT's Jurisdiction Reply Brief) concerned a First Nation trust from which *per capita* payments were to be made to beneficiary band members. As with the 1985 Trust, the beneficiary definition was based on band membership at a fixed date. That band membership was based on *Indian Act* provisions that were subsequently found to have been discriminatory. This resulted in the exclusion from beneficiary status of individuals who later became Band members after the fixed date, when the discriminatory provisions of the *Indian Act* were removed.¹² The Trustees sought advice and direction on whether they should extend beneficiary status to those excluded individuals. The Court said no, effectively finding the trust could distribute based on the original beneficiary definition, notwithstanding the discriminatory nature of the applicable Indian Act provisions.¹³

23. Considering the above and given the nature of the 1985 Trust as a private trust, the OPGT concurs with the Trustees' submission at paragraph 25 that the Discrimination Consent Order, and its finding that the 1985 is discriminatory, is not a bar to distribution of the 1985 Trust.¹⁴

¹¹ *Spence v. BMO Trust Company*, 2016 ONCA 196 at paras. 67-68 and 71-75 [Authorities Tab 7]

¹² *Taylor et al. v. Ginoogaming First Nation*, 2019 ONSC 0328 at para. 17-29 and 35 [Authorities Tab 8]

¹³ *Taylor et al. v. Ginoogaming First Nation*, 2019 ONSC 0328 at para. 39 [Authorities Tab 8]

¹⁴ Consent Order (Issue of Discrimination) granted by Thomas, J, January 19, 2018 [Brief of the Trustees, filed April 16, 2025, Appendix E]

C) *Other Considerations and Issues*

24. The Threshold Question should also be considered in the context of the larger scheme, of which the 1985 Trust is one element. While some SFN band members are excluded from beneficiary status under the 1985 Trust, those persons are beneficiaries of another Sawridge Trust, the 1986 Trust. The 1985 Trust holds assets which accumulated up to the time of Bill C-31 for the benefit of the persons who were entitled to band membership pre Bill C-31. The 1986 Trust holds assets of the SFN post Bill C-31, for the benefit of those persons who qualify as members under the post Bill C-31 provisions. Such an arrangement addresses the interests of all concerned.

25. The OPGT concurs with the submissions of the Trustees that the revised *Trustee Act* applies to any distribution the Trustees undertake, including a statutory duty to follow the provisions of the Trust Deed.¹⁵

D) *Conclusion*

26. The parties have been concerned through this lengthy litigation with the discrimination in the beneficiary definition. However, even when acknowledging that discrimination by way of a Consent Order, the parties confirmed no issue as to the validity of the Trust was being raised. The Consent Order clearly stated that the parties were committed to protecting the existence of the Trust and the interests of the beneficiaries, and that the Order could not be used to attack the Trust's validity.

27. The OPGT concurs with the Trustees that there are no authorities that would require a finding the 1985 Trust is unable to distribute as a result of discrimination inherent in the beneficiary definition. The Courts have made it clear the right to dispose of private property through a private trust is to be respected.

¹⁵ *Trustee Act*, SA 2022, c T-8.1, [sections 27\(1\)\(a\)](#) [Authorities Tab 9]

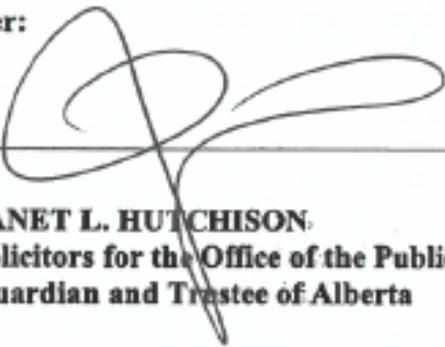
IV. REMEDY SOUGHT

28. The OPGT supports an order confirming that the Trustees' have the ability to distribute from the 1985 Trust, recognizing that a fair distribution plan must still be developed, reviewed by the OPGT and approved by the Court before any distribution can occur.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 26 day of May, 2025

HUTCHISON LAW

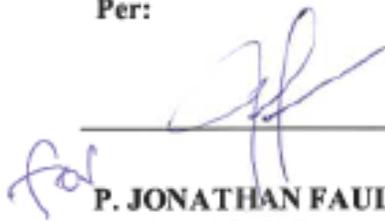
Per:



JANET L. HUTCHISON
Solicitors for the Office of the Public
Guardian and Trustee of Alberta

FIELD LAW

Per:



**P. JONATHAN FAULDS, KC and GREG
HARDING, KC**
Solicitors for the Office of the Public
Guardian and Trustee of Alberta

LIST OF APPENDICIES

<u>Tab</u>	<u>Appendices</u>
A.	Order of Thomas J., January 22, 2018
B.	Transcript of Case Management Hearing, held August 24, 2016
C.	Reply Brief of the OPGT, Jurisdiction Application, filed April 12, 2019
D.	Reply Submissions of the OPGT, SFN Intervention Application, filed March 14, 2025
E.	Case Management Order, filed May 13, 2025

LIST OF AUTHORITIES

<u>Tab</u>	<u>Authorities</u>
1.	<i>Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights Commission (C.A.)</i> , 1990 CanLII 6849 (ON CA)
2.	<i>Sawridge Band v. Canada (T.D.)</i> , 1995 CanLII 3521 (FC) , [1996] 1 FC 3
3.	<i>Sawridge Band v. Canada (C.A.)</i> , 1997 CanLII 5294 (FCA) , [1997] 3 FC 580
4.	<i>Sawridge Band v. Canada</i> , 2008 FC 322 (CanLII)
5.	<i>Sawridge First Nation v. Canada</i> , 2009 FCA 123 (CanLII)
6.	<i>Sawridge Band v. Her Majesty the Queen, Congress of Aboriginal Peoples, Native Council of Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta and Native Women's Association of Canada AND BETWEEN Tsuu T'ina First Nation (formerly the Sarcee Indian Band) v. Her Majesty the Queen, Congress of Aboriginal Peoples, Native Council of Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta and Native Women's Association of Canada</i> , 2009 CanLII 69744 (SCC)
7.	<i>Spence v. BMO Trust Company</i> , 2016 ONCA 196
8.	<i>Taylor et al. v. Ginoogaming First Nation</i> , 2019 ONSC 0328
9.	<i>Trustee Act</i> , SA 2022, c T-8.1

TAB A

Clerk's stamp:



COURT FILE NUMBER 1103 14112
COURT COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
R.S.A. 2000, c. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER VIVOS
SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER PATRICK
TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19 now
known as SAWRIDGE FIRST NATION ON APRIL 15, 1985
(the "1985 Trust") and the SAWRIDGE TRUST ("Sawridge
Trust")

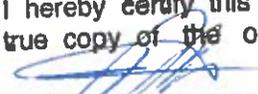
APPLICANT ROLAND TWINN, CATHERINE TWINN, BERTHA
L'HIRONDELLE, CLARA MIDBO AND WALTER FELIX
TWIN, as Trustees for the 1985 Trust and the 1986 Trust
("Sawridge Trustees")

DOCUMENT CONSENT ORDER (ISSUE OF DISCRIMINATION)

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT Dentons Canada LLP
2900 Manulife Place
10180 - 101 Street
Edmonton, AB T5J 3V5

*JUSTICE: DR. B. THOMAS
DATE: JAN 19, 2018
LOCATION: EDMONTON*

I hereby certify this to be a true copy of the original.


Clerk of the Court

Attention: Doris C.E. Bonora
Telephone: (780) 423-7100
Fax: (780) 423-7276
File No: 551860-001-DCEB

UPON the Application by the Sawridge Trustees for advice and direction in respect of the Sawridge Band Inter Vivos Settlement ("1985 Trust"), for which an Application for Advice and Direction was filed January 9th, 2018;

AND WHEREAS the first question in the Application by the Sawridge Trustees on which direction is sought is whether the definition of "Beneficiary" in the 1985 Trust is discriminatory, which definition reads:

"Beneficiary" at any particular time shall mean all persons who at that time qualify as members of the Sawridge Indian Band No. 19 pursuant to the provisions of the Indian Act R.S.C. 1970, Chapter I-6 as such provisions existed on the 15th day of April, 1982 and, in the event that such provisions are amended after the date of the execution of this Deed

all persons who at such particular time would qualify for membership of the Sawridge Indian Band No. 19 pursuant the said provisions as such provisions existed on the 15th day of April, 1982 and, for greater certainty, no persons who would not qualify as members of the Sawridge Indian Band No. 19 pursuant to the said provisions, as such provisions existed on the 15th day of April, 1982, shall be regarded as "Beneficiaries" for the purpose of this Settlement whether or not such persons become or are at any time considered to be members of the Sawridge Indian Band No. 19 for all or any other purposes by virtue of amendments to the Indian Act R.S.C. 1970, Chapter I-6 that may come into force at any time after the date of the execution of this Deed or by virtue of any other legislation enacted by the Parliament of Canada or by any province or by virtue of any regulation, Order in Council, treaty or executive act of the Government of Canada or any province or by any other means whatsoever; provided, for greater certainty, that any person who shall become enfranchised, become a member of another Indian band or in any manner voluntarily cease to be a member of the Sawridge Indian Band No. 19 under the Indian Act R.S.C. 1970, Chapter I-6, as amended from time to time, or any consolidation thereof or successor legislation thereto shall thereupon cease to be a Beneficiary for all purposes of this Settlement;

AND UPON being advised that the parties have agreed to resolve this specific question on the terms herein, and no other issue or question is raised before the Court at this time, including any question of the validity of the 1985 Trust;

AND UPON being advised the Parties remain committed to finding a remedy that will protect the existence of the 1985 Trust and the interests of the beneficiaries;

AND UPON there being a number of other issues in the Application that remain to be resolved, including the appropriate relief, and upon being advised that the parties wish to reserve and adjourn the determination of the nature of the relief with respect to the discrimination;

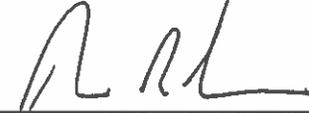
AND UPON this Court having the authority to facilitate such resolution of some of the issues raised in the Application prior to the determination of the balance of the Application;

AND UPON noting the consent of the Sawridge Trustees, consent of The Office of the Public Trustee and Guardian of Alberta ("OPGT") and the consent of Catherine Twinn;

IT IS HEREBY ORDERED AND DECLARED;

1. The definition of "Beneficiary" in the 1985 Trust is declared to be discriminatory insofar as it prohibits persons who are members of the Sawridge Indian Band No. 19 pursuant to the amendments to the *Indian Act* made after April 15, 1982 from being beneficiaries of the 1985 Trust.
2. The remaining issues in the Application, including the determination of any remedy in respect of this discriminatory definition, are to be the subject of a separate hearing. The timeline for this hearing will be as set out in Schedule "A" hereto and may be further determined at a future Case Management Meeting.
3. The Justice who hears and determines the remaining issues in this Application may consider all forms of discrimination in determining the appropriate relief.

4. Nothing in this order may be construed to be a determination that the 1985 Trust is void or otherwise invalid. This Consent Order cannot be used in an application for dissolution as the ~~sole determinative factor~~ *a ground upon which* that the 1985 Trust ~~should be dissolved~~ *could be*.
5. ~~The provisions in paragraph 4, above, will not prevent reliance on this Consent Order for any purpose in the within proceedings.~~



The Honourable D/R. G. Thomas
Thomas J

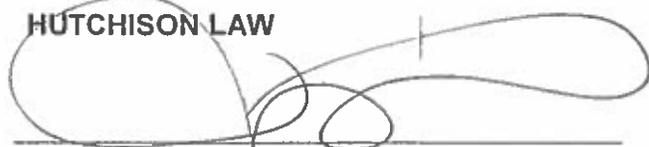
CONSENTED TO BY:

MCLENNAN ROSS-LLP



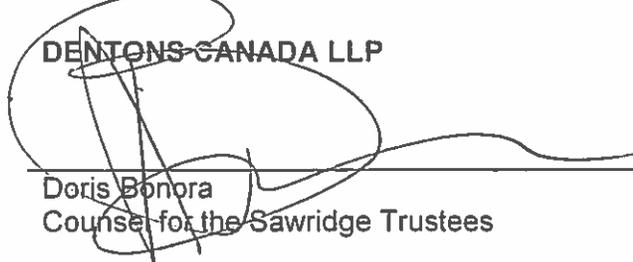
Karen Platten, Q.C.
Counsel for Catherine Twinn as Trustee for the 1985 Trust

HUTCHISON LAW



Janet Hutchison
Counsel for the OPGT

DENTONS CANADA LLP



Doris Bonora
Counsel for the Sawridge Trustees

SCHEDULE "A"

Clerk's stamp:

COURT FILE NUMBER 1103 14112
COURT COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
R.S.A. 2000, c. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER VIVOS
SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER PATRICK
TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19 now
known as SAWRIDGE FIRST NATION ON APRIL 15, 1985
(the "1985 Trust") and the SAWRIDGE TRUST ("Sawridge
Trust")

APPLICANT ROLAND TWINN, CATHERINE TWINN, BERTHA
L'HIRONDELLE, CLARA MIDBO AND WALTER FELIX
TWIN, as Trustees for the 1985 Trust and the 1986 Trust
("Sawridge Trustees")

DOCUMENT **Litigation Plan January 19, 2018**

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT Dentons Canada LLP
2900 Manulife Place
10180 - 101 Street
Edmonton, AB T5J 3V5

Attention: Doris C.E. Bonora
Telephone: (780) 423-7100
Fax: (780) 423-7276
File No: 551860-001-DCEB

1. The remaining steps and procedures are to be completed on or before the dates specified below:

NO.	ACTION	DEADLINE
1.	Case Management Meeting to address Trustee's application for an Order on the Discrimination Issue.	January 19, 2018
2.	Settlement meeting of all counsel for the Parties to continue to discuss remedies;	February 14, 15 or 16, 2018
3.	Interim payment on accounts made to OPGT from the Trustees	January 31, 2018 and February 28, 2018
4.	Agreed Statement of Facts to be circulated to all Parties, by the Trustees on the issue of the determination of the definition of beneficiary and grandfathering (if any).	By February 28, 2018
5.	Further Settlement meeting of all counsel for the Parties to continue to discuss remedies and draft Agreed Statement of Facts.	By March 30, 2018
6.	Responses from the Trustees to the OPGT regarding all outstanding issues on accounts to the end of 2017	March 30, 2018
7.	All Parties to provide preliminary comments on the Trustee's first draft of an Agreed Statement of Facts.	By May 30, 2018
8.	Concurrently with the preparation of the agreed statement of facts, all Parties to advise on whether they have any documents on which they respectively intend to rely on the issue of the remedies. If they have documents, they will file an Affidavit of Records	By February 28, 2018 April 30
9.	Concurrently with the preparation of the agreed statement of facts, all non-parties may provide records on which they intend to rely to all Parties who will determine if they are duplicates and if not, non party may file an Affidavit of Records	By February 28, 2018
10.	Third 2018 Settlement Meeting of all counsel to continue to discuss remedies and draft Agreed Statement of Facts.	By April 30, 2018
11.	Questioning on new documents only in Affidavits of Records filed, if required.	By May 30, 2018 June 15
12.	Non-party potential beneficiaries provide all Parties with any facts they wish to insert in the Agreed Statement of Facts.	By April 30, 2018

13.	Final Response by OPGT and any other recognized party on Agreed Statement of Facts.	By June 30, 2018
14.	Agreed Statement of Facts filed, if agreement reached.	By July 15, 2018
15.	Parties to submit Consent Order proposing revised Litigation Plan including a procedure for the remainder of the application including remedy for striking language or amending the trust under section 42 of the Trustee Act or amending the trust according to the trust deed. Alternatively, Trustees to file application re: same.	By July 15, 2018
16.	All other steps to be determined in a case management hearing	As and when necessary

TAB B

Action No.: 1103 14112
E-File No.: EVQ16SAWRIDGEBAND3
Appeal No.: 2203 0043AC

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE OF EDMONTON

IN THE MATTER OF
THE SAWRIDGE BAND INTER VIVOS SETTLEMENT CREATED BY
CHIEF WALTER PATRICK TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN
BAND, NO. 19 now known as SAWRIDGE FIRST NATION ON
APRIL 15, 1985 (the "1985 Sawridge Trust")

ROLAND TWINN, CATHERINE TWINN, WALTER FELIX TWIN,
BERTHA L'HIRONDELLE, and CLARA MIDBO, as Trustees
for the 1985 Sawridge Trust

Applicants

PROCEEDINGS

Edmonton, Alberta
August 24, 2016

Transcript Management Services, Edmonton
1000, 10123 99th Street
Edmonton, Alberta T5J-3H1
Phone: (780) 427-6181 Fax: (780) 422-2826

TABLE OF CONTENTS

Description	Page
August 24, 2016	1
Morning Session	1
Discussions	1
Submissions by Ms. Bonora	3
Submissions by Ms. Hutchison	4
Submissions by Ms. Platten	4
Submissions by Ms. Golding	4
Submissions by Ms. Maj	5
Submissions by Ms. Bonora	6
Order (Consent Order)	6
Submissions by Ms. Bonora (Distribution Proposal Adjournment)	6
Order (Distribution Proposal Adjournment)	9
Submissions by Ms. Bonora (Standing)	9
Submissions by Ms. Wanke (Standing)	9
Submissions by Mr. Molstad (Standing)	10
Order (Standing)	11
Submissions by Ms. Golding (Scheduling)	13
Order (Standing)	14
Submissions by Mr. Molstad (Application)	15
Submissions by Ms. Hutchison (Application)	18
Submissions by Mr. Molstad (Application)	24
Submissions by Ms. Hutchison (Application)	25
Submissions by Mr. Molstad (Application)	28
Submissions by Ms. Hutchison (Application)	52
Discussion	66
Certificate of Record	70
Certificate of Transcript	71

1 Proceedings taken in the Court of Queen's Bench of Alberta, Law Courts, Edmonton, Alberta

2

3 August 24, 2016

Morning Session

4

5 The Honourable

Court of Queen's Bench of Alberta

6 Mr. Justice Thomas

7

8 C.K.A. Platten, Q.C.

For Catherine Twinn

9 C. Osuladini

For Catherine Twinn

10 L. Maj

For the Minister of Aboriginal Affairs and
Northern Development

11

12 J.L. Hutchison

For the Public Trustee of Alberta

13 D.C. Bonora

For Sawridge Trustees

14 A. Loparco

For Sawridge Trustees

15 N.L. Golding, Q.C.

For Patrick Twinn, et al

16 E.H. Molstad, Q.C.

For Sawridge First Nation

17 G. Joshee-Arnal

For Sawridge First Nation

18 S.A. Wanke

For Morris Stoney, et al

19 C. Wilde

Court Clerk

20

21

22 **Discussions**

23

24 THE COURT:

Good morning.

25

26 Are you going to do the introductions?

27

28 MR. MOLSTAD:

I have been assigned that task, Sir.

29

30 THE COURT:

All right.

31

32 MR. MOLSTAD:

We have, representing the Sawridge Trustees,

33 Ms. Bonora and Ms. Loparco.

34

35 We have representing the Public Trustee, Ms. Hutchison. Mr. Meehan is not with us
36 today.

37

38 We have representing Catherine Twinn, Ms. Platten, and Ms. Osuladini.

39

40 We have myself, Sir, and Mr. Joshee-Arnal representing the Sawridge First Nation.

41

1 MR. MOLSTAD: And it's tab D of the brief enclosed, but this is
2 our letter of January 18th.

3
4 THE COURT: Yeah. Got that. Thanks. I'm just --

5
6 MR. MOLSTAD: Now, it -- you know, we were confused by the
7 inquiry because this contains a list of the adult parents, that is Schedule 3 is a list of the
8 adult parents who have made application for their children for membership, and the
9 contact information and the number of children applying. It was not something that we
10 were directed to provide, but we did in order that they had full and sufficient information.

11
12 We asked, in our letter, for an application from the Public Trustee based on this, because
13 we didn't understand their request, and --

14
15 THE COURT: This is your -- you're talking about your April
16 one now.

17
18 MR. MOLSTAD: Yeah.

19
20 THE COURT: Yeah.

21
22 MR. MOLSTAD: Yeah. So -- and we never did get a response to
23 that. But as you have in front of you, when we filed our written submissions on March
24 15th, of 2016, that was based upon your directive that we do so. And we assumed that
25 the Public Trustee ought to have filed written submissions by January 29th, because it
26 seemed to us that if we're filing written submissions as a respondent, we should have
27 something to respond to. However, as you know, the Public Trustee had not done that. It
28 filed simply a Notice of Application setting out the grounds.

29
30 And in April, of 2016, we told the Public Trustee that we took the position that they
31 hadn't complied with your order of December, 2015, as they did not file any written
32 submissions, but what we did say is let's get this on. We made, as I stated earlier, a
33 reasonable assumption that if we have to file written submissions as a respondent, that we
34 have to file it in response to something.

35
36 We any -- in any event, we told the Public Trustee as long as we could agree to a
37 schedule and the Public Trustee would provide particulars of the evidence to be relied
38 upon, with copies, we would be prepared to proceed on the basis that they would make
39 written submissions, we would make a reply. And that procedure was agreed to. It's set
40 out in Exhibit 2 to the questioning that we conducted of Mr. Bujold, and it sets out that
41 they file written submissions, we file a reply, and later on we agreed, because we were

1 dealing with costs, that they could then file a reply in relation to our submission on costs.
2 But it did provide that the Public Trustee would be required to give us particulars of the
3 evidence to be relied upon in both applications by July 7, 2016, as well as copies of the
4 evidence. And on July 7th, the Public Trustee served us with notice of the records it
5 intended to rely upon in relation to its application. And that's found at tab 9 of Sawridge
6 First Nation's written brief.

7
8 And I want to take you to that, because this is July 7th in terms of timing, and these are
9 two applications that relate to both the assets and the beneficiaries that are still fairly
10 broad in terms of what they were seeking. But the evidence on page 2 of their letter,
11 which is the fourth page in, lists the evidence that they will be relying upon in relation to
12 both the membership application and the assets application. And there's transcripts,
13 affidavits, supplementary -- supplemental affidavits, undertakings, and a fairly lengthy list
14 on both, but one of them is the same in both. It's six in one and five in the other. It
15 says:

16
17 Catherine Twinn's affidavit dated September 23rd, 2015, filed in
18 this action on September 30th, 2015, our references will be limited
19 mainly to paragraph 29, period. 29(h) will be referenced in
20 relation to any costs applications made by the respondents.

21
22 The word mainly didn't give us comfort, because the position is that this is evidence
23 before the Court, and if we take issue with it, we have to address it.

24
25 We arranged for questioning of Mr. Bujold, and this occurred on July 27th. When we
26 attended at the questioning of Mr. Bujold, the Public Trustee advised us that they would
27 no longer be proceeding with the settlement application. And as you know, as you've
28 signed the consent order, and we've got a copy of it at tab 10 of our brief, the preamble
29 of this consent order is, in our submission, relevant and indicative of the information that
30 the Public Trustee was in possession of, because what it says is that:

31
32 The Sawridge Trustees have exhausted all reasonable options to
33 obtain a complete documentary record regarding the transfer of the
34 assets from the '82 Trust to the '85 Trust, that the parties have
35 been given access to all document regarding the transfer of the
36 assets, and the Trustees are not seeking an accounting in relation
37 to the transfer of these assets, and noting that the assets from the
38 '82 Trust were transferred to -- into the 1985 Trust.

39
40 And they talk about the little information available.

41

1 I think that my friend, Ms. Bonora, made mention of this in her brief. The purpose of the
2 transfer in '82, '85, in terms of transfer from trust, was to avoid any claim that others
3 might make in relation to these assets after the enactment of Bill C-31. So Sawridge First
4 Nation would be highly motivated to ensure that those that were acting as trustees made
5 the transfer of all assets from the '82 Trust to the '85 Trust. That was the reason. The
6 reason clearly was one where it was in everyone's best interests to make sure the transfer
7 took place.

8
9 I would point out that the resolution of this matter, in accordance with this order, is
10 similar to the resolution that was proposed by the Sawridge Trustees to the Public Trustee
11 on May 13th, 2016. And a copy of that is Exhibit 5 to the questioning of Mr. Bujold.

12
13 When Mr. Bujold was questioned on July 27th --

14
15 THE COURT: I take it that's in the file.

16
17 MR. MOLSTAD: It's been filed.

18
19 THE COURT: Okay. Right.

20
21 MR. MOLSTAD: Yes. The questioning and the exhibits --

22
23 THE COURT: Well, just so --

24
25 MR. MOLSTAD: -- to the questioning.

26
27 THE COURT: Just so you know, of course, I mean, the
28 systems internally have totally broken down. So it never made it to my desk, but. . .

29
30 MR. MOLSTAD: Yeah, yeah. Well, if you have trouble finding
31 it, Sir, we can send you --

32
33 THE COURT: Yeah. No, I just --

34
35 MR. MOLSTAD: -- another copy.

36
37 THE COURT: -- want to get it on the record so. . .

38
39 MR. MOLSTAD: Yeah.

40
41 THE COURT: I'll find it eventually.

1
2 MR. MOLSTAD:

Yeah.

3
4 THE COURT:

Thanks.

5
6 MR. MOLSTAD:

In any event, Mr. Bujold confirmed that, first of all, the Public Trustee has not questioned him in relation to his undertakings. Secondly, that Sawridge Sawridge First Nation have fully cooperated with the Sawridge Trustee Request for Information regarding the beneficiaries and potential beneficiaries of the Trust, that paragraph 9 to 28 of his affidavit sworn in September, of 2011, contained a lot of information related to the settlement of the assets. And this information was obtained from the Sawridge First Nation, and that the Sawridge First Nation was cooperative in providing this information, that the Sawridge First Nation provided the Sawridge Trustees with a number of records related to membership, including a membership application form, a flow chart for the membership application process, the membership rules, letters of acceptance or rejection for membership, and all of these were forwarded to the Public Trustee.

18
19 So that's sort of an overview of some of the facts.

20
21 The application that my friend has in relation to the beneficiaries is the only one that's before you now and, first of all, we adopt our submissions of March 15th, 2016, in response to this and, in particular, in relation to the law as it's recited, dealing with a 5.13 application. And, frankly, it would appear that the Public Trustee does not take issue with the general principles cited in that they -- in our brief. And I refer you to paragraph 20 of the Public Trustee's written brief. And based upon that admission, we respectfully don't know why we're here.

28
29 We say, Sir, that the Public Trustee has not clearly specified any records it seeks production of, and as I read its written brief, it does not indicate it's seeking further production. They would appear to be asking for directions, and we submit that we're here to deal with the 5.13 application, and our submission is that it should be dismissed.

33
34 Now, touching briefly, and you've taken the Public Trustee through this, the Public Trustee's submissions about words used, unresolved and pending, with the greatest of respect, are devoid of merit. And if you look at tab 7 and read paragraph 52 of your decision, what you say in the last sentence:

38
39 Therefore, I will only allow investigation and representation by the
40 Public Trustee of children of persons who have, at a minimum,
41 completed a Sawridge Band Membership Application.

TAB C

Clerk's Stamp:



COURT FILE NUMBER: 1103 14112

COURT COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA

JUDICIAL CENTRE EDMONTON

IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
R.S.A 2000, C. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER VIVOS
SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER PATRICK
TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19, now known as
SAWRIDGE FIRST NATION, ON APRIL 15, 1985 (the "1985 Sawridge
Trust")

APPLICANTS ROLAND TWINN, MARGARET WARD, TRACEY SCARLETT,
EVERETT JUSTIN TWIN AND DAVID MAJESKI as Trustees for the
1985 Sawridge Trust;

DOCUMENT **REPLY BRIEF OF THE OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN
AND TRUSTEE ("OPGT")**

JURISDICTION APPLICATION RETURNABLE APRIL 25, 2019

ADDRESS FOR
SERVICES AND
CONTACT
INFORMATION OF
PARTY FILING THIS
DOCUMENT

Hutchison Law
#190 Broadway Business Square
130 Broadway Boulevard
Sherwood Park, AB T8H 2A3

Field Law
2500 - 10175 101 ST NW
Edmonton, AB T5J 0H3

Attn: **Janet L. Hutchison**

Attn: **P. Jonathan Faulds, Q.C.**

Telephone: (780) 417-7871
Fax: (780) 417-7872
File: 51433 JLH

Telephone: (780) 423-7625
Fax: (780) 428-9329

Dentons LLP
2900 Manulife Place
10180 - 101 Street
Edmonton Alberta T5J 3V5

McLennan Ross LLP
600 McLennan Ross Building
12220 Stony Plain Road
Edmonton, Alberta, T5N 3Y4

Attention: Doris Bonora and Michael Sestito

Attention: Karen Platten, Q.C. and Crista
Osualdini

Solicitors for the Sawridge Trustees

Solicitors for Catherine Twinn

TABLE OF CONTENTS

	Page Number
PART I – OVERVIEW	1 – 3
PART II – FACTS	3 – 11
A) The 1985 Trust	3 – 7
B) The Trustees’ Application for Advice and Direction respecting the beneficiary definition	7 – 8
C) Trustees’ Communications with Beneficiaries prior to these proceedings	8 – 9
D) Trustees’ 2018 Mailout to Beneficiaries to “vote” on potential amendment to the beneficiary definition	9 – 11
PART III – ISSUES	11 – 12
PART IV – ANALYSIS	12 – 27
A) The Scope of the Jurisdictional Questions	12
B) Do the Trustees have, under the existing terms of the Trust, a power to amend the beneficiary definition (Para. (d) of the Order)	12 – 13
C) What jurisdiction exists under s. 42 of the <i>Trustee Act</i> to amend the beneficiary definition in the 1985 Trust? (Para. (c) of the Order)?	13 – 17
i) <i>Section 42- General Principles</i>	13 – 14
ii) <i>Availability of Section 42 in this Proceeding</i>	14 – 16
iii) <i>Evidence relevant to a s. 42 Trustee Act Application (para. (c) of the Order)</i>	16 – 17
D) If the Trustees are able to effect an amendment of the beneficiary definition by the exercise of a power under the Trust, or were they to effect an amendment by resort to s. 42, would the <i>Minors’ Property Act</i> 2004 c.M-18.1 “require evidence of consent from minor beneficiaries who are over the age of 14”. (para. (e) of the Order)	17 – 18
E) The Court’s Common Law and Plenary Jurisdiction	18 – 26
i) <i>Nature of the 1985 Trust</i>	18 – 19
ii) <i>Common Law – Cy Pres Doctrine</i>	19 – 20
iii) <i>Common Law – Discrimination in Trusts</i>	20 – 21
iv) <i>Spence v. BMO</i>	21 – 23
v) <i>Taylor v. Ginnogaming First Nation</i>	23 – 24
vi) <i>Application of Case Law</i>	24 – 26
F) What is the scope of any jurisdiction to amend (Para. (b) of the Order)	26 – 27
PART V – SUMMARY	27 – 28
LIST OF APPENDICIES	29
LIST OF AUTHORITIES	30

PART I – OVERVIEW

1. In this application the Court is asked to determine whether or not it has jurisdiction to amend the 1985 Sawridge Inter Vivos Trust (“the 1985 Trust”) to address discrimination in the beneficiary definition, and the basis and scope of such jurisdiction, if any. Whether or how the Court should exercise any jurisdiction it may have is not before the Court at this time but may be the subject of a future motion if necessary.

2. The Office of the Public Guardian and Trustee (“the OPGT”) represents the interests of minors and former minors who are beneficiaries of the 1985 Trust under the existing definition, most of whom might lose their interest in the 1985 Trust under the Trustees’ proposed definition.¹ The OPGT also represents the interests of minor children of persons who have, or who are formally seeking, membership in the Sawridge First Nation (“the SFN”), as minors who might become beneficiaries under the Trustees’ proposed definition. Given the diverse nature of the interests it represents, the OPGT’s submissions on this motion seek to provide the Court with a fair and balanced summary of the applicable legal principles and an overview of the options potentially available to the Court to move forward in this proceeding.²

3. The OPGT submits that as a general rule a trust cannot be varied unless expressly provided for in the trust. There are exceptions to this rule but these are restrained in application and call for a principled approach.

¹ Questioning of Paul Bujold held May 27-28, 2014 Transcript, p.140 [Appendix A, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2012 ABQB 365 (“Sawridge #1”) at paras. 31-33 [Authorities Tab 1, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2013 ABCA 226 (“Sawridge #2”) at paras. 12-13, 18-19 and 27 [Authorities Tab 2, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2015 ABQB 799 (“Sawridge #3”) [Authorities Tab 3, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

² *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2012 ABQB 365 (“Sawridge #1”) at paras. 31-33 [Authorities Tab 1, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2013 ABCA 226 (“Sawridge #2”) at paras. 12-13, 18-19 and 27 [Authorities Tab 2, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2015 ABQB 799 (“Sawridge #3”) at paras. 37, 48, 52-53 and 56-57 [Authorities Tab 3, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

4. With respect to possible sources of jurisdiction to amend the 1985 Trust the OPGT submits:

a. As presently constituted, the 1985 Trust permits amendments to its terms by resolution of the Trustees approved in writing by at least eighty percent (80%) of the beneficiaries then alive and over the age of twenty-one (21). However, no amendment is permitted by the Trustees to alter the definition of the beneficiaries or their beneficial ownership of the trust property.³ Accordingly, no amendment of the definition can be made pursuant to the existing terms of the 1985 Trust.

b. The Court has jurisdiction to approve an arrangement varying the 1985 Trust pursuant to s. 42 of the *Trustee Act*.⁴ To date the Trustees have not submitted a proposed arrangement under s. 42 to the Court;

c. The Court may have jurisdiction to amend the 1985 Trust to address discriminatory provisions based on considerations of public policy. The presence of discrimination does not automatically trigger such jurisdiction. Whether such jurisdiction exists in any given case is fact specific and closely related to Court's assessment of whether a remedy is required. Jurisdiction ought to be exercised in such a way as to preserve the interests of existing beneficiaries. Jurisdiction is not restricted to deleting language.

5. Given the potential sources of jurisdiction, the Court's options to move this proceeding forward include:

a. Giving directions to the Trustees respecting steps to be taken in pursuit of an application under s. 42 of the *Trustee Act* to address discrimination in the beneficiary definition of the 1985 Trust by:

i. deleting the restriction prohibiting the use of the amending power contained in the 1985 Trust to amend the beneficiary definition, so as to allow the Trustees to pursue an amendment pursuant to that power; or

ii. directly amending the beneficiary definition contained in the 1985 Trust in some fashion.

³ 1985 Trust Deed, para.11 [Tab 6, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁴ *Trustee Act*, RSA 2000, c. T-8, s. 42 [Tab 4, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

b. Directing a further hearing to address whether the Court can and should exercise any common law jurisdiction it may have to address such discrimination in the manner set out in paragraph 5(a) (i) or (ii), above.

6. The OPGT does not suggest the foregoing overview of available options is exhaustive and also notes it is open to the Court to consider a combination of options.

7. With respect to the specific options noted above, the OPGT submits that an application under s.42 of the *Trustee Act* is the least intrusive to the 1985 Trust, the most respectful of the interests of the current beneficiaries, and relies on indisputable statutory jurisdiction. Obtaining the necessary consent of all competent beneficiaries is required, which to date has not been pursued in a meaningful and co-operative way.

8. Exercising common law jurisdiction, if any, to vary the beneficiary definition directly is more intrusive as it does not involve the consent of the current beneficiaries. Relying on common law jurisdiction to vary the amending provision in the 1985 Trust so that it might be used by the Trustees to change the beneficiary definition may be considered a middle ground.

9. Whatever approach the Court may ultimately determine, the OPGT submits that as the Alberta Court of Appeal held at an earlier stage of these proceedings, “it is plain and obvious that the interests of the affected children, potentially excluded or otherwise affected by changes proposed to the 1985 Trust, require protection.”⁵

PART II - FACTS

A. The 1985 Trust

10. The 1985 Trust was established by a Declaration of Trust and Deed of Settlement between then SFN Chief Walter Patrick Twinn as Settlor and three named Trustees dated April 15, 1985. The 1985 Trust was ratified and approved at a general meeting of SFN

⁵ *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2013 ABCA 226 (“*Sawridge #2*”) at para. 27 [Authorities Tab 2, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

members on April 15, 1985, as reflected in a further Declaration of Trust dated April 16, 1985 affirming the terms on which the trust property was held.⁶

11. The opening paragraph of the Trust Deed states that the Settlor desires to create an *inter vivos* settlement for the benefit of all individuals who:

...at the date of execution of this Deed are members of the Sawridge Indian Band No. 19 within the meaning of the provisions of the Indian Act R.S.C. 1970, Chapter I-6, as such provisions existed on the 15th day of April, 1982 and the future members of such band within the meaning of the said provisions.

12. The beneficiary definition at paragraph 2 of the Trust Deed then states that the beneficiaries of the 1985 Trust at any particular time are all persons who at that time qualify as members of the Sawridge Indian Band No. 19 pursuant to the April 15, 1982 provisions of the *Indian Act*. The definition then goes on to say that if the *Indian Act* were to be amended after the execution of the Trust Deed, as in fact occurred with the passage of the legislation commonly referred to as Bill C-31, the beneficiaries would be:

...all persons who at such particular time *would qualify* for membership of the Sawridge Indian Band No. 19 pursuant to the said provisions as such provisions existed on the 15th day of April, 1982...*(emphasis added)*⁷

13. For greater certainty, the definition goes on to exclude anyone who would not qualify under the 1982 *Indian Act* provisions even if they become or are considered to be members of the SFN by virtue of future legislation.⁸

14. The 1985 Trust, and the beneficiary definition it contains, was established in anticipation of amendments to the *Indian Act* that were to come into force on April 17, 1985,

⁶ Declaration of Trust and Deed of Settlement dated April 15, 1985 [Tab 6, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]; Evidence of Walter Patrick Twinn, Trial Transcript page 3896 line 13 to page 3898 line 13, Affidavit of Records of Paul Bujold, filed April 30, 2018, Document #SAW001772-#SAW001773 [Appendix F, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Declaration of Trust dated April 16, 1985, Affidavit of Records of Paul Bujold, filed April 30, 2018, Document #SAW000123-#SAW000134[Appendix F, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

⁷ Declaration of Trust and Deed of Settlement dated April 15, 1985, para.2 [Tab 6, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁸ Declaration of Trust and Deed of Settlement dated April 15, 1985, para.2 [Tab 6, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

which amendments were opposed by SFN. The amendments in question, contained in Bill C-31, sought to eliminate provisions in the *Indian Act* respecting Indian status and band membership which discriminated on the basis of gender. Among its terms, Bill C-31 restored to band membership certain persons who had lost that membership under the former discriminatory provisions. Bill C-31 also empowered First Nations to establish their own membership codes governing entitlement to membership, with the proviso that such codes could not exclude those whose membership had been restored.⁹

15. The Trust Deed defines beneficiaries by reference to entitlement to band membership as established by statute at a particular point in time – April 15, 1982. The definition relies on the provisions of the former *Indian Act*, some of which have since been recognized to discriminate on the basis of gender, including the following:¹⁰

- a. A woman of Indian status who married a non-Indian man lost her Indian status and membership in her band. (s. 12(1)(b)) while a non-Indian woman who married a man of Indian status gained Indian status and membership in her husband's band.(s.11(1)(f)).
- b. The child whose mother and whose father's mother were not originally of Indian status, but who had both acquired Indian status and band membership pursuant to s. 11(1)(f), ceased to be of Indian status or be a band member upon reaching the age of 21 (s. 12(1)(a)(iv))
- c. The band membership of an illegitimate child of a female band member could be protested on the grounds the child's father was not Indian, but the reverse was not the case. (s. 12(2))

16. The SFN established its own Membership Rules in July 1985. Those Rules vested significant discretion in the Band Council to determine whether applications for membership should be approved¹¹ and the form for such applications,¹² as well as whether a member

⁹ The terms "Indian" and "band" are used herein as those terms are utilized in the *Indian Act*.

¹⁰ *Indian Act*, R.S.C. 1970, c.I-6, s.12 [Authorities Tab 8, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; for example see: *McIvor v. Canada* [2007] B.C.J. No. 1259 (B.C.S.C.); varied [2009] B.C.J. No. 669 (B.C.C.A.); *Ive r'fd* [2009] S.C.C.A. No, 234 (S.C.C.) and *Descheneaux v. Canada (Attorney General)*, 2015 QCCS 3555

¹¹ Sawridge Membership Rules, Applicants Materials, at para. 3(a)(ii), 3(c), 3(d) [Tab 23, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

¹² Sawridge Membership Rules, Applicants Materials, at para. 10 [Tab 23, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

should be removed from membership.¹³ Membership in the SFN has been governed by the provisions of these Rules since notice of them was given to the Minister in 1985.

17. On their face the Membership Rules determine membership in the SFN in a substantially different manner than was provided in the *Indian Act* as it read on April 15, 1982, which governs beneficiary status under the 1985 Trust. As a result, it is common ground there are currently beneficiaries of the 1985 Trust who are no longer recognized as members of the SFN pursuant to the Band's Membership Rules, and members of SFN pursuant to the Membership Rules who are not beneficiaries of the 1985 Trust.

18. An examination of the manner in which the Membership Rules have been applied has been held to be beyond the role of the OPGT in of this proceeding.¹⁴ However, the OPGT notes the suggestion by the Trustees that an application of the Membership Rules as a beneficiary definition will eliminate the issues in the current definition has not been determined by the Court at this time.¹⁵

19. The parties to this proceeding consented to an Order, filed January 22, 2018, which held that the beneficiary definition contained in the 1985 Trust is discriminatory "insofar as it prohibits persons who are members of the Sawridge Indian Band No. 19 pursuant to the amendments to the *Indian Act* made after April 15, 1982 from being beneficiaries of the 1985 Trust." The "persons" so discriminated against are the individuals whose band membership in the SFN was directly restored by Bill C-31.¹⁶ However, the divergence between the list of beneficiaries under the 1985 Trust and the membership of the SFN extends beyond such persons.

20. The Trustees point to difficulties in the application of the current beneficiary definition, using as an example differences in opinion as to whether a particular individual

¹³ Sawridge Membership Rules, Applicants Materials, at para. 6 and 7 [Tab 23, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

¹⁴ *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2015 ABQB 799 ("*Sawridge #3*") at para. 54 [Authorities Tab 3, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

¹⁵ Paragraph 41 of the Brief of the Trustees, filed March 29, 2019

¹⁶ See Application (Statement of Issues and Relief Sought) filed on behalf of the Applicants being the five named Trustees for the 1985 Sawridge Trust. [Tab 1, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

(the Trustee, Justin Twin) is a beneficiary of the 1985 Trust under that definition.¹⁷ The dispute ultimately turns on whether or not Justin Twin would be a member of the SFN pursuant to the *Indian Act* as it read on April 15, 1982. The OPGT notes that disputes of this nature can be resolved by the Court.

B. The Trustees' Application for Advice and Direction respecting the beneficiary definition

21. These proceedings were commenced by way of an application for Advice and Direction. This resulted in a procedural Order issued August 31, 2011 directing that an application shall be brought by the Trustees, *inter alia*:

To seek direction with respect to the definition of "Beneficiaries" contained in the 1985 Sawridge Trust, and if necessary to vary the 1985 Sawridge Trust to clarify the definition of "Beneficiaries"¹⁸

22. On January 9, 2018, pursuant to the recommendations of the Alberta Court of Appeal concerning the need "for a formal pleading setting forth the position of the Trustees and the relief being sought" in this proceeding,¹⁹ the Trustees filed their Application (Statement of Issues and Relief Sought).²⁰

23. The relief proposed by the Trustees is as follows:

a. First, to amend the beneficiary definition by striking out the language that has discriminatory effect such that the definition is reduced to "members of the Sawridge First Nation";

b. Failing such relief, a determination of whether the 1985 Trust can be amended pursuant to its amending provision or s. 42 of the *Trustee Act*;

¹⁷ Paragraph 25 of the Brief of the Trustees, filed March 29, 2019

¹⁸ Order of Thomas J, pronounced August 31, 2011, paragraph 1 [Tab 11, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

¹⁹ *Twinn v. Twinn*, 2017 ABCA 419 at para. 22 [Authorities Tab 13, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

²⁰ Application (Statement of Issues and Relief Sought) [Tab 1, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

c. In the event the definition beneficiary is amended, direction whether persons who would lose their beneficiary status should be “grandfathered” and if so who and on what terms.²¹

24. As noted above, the evidence of the Trustees is that their preferred amendment would result in most of the current beneficiaries who are minors losing their status as beneficiaries and their interest in the 1985 Trust.²²

23. In an earlier ruling concerning the role of the OPGT in these proceedings, the Alberta Court of Appeal noted that as an application for advice and direction this proceeding is not adversarial in the usual sense of that term. Nonetheless the Court said the OPGT “will be obliged, as litigation representative, to advocate for the best interests of the children.”²³ The OPGT has consistently maintained the interests of current minor beneficiaries in the 1985 Trust must be preserved. The OPGT also seeks to find a fair balance with the interests of minors who would become beneficiaries should the definition change.

C. Trustees’ Communications with Beneficiaries prior to these proceedings

25. Between 2009 and the commencement of this proceeding the Trustees engaged in communications with SFN Members and existing or potential beneficiaries of the 1985 Trust, *inter alia*, by way of a newsletter, a letter and newspaper advertising.²⁴ Some of these communications referred to the Trustees’ intention to proceed with a court application concerning the beneficiary definition in the 1985 Trust. However, they did not:

a. state the text of any new beneficiary definition the Trustees were proposing;

²¹ Application (Statement of Issues and Relief Sought) at para. 9 and 10 [Tab 1, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

²² Questioning of Paul Bujold held May 27-28, 2014 Transcript, p.140 [Appendix A, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

²³ *1985 Sawridge Trust v. Alberta (Public Trustee)*, 2015 ABQB 799 (“*Sawridge #3*”) at para. 19 [Authorities Tab 3, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

²⁴ Affidavit of Records of Paul Bujold, filed April 30, 2018, Document #SAW0006 and #SAW00564 [Appendix F, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Affidavit of Records of Catherine Twinn, filed April 30, 2018, Document #TWN001691-#TWN001694 and #TWN002584-#TWN002591 [Appendix G, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

b. explain the Trustees' positions as to why a definition change was necessary and/or the benefits of a definition change; or,

c. explain the impact of any variation in the beneficiary definition would have on the interests of existing beneficiaries.²⁵

26. One of the newsletters stated that "the permission of those affected will have to be obtained before amending the 1985 Trust documents."²⁶ Another stated that all beneficiaries of the 1985 Trust "must be members of the Sawridge First Nation as determined by the Sawridge Band."²⁷

27. On August 31, 2011 the Trustees' counsel appeared before Justice Thomas to obtain procedural direction concerning their proposed application for advice and direction with respect to the 1985 Trust. The resulting Order, filed September 6, 2011, required notifications be given, *inter alia*, to all members of the SFN, all known 1985 Trust beneficiaries, all known 1982 Trust beneficiaries, all SFN membership applicants, and all individuals who responded to the Trustees' newspaper advertisements.²⁸ The directions required that the notice be given by a variety of means including registered letter to the Beneficiaries and potential Beneficiaries, posting on the Sawridge Trusts website and newspaper advertisement.

D. Trustees' 2018 Mailout to Beneficiaries to "vote" on potential amendment to the beneficiary definition

²⁵ Affidavit of Records of Paul Bujold, filed April 30, 2018, Document #SAW00005, #SAW00006, #SAW00564 [Appendix F, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Affidavit of Records of Catherine Twinn, filed April 30, 2018, Document #TWN001691-#TWN001694 and #TWN002584-#TWN002591 [Appendix G, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

²⁶ Sawridge Trust News Volume 2, Number 1, Spring-Summer 2011 Affidavit of Records of Catherine Twinn, filed April 30, 2018, Document #TWN002588 [Appendix G, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

²⁷ Affidavit of Angeline Ward, filed February 27, 2019, para.5 [Appendix M, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Affidavit of Records of Paul Bujold, filed April 30, 2018, Document #SAW000661 [Appendix F, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

²⁸ Procedural Order, filed September 6, 2011 [Tab 11, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

28. There was little or no with prejudice communication with beneficiaries over the next 7 years. In the summer of 2018, the Trustees provided the parties to this proceeding with a “with prejudice” proposed amendment to the beneficiary definition under the 1985 Trust, which would redefine beneficiaries as all persons who at any particular time were members of the SFN under the laws of Canada, including pursuant to the SFN Membership Rules. This definition made no provision for the protection of existing beneficiary rights.²⁹

29. The OPGT suggested an alternate beneficiary definition that would preserve existing beneficiaries’ rights and expressed the hope there would be further discussion.³⁰ The Trustees replied they intended to proceed with their mailout which would ask 1985 Trust beneficiaries to “vote” on the two potential definitions.³¹ The OPGT suggested the parties work together on plain language explanations of the definitions to accompany the ballot.³² The Trustees advised they were not seeking approval from other counsel and that they did not intend to include any explanation in the mailout.³³

30. The mailout proceeded on October 19, 2018 using two different letters, one to “Potential Beneficiaries” and one to “Interested Persons”.³⁴ The wording of the respective letters suggested “Interested Persons” had less obvious interests in the 1985 Trust and it was unclear how “Interested Persons” votes would be counted.³⁵

31. The mailout contained no commentary or explanation about the two beneficiary definitions on the ballot or how each proposed beneficiary definition might affect the rights

²⁹ Letter from Dentons to Hutchison Law and McLennan Ross, dated June 22, 2018, Application by the Sawridge Trustees for Advice and Direction, Schedule “G”, filed August 10, 2018 [Appendix D, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

³⁰ Letter from Hutchison Law to Dentons, dated July 27, 2018, Questioning of Paul Bujold, held February 11, 2019, Exhibit A for Identification [Appendix I, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

³¹ Application by the Sawridge Trustees for Advice and Direction, Schedule “A” and “B”, filed August 10, 2018 [Appendix D, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

³² Email from McLennan Ross, dated September 25, 2018, Questioning of Paul Bujold, held February 11, 2019, Exhibit C for Identification [Tab 13, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

³³ Email from Dentons, dated October 5, 2018, Questioning of Paul Bujold, held February 11, 2019, Exhibit B for Identification [Tab 13, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

³⁴ Affidavit of Paul Bujold, filed January 10, 2019, para. 3 [Tab 10, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

³⁵ Questioning of Paul Bujold, held February 11, 2019, page 28-34 [Appendix H, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

of existing beneficiaries or SFN Members. Recipients of the mailout have confirmed they did not receive any other information about the vote.³⁶

32. Despite being of the opinion that beneficiaries rarely responded to written communications, the Trustees did not attempt to hold consultation or information sessions with beneficiaries or potential beneficiaries of the 1985 Trust in relation to the 2018 mailout or at any previous time.³⁷

PART III – ISSUES

33. The OPGT sees the thrust of the Jurisdictional Questions as being (and as appropriately/conveniently ordered for the purpose of these submissions) as follows:

- a. Do the Trustees have, under the existing terms of the 1985 Trust, a power to amend the beneficiary definition? (*Para. (d) of the Order*)
- b. What jurisdiction exists under s. 42 of the *Trustee Act* (“s. 42”) to amend the beneficiary definition in the 1985 Trust? (*Para. (c) of the Order*).
- c. What evidence is required for the exercise of the Court’s jurisdiction under s. 42 of the *Trustee Act*? (*Para. (c) of the Order*).
- d. If the Trustees are able to effect an amendment of the beneficiary definition by the exercise of a power under the 1985 Trust, or were they to effect such an amendment by resort to s. 42 of the *Trustee Act*, would the *Minors’ Property Act 2004 c.M-18.1* “require evidence of consent from minor beneficiaries who are over the age of 14”. (*para. (c) of the Order*)

³⁶ Affidavit of Paul Bujold, filed January 10, 2019, Exhibit A [Tab 10, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]; Affidavit of Shelby Twinn, filed February 26, 2019 [Appendix K, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Affidavit of Patrick Twinn, filed February 26, 2019 [Appendix L, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Affidavit of Angeline Ward, filed February 27, 2019 [Appendix M, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Affidavit of Roland Ward, filed February 27, 2019 [Appendix N, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

³⁷ September 1, 2011 Letter to Beneficiaries, Affidavit of Records of Paul Bujold, filed April 30, 2018, Document # SAW00005 [Appendix F, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Questioning of Paul Bujold, held February 11, 2019, page 41-44 and 63 [Appendix H, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

- e. Does the Court have other or additional jurisdiction to amend the beneficiary definition of a trust such as the 1985 Trust on the basis of “public policy, inherent jurisdiction, or any other common law plenary power” (*Para. (a) of the Order*)?
- f. What is the scope of any such jurisdiction to amend? For instance, can the Court delete words in a subject trust, add words, or engage in a combination of both? (*Para. (b) of the Order*).

PART IV – ANALYSIS

A. The Scope of the Jurisdictional Questions

34. As acknowledged by the Trustees, the within application “merely seeks clarification of the Court’s jurisdiction to amend and to provide guidance to the Justice who will finally determine this matter”³⁸. Specifically, the Jurisdictional Questions do not call for following issues to be addressed:

- i) The merits of any application brought forward to amend the 1985 Trust under s. 42 of the *Trustee Act*;
- ii) Whether the 1985 Trust in fact offends public policy;
- iii) What remedy would be appropriate in the event an offence to public policy were found.

B. Do the Trustees have, under the existing terms of the 1985 Trust, a power to amend the beneficiary definition (Para. (d) of the Order

35. This Jurisdictional Question calls for consideration of paragraph 11 of the Trust Deed. The OPGT agrees with the Trustees that no power exists under the existing terms of the 1985 Trust to amend the beneficiary definition and provide for a different class of beneficiaries³⁹.

³⁸ Paragraph 4 of the Brief of the Trustees, filed March 29, 2019

³⁹ See paras. 19-21 of the Brief of the Trustees, filed March 29, 2019

36. While paragraph 11 of the 1985 Trust sets forth an amending formula for other terms of the trust, the beneficiary definition and the beneficial interests established thereunder, are expressly excluded from the variance power that the formula provides.⁴⁰ As previously noted, in the event the Court concludes it has jurisdiction to vary the terms of the 1985 Trust one possible exercise of such jurisdiction would be to amend paragraph 11 to remove this restriction, allowing the Trustees to pursue a change to the beneficiary definition under the amending power contained in the 1985 Trust.

C. What jurisdiction exists under s. 42 of the *Trustee Act* to amend the beneficiary definition in the 1985 Trust? (Para. (c) of the Order)?

i) Section 42- General Principles

37. *Saunders v Vautier* gave rise to the common law for the variation of trusts. It established that with the agreement of all of the beneficiaries of a trust of adult age and under no disability a trust could be modified or extinguished without reference to the wishes of the settlor or trustee.⁴¹

38. Section 42 of the *Trustee Act* replaced the common law rules on the variation of trusts as reflected in *Saunders v. Vautier*, and added the requirement that a variation under the section must be approved by the Court⁴².

39. In the absence of a power to amend being provided in a trust, resort to s. 42 of the *Trustee Act* is the mechanism made available under Alberta law to vary, amend, or re-write trust terms. Section 42 provides a wide suite of powers. The Court may vary the terms of a trust, resettle any interest under a trust, and terminate or revoke a trust.

⁴⁰ 1985 Trust Deed, para.11 [Tab 6, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁴¹ *Saunders v Vautier* [1841] EWHC J82, (1841) 4 Beav 115 [Authorities Tab 11, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

⁴² *Saunders v Vautier* [1841] EWHC J82, (1841) 4 Beav 115 [Authorities Tab 11, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; *Trustee Act*, RSA 2000, c. T-8, s. 42(2) [Tab 4, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

40. Section 42 also provides:

- a. Specific protection of existing beneficial interests by also requiring, under s. 42(6), the consent (in writing) of all vested beneficiaries capable of consenting (i.e. adult beneficiaries). Court approval of a proposal is only available if all existing beneficiaries who are capable of giving consent agree.
- b. The Court, under s. 42(5) can consent on behalf of minors; on behalf of contingent interests; and on behalf of those who, after reasonable inquiry, cannot be located.
- c. The Court must be satisfied that the variation appears to be for the benefit of each person for whom the Court provides consent.

41. Decisions around s.42 focus on the Court's obligation to protect the interests of the beneficiaries.⁴³ In *Zeidler*⁴⁴, the Alberta Court of Appeal upheld a strict application of s. 42(6) as follows (at paragraph 13):

“...Section 42(6) of the Trustee Act expressly requires ‘all other persons who are beneficially interested under the trust’ to consent. It does not say persons beneficially interested in property originally settled by the settlor. *Courts of equity are careful to protect beneficiaries*. Construing narrowly what is a beneficial interest under a trust would subvert the purposes of trusts. Allowing other beneficiaries to cancel the trust against the will of a beneficiary because his trust interest is not in the identical property settled would emasculate the trust. The same would be true even if his interest were in property to which the original property is not traceable....” [Emphasis added]

ii) *Availability of Section 42 in this Proceeding*

42. The Brief of the Trustees seeks a declaration from the Court that s. 42 of the *Trustee Act* “irrelevant” in this proceeding. The Trustees also submit a s.42 application is

⁴³ *Samoil v. Samoil*, 1999 ABQB 526 (Q.B) [Authorities Tab 10, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

⁴⁴ *Zeidler v. Campbell*, 1988 CarswellAlta 195 (C.A.) [Authorities Tab 14, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

“unworkable”, citing an inability to arrive at a consensus on the amendment to the definition⁴⁵.

43. As discussed, above, the beneficiary definition currently proposed by the Trustees results in many existing beneficiaries losing their interest in the 1985 Trust. The OPGT concedes the lack of protection for existing interests in the Trustees’ proposal has been a real impediment to reaching a consensus on a definition change that would protect, and balance, the interests of existing and contingent beneficiaries with the interests of SFN Members who would become beneficiaries.
44. The OPGT respectfully submits the evidence available suggests that a lack of discussion, education and attempts at consensus building by the Trustees may have been an additional impediment to existing beneficiaries achieving a consensus to date.
45. The Trustees acknowledge that the 2018 mailout was not perfect.⁴⁶ Indeed, none of the limited beneficiary communications the Trustees have engaged in since 2009 have provided fulsome information to existing beneficiaries about the nature of their existing interests, the reasons a variation of the definition may be needed from a legal perspective, the impacts on the rights of existing beneficiaries or the overall benefits a variation may have for the Sawridge community.⁴⁷
46. Further, existing 1985 Trust beneficiaries that have received some of the mailouts, may have been left with the impression that if they were not currently members of SFN, they have no existing rights or voice in relation to what happens with the 1985 Trust. This could clearly impact the level of response to any mailout or “vote” unless or until such perceptions are corrected.⁴⁸

⁴⁵ See paras. 23 and 27 of the Brief of the Trustees, filed March 29, 2019

⁴⁶ See paragraph 15, Brief of the Trustees, filed March 29, 2019

⁴⁷ Affidavit of Records of Paul Bujold, filed April 30, 2018, Documents #SAW00005, #SAW00006 and #SAW00564 [Appendix F, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]; Affidavit of Records of Catherine Twinn, filed April 30, 2018, Document #TWN001691-#TWN001694 and #TWN002584-#TWN002591 [Appendix G, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

⁴⁸ September 1, 2011 Letter to Beneficiaries, Affidavit of Records of Paul Bujold, filed April 30, 2018, Document # SAW00005 [Appendix F, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

47. Based on available evidence, the OPGT respectfully submits a “declaration” that s.42 of the *Trustee Act* is “irrelevant” in this proceeding, or even a finding that it is unworkable, is premature.

48. The Court may be able to assist the Trustees in relation to the s.42 process way of directions, or suggestions, on the evidence of education, consultation, advice and information to existing 1985 Trust beneficiaries that might permit the Court to arrive at the findings the Trustees currently seek regarding the relevance of s.42.

49. In summary, and in response to paragraph C of the Jurisdictional Order, the OPGT submits:

- a. The Court’s jurisdiction under s.42 of the *Trustee Act* remains intact;
- b. The importance of a s.42 should not be underestimated as it leaves the decisions more squarely in the hands of the beneficiaries;
- c. It would be premature to find that a s.42 process is irrelevant or unworkable;
- d. The Trustees may benefit from this Court directions or suggestions on how better to approach seeking consensus for a s.42 proposal; and
- e. A question existing beneficiaries have never been asked is whether they would agree to an amendment of the provision in the 1985 Trust that prevents the beneficiaries and Trustees from using the Trust’s existing amendment clause to address the discrimination in the Trust.

iii) *Evidence relevant to a s. 42 Trustee Act Application (para. (c) of the Order)*

50. The Trustees do not specifically address in their Brief this additional Jurisdictional Question⁴⁹.

51. The OPGT submits that the evidence that would be required under s.42 would include:

⁴⁹ Presumably having regard to their position that an application under s. 42 is unworkable.

- i) Evidence regarding the currently known beneficiaries of the 1985 Trust;
- ii) Evidence as to which beneficiaries are capable of consenting to a proposal;
- iii) Evidence of actual, written consent, from such beneficiaries;
- iv) Failing actual consent from such beneficiaries, evidence of reasonable inquiries having been made for any person capable of giving consent who cannot be located;
- v) For those beneficiaries for whom the consent of the Court is required, evidence pertaining to why the Court should be satisfied that the variation is for the benefit of those for whom the consent of the Court is necessary⁵⁰; and,
- vi) evidence pertaining to why the Court should find the variation to otherwise be of justifiable character.

D. If the Trustees are able to effect an amendment of the beneficiary definition by the exercise of a power under the 1985 Trust, or were they to effect an amendment by resort to s. 42, would the Minors' Property Act 2004 c.M-18.1 "require evidence of consent from minor beneficiaries who are over the age of 14". (para. (e) of the Order)

52. Section 14 of the *Minors' Property Act* provides that applications under the Act relating to a minor who is 14 years of age or older may be made only with the minor's consent, unless the Court otherwise allows.⁵¹

53. The possible impacts of this section were not addressed in the terms of the OPGT's original appointment as litigation representative. Also, the case is somewhat unique in that the OPGT represents adults who were minors at the time this proceeding commenced.⁵² As such, this question was included in the Jurisdictional Questions to obtain guidance from the Court.

⁵⁰ In the proceedings before the Court, this is an evidentiary matter the OPGT, through its representative role, has been seized with speaking to.

⁵¹ *Minors' Property Act*, 2007 c.M-18.1 [Authorities Tab 9, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

⁵² Letter from Court to Hutchison Law, dated June 22, 2017 [Appendix C, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

54. The OPGT submits the *Minors' Property Act* does not extend to and would not come into play were a power to vary the beneficiary definition be found in the 1985 Trust and were the Trustees to resort to such a power. No application under the *Minors' Property Act* would be called for as the exercise of such a power would not entail:

- a. "a sale, lease or other disposition of or action respecting property of a minor" (s.2);
- b. confirmation of a contract (s.3); or
- c. settlement of a minor's claim (i.e. "a claim that, if proved in a court of competent jurisdiction, would result in a money judgment as defined in the *Civil Enforcement Act*". (s. 4).

55. Nor would the *Minors' Property Act* come into play in circumstances where the Court made a determination to rely on its jurisdiction under s. 42(5) of the *Trustee Act* to consent to a variation of trust on behalf of a minor beneficiary. The OPGT submits that the provisions of the more specific *Trustee Act* would govern, whereby the Court has an express statutory power to give consent on the Minor's behalf.

56. However, as past settlement offers from the Trustees have referenced the *Minors Property Act*⁵³, and to avoid uncertainty in relation to future offers or applications within this proceeding, the OPGT seeks confirmation from the Court that if a variation to the 1985 Trust proceeds under the terms of the 1985 Trust Deed or under s.42 of the *Trustee Act*, the OPGT need not provide the Court with proof of the consent of minors over the age of 14 or from minors the OPGT represents who are now adults.

E. The Court's Common Law and Plenary Jurisdiction

i) Nature of the 1985 Trust

57. The nature of the trust in question is integral to the assessment of the Court's jurisdiction to vary its terms on a common law basis.

⁵³ Brief of the Trustees for Special Chambers Case Management Meeting on June 30, 2015, filed June 12, 2015

58. The Trustees have submitted the 1985 Trust has been constituted as a valid discretionary private trust⁵⁴ as distinguished from a charitable purpose trust. Private trusts have ascertained or ascertainable beneficiaries while, with charitable purpose trusts the “beneficiary” is instead considered to be the object or purpose of the trust, such as the advancement of education or the relief of poverty.

ii) *Common Law – Cy Pres Doctrine*

59. The doctrine of *cy-pres* applies where it is impracticable or impossible to carry out the object or purpose of a charitable purpose trust. It allows the Court to fashion a revised object or purpose resembling that of the original settlor as closely as possible.⁵⁵

60. *Cy-pres* has typically been invoked to address circumstances that outright prevent the administration of the trust. Examples cited by Waters in his treatise *The Law of Trusts* include where a settlor has incorrectly recorded the name of a charitable institution, or, where details have been omitted in the setting out of the administrative machinery of the trust.⁵⁶ The power of the Court to devise an appropriate scheme is robust. The OPGT knows of no authority that confines the exercise of the power to the deletion of words in the original trust deed.

61. As the Trustees do not suggest the 1985 Trust is a charitable purpose trust, and given that it has beneficiaries who are ascertainable and objects and purposes capable of being carried out, the 1985 Trust does not appear to be a candidate for the application of *cy-pres* doctrine, at least not in its typical, traditional sense.

62. *Cy-pres*, has been engaged as a means of addressing charitable purpose trusts that have been found to contain discriminatory terms that offend public policy. In *Leonard*

⁵⁴ By virtue of a *nunc pro tunc* Order previously obtained from the Court, this includes in terms of the settling of property into the Trust. Consent Order re: Transfer of Assets filed August 25, 2016 [Appendix B, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

⁵⁵ *Essentials of Canadian Law*, Eileen Gillese, Irwin Law, Toronto 2014 3rd edition [Authorities Tab 6, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

⁵⁶ Donovan W.M. Waters, *Waters' Law of Trusts in Canada*, Carswell: Toronto, 4th ed. (2012) [Waters, *Law of Trusts in Canada*] at 14.VI.A. [Authorities Tab 5, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

*Foundation*⁵⁷ a trust was created to provide scholarships. The scholarship eligibility criteria were openly racist.⁵⁸ *Cy-pres* doctrine was applied to bring the trust into accord with public policy by providing that scholarship eligibility was opened to others without restriction.

63. In *Dominion Students Hall Trust v. A.G.* the Court invoked *cy-pres* to address a discriminatory scholarship eligibility requirement in a charitable purpose trust on the basis it was “impossible” to advance the intent of the trust with the discriminatory limit.⁵⁹

iii) *Common Law -- Discrimination in Trusts*

64. By prior Consent Order in the within proceedings, the parties have agreed and the Court has confirmed that the existing beneficiary definition in the 1985 Trust is “discriminatory”. The thrust of the Trustees’ submission in this Application is that given this finding, a “remedy” or “solution” must be available. They ascribe a ready jurisdiction on the part of the Court to intervene with the existing beneficiary definition on a public policy basis, and conversely take a narrow view of the remedies and means available to a Court upon any such intervention.

65. While the OPGT agrees the discrimination in the 1985 Trust is undesirable, discrimination in a trust does not automatically call for or require the intervention of the Court, or establish jurisdiction. Trusts by their very nature commonly “discriminate”, as is true of charitable purpose trusts, and which can be particularly so for private trusts.

66. In the charitable purpose trust context, the discrimination in the trust must “offend” public policy in order to give rise to the potential intervention of the Court on a common law basis. This does not necessarily correlate with what may constitute impermissible “discrimination” on a constitutional or human rights (equality) analysis given that with charitable purpose trusts one is generally considering private action, not “government or

⁵⁷ *Leonard Foundation* case [Tab 16, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁵⁸ *Leonard Foundation* case [Tab 16, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁵⁹ *Dominion Students' Hall Trust v. A-G*, 1947 Ch 183 [Authorities Tab 4, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019]

state action”. For example, *Re McConnell Estate* dealt with a private charitable trust was found to be beyond the scope of the B.C. Human Rights Code.⁶⁰

67. While the Trustees suggest there is “strong authority” to support the Court’s jurisdiction to address discrimination, the OPGT notes that, in fact, the Trustees’ submissions rely on an invitation that the Court make new law to establish a new category of trust, namely “community or quasi-public trusts” to provide the basis for jurisdiction.⁶¹

68. The question of whether discriminatory provisions of a trust has predominantly private trust characteristics can be reviewed on a public policy basis, in the same manner as with charitable purpose trusts or otherwise, is a question considered in two decisions cited in the Brief of the Trustees, *Spence*⁶² and *Taylor*⁶³ Each decision bears consideration in detail.

iv) *Spence v. BMO*

69. *Spence* concerned testamentary dispositions by the deceased which excluded his daughter. The will gave no reason for the disowning; however, the daughter brought forward evidence it was because the father of her child was “white”. The daughter claimed a racist intent on the part of the father and sought to impugn his will as discriminatory.

⁶⁰ For other, recent “discriminatory scholarship” cases where offence to public policy not found, see: *Estate of F.G. McConnell* 2000 BCSC 0445 [Authorities Tab 7, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019] (*Cy-pres* scheme unnecessary as scholarship based on religious affiliation found not to offend public policy, nor was human rights legislation applicable) and *Re Castanera Scholarship* 2015 MBQB 28 [Authorities Tab 12, Reply Brief of the OPGT, filed April 12, 2019] (Respecting a variation application to have scholarship made available only to underrepresented women -- as opposed to all women as provided for -- because University concerned availability to all women may be discriminatory under University policy adopting application of human rights legislation. No discriminatory intent found and variation refused).

⁶¹ The Trustees themselves seem to acknowledge this when they later, at paragraphs 49-51 of their Brief, refer to the Court extending the jurisdiction the Court has to review charitable purpose trusts on a public policy basis, to the review of trusts such as the 1985 Trust.

⁶² *Spence v. BMO Trust Co.* 2016 ONCA 196 [Tab 14, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁶³ *Taylor et.al. v. Ginoogaming First Nation*, 2019 ONSC 0328 [Tab 28, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

70. In rejecting this claim, Cronk J.A, writing for the majority of the Court acknowledged the ability of the Court to scrutinize testamentary dispositions alleged to offend public policy but found no such offence on the face of the will.⁶⁴

71. In the course of her decision Cronk J.A.:

i) Noted that testamentary freedom was not an absolute right. Apart from limits imposed by legislation, it may also be constrained by public policy considerations in some circumstances.⁶⁵

ii) Noted the will imposed “no conditions or stipulations” of the type where public policy has been invoked by courts, such as conditions that:⁶⁶

- a) act in restraint of marriage;
- b) result in a disinheritance if a certain choice is made; or,
- c) incite a crime or act prohibited by law.

iii) identified as pivotal considerations whether:

- a) a personal representative would be obligated to act in a manner contrary to law or public policy in order to implement the testators intentions; or,
- b) the beneficiary would be required to act in a manner contrary to law or public policy in order to inherit under the will.⁶⁷

72. Cronk J.A. also relied on the distinction described in *Leonard Foundation* between private trusts and “public” charitable trusts to distinguish the result in *Leonard* from the case before her, as follows:⁶⁸

“A finding that a charitable trust is void as against public policy would not have the far-reaching effects on testamentary freedom which some have anticipated. *This decision does not affect private, family trusts. By that I mean that it does not affect testamentary dispositions or outright gifts that are not also charitable trusts. ... It is [the] public nature of charitable trusts which attracts the*

⁶⁴ Concurred in by Justice Lauwers and with concurring reasons by Justice van Rensburg.

⁶⁵ *Spence v. BMO Trust Co.* 2016 ONCA 196 at para.38 [Tab 14, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁶⁶ *Spence v. BMO Trust Co.* 2016 ONCA 196 at para.55 [Tab 14, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁶⁷ *Spence v. BMO Trust Co.* 2016 ONCA 196 at para.56 [Tab 14, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁶⁸ *Spence v. BMO Trust Co.* 2016 ONCA 196 at para.45 [Tab 14, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

requirement that they conform to the public policy against discrimination. Only where the trust is a public one devoted to charity will restrictions that are contrary to the public policy of equality render it void. (at p. 515)” [Emphasis added by Cronk J.A.]

She went on to note that unlike the case before her, the trust at issue in *Leonard* required the administrators to themselves act in a discriminatory manner in their selection of scholarship candidates.⁶⁹

73. Finally, Cronk J.A. held that even if the will had displayed a discriminatory intent on its face the Court would not intervene on public policy grounds with the deceased’s intentional and private disposition of his property.⁷⁰ Such private dispositions, even if discriminatory, were beyond the scope of provincial human rights legislation or the *Charter*, and were not prohibited by any other enactment.

v) *Taylor v. Ginnogaming First Nation*

74. Like the case at bar, *Taylor* concerned an application by the trustees of a band member trust for Advice and Direction. The trust defined the beneficiary class as band members as of a fixed date. After that date, some persons who had been excluded from band membership became band members as a result of certain provisions of the *Indian Act* being struck down as discriminatory.⁷¹ The trustees sought a determination of whether those who have since become band members due to changes in the *Indian Act*, but who did not meet the existing beneficiary definition, should receive distributions under the trust. The trustees were not seeking to amend the trust.

75. The Ontario Superior Court found that on a plain reading of the trust agreement the new band members did not meet the fixed date criteria for band membership and were not

⁶⁹ *Spence v. BMO Trust Co.* 2016 ONCA 196 at para.68 [Tab 14, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁷⁰ *Spence v. BMO Trust Co.* 2016 ONCA 196 at para.73-75 [Tab 14, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁷¹ *Taylor et.al. v. Ginoogaming First Nation*, 2019 ONSC 0328 at para.16 [Tab 28, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

part of the beneficiary class. The Court noted that it was not “the role of an interpreting Court to change the plain meaning of a trust document”.⁷²

76. The Court also commented on the application of public policy, referring to *Leonard Foundation* as an instance where “a public charitable trust was discriminatory on its face” and referencing *Spence* as having “clarified that a settlor has a common law right to limit the scope of beneficiaries as long as the document is not discriminatory on its face”.⁷³ While noting that “the applicants neither sought to vary the trust, nor did they seek to have certain provisions declared void” the Court also stated “It cannot be said that the Trust Agreement is discriminatory on its face.”

vi) *Application of Case Law*

77. The OPGT submits that the Trustees’ argument for extending public policy based jurisdiction to a non-charitable purpose trusts such as the 1985 Trust should be considered in light of the following principles:

- i) Judicial restraint is to be exercised. (*Spence*). In the present case, the amendment to the beneficiary definition sought by the Trustees directly contradicts the express intention of the Settlor in establishing the Trust and it would extinguish the rights of some vested and some contingent beneficiaries.
- ii) Non-charitable purpose trusts call for distinct considerations from charitable purpose trusts. (*Leonard Foundation, Spence*).
- iii) Overt discrimination on the face of the trust that requires a trustee or a beneficiary to act in a way that “collides with public policy” is an important consideration in finding public policy jurisdiction (*Spence, Taylor*). Here, the existence of such overt discrimination would have to be the subject of a further determination by the Court.

⁷² *Taylor et.al. v. Ginoogaming First Nation*, 2019 ONSC 0328 at para.52 [Tab 28, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁷³ *Taylor et.al. v. Ginoogaming First Nation*, 2019 ONSC 0328 at para.50 [Tab 28, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

iv) Overt discrimination warranting judicial intervention on public policy grounds, at least in the testamentary context, can also stem from discriminatory conditions or restraints that serve to dictate whether or not a person retains or achieves beneficiary status. (*Spence*) Whether such restraints or conditions exist here, either expressly or implicitly, and if so whether the jurisdiction that applies in the testamentary context should be extended to a trust such as the 1985 Trust, would have to be the subject of a further determination by the Court.

v) A definition that restricts beneficiaries to band members who meet the definition of band member under the *Indian Act* as of a specific date does not necessarily require the trustees to act in a discriminatory manner (*Taylor*).

78. The Trustees also invite the Court to find a new category of trusts: “community or quasi-public trusts”. They suggest such trusts should be recognized as laying closer on a spectrum to charitable trusts than private family trusts, and thus more readily subject to public policy review.⁷⁴

79. The OPGT notes that in *Leonard Foundation* Robins J.A. emphasized that though the subject trust in that case (again, a charitable purpose trust) may have been privately created it had a “public or, at the least, a quasi-public character”.⁷⁵ A final determination of the Trustees’ argument that such a character exists with the 1985 Trust, and should be accepted as a reason for the Court to extend its public policy jurisdiction with respect to charitable purpose trusts to the 1985 Trust, is a matter to be decided in a future application.

80. The OPGT does note that important distinctions remain between the 1985 Trust and charitable purpose trusts. One distinction is that with charitable purpose trusts the beneficiary of the trust is some qualifying charitable purpose or object rather than specific individuals with a vested beneficial interests as is the case with the 1985 Trust. Intervention by the Court in a charitable purpose trust does not involve impact on vested individual interests as it would with the 1985 Trust, where the interests impacted include those

⁷⁴ See paragraph 35, Brief of the Trustees, filed March 29, 2019

⁷⁵ *Leonard Foundation* case at para. 30 and 33 [Tab 16, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

represented by the OPGT.⁷⁶ Should the Court at some point decide intervention is merited, protection of vested interests in the 1985 Trust would continue to be a priority for the OPGT.

81. With respect to the “no-amendment” clause at paragraph 11 of the 1985 Trust, the OPGT does not see this as a bar to the Trustees’ argument in favor of public policy review, nor for that matter to the Court’s jurisdiction under s. 42 of the *Trustee Act*. On the other hand, the existence of such a clause may be pertinent to the Court’s ultimate assessment of whether or how to exercise the jurisdiction it is found to have.

F. What is the scope of any jurisdiction to amend the 1985 Trust? (Para. (b) of the Order).

82. While taking an expansive approach to the existence of public policy jurisdiction, the Trustees propose a very narrow approach to its scope, suggesting that it be limited to striking out language that gives rise to the discrimination in the 1985 Trust.

83. The OPGT feels obliged to point out this is a singularly result-oriented approach calculated to yield the Trustees’ preferred amendment -- redefining the beneficiary class as “band members”. The effect of this would be to extinguish the vested (and contingent) beneficial interests of many current beneficiaries including many of those represented by the OPGT. The OPGT is troubled that the Trustees should advocate an amendment with such adverse impact on the existing beneficiaries, to whom the Trustees fiduciary obligations are owed.

84. The OPGT sees no principled basis for this approach. If the Court were to extend public policy jurisdiction to allow review of the 1985 Trust, it follows that the remedies available on such review should also be extended.

⁷⁶ Note, the OPGT submits the unworkability that the Trustee contends to exist with the current beneficiary definition (e.g. at paras. 25 and 26 of the Brief of the Trustees) to be an irrelevant consideration to any question of whether the beneficiary definition offends public policy. Moreover, it is a contention the OPGT would dispute were the matter at issue in the within application.

85. The OPGT submits that were the Court to decide to interfere with an existing beneficiary definition of the 1985 Trust on public policy grounds, the proper objective should be to ameliorate the discriminatory aspects of the existing definition found to be against public policy by preserving and protecting existing beneficial interests, while allowing, through the exercise of *cy-pres* scheme-making power, for those who had previously been discriminated against to be added. This was the net result in each of *Leonard Foundation* and *Dominion Students*⁷⁷ in the charitable purpose trust context.

86. In this regard, the OPGT also sees *Re Sprott Estate*, cited but sought to be distinguished by the Trustees, as an illustrative and informative canvassing of approaches taken to the amendment of trusts terms.⁷⁸

87. In sum, the OPGT submits the Court is not, and cannot be, restricted in the means available to it to address discrimination which it finds warrants judicial intervention, but rather has available to it the full suite of *cy-pres* remedies. A remedy that would re-write the existing trust terms to address the discrimination, but result in a loss of beneficiary status for current or prospective beneficiaries under the existing trust terms, is clearly not the only remedy available to the Court.

PART V – SUMMARY

88. In summary, the OPGT submits:

- a. No amendment to the beneficiary definition of the 1985 Trust is available under the terms of the Trust itself by virtue of the restriction in paragraph 11 thereof, provided that:
 - i. An amendment to eliminate that restriction could be pursued under s. 42 of the *Trustee Act* if the preconditions under s. 42 were satisfied; and
 - ii. If the restriction were considered to be discriminatory or offensive to public policy the Court might also be asked to exercise public policy review

⁷⁷ *Leonard Foundation* case [Tab 16, Brief of the Sawridge Trustees, filed March 29, 2019]

⁷⁸ See paragraph 53, Brief of the Trustees, filed March 29, 2019

jurisdiction to remove it, although the extension of such jurisdiction specifically to the 1985 Trust is as yet undecided and its exercise discretionary.

- b. An amendment to directly vary the beneficiary definition might also be sought pursuant to s. 42 of the *Trustee Act* or on a public policy basis, subject to the same qualifications.
- c. The Court always has jurisdiction to vary a trust pursuant to s. 42 of the *Trustee Act* provided the statutory preconditions are satisfied. The OPGT invites the Court to provide direction to the Trustees that might assist in the pursuit of a s. 42 application.
- d. The Court's amendment power under s. 42 of the *Trustee Act*, and on a public policy basis if available, is fulsome and is not limited to deletions.
- e. In the exercise of any type of jurisdiction the Court may find available, the rights of existing beneficiaries are paramount and must be protected.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED

Dated at the Hamlet of Sherwood Park, in the Province of Alberta, this 12th day of April, 2019.

HUTCHISON LAW

Per:



JANET L. HUTCHISON

Solicitors for the Office of the Public
Guardian and Trustee of Alberta

FIELD LAW

Per:



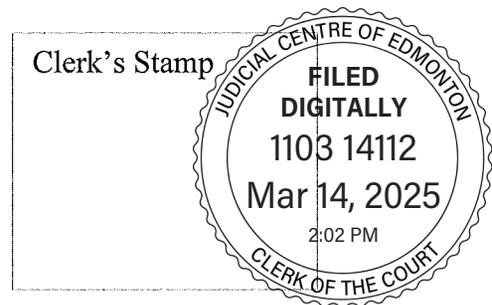
P. JONATHAN FAULDS, Q.C.

Solicitors for the Office of the Public
Guardian and Trustee of Alberta

Estimation of time for Oral Argument: 45 minutes

TAB D

COURT FILE NUMBER 1103 14112
COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE EDMONTON



IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT, R.S.A. 2000, C. T-8, AS AMENDED, and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND INTER VIVOS SETTLEMENT CREATED BY CHIEF WALTER PATRICK TWINN, OF THE SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19, now known as SAWRIDGE FIRST NATION, ON APRIL 15, 1985 (the "1985 Sawridge Trust")

APPLICANTS **ROLAND TWINN, EVERETT JUSTIN TWIN, MARGARET WARD, TRACEY SCARLETT and DAVID MAJESKI, as Trustees for the 1985 Trust ("Sawridge Trustees")**

RESPONDENTS **THE OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN AND TRUSTEE and CATHERINE TWINN**

DOCUMENT **REPLY SUBMISSIONS OF THE OFFICE OF THE PUBLIC GUARDIAN AND TRUSTEE ("OPGT")**

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT
Hutchison Law
#190 Broadway Business Square
130 Broadway Boulevard
Sherwood Park, AB T8H 2A3

Attn: **Janet L. Hutchison**

Telephone: (780) 417-7871

Fax: (780) 417-7872

File: 51433 JLH

Field Law
2500 - 10175 101 ST NW
Edmonton, AB T5J 0H3

Attn: **P. Jonathan Faulds, K.C. and Greg Harding, K.C.**

Telephone: (780) 423-7625

Fax: (780) 428-9329

File: 551860-8 JLH

Table of Contents

I.	OVERVIEW	3
II.	FACTS	4
a)	History of the Sawridge Trusts	4
i)	1982 Trust	4
ii)	1985 Trust	4
iii)	1986 Trust	6
b)	History of these proceedings pertinent of the SFN	7
i)	The SFN has avoided being a party to these proceedings	7
ii)	This proceedings does not involves, and never has involved, any issue about whether the 1985 Trust lacks certainty of objects	8
c)	Related Proceedings	11
III.	SUBMISSIONS	12
a)	The SFN intervention application is overboard.....	12
i)	The new issues are also time-barred	15
ii)	The SFN applicatin cannot be granted as currently framed. The OPGT would not object to the SFN being an intervener on proper terms described below	16

I. OVERVIEW

1. The Sawridge First Nation (SFN) seeks intervener status in the Sawridge Trustees' (Trustees) multi-part application filed June 28, 2024 (the Trustees' Application). The proposed intervention is overly broad, would raise issues not in the Trustees' Application or the proceedings as a whole, and seeks a remedial order that could usurp the role of the parties.

2. The Office of the Public Guardian and Trustee (OPGT) does not oppose the SFN being granted a focused right of intervention in the first part of the Trustees' Application, which asks whether they may make distributions to the beneficiaries of the Sawridge Inter Vivo Settlement (the 1985 Trust) notwithstanding the acknowledged discriminatory nature of its beneficiary definition (the Threshold Issue), provided that intervention is limited to the issues raised by the parties and to the evidence already before the Court.

3. The OPGT acknowledges that members of the SFN could be affected by the outcome of the Threshold Issue and that Henderson J. found in a prior SFN intervention application that the SFN is a proper representative of its members for the purposes of such an intervention.¹

4. The Trustees seek a determination of the Threshold Issue first, specifically paragraph 1(b) of the Trustees' Application. How the remaining parts of the application will proceed is contingent on its outcome. Accordingly, it is premature to address any SFN interest in the other issues raised by the Trustees' Application, which also include matters in which the SFN has no interest.

5. As this is the first substantial application before the new Case Management Justice, in addition to submissions addressing these matters, the OPGT provides a summary of the background, history and context giving rise to the Threshold Issue to assist the Court.

¹ Transcript of oral decision of Henderson J. in these proceedings, October 31, 2019, page 5, lines 9 to 23 [Appendix M]; Authorities of the OPGT, Tab A

II. FACTS

History of the Sawridge Trusts

The 1982 Trust

6. Under earlier versions of the *Indian Act*, some First Nations, including the SFN, were concerned about their capacity to hold and manage revenues generated from their own reserve lands and assets acquired with those revenues. First Nations turned to various devices, including the use of trusts, to facilitate economic activity.

7. The 1982 Trust was settled on April 15, 1982, by the late Walter Patrick Twinn, then Chief of the SFN as “a more formal vehicle to hold property for the benefit of present and future members of the Sawridge Indian Band.” Its beneficiaries were described as “all members, present and future, of the Band”.

The 1985 Trust

8. The pre-1985 *Indian Act* provisions on First Nations’ membership granted membership rights preferentially to the male line, including by removing membership rights from Status Indian women who married non-Indians.

9. With the advent of the *Charter* and its equality guarantees, legislative changes to this patriarchal approach were required. At the same time, the constitutional protection of aboriginal and treaty rights also supported the growing demand for First Nations self-government, including First Nations control of their own membership.

10. The *Charter* took effect April 17, 1982. Its equality protection under s. 15 was suspended for three years, until April 17, 1985, to allow all levels of government to review and amend discriminatory legislation. The *Indian Act*, including its discriminatory membership

provisions, was a subject of such review which engendered significant debate both within First Nations communities and between those communities and Canada.²

11. As a result of this review, in 1985 the Government of Canada enacted Bill C-31 to amend the *Indian Act* as follows:

- i. Eliminated provisions concerning Indian status and band membership which discriminated on the basis of sex; and³
- ii. Granted automatic entitlement to band membership in their former bands for certain categories of persons (acquired rights members). This entitlement was effective regardless of the wishes of their Band.⁴
- iii. Gave First Nations the ability to establish their own membership codes and assume control over their own membership (s.10 Bands), provided their codes respected the membership of acquired rights members.

12. The SFN supported First Nation control of membership but opposed the automatic return of membership rights for acquired rights members. The SFN and its leadership took the following steps to try and prevent this element of Bill C-31 from impacting it:

- a. First, on the eve of the date Bill C-31 was to become effective, Chief Twinn settled the 1985 Trust and the Trustees of the 1982 Trust transferred all assets held by the 1982 Trust to the new trust. The 1985 Trust defined its beneficiaries as persons who would be band members under the pre-Bill C-31 *Indian Act* rules. The stated purpose of this was to protect the 1982 Trust assets from persons who would become band members and thus beneficiaries of the 1982 Trust as a result of the automatic entitlement provisions of Bill C-31.⁵

² Hartley, Gerard, "The Search for Consensus: A Legislative History of Bill C-31, 1969-1985" (2007) *Aboriginal Policy Research Consortium International (APRCi)* [Authorities Tab 3]

³ *Indian Act*, R.S.C. 1970, c.I-6, s.12 [Authorities Tab 5]; *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 6, 10 and 11 [Authorities Tab 6]

⁴ *Sawridge Band v. Canada*, 2003 FCT 347, paras. 29, 34-38; upheld on appeal, *Sawridge Band v. Canada*, 2004 FCA 16 [Authorities Tab 11]

⁵ Bujold 12/11 at paras. 15-22 [Appendix B]; Questioning of Paul Bujold on his September 12, 2011 Affidavit by counsel for SFN, July 27, 2016 (PB Questioning 27/07/16): p.22, l.1-27 and p.23, l.1-22 [Appendix F]; October 1993 Trial Evidence of Walter Patrick Twinn, p. 3906 line 4 to page 3908 line 20; Exhibit "B" to the Affidavit of Darcy Twinn sworn September 24, 2019 [Appendix L]

b. Second, the SFN commenced a constitutional challenge to Bill C-31 in conjunction with other First Nations. It alleged the provisions giving certain persons automatic entitlement to band membership infringed constitutionally protected treaty and aboriginal rights.⁶ The constitutional challenge and the asset transfer were complementary measures. The intent of the 1985 Trust was to protect the assets from individuals whose entitlement to membership was restored by Bill C-31 pending the completion of the constitutional challenge.⁷

c. Third, the SFN exercised its right under Bill C-31 to establish its own membership code. The code was established by SFN resolution on July 4, 1985. On July 8, 1985 the SFN gave notice to the Minister of Indian Affairs that it was assuming control of its membership pursuant to the resolution. The SFN membership code has governed membership in the SFN since the date of that Notice.⁸

13. On Questioning, Mr. Bujold said the objective of establishing the 1985 Trust and transferring the 1982 Trust assets to it had been to protect the assets in the 1982 Trust from individuals who might be “forced” on the SFN as members.⁹

The 1986 Trust

14. Following the establishment of its own membership code Chief Twinn settled a further trust whose beneficiaries were SFN members as determined by its membership code (the 1986 Trust). Thereafter the SFN transferred cash and other assets into the 1986 Trust. No further assets were added to the 1985 Trust after the 1986 Trust was settled.¹⁰

15. Mr. Bujold described the effect of these various steps in his September 12, 2011 Affidavit:

“31. Effectively, the assets in existence at April 15, 1985 were preserved for those who qualified as Sawridge members based on the definition of membership that existed at that time. The 1986 Trust was established so that

⁶ PB Questioning 27/07/16, at p.22, l. 2-17 [Appendix F]; See also *Sawridge Band v. Canada*, 1997 CanLII 5294 (FCA), “Facts” [Authorities Tab 10]

⁷ *Ibid*

⁸ Affidavit of Records of Sawridge Trustees, filed April 30, 2018, Documents #SAW000166 and #SAW00697 [Appendix J]

⁹ PB Questioning 27/07/16, at p.23-24 [Appendix F]

¹⁰ Bujold 12/11 at paras. 29-31, and Exhibit “K” [Appendix B]

assets coming into existence subsequent to April 15, 1985 could be held in trust for those individuals who qualified as members in accordance with the definition of membership that existed in the post-Bill C-31 era.”¹¹

16. The 1986 Trust has operated actively since 1986, including distributing funds to its beneficiaries. While the 1985 Trust has been operational, it has yet to distribute any funds or benefits to beneficiaries. The Trust was estimated in 2011 to hold assets of approximately \$70 Million.

17. Despite the requirements of Bill C-31, the SFN refused to recognize any of its acquired rights members, thus also excluding them from beneficiary status under the 1986 Trust. This situation was not rectified until 2003 when the Federal Court of Canada issued an injunction requiring SFN to accept all its acquired rights members.¹² Since then, SFN Bill C-31 acquired rights members have been recognized as beneficiaries of the 1986 Trust.

18. Following two trials and ensuing appeals, the SFN’s constitutional challenge was dismissed in December 2009. The within proceeding was commenced in August 2011.¹³

History of these proceedings pertinent to the SFN Intervention Application

The SFN has avoided being a party to these proceedings

19. This proceeding was effectively commenced by the August 30, 2011, Affidavit of Paul Bujold, the Chief Executive Officer of the 1985 and 1986 Trusts. It gave rise to a Procedural Order directing the Trustees to bring an application to address the following issues:

- a. To seek direction with respect to the definition of “Beneficiaries” contained in the 1985 Sawridge Trust, and if necessary to vary the 1985 Sawridge Trust to clarify the definition of “Beneficiaries”.

¹¹ Bujold 12/11 at paras. 31 [**Appendix B**]

¹² *Sawridge Band v. Canada*, *supra*, at footnote 4

¹³ *Sawridge Band v. Her Majesty the Queen, Congress of Aboriginal Peoples, Native Council of Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta and Native Women’s Association of Canada AND BETWEEN Tsuu T’ina First Nation (formerly the Sarcee Indian Band) v. Her Majesty the Queen, Congress of Aboriginal Peoples, Native Council of Canada (Alberta), Non Status Indian Association of Alberta and Native Women’s Association of Canada*, 2009 CanLII 69744 (SCC) [**Authorities Tab 12**]

- b. To seek direction with respect to the transfer of assets to the 1985 Sawridge Trust.¹⁴

20. The Procedural Order directed the Trustees to give notice of the application to a wide range of parties including the SFN and all beneficiaries and potential beneficiaries of the 1985 Trust. Notice was given by a wide variety of means resulting in hundreds of individuals being notified.¹⁵

21. The SFN and others participated informally in the earlier stages of this proceeding but the SFN made it clear it did not want to be a party. In a decision in late 2015, then Case Management Justice, Thomas J. summarized the position of the SFN in the litigation as follows:

[15] The SFN takes the position that it is not a party to the Trustee's proceedings in this Court and it has been careful not to be added as a party. The SFN and the Sawridge Trustees are distinct and separate entities. It says that since the SFN has not been made a party to this proceeding, the *Rules* Part V procedures to compel documents do not apply to it.¹⁶

This has not changed. The SFN has never sought to become a party but has applied for intervener status on specific issues.

This proceeding does not involve, and never has involved, any issue about whether the 1985 Trust lacks certainty of objects.

22. The SFN application for intervention states at paragraph 9(a) that it would advance positions not addressed by the parties including: "The 1985 Sawridge Trust is invalid for failing to have objects which are ascertainable..."

¹⁴ Order of Thomas J., August 31, 2011, para. 1 [Appendix A]

¹⁵ Newspaper Notice, High Prairie and Slave Lake, posted to website September 1, 2011 [Appendix Q]; Email Notice, Paul Bujold to Beneficiaries and Potential Beneficiaries, re Court Application, posted to website September 1, 2011 [Appendix Q]; Sample Notice Letter, Paul Bujold to Beneficiaries and Potential Beneficiaries, Sent by Registered Mail, re Court Application, posted to website September 1, 2011 [Appendix Q]; Affidavit of Records of Catherine Twinn, filed February 1, 2019, Document #TWN003125 [Appendix K]

¹⁶ *1985 Sawridge Trust v Alberta (Public Trustee)*, 2015 ABQB 799 [Authorities Tab 1]

23. The Trustees have never sought advice and direction in this proceeding with respect to whether the 1985 Trust satisfies the three certainties and is or is not valid on that basis. The parties have engaged in 13 years of litigation on the common understanding there is no issue on that account and that the 1985 Trust is valid in that respect.

24. Rather, since Mr. Bujold's first affidavit in 2011 the focus has been on confirming the 1982 assets were properly transferred to the 1985 Trust, (which has now conclusively been established), addressing the discriminatory nature of the beneficiary definition in the 1985 Trust and establishing a fair distribution plan.

25. Initially, the Trustees sought to amend the beneficiary definition, as set out in Mr. Bujold's second 2011 affidavit in this proceeding.¹⁷ Given the difficulties in effecting an amendment to the 1985 Trust, the Trustees now seek advice and direction regarding whether they can make distributions from the Trust notwithstanding its discriminatory nature.

26. At various times the Trustees have provided information identifying beneficiaries of the 1985 Trust. For example, in 2014 Paul Bujold gave evidence that the Trustees had identified 23 minor beneficiaries of the 1985 Trust, 21 of whom were not members of the SFN and would lose their beneficiary status if the 1985 Trust was amended as then proposed.¹⁸ Further lists of the minor beneficiaries were provided by the Trustees in 2015¹⁹ and 2016.²⁰ The SFN has not challenged the accuracy of this evidence and the parties have operated on the basis of this evidence and the understanding that the 1985 Trust's beneficiaries are ascertainable.

27. As a result of the Court of Appeal decision in *Sawridge #5*,²¹ in 2018, the Trustees filed a constating document, Statement of Issues and Relief Sought, setting out the remaining

¹⁷ Affidavit of Paul Bujold, September 12, 2011, at paras. 32 and 33; [Appendix B]

¹⁸ Bujold Questioning 27/05/14, page 122 line 15 to page 123 line 15 [Appendix C]; Trustees Letter dated June 1, 2015 [Appendix D]

¹⁹ Application of 1985 Trustees filed June 12, 2015 [Appendix E]

²⁰ Trustees Letter dated September 14, 2016 [Appendix G]

²¹ *Twinn v. Twinn* 2017 ABCA 419, para. 21 [Authorities Tab 15]

issues in this proceeding.²² The Statement did not identify certainty of objects as a matter on which advice and direction was required.

28. The Trustees' Application, in which SFN now seeks to intervene, was filed June 28, 2024. It also does not identify certainty of objects as an issue requiring advice and direction in the application.

29. Until this intervention application by the SFN, no-one has ever applied for standing to challenge the validity of the 1985 Trust on any basis, including alleged inability to identify its beneficiaries, or uncertainty of objects.

30. The SFN has, in the past, threatened to do so but not followed through. For example, in September 2017 the SFN wrote to then Case Management Justice Thomas that the SFN was considering such an application "to dissolve the 1985 Trust on grounds that it fails as being discriminatory and contrary to public policy and other grounds."²³ However the SFN did not proceed with any such application.

31. It has also advanced argument challenging the validity of the 1985 Trust on the grounds its objects were uncertain, without having indicated its intention to do so, in the context of its intervention in the Trustees' application concerning the interpretation of the Asset Transfer Order.

32. No conditions were placed on that intervention and in argument the SFN sought to persuade Henderson J. that the 1985 Trust lacked certainty of objects, which would have rendered it invalid.²⁴ Though not specifically referenced in his decision the SFN's submissions to this effect were clearly not accepted by Henderson J., whose decision was predicated upon the 1985 Trust being valid.²⁵

²² Application of the Sawridge Trustees (Statement of Issues and Relief Sought), filed January 9, 2018 [Appendix I];

²³ Letter from SFN to Court, dated September 18, 2017 [Appendix H]

²⁴ Transcript of proceedings herein before Henderson J., September 27, 2021, page 64 line 10 to page 65, line 9. [Appendix O]

²⁵ *Twinn v Trustee Act*, 2022 ABQB 107, at e.g paras.286-289 [Authorities Tab 14]

33. In the course of the Asset Transfer Order application, the Trustees provided further information concerning the beneficiaries of the 1985 Trust in response to a request by Henderson J. for some “high level” information concerning members of the SFN and beneficiaries of the 1982 and 1985 Trusts.²⁶ The brief disclosed the Trustees believed there were 56 beneficiaries of the 1985 Trust. Of those, 30 were SFN members (out of a total SFN membership at the time of 45) and 26 were non-SFN members. These figures were relied upon by Henderson J in his decision.²⁷

34. In its decision on the ensuing appeal from the decision of Henderson J., the Alberta Court of Appeal noted:

“After the 2016 Consent Order was signed, the first case management judge noted that the remaining issue was “who the beneficiaries are”. In context, this was clearly a reference to the need to confront the discriminatory aspects of the definition of “Beneficiaries” in the 1985 Trust. **In a literal sense, “who the beneficiaries are” was clearly defined in the 1985 Trust.** As all were aware, the issue was “who should the beneficiaries be”.²⁸ (emphasis added)

Related Proceedings

35. Sawridge Chief Isaac Twinn, Sawridge Councilor Samuel Twinn, and Patrick Twinn have recently commenced a related application against the Trustees, seeking to remove them and be appointed (along with Shelby Twinn and Cody Twinn), in their place.²⁹ The grounds for this application overlap to an extent with the evidence of Chief Twinn filed in support of the SFN’s intervention application herein, namely that the 1985 Trustees have failed to identify all 1985 Trust beneficiaries.

²⁶ Brief of the Sawridge Trustees in Respect of the Impact of the Definition of Beneficiaries in Respect of the 1982 and 1985 Trust, filed November 30, 2020 [Appendix N]

²⁷ *Twinn v Trustee Act*, *supra* at fn 20, paras 15-17

²⁸ *Twinn v Alberta (Office of the Public Trustee)*, 2022 ABCA 368, para.51 [Authorities Tab 13]

²⁹ Originating Application filed by Isaac Twinn, Chief of the Sawridge First Nation *et al*, January 17, 2025 [Appendix P]

III SUBMISSIONS

The SFN intervention application is overbroad

36. The Trustees' Application seeks an overall resolution of this proceeding, seeking advice and direction concerning the following:

- a) Confirming the validity of the 1985 Trust;
- b) Affirming that notwithstanding the discriminatory nature of the 1985 Trust, the Trustees may proceed to make distributions to trust Beneficiaries;
- c) Approving the Distribution Proposal submitted by the Trustees;
- d) Confirming the OPGT has satisfied its Court imposed obligations;
- e) Discharging the OPGT;
- f) Declaring the indemnification and funding of the OPGT to be ended; and
- g) Confirming the subject proceedings to have ended.

The parties have agreed the overall application should be heard in stages, the first dealing with whether the Trustees can make distributions to the beneficiaries as currently defined. The Trustees' Distribution Proposal and the role of the OPGT will be dealt with in later stages.

37. The application by the SFN to participate in other stages of this application is overbroad. First, the later stages of the application are contingent on the outcome of the first. If, for example, the Court's advice and direction at the first stage were that the Trustees can not distribute to the currently defined beneficiaries, the proceeding would necessarily take a different direction and the second and third stages would be deferred and potentially reframed. Moreover, the SFN has not identified any interest it might have in stage 3 which, if reached in the context of this application, will address whether the OPGT has fulfilled its court-directed mandate.

The SFN intervention application impermissibly seeks to introduce new issues into the proceeding.

38. By proposing to question whether the 1985 Trust satisfies the requirement of certainty of objects, the SFN intervention application explicitly seeks to raise a new issue that would widen the *lis* framed by the parties.

39. In his concurrence in the recent Supreme Court of Canada decision in *R. v. McGregor*, Justice Rowe set out at length why interveners should not be permitted to introduce new issues in a proceeding. Intervenors in the case had urged the Court to overturn one of its precedents, a case which both parties explicitly assumed valid. In doing so, Justice Rowe observed, the interveners exceeded “the well-established limits on interveners.”³⁰

40. As Justice Rowe observed, the limits on the role of interveners are “grounded in the adversarial system: the parties control their case and decide which issues to raise.”³¹ Intervenors are not parties and must not widen or add to the points in issue or adduce evidence without specific leave.³²

41. Justice Rowe summarized his conclusions as follows:

[109] In sum, an intervener can make useful contributions when it respects the rules, practice directions, and jurisprudence of this Court. **By contrast, it exceeds its role when it seeks to alter the nature of the litigation by usurping the role of the parties, expanding the issues before the Court, or presenting new evidence.** An intervention that contravenes these settled rules is improper, and has negative consequences for the parties, potential interveners, and the administration of justice. (emphasis added)

³⁰ *R. v. McGregor*, 2023 SCC 4, (*McGregor*) at para 98 [Authorities Tab 8]

³¹ *McGregor*, at para. 104

³² *McGregor*, at paras. 105-108

42. The prohibition on widening the issues is equally well-established in the Alberta jurisprudence concerning interventions at both the trial and appellate levels.³³ It has also been expressed in colorful and colloquial terms in a recent Federal Court of Appeal decision:

“In this Court, interveners are guests at a table already set with the food already out on the table. Interveners can comment from their perspective on what they see, smell and taste. They cannot otherwise add food to the table in any way.”³⁴

43. The history of these proceedings illustrates the mischief that may result when this basic rule is not imposed and enforced. When the SFN was granted intervener status in the application concerning the effect of the Asset Transfer Order (ATO), no limits were placed on its participation. The SFN position effectively expanded the scope of the question before Henderson J. who granted what amounted to a remedial order desired by the SFN, namely that the assets of the 1985 Trust were held for the beneficiaries of the 1982 Trust.³⁵

44. The result was a three-year detour in the case before the Alberta Court of Appeal set aside the decision of Henderson J. and put the proceedings back on track.

45. Here the SFN is explicitly clear that if granted intervener status it will raise an issue that is not raised by the Threshold Application as contemplated by the Trustees, or the Trustees’ Application as a whole, and that seeks to undermine the very existence of the 1985 Trust on the basis that its objects are unascertainable.

46. As the SFN says at paragraphs 74 and 75 of its brief, if granted intervention it will argue that the beneficiaries of the 1985 Trust are unascertainable, that the 1985 Trust fails

³³ *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v Grande Prairie (City)*, 2017 ABCA 280 at paras 9-10 [Authorities Tab 2]; *Qualex-Landmark Towers Inc v 12-10 Capital Corp*, 2023 ABCA 177 (CanLII), at paras. 6 and 7 [Authorities Tab 7]; *Rebel News Network Ltd v Alberta (Election Commissioner)*, 2020 ABQB 687 (CanLII) [Authorities Tab 9]

³⁴ *HMK v. DAC Investment Holdings Inc.*, 2025 FCA 37, at para. 10, quoting *Tsleil-Wauth Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA [Authorities Tab 4]

³⁵ *Twinn v. Trustee Act*, 2022 ABQB 107 at paras.13, 286 [Authorities Tab 14]; *Twinn v. Alberta (Office of the Public Trustee)*; 2022 ABCA 368, at para 59 [Authorities Tab 13]. It should be noted that the Court of Appeal was also critical of Henderson J. for steering the proceedings in that direction.

accordingly, and that its assets should be returned to the SFN, which amounts to a remedial order.

47. This, on its face, goes beyond the SFN offering a unique perspective on the Trustees Application and would transform the Trustees' Application into a vehicle for the SFN's own aspirations, as occurred in the ATO application.

48. These advice and directions proceeding have never concerned the validity of the 1985 Trust vis-à-vis the three certainties. On the contrary, the proceedings throughout have been predicated on its validity on that account. The focus is, and always has been, on the discriminatory nature of the beneficiary definition.

49. As the Court of Appeal found in the ATO appeal: "As noted, the whole point of the 2016 Consent Order was to confirm the validity of the of the 1985 transfer **so as to create a stable platform for settlement and resolution of the discriminatory aspects of the Trust.**" (emphasis added).³⁶ The question the Trustees now pose has changed from whether the beneficiary definition can be changed to whether the trust can be distributed notwithstanding the beneficiary definition, but the underlying issue remains the same.

The new issues are also time-barred.

50. Further, any attempt by the SFN to challenge the validity of the 1985 Trust based on its beneficiary definition (whether based on certainty of objects or discrimination) would be prohibited by limitations and *laches*.

51. The trust was settled by then Chief Walter Twinn on April 15, 1985, almost exactly 40 years ago, well outside any possible limitation date. Moreover, the SFN has been aware of, and participated in these proceedings since 2011. It would be inequitable, and contrary to the doctrine of *laches*, to allow them to now advance an argument that would render the past 13 years of litigation, with its attendant cost and effort, pointless.

³⁶ *Twinn v. Alberta (Office of the Public Trustee)*; 2022 ABCA 368, para. 52 [Authorities Tab 13]

The SFN application also seeks to introduce new evidence. The new evidence is unnecessary to address the issue before the Court.

52. In its Application for intervener status and its brief (see, for example, para. 79) SFN also seeks permission of the Court to lead evidence on the “application of existing beneficiary definition to existing SFN membership”. It is stated, in turn, that this may require evidence to be led on the lineage of individual members as well as expert evidence.

53. Such proposed evidence goes well beyond what is required to address the Threshold Issue and further illustrates how the SFN’s proposed intervention would constitute an unnecessary widening of the issues between the actual parties.

54. As described above, the Court was previously provided with information about how many 1985 Trust beneficiaries were and were not members of the SFN, on which the Court has relied. Similar information concerning minor beneficiaries has also been provided. While those numbers may have changed over time, the ability to ascertain beneficiaries has been established. Given that, the precise identification of “who is who” or, “how many sit where” is not necessary to decide the legal question of whether the Trustees may distribute notwithstanding the discriminatory nature of the Beneficiary definition.

55. The additional evidence, including expert evidence, proposed to be introduced by the SFN would clearly result in significant delay to the proceedings with the resulting prejudice to the parties. The scope of the proposed evidence further reflects how the proposed intervention would commandeer the Trustees’ Application and take it in a different direction.

The SFN application cannot be granted as currently framed. The OPGT would not object to the SFN being an intervener on proper terms described below.

56. For all the reasons described above the SFN intervention application goes far beyond the scope of a proper intervention.

57. The OPGT does not contest that the SFN could meet the criteria to intervene on behalf of its members who will be affected by the outcome of the Threshold Application as framed

by the Trustees. However, as currently advanced, the intervention application cannot be granted as it plainly seeks to improperly expand the issues before the Court and threatens to take the Court and parties on another long and costly detour.

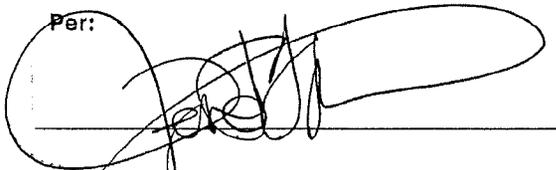
58. The OPGT does not object to the SFN being granted the right to intervene on the Threshold Application provided that its intervention reflects the proper role of an intervener. Specifically, the SFN should not be permitted to raise any new issue or evidence, including any argument the 1985 Trust is invalid on the basis that its objects are uncertain:

59. The OPGT has seen the draft Order appended to the Trustees' submissions which contains such terms and would be agreeable to it.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED this 14th day of March, 2025

HUTCHISON LAW

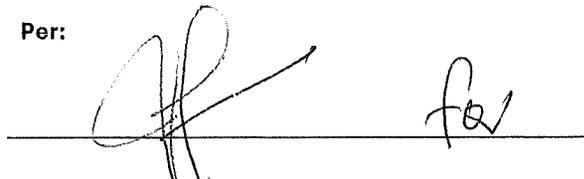
Per:



JANET L. HUTCHISON
Solicitors for the Office of the Public
Guardian and Trustee of Alberta

FIELD LAW

Per:



P. JONATHAN FAULDS, K.C. and GREG HARDING
K.C.
Solicitors for the Office of the Public Guardian
and Trustee of Alberta

T A B L E

COURT FILE NUMBER 1103 14112
COURT COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE EDMONTON



IN THE MATTER OF THE TRUSTEE ACT,
RSA 2000, c. T-8, AS AMENDED and

IN THE MATTER OF THE SAWRIDGE BAND
INTER VIVOS SETTLEMENT CREATED BY
CHIEF WALTER PATRICK TWINN, OF THE
SAWRIDGE INDIAN BAND, NO. 19 now
known as SAWRIDGE FIRST NATION ON
APRIL 15, 1985 (the "1985 Sawridge Trust")

APPLICANTS ROLAND TWINN, MARGARET WARD,
TRACEY SCARLETT, EVERETT JUSTIN
TWIN, AND DAVID MAJESKI, as Trustees for
the 1985 Sawridge Trust ("Sawridge Trustees")

DOCUMENT CASE MANAGEMENT ORDER

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT
DENTONS CANADA LLP
Attn: Michael Sestito
2500 Stantec Tower
10220 – 103 Avenue NW
Edmonton, AB T5J 0K4
Phone: 780-423-7300
Email: michael.sestito@dentons.com
File: 551860-1/MSS
And
Doris Bonora KC
Email : dorisbonora@kpmg.ca

DATE THIS ORDER WAS PRONOUNCED: April 4, 2025
PLACE WHERE THIS ORDER WAS PRONOUNCED: Edmonton, Alberta
NAME OF JUSTICE WHO PRONOUNCED THIS ORDER: Justice J.S. Little

UPON the Case Management Order pronounced November 27, 2024 (the "Case Management Order"); AND UPON review of an application for intervention status provided by the Sawridge First Nation (the "**Intervention Application**"); AND UPON hearing the submissions from counsel for the Sawridge Trustees, the Office of the Public Guardian and Trustee ("**OPGT**"), and the Sawridge First Nation; AND UPON hearing submissions from Catherine Twinn; AND UPON the Application from the Sawridge Trustees for certain relief filed June 28, 2024 (the "**Full Application**"); AND UPON being informed by the Sawridge Trustees that they wish to have the court adjudicate the threshold issue regarding paragraph 1(b) of the Full Application before the balance of the application is considered (the "**Threshold Application**");

IT IS HEREBY ORDERED THAT:

1. The Sawridge First Nation is granted status to intervene on the Threshold Application on the following conditions:
 - a. The Sawridge First Nation may file a written brief of law on or before May 26, 2025 of no more than 30 pages limited to arguments relating to the Threshold Application;
 - b. The Sawridge First Nation may be entitled to provide oral argument of no more than 60 minutes, or such further time as the Court may allow limited to arguments relating to the Threshold Application;
 - c. The Sawridge First Nation shall not be permitted to adduce any new evidence;
 - d. The Sawridge First Nation may not raise new issues in the Threshold application and may not raise issues that are not raised by the Applicants; and,
 - e. The Sawridge First Nation shall bear its own costs both for the purposes of its Intervention Application and for any participation in the Threshold Application.
2. The Sawridge First Nation's participation in any other part of the Full Application may be determined by consent of the Parties, failing which the Sawridge First Nation may apply for intervention at a later day.
3. The Threshold Application is scheduled for a full day on June 16, 2025. The Sawridge Trustees, as Applicants, shall file their written brief regarding the Threshold Application on April 16, 2025. The Respondents and the Sawridge First Nation shall provide written briefs responding to the Threshold Application on or before May 26, 2025.

COURT OF KING'S BENCH OF ALBERTA

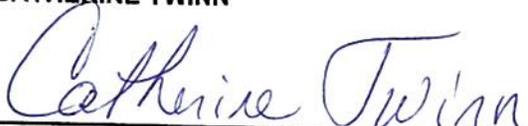

Justice J.S. Little

APPROVED AS TO FORM AND CONTENT BY:

KPMG LAW LLP / DENTONS CANADA LLP


Doris C Bonora KC / Michael Sestito,
Co-Counsel for the Sawridge
Trustees

CATHERINE TWINN


Catherine Twinn, Self-Represented

HUTCHISON LAW / FIELD LAW


P. Jonathan Faulds KC / Janet Hutchison,
Co-Counsel for the OPGT

MCLENNAN ROSS LLP


Crista Osualdini, Counsel for the
Sawridge First Nation

TAB 1

Canada Trust Co., trustee for the Leonard Foundation v.
Ontario Human Rights Commission; Royal Ontario Museum, Class of
Persons Eligible to Receive Scholarships from
the Leonard Foundation and Public Trustee

Indexed as: Canada Trust Co. v. Ontario Human Rights
Commission
(C.A.)

74 O.R. (2d) 481
[1990] O.J. No. 615
Action Nos. 586/87 and 622/87

ONTARIO
Court of Appeal
Robins and Tarnopolsky JJ.A. and Osler J. (ad hoc)
April 24, 1990.

Courts -- Jurisdiction -- Charitable trust established to
provide scholarships on allegedly discriminatory basis --
Complaint filed under Ontario Human Rights Code -- Court having
jurisdiction to make declaration as to validity of trust --
Declaration prior to investigation by Human Rights Commission
not premature.

Trusts and trustees -- Charitable trusts -- Public policy --
Discrimination -- Charitable trust established to provide
scholarships exclusively to white, Protestant, British subjects
-- Trust instrument also providing that amount of income spent
on providing scholarships for female students not to exceed one
quarter of total money available for all students -- Provisions
discriminatory and invalid as infringing public policy.

Trusts and trustees -- Charitable trusts -- Cy-pres --
Charitable trust established to provide scholarships on
discriminatory basis -- Discriminatory provisions invalid --

Cy-pres doctrine applied and trust brought into accord with public policy by removing restrictions with respect to race, colour, creed, ethnic origin and sex.

An educational trust was established in 1923. The terms of the trust excluded from benefit "all who are not Christians of the White Race, and who are not of British Nationality or of British Parentage, and all who owe allegiance to any Foreign Government, Prince, Pope or Potentate, or who recognize any such authority, temporal or spiritual". The power to select recipients of the scholarships was given to a committee, the members of which had to possess the same qualifications. The trust instrument also provided that the amount of income spent on providing scholarships for female students in any one year should not exceed one quarter of the total money available for all students for that year.

A complaint was filed under the Ontario Human Rights Code, 1981.

The trustee applied for the advice, opinion and direction of the court upon certain questions arising from the administration of the trust, including whether the provisions of the trust were void or illegal by reason of contravention of public policy as declared in the Human Rights Code, 1981, contravention of other public policy or uncertainty.

The trial judge found that the court had jurisdiction to rule on the question of discrimination contrary to the Human Rights Code, 1981 and that such a ruling before the Human Rights Commission had investigated and considered the complaint would not be premature. He also found that the trust provisions were not invalid on the ground of contravention of the Code or public policy or on the ground of uncertainty.

The Human Rights Commission and a residuary legatee of the settlor appealed.

Held, the appeal should be allowed.

Per Robins J.A. (Osler J. (ad hoc) concurring): The trial

judge was correct in finding that the court had jurisdiction to make a determination as to the validity of the trust and that such a determination was not premature.

The trust violated public policy. It was premised on notions of racism and religious superiority that contravened contemporary public policy. However, the trust should not fail. The cy-pres doctrine should be applied and the trust should be brought into accord with public policy so as to permit the general charitable intent to advance education to be implemented. The recitals should be struck out and all restrictions with respect to race, colour, creed or religion, ethnic origin and sex should be struck out.

Per Tarnopolsky J.A. (concurring in result): Generally, a charitable trust should not fail for uncertainty. The definition of the persons eligible to be recipients of scholarships constituted a condition precedent. Such a condition will not fail for uncertainty if some person or persons can be established as satisfying the condition. The definition was, accordingly, sufficiently certain.

The trust was void on the ground of public policy to the extent that it discriminated on grounds of race, religion and sex.

A charitable trust which fails can be applied cy-pres if the settlor had a general charitable intention. In this case, the settlor's paramount intention was charitable and the discriminatory scheme he chose as merely the machinery for carrying out his general charitable intention. Accordingly, the provisions of the trust which confined management, judicial advice and benefit on discriminatory grounds should be deleted from the trust instrument.

Re Dominion Students' Hall Trust; Dominion Students' Hall Trust v. Attorney General, [1947] Ch. 183, 176 L.T. 224, 91 Sol. Jo. 100 (Ch. D.); Re Lysaght; Hill v. Royal College of Surgeons of England, [1966] Ch. 191, [1965] 2 All E.R. 888, 109 Sol. Jo. 577 (Ch. D.); National Anti-Vivisection Society v.

Inland Revenue Commissioners, [1948] A.C. 31, [1947] 2 All E.R. 217, 177 L.T. 226 (H.L.); *Re Wren*, [1945] O.R. 778, [1945] 4 D.L.R. 674 (H.C.J.), *apld*

Re Millar, [1938] S.C.R. 1, [1938] 1 D.L.R. 65; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, 14 B.L.R. 157, 17 C.C.L.T. 106, 2 C.H.R.R. D/468, 81 C.L.L.C. Paragraph14,117, 22 C.P.C. 130, 124 D.L.R. (3d) 193, 37 N.R. 455, *revg* (1979), 27 O.R. (2d) 142, 9 B.L.R. 117, 11 C.C.L.T. 121, 80 C.L.L.C. Paragraph14,003, 105 D.L.R. (3d) 707 (C.A.), *consd*

Blainey v. Ontario Hockey Assn. (1986), 54 O.R. (2d) 513, 21 C.R.R. 44, 7 C.H.R.R. D/3529, 10 C.P.R. (3d) 450, 26 D.L.R. (4th) 728, 14 O.A.C. 194 (C.A.) [leave to appeal to S.C.C. refused (1986), 58 O.R. (2d) 274n, 21 C.R.R. 44n, 7 C.H.R.R. D/3529n, 10 C.P.R. (3d) 450n, 72 N.R. 76n, 17 O.A.C. 399n], *distd*

Other cases referred to

Re Allen; Faith v. Allen, [1953] Ch. 810, [1953] 2 All E.R. 898, 97 Sol. Jo. 606 (C.A.) [subsequent proceedings at [1954] Ch. 259, [1954] 1 All E.R. 526, 98 Sol. Jo. 146]; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, 36 C.R.R. 193, 34 B.C.L.R. (2d) 273, 25 C.C.E.L. 255, 10 C.H.R.R. D/5719, 56 D.L.R. (4th) 1, 91 N.R. 255, [1989] 2 W.W.R. 289; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, 18 D.L.R. (3d) 1; *Blathwayt v. Lord Cawley*, [1976] A.C. 397, [1975] 3 All E.R. 625, [1975] 3 W.L.R. 684, 119 Sol. Jo. 795 (H.L.); *Clayton v. Ramsden*, [1943] A.C. 320, [1943] 1 All E.R. 16, 86 Sol. Jo. 384 (H.L.); *Christie v. York Corp.*, [1940] S.C.R. 139, [1940] 1 D.L.R. 81; *Re Fitzpatrick* (1984), 6 D.L.R. (4th) 644, 16 E.T.R. 221, 27 Man. R. (2d) 284 (Q.B.); *Gilmour v. Coats*, [1949] A.C. 426, [1949] 1 All E.R. 848, 93 Sol. Jo. 355 (H.L.); *Re Gott; Glazebrook v. Leeds University*, [1944] Ch. 193, [1944] 1 All E.R. 293, 88 Sol. Jo. 103 (Ch. D.); *Income Tax Special Purposes Commissioners v. Pemsel*, [1891] A.C. 531, [1891-4] All E.R. Rep. 28, 65 L.T. 621 (H.L.); *Jones v. T. Eaton Co.*, [1973] S.C.R. 635, 35 D.L.R. (3d) 97; *Re Levy Estate* (1989), 68 O.R. (2d) 385, 58 D.L.R. (4th) 375, 33 E.T.R. 1,

33 O.A.C. 99 (C.A.); *McGovern v. Attorney General*, [1982] Ch. 321, [1981] 3 All E.R. 493, [1982] 2 W.L.R. 222 (Ch. D.); *McPhail v. Doulton*, [1971] A.C. 424, [1970] 2 All E.R. 228, 114 Sol. Jo. 375 (H.L.); *Ministry of Health v. Simpson*, [1951] A.C. 251, [1950] 2 All E.R. 1137, 94 Sol. Jo. 777 (H.L.); *Re Moon*; *Ex parte Dawes* (1886), 17 Q.B.D. 275, 55 L.T. 114, 34 W.R. 753 (C.A.); *Noble v. Alley*, [1949] O.R. 503, [1949] 4 D.L.R. 375 (C.A.) [revd [1951] S.C.R. 64, [1951] 1 D.L.R. 321]; *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, 3 C.H.R.R. D/781, 82 C.L.L.C. Paragraph17,005, 132 D.L.R. (3d) 14, 40 N.R. 159; *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, 52 O.R. (2d) 799 (note), 17 Admin. L.R. 89, 9 C.C.E.L. 185, 7 C.H.R.R. D/3102, 86 C.L.L.C. Paragraph17,002, 23 D.L.R. (4th) 321, [1986] D.L.Q. 89 (note), 64 N.R. 161, 12 O.A.C. 241; *Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co.*, [1951] A.C. 297, [1951] 1 All E.R. 31, [1951] 1 T.L.R. 118 (H.L.); *Power v. Nova Scotia (Attorney General)* (1903), 35 S.C.R. 182; *R. v. Tottenham & District Rent Tribunal*; *Ex parte Northfield (Highgate) Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 103, [1956] 2 All E.R. 863, 100 Sol. Jo. 552 (Q.B.); *Re Selby's Will Trusts*; *Donn v. Selby*, [1965] 3 All E.R. 386, [1966] 1 W.L.R. 43, 110 Sol. Jo. 74 (Ch. D.); *Re Tacon*; *Public Trustee v. Tacon*, [1958] Ch. 447, [1958] 1 All E.R. 163, 102 Sol. Jo. 53 (C.A.); *Re Tarnpolski*; *Barclays Bank Ltd. v. Hyer*, [1958] 3 All E.R. 479, [1958] 1 W.L.R. 1157, 102 Sol. Jo. 857 (Ch. D.); *Re Wilson*; *Twentyman v. Simpson*, [1913] 1 Ch. 314, [1911-3] All E.R. Rep. 1101, 57 Sol. Jo. 245 (Ch. D.)

Statutes referred to

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15(1), (2), 27, 28
Charities Accounting Act, R.S.O. 1980, c. 65
Conveyancing and Law of Property Act, R.S.O. 1980, c. 90, ss. 13, 22
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, ss. 1 [am. 1986, c. 64, s. 18(1)], 13, 31(2), 40 [am. 1986, c. 64, s. 18(16)], 40(1)
Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218, s. 117
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 13
Ministry of Citizenship and Culture Act, 1982, S.O. 1982, c. 6, s. 4

Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340
Race Relations Act, 1968 (U.K.), c. 71 [now Race Relations Act,
1976 (U.K.), c. 74]
Trustee Act, R.S.O. 1980, c. 512, s. 60

Rules and regulations referred to

Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, rules 14.05(2) [am.
O. Reg. 711/89, s. 14], 14.05(3) [am. O. Reg. 711/89, s. 15]

Authorities referred to

Halsbury's Laws of England, 4th ed. (London: Butterworths,
1974), vol. 5 "Charities", p. 309, para. 505, pp. 430-31,
para. 696
Hansard, 33rd Parliament, 2nd Session, May 28, 1986, pp. 937-41
Scott, A.W. and W.F. Fratcher, eds., The Law of Trusts, 4th ed.
(Boston: Little, Brown & Co., 1989), vol. IVA, pp. 535-36
Waters, D.W.M., Law of Trusts in Canada (Toronto: Carswell,
1974), c. 14 "Charitable Trusts", pp. 460-504, 502, 601-03,
626
Waters, D.W.M., Law of Trusts in Canada, 2nd ed. (Toronto:
Carswell, 1984), pp. 240, 611-32 (section entitled "Cy-pres:
the Scheme-Making Power")

Treaties, covenants and conventions referred to

International Covenant on Civil and Political Rights (1966),
G.A. Res. 2200 A (XXI), Articles 2, 3, 25, 26
International Convention on the Elimination of All Forms of
Discrimination Against Women (1979), G.A. Res. 34/180
International Convention on the Elimination of All Forms of
Racial Discrimination (1965), G.A. Res. 2106 A (XX)

APPEAL from the judgment of the High Court of Justice (1987),
61 O.R. (2d) 75, 42 D.L.R. (4th) 263, 27 E.T.R. 193, which
upheld the validity of certain trust provisions.

Janet E. Minor, for Ontario Human Rights Commission,
appellant.

Alan P. Shanoff and Francy B. Kussner, for Royal Ontario
Museum, intervener.

H. Donald Guthrie, Q.C., and John W.R. Day, for Canada Trust
Company, respondent.

William L.N. Somerville, Q.C., and Lindsay A. Histrop, for
Class of Persons Eligible to Receive Scholarships from the
Leonard Foundation, intervener.

Stan J. Sokol, for Public Trustee, intervener.

ROBINS J.A. (OSLER J. (ad hoc) concurring):-- The principal
question in this appeal is whether the terms of a scholarship
trust established in 1923 by the late Reuben Wells Leonard are
now contrary to public policy. If they are, the question then
is whether the cy-pres doctrine can be applied to preserve the
trust.

The appeal is from the order of McKeown J. [reported (1987),
61 O.R. (2d) 75, 42 D.L.R. (4th) 263, 27 E.T.R. 193 (H.C.J.)]
on an application under s. 60 of the Trustee Act, R.S.O. 1980,
c. 512 and rules 14.05(2) [am. O. Reg. 711/89, s. 14] and (3)
[am. O. Reg. 711/89, s. 15] of the Rules of Civil Procedure,
O. Reg. 560/84, by the Canada Trust Company, as the successor
trustee of a scholarship trust known as the Leonard Foundation,
for the advice, opinion and direction of the court upon certain
questions arising in the administration of the trust. The
questions put before the court are as follows:

1. Are any of the provisions of, or the policy established
under the Indenture made the 28th day of December, 1923
between Reuben Wells Leonard, Settlor of the First Part, and
The Toronto General Trusts Corporation, Trustee of the Second
Part (the "Indenture") set out in Schedule A hereunder void
or illegal or not capable of being lawfully administered by
the applicant The Canada Trust Company, successor trustee

thereunder, and/or the General Committee and other committees referred to in the Indenture, by reason of

(i) public policy as declared in the Human Rights Code, 1981 (the "Code");

(ii) other public policy, if any;

(iii) discrimination because of race, creed, citizenship, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, sex, handicap or otherwise; or

(iv) uncertainty?

2. If the answer to any of the questions propounded above is in the affirmative with respect to any of the said clauses or policy, does the trust created by the Indenture fail in whole or in part and if so, who is entitled to the trust fund under the Indenture?

3. If the answer to any of the questions propounded in paragraph 1 above is in the affirmative with respect to any of the said clauses or policy, but the answer to question 2 is in the negative, is there a general charitable intention expressed in and by the Indenture such that the Court in the exercise of its inherent jurisdictions in matters of charitable trusts will direct that the trust be administered cy-pres?

4. If the answer to any of the questions propounded in paragraph 1 above is in the affirmative with respect to any of the said clauses or policy, but the answer to question 3 above is also in the affirmative, how should the Trustee and/or the General Committee and other committees referred to in the Indenture administer the trust?

5. Does the application form as employed in the administration of the trust constitute a publication, display or other similar representation that indicates the intention of the Trustee or of the General Committee or other committees administering the trust to infringe or to incite

the infringement of rights under Part 1 of the Code?

6. If the answer to question 5 is in the affirmative, how should the Committee on Scholarships of The Leonard Foundation and its Honorary Secretary carry out the provisions of the Indenture which require an official application form to be submitted to the Honorary Secretary by a member of the General Committee on behalf of an applicant for a Leonard Scholarship?

McKeown J. found that the trust provisions were not invalid for any of the reasons set out in Question 1, which made it unnecessary for him to answer Questions 2, 3 and 4. He answered Question 5 in the negative, which made it unnecessary to answer Question 6.

The order has been appealed by two of the parties to the proceedings. The first appellant, the Ontario Human Rights Commission, takes the position that the learned weekly court judge should have declined to answer Questions 1(i), 1(iii) and 5 on the ground that these questions concern the applicability of the Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, and relate to matters within the exclusive primary jurisdiction of the Commission and, therefore, are not properly before the court.

The appellant, the Royal Ontario Museum (the ROM), has status in these proceedings as one of the charitable institutions named in the last will of Reuben Wells Leonard. Under this will, any amount that falls to be administered in the residuary estate is to be divided among certain individuals and charitable institutions as set out by the testator. The ROM's position on this appeal is that the scholarship trust violates public policy and fails completely. In its submission, the judge erred in not holding that the trust fund falls into the Leonard estate and must be distributed to the residual beneficiaries, including the ROM, in accordance with the provisions of the will.

The Public Trustee and the Class of Persons Eligible to Receive Scholarships from the Leonard Foundation are interveners in the case. They both support the judgment below

and ask that the appeal be dismissed. However, should the court find that the terms of the scholarship trust violate public policy, the Public Trustee submits that the trust nonetheless has a valid charitable purpose and should not fail but should be applied cy-pres without the offending conditions. On the other hand, counsel for the Class of Persons Eligible to Receive Scholarships takes the position that if the trust violates public policy, it fails completely and is incapable of being applied cy-pres.

The respondent, Canada Trust Company (the trustee), takes no position other than to suggest that: (1) the court below had jurisdiction to hear the application, and (2) that the indenture in 1923 created a valid charitable trust and, should this court determine by reason of the Human Rights Code, 1981 or other grounds of public policy that the conditions are now void, then either (a) such conditions are merely *malum prohibitum* and the court should strike them out and leave the charitable trust to operate freed therefrom, or (b) a reference should be directed to apply the fund cy-pres.

THE ISSUES

The preliminary issue as to jurisdiction raised by the Ontario Human Rights Commission, can be disposed of very briefly. In my opinion, this application is properly before the court. I agree with McKeown J. and Tarnopolsky J.A. in this regard and have nothing to add to their reasons. On the remaining issues, while I agree with Tarnopolsky J.A. that the appeal must be allowed, my reasons for reaching that conclusion differ from those of my learned colleague.

The remaining issues, in my view, reduce themselves to these questions:

1. Do the provisions of the trust contravene public policy or are they void for uncertainty?
2. If the answer to that question is in the affirmative, can the doctrine of cy-pres be applied to save the trust?

Before considering these issues, I think it important to examine the trust and review the circumstances that compelled the trustee to launch this application for advice and direction.

THE FACTS

A. The trust document

By indenture dated December 28, 1923 (the indenture or trust document), Reuben Wells Leonard (the settlor) created a trust to be known as the Leonard Foundation (the trust or the scholarship trust or the Foundation). He directed that the income from the property transferred and assigned by him to the trust (the trust property or trust fund) be used for the purpose of educational scholarships to be called the Leonard Scholarships. The Canada Trust Company has been appointed successor trustee of the Foundation.

The indenture opens with four recitals which relate to the race, religion, citizenship, ancestry, ethnic origin and colour of the class of persons eligible to receive scholarships. These recitals read as follows:

WHEREAS the Settlor believes that the White Race is, as a whole, best qualified by nature to be entrusted with the development of civilization and the general progress of the World along the best lines:

AND WHEREAS the Settlor believes that the progress of the World depends in the future, as in the past, on the maintenance of the Christian religion:

AND WHEREAS the Settlor believes that the peace of the World and the advancement of civilization depends very greatly upon the independence, the stability and the prosperity of the British Empire as a whole, and that this independence, stability and prosperity can be best attained and assured by the education in patriotic Institutions of selected children, whose birth and training are such as to warrant a reasonable expectation of their developing into

leading citizens of the Empire:

AND WHEREAS the Settlor believes that, so far as possible, the conduct of the affairs of the British Empire should be in the guidance of christian (sic) persons of British Nationality who are not hampered or controlled by an allegiance or pledge of obedience to any government, power or authority, temporal or spiritual, the seat of which government, power or authority is outside the British Empire. For the above reason the Settlor excludes from the management of, or benefits in the Foundation intended to be created by this Indenture, all who are not Christians of the White Race, all who are not of British Nationality or of British Parentage, and all who owe allegiance to any Foreign Government, Prince, Pope, or Potentate, or who recognize any such authority, temporal or spiritual.

The schools, colleges and universities in which the scholarships may be granted are described in the body of the Indenture in these terms:

2. The Schools, Colleges and Universities in which such Scholarships may be granted and enjoyed, are such one or more of Schools and Colleges in Canada and such one or more of Universities in Canada and Great Britain as the General Committee hereinafter described may from time to time in its absolute discretion select, but subject always to the requirements, terms and conditions concerning same as hereinbefore and hereinafter referred to and set out, and to the further conditions that any School, College or University so selected shall be free from the domination or control of adherents of the class or classes of persons hereinbefore referred to, whom the Settlor intends shall be excluded from the management of or benefits in the said Foundation ...

.

PROVIDED further and as an addition to the class or type of schools above designated or in the Schedule "A" hereto attached, the term "School" may for the purposes of Scholarships hereunder, include Public Schools and Public

Collegiate Institutes and High Schools in Canada of the class or type commonly known as such in the Province of Ontario as distinguished from Public Schools and Collegiate Institutes and High Schools (if any) under the control and domination of the class or classes of persons hereinbefore referred to as intended to be excluded from the management of or benefits in said Foundation, and shall also include a Protestant Separate School, Protestant Collegiate Institute or Protestant High School in the Province of Quebec.

PROVIDED further that in the selection of Schools, Colleges and Universities, as herein mentioned, preference must always be given by the Committee to the School, College or University, which, being otherwise in the opinion of the Committee eligible, prescribes physical training for female students and physical and military or naval training for male students.

(Emphasis added)

The management and administration of the Foundation is vested in a permanent committee known as the General Committee. The Committee consists of 25 members, all of whom must be possessed of the qualifications set out in the indenture's recitals:

The administration and management of the said Foundation is hereby vested in a permanent Committee to be known as the General Committee, consisting of twenty-five members, men and women possessed of the qualifications hereinbefore in recital set out.

(Emphasis added)

The General Committee is given, inter alia, the following power:

(c) Power to select students or pupils of the classes or types hereinbefore and hereinafter described as recipients of the said Scholarships or for the enjoyment of same, as the Committee in its discretion may decide.

(Emphasis added)

The class of students eligible to receive scholarships is described as follows:

SUBJECT to the provisions and qualifications hereinbefore and hereinafter contained, a student or pupil to be eligible for a Scholarship shall be a British Subject of the White Race and of the Christian Religion in its Protestant form, as hereinbefore in recital more particularly defined, who, without financial assistance, would be unable to pursue a course of study in any of the Schools, Colleges or Universities hereinbefore mentioned. Preference in the selection of students or pupils for Scholarships shall be given to the sons and daughters respectively of the following classes or descriptions of persons who are not of the classes or types of persons whom the Settlor intends to exclude from the management or benefit of the said Foundation as in the preamble or recital more particularly referred to, but regardless of the order of priority in which they are designated herein, namely:

- (a) Clergymen,
- (b) School Teachers,
- (c) Officers, non-commissioned Officers and Men, whether active or retired, who have served in His Majesty's Military, Air or Naval Forces,
- (d) Graduates of the Royal Military College of Canada,
- (e) Members of the Engineering Institute of Canada,
- (f) Members of the Mining & Metalurgical (sic) Institute of Canada.

PROVIDED further that in the selection, if any, of female students or pupils in any year under the provisions of this Indenture, the amount of income to be expended on such female students or pupils from and out of the moneys available for

Scholarships under the terms hereof, shall not exceed one-fourth of the total moneys available for Scholarships for male and female students and pupils for such year.

(Emphasis added)

The settlor expressed the wish that:

... the students or pupils who have enjoyed the benefits of a scholarship ... will form a Club or association for the purpose of

.

(b) Encouraging each other when the occasion arises and circumstances will permit, to personally afford financial assistance to pupils and students of similar classes as in recital hereinbefore described to obtain the blessings and benefits of education ...

(Emphasis added)

The trustee is empowered at the expense of the trust to apply to a judge of the Supreme Court of Ontario possessing the qualifications set out in the recitals for the opinion, advice and direction of the court:

9. The Trustee is hereby empowered at the expense of the trust estate to apply to a Judge of the Supreme Court of Ontario possessing the qualifications required of a member of the General Committee as hereinbefore in recital set out, for the opinion, advice and direction of the Court in connection with the construction of this trust deed and in connection with all questions arising in the administration of the trusts herein declared.

(Emphasis added)

I should perhaps note that no challenge was put forth on this basis in either this court or the court below.

The Leonard Scholarships have been available for more than 65 years to eligible students across Canada and elsewhere, and are tenable at eligible schools, colleges and universities in Canada and Great Britain. Application forms are available upon request from members of the General Committee. An applicant submits the application through a member of the General Committee who conducts a personal interview of the applicant, completes the nomination and recommendation and forwards the application to the General Committee.

The Committee on Scholarships meets in April or May of each year to consider all of the applications and to make recommendations to the General Committee. Finally, the General Committee meets and, after consideration of the recommendation of the Committee on Scholarships, approves the awards for the following academic year.

B. The circumstances leading up to the application

The circumstances leading up to this application are described in the affidavit of Jack Cummings McLeod, a trust officer with Canada Trust Company who has been the secretary of the General Committee since 1975. In light of the public policy aspects of the application, the circumstances described by Mr. McLeod become significant.

Mr. McLeod deposes that since 1975 he, as secretary, and various members of the General Committee have received correspondence from students, parents and academics expressing concerns and complaints with regard to the terms of eligibility for scholarships under the trust. Since 1956, numerous press articles, news reports and letters to the editor have appeared in the daily and university press of Canada commenting on, or reporting on comments about, the eligibility conditions. Mr. McLeod is aware of approximately 30 such articles, all generally critical of the eligibility requirements. The tenor of these articles is evident from their headings, which include "A Sorry Anachronism", "Act Now on Racist Funding" and "Whites Only Scholarship is Labelled 'Repugnant' ".

Since 1971, the Human Rights Commissions of Alberta and

Ontario and the Human Rights Branch of the Department of Labour of British Columbia have complained to the trustee and officials of the General Committee about the conditions of eligibility. Other bodies such as the Saskatoon Legal Assistance Clinic and units of the Anglican Church of Canada have made similar complaints.

Over the years 1975 to 1982, various schools and universities, including the University of Toronto, the University of Western Ontario and the University of British Columbia, have also complained, without success, to the Foundation about the eligibility requirements. In 1982, the University of Toronto discontinued publication of the Leonard Scholarship and refused to continue processing award payments because of the University's policy with respect to awards containing discriminatory or irrelevant criteria. The University of Alberta has taken similar action.

In January 1986, the chairman of the Ontario Human Rights Commission advised the Foundation that the terms of the scholarships appear to "run contrary to the public policy of the Province of Ontario" and requested "appropriate action to have the terms of the trust changed". In response, the Foundation took the position that it was administering a private trust whose provisions did not offend the Human Rights Code, 1981.

At various times over the past 25 years, members of the General Committee and officials of the trustee have themselves expressed concern about the eligibility criteria. The matter has been considered internally and, it appears, has been the subject of "divisive" debate at meetings of the General Committee.

In April 1986, the Most Reverend Edward W. Scott, then Primate of the Anglican Church of Canada, the church of which the late Colonel Leonard was a prominent member, wrote to the Foundation expressing his "deep concerns" about the trust. He recorded, in strong terms, his view that the eligibility criteria are discriminatory and against public policy and not "in keeping with the spirit and intent of the Canadian

Charter of Rights". He urged the Committee to apply to the courts to have the offensive terms "read out of the trust deed ... with the ultimate result that effect will continue to be given to the trust deed and gift as a whole". He concluded his letter stating:

I have every confidence that if the kind benefactor of this Trust were living in 1986, rather than those many years ago, there would be agreement that the scope of possible recipients be widened bringing the document in line with standards of public acceptance of today. There is every reason why the good works of the generous benefactor of the Foundation should live on in perpetuity but, in my view, they must be in keeping with the society of today just as what was written those many years ago was, no doubt, although regretfully, in keeping with the society of that day.

In August 1986, the Ontario Human Rights Commission, not satisfied with the response to its earlier letter, filed a formal complaint against the Leonard Foundation alleging that the trust contravened the Human Rights Code, 1981. This prompted the trustee to seek the advice and direction of the court. In his affidavit, Mr. McLeod explains the Trustee's position in bringing the application as follows:

21. ... the Trustee has been advised that it is, and has hitherto seen it to be its duty to support, maintain and administer the trusts which were accepted by the original Trustee until such time as a Court of competent jurisdiction determines that the trust is illegal or void. This the Trustee and its predecessor corporations have done for upwards of 63 years since the inception of the trust, without serious difficulty or opposition until the more recent of the events described in paragraphs 14 to 20 hereof.

22. The inquiries from the press, complaints of universities, schools, Human Rights Commissions and similar agencies, academics, members of the public and certain members of the General Committee, as well as the Complaint referred to in paragraph 17 hereof, the press articles and reports referred to in paragraphs 14 and 18 hereof, the

divisive effect of the motion and vote referred to in paragraph 20 hereof, and other similar recent events have, in my view, had an unsettling effect and have interfered with the due administration of the trusts declared by the Indenture and the ability of the Trustee to carry on such administration effectively. They have also impacted and can be expected to continue to impact unfavourably on the efficient administration of the scholarship programme by the General Committee, its Committee on Scholarships and its officials.

23. Although there has not to date been any serious difficulty experienced by the General Committee in identifying and making awards to students who fulfil the eligibility requirements of the Indenture, there have obviously been great changes in Canadian society and in the British Empire that have occurred in the 63 years since the inception of the Foundation. It may become more difficult than in the past to interpret and apply such eligibility terms as "British Nationality", "British Parentage", "allegiance to any Foreign Government, Prince, Pope or Potentate", "Christians of the White Race", "British Subject" and "of the Christian Religion in its Protestant Form". The Trustee has received an opinion of its counsel that a charitable trust is exempt from the requirement of certainty of objects and cannot fail for uncertainty so long as there are some eligible persons who are with certainty within the ambit of the qualifications. Nevertheless, in the context of modern Canadian life and society, the increasingly multi-cultural makeup of Canada and the attention which has now been focused on the eligibility requirements of the Indenture, these difficulties may be expected to increase.

24. The Trustee accordingly believes that it requires the opinion, advice and direction of this Honourable Court as to the essential validity of the Indenture under which it operates, pursuant to the provisions of section 60 of the Trustee Act and the Court's inherent jurisdiction to supervise charitable trusts.

A. Can the recitals be considered in deciding this issue?

In holding that the provisions of the trust did not violate either the Human Rights Code, 1981 or public policy, McKeown J. took into account only the operative clauses of the trust document and the second sentence of the fourth recital. In his view, the balance of the recitals were merely expressions of the settlor's motive and, hence, irrelevant to a determination of the issues before him. While he found the motives offensive to today's general community, he concluded that these recitals could play no part in interpreting the trust document or in resolving the question of whether the trust contravened public policy.

In my opinion, the recitals cannot be isolated from the balance of the trust document and disregarded by the court in giving the advice and direction sought by the trustee in this case. The document must be read as a whole. While the operative provisions of an instrument of this nature will ordinarily prevail over its recitals, where the recitals are not clearly severable from the rest of the instrument and themselves contain operative words or words intended to give meaning and definition to the operative provisions, the instrument should be viewed in its entirety. That, in my opinion, is the situation in the case of this trust document.

The recitals here in no way contradict or conflict with the operative provisions. The settlor made constant reference to them throughout the operative part of the document. He restricted the class of persons entitled to the benefits of the trust by reference to the recitals; he set the qualification for those who might administer the trust and give judicial advice thereon by reference to the recitals; and he stipulated the universities and colleges which might be attended by scholarship winners by reference to the recitals.

Moreover, the recitals were intended to give guidance and direction to the General Committee in awarding scholarships. They go beyond the restriction in the second sentence of the fourth recital excluding "all who are not Christians of the

White Race, all who are not of British Nationality or of British Parentage, and all who owe allegiance to any Foreign Government, Prince, Pope or Potentate, or who recognize any such authority, temporal or spiritual" from benefits in the Foundation. They indicate that not all white Protestants of British parentage should be eligible for the benefits of the trust but, rather, only those "whose birth and training are such as to warrant a reasonable expectation of their developing into leading citizens of the Empire" and "who are not hampered or controlled by an allegiance or pledge of obedience to any government, power or authority, temporal or spiritual, the seat of which government, power or authority is outside the British Empire". Those statements were intended as standards which, if not binding, were meant to be taken into account in the making of awards. I would not regard them as irrelevant. Nor would I regard any other of the recitals as irrelevant. The operative provisions were intended to be administered in accordance with the concepts articulated in the recitals. As this document is framed, its two parts are so linked as to be inextricably interwoven. In my opinion, one part cannot be divorced from the other.

Furthermore, and perhaps more fundamentally, even if the recitals are properly treated as going only to the matter of motive, I would not think they can be ignored on an application of this nature in which a trustee seeks advice with respect to public policy issues. While the Foundation may have been privately created, there is a clear public aspect to its purpose and administration. In awarding scholarships to study at publicly supported educational institutions to students whose application is solicited from a broad segment of the public, the Foundation is effectively acting in the public sphere. Operating in perpetuity as a charitable trust for educational purposes, as it has now for over half a century since the settlor's death, the Foundation has, in realistic terms, acquired a public or, at the least, a quasi-public character. When challenged on public policy grounds, the reasons, explicitly stated, which motivated the Foundation's establishment and give meaning to its restrictive criteria, are highly germane. To consider public policy issues of the kind in question by sterilizing the document and treating the recitals

as though they did not exist, is to proceed on an artificial basis. In my opinion, the court cannot close its eyes to any of this trust document's provisions.

B. Does the trust violate public policy?

Viewing this trust document as a whole, does it violate public policy? In answering that question, I am not unmindful of the adage that "public policy is an unruly horse" or of the admonition that public policy "should be invoked only in clear cases, in which the harm to the public is substantially incontestable, and does not depend on the idiosyncratic inferences of a few judicial minds": *Re Millar*, [1938] S.C.R. 1, [1938] 1 D.L.R. 65 [per Crocket J., quoting Lord Aitkin in *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402, at p. 13 S.C.R.]. I have regard also to the observation of Professor D.W.M. Waters in his text on the Law of Trusts in Canada, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1984), at p. 240 to the effect that:

The courts have always recognized that to declare a disposition of property void on the ground that the object is intended to contravene, or has the effect of contravening public policy, is to take a serious step. There is the danger that the judge will tend to impose his own values rather than those values which are commonly agreed upon in society and, while the evolution of the common law is bound to reflect contemporary ideas on the interests of society, the courts also feel that it is largely the duty of the legislative body to enact law in such matters, proceeding as such a body does by the process of debate and vote.

Nonetheless, there are cases where the interests of society require the court's intervention on the grounds of public policy. This, in my opinion, is manifestly such a case.

The freedom of an owner of property to dispose of his or her property as he or she chooses is an important social interest that has long been recognized in our society and is firmly rooted in our law: *Blathwayt v. Lord Cawley*, [1976] A.C. 397, [1975] 3 All E.R. 625, [1975] 3 W.L.R. 684, 119 Sol. Jo. 795 (H.L.). That interest must, however, be limited in the case

of this trust by public policy considerations. In my opinion, the trust is couched in terms so at odds with today's social values as to make its continued operation in its present form inimical to the public interest.

According to the document establishing the Leonard Foundation, the Foundation must be taken to stand for two propositions: first, that the white race is best qualified by nature to be entrusted with the preservation, development and progress of civilization along the best lines, and, second, that the attainment of the peace of the world and the advancement of civilization are best promoted by the education of students of the white race, of British nationality and of the Christian religion in its Protestant form.

To say that a trust premised on these notions of racism and religious superiority contravenes contemporary public policy is to expatiate the obvious. The concept that any one race or any one religion is intrinsically better than any other is patently at variance with the democratic principles governing our pluralistic society in which equality rights are constitutionally guaranteed and in which the multicultural heritage of Canadians is to be preserved and enhanced. The widespread criticism of the Foundation by human rights bodies, the press, the clergy, the university community and the general community serves to demonstrate how far out of keeping the trust now is with prevailing ideas and standards of racial and religious tolerance and equality and, indeed, how offensive its terms are to fair-minded citizens.

To perpetuate a trust that imposes restrictive criteria on the basis of the discriminatory notions espoused in these recitals according to the terms specified by the settlor would not, in my opinion, be conducive to the public interest. The settlor's freedom to dispose of his property through the creation of a charitable trust fashioned along these lines must give way to current principles of public policy under which all races and religions are to be treated on a footing of equality and accorded equal regard and equal respect.

Given this conclusion, it becomes unnecessary to decide

whether the trust is invalid by reason of uncertainty or to consider the questions raised in this regard in para. 23 of Mr. McLeod's affidavit which I reproduced earlier. Nor is it necessary to make any determination as to whether other educational scholarships may contravene public policy.

On the material before the court, it appears that many scholarships are currently available to students at colleges and universities in Ontario and elsewhere in Canada which restrict eligibility or grant preference on the basis of such factors as an applicant's religion, ethnic origin, sex, or language. None, however, so far as the material reveals, is rooted in concepts in any way akin to those articulated here which proclaim, in effect, some students, because of their colour or their religion, less worthy of education or less qualified for leadership than others. I think it inappropriate and indeed unwise to decide in the context of the present case and in the absence of any proper factual basis whether these other scholarships are contrary to public policy or what approach is to be adopted in determining their validity should the issue arise. The court's intervention on public policy grounds in this case is mandated by the, hopefully, unique provisions in the trust document establishing the Leonard Foundation.

THE CY-PRES ISSUE

On this issue, I agree with the learned weekly court judge that the trust established by the indenture is a charitable trust. I am persuaded that the settlor intended the trust property to be wholly devoted to the furtherance of a charitable object whose general purpose is the advancement of education or the advancement of leadership through education.

It must not be forgotten that when the trust property initially vested in 1923 the terms of the indenture would have been held to be certain, valid and not contrary to any public policy which rendered the trust void or illegal or which detracted from the settlor's general intention to devote the property to charitable purposes. However, with changing social attitudes, public policy has changed. The public policy of the

1920s is not the public policy of the 1990s. As a result, it is no longer in the interest of the community to continue the trust on the basis predicated by the settlor. Put another way, while the trust was practicable when it was created, changing times have rendered the ideas promoted by it contrary to public policy and, hence, it has become impracticable to carry it on in the manner originally planned by the settlor.

In these circumstances, the trust should not fail. It is appropriate and only reasonable that the court apply the cy-pres doctrine and invoke its inherent jurisdiction to propound a scheme that will bring the trust into accord with public policy and permit the general charitable intent to advance education or leadership through education to be implemented by those charged with the trust's administration.

The observations of Lord Simonds in *National Anti-Vivisection Society v. Inland Revenue Commissioners*, [1948] A.C. 31, [1947] 2 All E.R. 217, 177 L.T. 226 (H.L.), are apposite to this case. At p. 74 A.C. he said:

A purpose regarded in one age as charitable may in another be regarded differently. I need not repeat what was said by Jessel M.R. in *In re Campden Charities*, 18 Ch. D. 310. A bequest in the will of a testator dying in 1700 might be held valid on the evidence then before the court but on different evidence held invalid if he died in 1900. So, too, I conceive that an anti-vivisection society might at different times be differently regarded. But this is not to say that a charitable trust, when it has once been established can ever fail. If by a change in social habits and needs or, it may be, by a change in the law the purpose of an established charity becomes superfluous or even illegal, or if with increasing knowledge it appears that a purpose once thought beneficial is truly detrimental to the community, it is the duty of trustees of an established charity to apply to the court or in suitable cases to the charity commissioners or in educational charities to the Minister of Education and ask that a cy-pres scheme may be established. ... A charity once established does not die, though its nature may be changed.

Reference might also be made to A.W. Scott and W.F. Fratcher, eds., *The Law of Trusts*, 4th ed. (Boston: Little, Brown & Co., 1989), where, at vol. IVA, pp. 535-36, the following comment appears:

The result of a too strict adherence to the words of the testator often means the defeat rather than the accomplishment of his ultimate purpose. He intends to make the property useful to mankind, and to render it useless is to defeat his intention (*Dunbar v. Board of Trustees of George W. Clayton College*, 170 Colo. 327, 461 P.2d 28 (1969) (quoting the text)). Said John Stuart Mill,

"Under the guise of fulfilling a bequest, this is making a dead man's intentions for a single day a rule for subsequent centuries, when we know not whether he himself would have made it a rule even for the morrow. ... No reasonable man, who gave his money, when living, for the benefit of the community, would have desired that his mode of benefiting the community should be adhered to when a better could be found."

Some vain and obstinate donors indeed might prefer to have their own way forever, whether that way should ultimately prove beneficial or not. But why should effect be given to such an unreasonable desire? A man is not allowed to control the disposition of property for private purposes beyond the period of perpetuities. He is permitted to devote his property in perpetuity to charitable purposes only because the public interest is supposed to be promoted by the creation of charities. The public interest is not promoted by the creation of a charity that by the lapse of time ceases to be useful. The founder of a charity should understand therefore that he cannot create a charity that shall be forever exempt from modification.

(Emphasis added)

See generally, Waters, *Law of Trusts*, at pp. 611-32 (a section entitled "Cy-pres: the Scheme-Making Power"); *Power v. Nova Scotia (Attorney General)* (1903), 35 S.C.R. 182; *Re Fitzpatrick* (1984), 6 D.L.R. (4th) 644, 16 E.T.R. 221, 27 Man. R. (2d) 284 (Q.B.); *Re Tacon*; *Public Trustee v. Tacon*, [1958] Ch. 447,

[1958] 1 All E.R. 163, 102 Sol. Jo. 53 (C.A.); and Re Dominion Students' Hall Trust; Dominion Students' Hall Trust v. Attorney General, [1947] Ch. 183, 176 L.T. 224, 91 Sol. Jo. 100 (Ch. D.).

DISPOSITION

To give effect to these reasons, I would strike out the recitals and remove all restrictions with respect to race, colour, creed or religion, ethnic origin and sex as they relate to those entitled to the benefits of the trust and as they relate to the qualifications of those who may be members of the General Committee or give judicial advice and, as well, as they relate to the schools, universities or colleges in which scholarships may be enjoyed. (The provision according preferences to sons and daughters of members of the classes of persons specified in the trust document remains unaffected by this decision.) I would answer the questions posed as follows:

Q. 1(ii). Yes, the provisions of the trust which confine management, judicial advice, schools, universities and colleges and benefits on grounds of race, colour, ethnic origin, creed or religion and sex are void as contravening public policy.

Q. 1(i), (iii) and (iv). It is not necessary to answer these questions.

Q. 2. No.

Q. 3. Yes.

Q. 4. As before, but with the deletion of the discriminatory restrictions mentioned in the answer to Q. 1(ii).

QQ. 5 and 6. The application form should be changed in accordance with this decision.

In the result, I would allow the appeal, set aside the order of McKeown J., and issue judgment as aforesaid. The costs of the appeal and of the application before McKeown J. shall be paid to the parties on a solicitor-and-client basis out of the

corpus of the trust.

TARNOPOLSKY J.A. (concurring in result):--

THE JUDICIAL HISTORY AND THE ISSUES

This case concerns appeals from the judgment of McKeown J., dated August 10, 1987 [reported 61 O.R. (2d) 75, 42 D.L.R. (4th) 263, 27 E.T.R. 193] upon an application, under s. 60 of the Trustee Act, R.S.O. 1980, c. 512 and rules 14.05(2) [am. O. Reg. 711/89, s. 14] and (3) [am. O. Reg. 711/89, s. 15] of the Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, by the Canada Trust Company, as the successor trustee under an indenture made on December 28, 1923, between one Reuben Wells Leonard, the settlor, and the Toronto General Trusts Corporation, the trustee, for advice and direction upon the following questions arising out of the administration of the trust created by the indenture:

1. Are any of the provisions of, or the policy established under the Indenture made the 28th day of December, 1923 between Reuben Wells Leonard, Settlor of the First Part, and The Toronto General Trusts Corporation, Trustee of the Second Part (the "Indenture") set out in Schedule A hereunder void or illegal or not capable of being lawfully administered by the applicant The Canada Trust Company, successor trustee thereunder, and/or the General Committee and other committees referred to in the Indenture, by reason of

(i) public policy as declared in the Human Rights Code, 1981 (the "Code");

(ii) other public policy, if any;

(iii) discrimination because of race, creed, citizenship, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, sex, handicap or otherwise; or

(iv) uncertainty?

2. If the answer to any of the questions propounded above

is in the affirmative with respect to any of the said clauses or policy, does the trust created by the Indenture fail in whole or in part and if so, who is entitled to the trust fund under the Indenture?

3. If the answer to any of the questions propounded in paragraph 1 above is in the affirmative with respect to any of the said clauses or policy, but the answer to question 2 is in the negative, is there a general charitable intention expressed in and by the Indenture such that the Court in the exercise of its inherent jurisdictions in matters of charitable trusts will direct that the trust be administered cy-pres?

4. If the answer to any of the questions propounded in paragraph 1 above is in the affirmative with respect to any of the said clauses or policy, but the answer to question 3 above is also in the affirmative, how should the Trustee and/or the General Committee and other committees referred to in the Indenture administer the trust?

5. Does the application form as employed in the administration of the trust constitute a publication, display or other similar representation that indicates the intention of the Trustee or of the General Committee or other committees administering the trust to infringe or to incite the infringement of rights under Part 1 of the Code?

6. If the answer to question 5 is in the affirmative, how should the Committee on Scholarships of The Leonard Foundation and its Honorary Secretary carry out the provisions of the Indenture which require an official application form to be submitted to the Honorary Secretary by a member of the General Committee on behalf of an applicant for a Leonard Scholarship?

The answers given by McKeown J. were as follows:

Question 1 (i): No; (ii): No; (iii): No; (iv): No.

Questions 2, 3 and 4: The answers given to the previous

question make it unnecessary to answer Questions 2, 3 and 4.

Question 5: No.

Question 6: The answer given to the previous question makes it unnecessary to answer this one.

One appellant is the Royal Ontario Museum (ROM), which was one of several charitable institutions which were, by order of the Associate Chief Justice of Ontario dated December 3, 1986, required to be served, as residuary legatees of the settlor, with notice of the application of the trustee. This appellant asks that the appeal be allowed in part and that positive answers be given to Questions 1(ii), 1(iii), 1(iv); and to Question 2, with the added declaration that the residual beneficiaries are entitled to the trust fund; and also that the answer to Question 3 be in the negative.

The other appellant is the Ontario Human Rights Commission which had, pursuant to s. 31(2) of the Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53 (hereafter Human Rights Code, 1981), initiated a formal complaint with itself against the trustee on August 12, 1986, alleging discrimination in the provision of services and facilities and in contracting, on grounds of race, creed, colour, citizenship, ancestry, place of origin and ethnic origin. Subsequent to being informed of this complaint the trustee applied to the High Court for directions and the Commission was added as the respondent. The Commission appeals that part of the decision of McKeown J. in which he provides answers to Questions 1(i), 1(iii) and 5, on the ground that they concerned the applicability of the Human Rights Code, 1981 and so are matters within the exclusive primary jurisdiction of the Commission and any board of inquiry appointed under the Code.

There are two interveners in this appeal. The first is the Class of Persons Eligible to Receive Scholarships from the Leonard Foundation, added by the order of the Associate Chief Justice of the High Court referred to earlier. On behalf of this class it was argued that the appeal should be dismissed, but that, if the answer to Question 1 is answered in the

affirmative, then the answers to Questions 2, 3 and 4 should be that the trust fails, is incapable of being applied cy-pres, and the trust fund results to the settlor's estate to be distributed according to his will.

In his order of December 3, 1986 mentioned above, the Associate Chief Justice of the High Court also ordered that notice of the application be served on the Public Trustee, rather than upon the Official Guardian as set out in clause 9 of the indenture. The Public Trustee also argued that the appeal should be dismissed. However, in the alternative it was submitted that if it should be found that certain terms or clauses breach public policy or are uncertain, such terms or clauses should be treated as conditions subsequent or unessential, which could be expressed so as not to detract from a valid charitable purpose of creating a scholarship fund for students in need of financial assistance to pursue their studies in selected schools, colleges or universities.

All these submissions can be summarized into three main issues:

1. Did McKeown J. have jurisdiction to determine this matter or should he have deferred to the jurisdiction of the Ontario Human Rights Commission?
2. Is the trust void in whole or in part either for uncertainty or because it violates public policy?
3. If the trust is void on grounds of public policy or uncertainty, is there a general charitable intention so that the court can apply the trust cy-pres?

Questions 5 and 6 of the original application, which are subsidiary questions, could need to be addressed depending upon the answers to the three main issues.

II. THE FACTS

These are set out in sufficient detail in the judgment of McKeown J. at pp. 82-87 O.R. It is sufficient for our purposes

to summarize therefrom.

By indenture dated December 28, 1923, the trustee accepted the burden of certain trusts thereby created with respect to the trust property transferred and assigned to it. The trust was directed to be known as the Leonard Foundation (the Foundation), the scholarships from which were directed to be known as the Leonard Scholarships. There was provision for the settlor to revoke the indenture during his lifetime, but he did not do so before his death on December 17, 1930.

The most pertinent parts of the indenture are:

The Recitals

WHEREAS the Settlor believes that the White Race is, as a whole, best qualified by nature to be entrusted with the development of civilization and the general progress of the World along the best lines:

AND WHEREAS the Settlor believes that the progress of the World depends in the future, as in the past, on the maintenance of the Christian Religion:

AND WHEREAS the Settlor believes that the peace of the World and the advancement of civilization depends very greatly upon the independence, the stability and the prosperity of the British Empire as a whole, and that this independence, stability and prosperity can be best attained and assured by the education in patriotic Institutions of selected children, whose birth and training are such as to warrant a reasonable expectation of their developing into leading citizens of the Empire:

AND WHEREAS the Settlor believes that, so far as possible, the conduct of the affairs of the British Empire should be in the guidance of christian (sic) persons of British Nationality who are not hampered or controlled by any allegiance or pledge of obedience to any government, power or authority, temporal or spiritual, the seal of which government, power or authority is outside of the British

Empire. For the above reason the Settlor excludes from the management of, or benefits in the Foundation intended to be created by this Indenture, all who are not Christians of the White Race, all who are not of British Nationality or of British Parentage, and all who owe allegiance to any Foreign Government, Prince, Pope or Potentate, or who recognize any such authority, temporal or spiritual.

.

2. The Schools, Colleges and Universities in which such Scholarships may be granted and enjoyed, are such one or more of Schools and Colleges in Canada and such one or more of Universities in Canada and Great Britain as the General Committee hereinafter described may from time to time in its absolute discretion select, but subject always to the requirements, terms and conditions concerning same as hereinbefore and hereinafter referred to and set out, and to the further conditions that any School, College or University so selected shall be free from the domination or control of adherents of the class or classes of persons hereinbefore referred to, whom the Settlor intends shall be excluded from the management of or benefits in the said Foundation ...

.

If a vacancy in the General Committee is not filled for two years after it occurs, pursuant to the above provisions, the Trustee may apply to any Judge of the Supreme Court of Ontario, possessed of the qualifications herein required of a member of the said General Committee ...

.

The General Committee shall have the following powers ...

.

(c) Power to select students or pupils of the classes or types hereinbefore and hereinafter described as recipients of the said Scholarships or for the enjoyment of same, as the

Committee in its discretion may decide.

.

SUBJECT to the provisions and qualifications hereinbefore and hereinafter contained, a student or pupil to be eligible for a Scholarship shall be a British subject of the White Race and of the Christian Religion in its Protestant form, as hereinbefore in recital more particularly defined, who, without financial assistance, would be unable to pursue a course of study in any of the Schools, Colleges or Universities hereinbefore mentioned. Preference in the selection of students or pupils for Scholarships shall be given to the sons and daughters respectively of the following classes or descriptions of persons who are not of the classes or types of persons whom the Settlor intends to exclude from the management or benefit of the said Foundation as in the preamble or recital more particularly referred to, but regardless of the order of priority in which they are designated herein, namely:

- (a) Clergymen,
- (b) School Teachers,
- (c) Officers, non-commissioned Officers and Men, whether active or retired, who have served in His Majesty's Military, Air or Naval Forces,
- (d) Graduates of the Royal Military College of Canada,
- (e) Members of the Engineering Institute of Canada,
- (f) Members of the Mining & Metalurgical (sic) Institute of Canada.

PROVIDED further that in the selection, if any, of female students or pupils in any year under the provisions of this Indenture, the amount of income to be expended on such female students or pupils from and out of the moneys available for Scholarships under the terms hereof, shall not exceed one-

fourth of the total moneys available for Scholarships for male and female students and pupils for such year.

.

8. THE Trustee shall disburse the whole or such part of the net annual income derived from the Trust Estate among the persons, Schools, Colleges and Universities in such amounts, at such times, upon such terms and in such manner as the General Committee shall in its discretion consistent with the intention of the Settlor as hereinbefore set out, decide, and the money payable in respect of such Scholarships shall, except as hereinafter provided, be paid to the respective Schools, Colleges or Universities in which the respective student or students, pupil or pupils, are in attendance ...

9. THE Trustee is hereby empowered at the expense of the trust estate to apply to a Judge of the Supreme Court of Ontario possessing the qualifications required of a member of the General Committee as hereinbefore in recital set out, for the opinion, advice and direction of the Court in connection with the construction of this trust deed and in connection with all questions arising in the administration of the trusts herein declared ...

The indenture indicates that the administration and management of the Foundation, as distinct from the powers and duties of the applicant with respect to the trust estate, are vested in a General Committee and a sub-committee thereof known as the Committee on Scholarships.

Application forms for scholarships are made available during the months of January, February and March to members of the General Committee and, upon request, to schools, colleges, universities and individuals. An applicant submits an application through a member of the General Committee, who conducts a personal interview of the applicant, completes the nomination and recommendation, and forwards the application to the General Committee before March 31.

The Committee on Scholarships meets in April or May in each

year to consider the applications and to prepare recommendations to the General Committee for the award of scholarships. The General Committee then meets and, inter alia, receives the report and recommendations of the Committee on Scholarships and approves the awards to be made for the ensuing scholastic year. In making awards, the General Committee bases its decision in each individual case upon, inter alia, the requirements set out in the indenture. To be eligible for a scholarship, a person must be one who, without financial assistance, would be unable to pursue a course of study and meets the other criteria in the indenture.

Since 1971, the Ontario Human Rights Commission and its equivalents in the Provinces of Alberta and British Columbia, together with other bodies, have expressed concerns over conditions of eligibility to officials of the trustee. There are universities which, in the last ten years, have also complained or expressed concern to officers of the Foundation regarding eligibility requirements. Notwithstanding instances of this kind, the Foundation receives approximately 230 new and renewal applications annually.

Evidence was submitted to McKeown J. to show that there exist in Ontario and elsewhere in Canada numerous educational scholarships which contain eligibility restrictions based on race, ancestry, place of origin, ethnic origin, citizenship, creed, sex, age, marital status, family status and handicap.

III. THE JURISPRUDENCE

(1) Jurisdiction -- Human Rights Commission or court?

The Ontario Human Rights Commission submitted that McKeown J. should have deferred to the Commission to exercise its jurisdiction under the Human Rights Code, 1981 with respect to the complaint against the trustee that the Leonard Trust contravenes the Code. In considering this submission one must start with the following fundamental proposition offered by Dubin A.C.J.O. in *Blainey v. Ontario Hockey Assn.* (1986), 54 O.R. (2d) 513, 21 C.R.R. 44, 7 C.H.R.R. D/3529, 10 C.P.R. (3d) 450, 26 D.L.R. (4th) 728, 14 O.A.C. 194 (C.A.) [leave to appeal

to S.C.C. refused (1986), 58 O.R. (2d) 274n, 21 C.R.R. 44n, 7 C.H.R.R. D/3529n, 10 C.P.R. (3d) 450n, 72 N.R. 76n, 17 O.A.C. 399n], at pp. 532-33 O.R., p. 64 C.R.R.:

... the Human Rights Code provides a comprehensive scheme for the investigation and adjudication of complaints of discrimination. There is a very broad right of appeal to the Court from the ultimate determination of a board of inquiry constituted under the Human Rights Code. The procedure provided for in the Human Rights Code must first be pursued before resort can be made to the Court. This was so held in *Board of Governors of Seneca College v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, 124 D.L.R. (3d) 193 ... Chief Justice Laskin, speaking for the Court, stated at p. 183 S.C.R., pp. 194-5 D.L.R.:

"In my opinion, the attempt of the respondent to hold the judgment in her favour on the ground that a right of action springs directly from a breach of The Ontario Human Rights Code cannot succeed. The reason lies in the comprehensiveness of the Code in its administrative and adjudicative features, the latter including a wide right of appeal to the Courts on both fact and law."

And at pp. 194-5 S.C.R., p. 203 D.L.R.:

"The view taken by the Ontario Court of Appeal is a bold one and may be commended as an attempt to advance the common law. In my opinion, however, this is foreclosed by the legislative initiative which overtook the existing common law in Ontario and established a different regime which does not exclude the courts but rather makes them part of the enforcement machinery under the Code.

For the foregoing reasons, I would hold that not only does the Code foreclose any civil action based directly upon a breach thereof but it also excludes any common law action based on an invocation of the public policy expressed in the Code. The Code itself has laid out the procedures for vindication of that public policy, procedures which the plaintiff respondent did not see fit to use."

Nevertheless, although this may be taken as a starting proposition, I agree with McKeown J. that in this case several factors militate towards the High Court, as the superior court of inherent jurisdiction in this province, assuming jurisdiction despite a complaint being filed with the Human Rights Commission with respect to the same subject-matter.

In the first place, the state of the law dealt with by this court and the Supreme Court of Canada in *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, 14 B.L.R. 157, 17 C.C.L.T. 106, 2 C.H.R.R. D/468, 81 C.L.L.C. Paragraph 14, 117, 22 C.P.C. 130, 124 D.L.R. (3d) 193, 37 N.R. 455, revg (1979), 27 O.R. (2d) 142, 9 B.L.R. 117, 11 C.C.L.T. 121, 80 C.L.L.C. Paragraph 14, 003, 105 D.L.R. (3d) 707 (C.A.) is in contrast with the situation in this case. In *Bhadauria* this court had attempted "to advance the common law" in filling a void by creating a new tort of discrimination. The Supreme Court held that not to be necessary because of the comprehensive scheme of the Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318 [later R.S.O. 1980, c. 340]. Here, however, we are concerned with the administration of a trust, over which superior courts have had inherent jurisdiction for centuries and, in particular, with respect to charitable or public trusts. As noted at the beginning of this judgment, the trustee in this case applied to the High Court for advice and direction pursuant to the trust instrument itself as well as s. 60 of the Trustee Act.

Second, we are not concerned here with a typical proceeding under the Human Rights Code, 1981 in which an allegation of discrimination is brought against a respondent. The Commission's first mandate is to effect a settlement. However, the trustee has no authority, absent authorization of the trust deed or legislation or a court order, to enter into a settlement which would be contrary to the terms of the trust. Even if no settlement could be effected and a board of inquiry were to be appointed, there is serious question as to whether the board could grant an adequate remedy. Its remedial authority is governed by s. 40(1) of the Code. If a Code infringement is found, the board may, by order,

(a) direct the party to do anything that, in the opinion of the board, the party ought to do to achieve compliance with this Act, both in respect of the complaint and in respect of future practices; and

(b) direct the party to make restitution, including monetary compensation, for loss arising out of the infringement, and, where the infringement has been engaged in wilfully or recklessly, monetary compensation may include an award, not exceeding \$10,000, for mental anguish.

These remedial powers do not appear to give the board of inquiry the power to alter the terms of the trust or declare it void. In any case, resort to a court would have to be made to determine authoritatively whether such power exists.

Finally, I agree with McKeown J. that this is not a case where the fact-finding role of the Commission and a board of inquiry would be required. Even in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, 18 D.L.R. (3d) 1, where some further fact-finding and, particularly, fact-verification might have been useful, Martland J., on behalf of the majority on the Supreme Court of Canada, quoted Lord Goddard in *R. v. Tottenham and District Rent Tribunal; Ex parte Northfield (Highgate) Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 103, [1956] 2 All E.R. 863, 100 Sol. Jo. 552 (Q.B.) at p. 108 Q.B., to the effect that:

... where there is a clear question of law not depending upon particular facts -- because there is no fact in dispute in this case -- there is no reason why the applicants should not come direct to this court for prohibition ...

Similarly, here, I agree with McKeown J. that we are concerned with a question of law; there are no facts in dispute. The trustee is entitled to come to the superior court pursuant to s. 60 of the Trustee Act to seek advice and direction.

(2) Is the trust Void in whole or in part either for uncertainty or because it violates public policy?

We are concerned here with a charitable trust. In order to be considered charitable, a trust must have been established for one of the following four purposes: relief of poverty, advancement of education, advancement of religion or other purposes beneficial to the community as a whole as enunciated by the courts. (For the original summary and categorization of these see *Income Tax Special Purposes Commissioners v. Pemsel*, [1891] A.C. 531, [1891-4] All E.R. Rep. 28, 65 L.T. 621 (H.L.). For their Ontario application see the *Charities Accounting Act*, R.S.O. 1980, c. 65 and *Re Levy Estate* (1989), 68 O.R. (2d) 385, 58 D.L.R. (4th) 375, 33 E.T.R. 1, 33 O.A.C. 99 (C.A.). Also see, generally, D.W.M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (Toronto: Carswell, 1974), c. 14 "Charitable Trusts".)

The general rule is that in order to achieve charitable status, a trust must satisfy three conditions. It must have as its object one of the four purposes stated above; its purpose must be wholly and exclusively charitable; and it must promote a public benefit (*Ministry of Health v. Simpson*, [1951] A.C. 251, [1950] 2 All E.R. 1137, 94 Sol. Jo. 777 (H.L.); *McGovern v. Attorney General*, [1982] Ch. 321, [1981] 3 All E.R. 493, [1982] 2 W.L.R. 222 (Ch. D.), at p. 331 Ch., and *Re Levy Estate*, supra). To satisfy the public benefit requirement, the trust must be beneficial and not harmful to the public and its benefits must be available to a sufficient cross-section of the public (*Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (London: Butterworths, 1974), vol. 5 "Charities", p. 309, para. 505; *Gilmour v. Coats*, [1949] A.C. 426, [1949] 1 All E.R. 848, 93 Sol. Jo. 355 (H.L.), at p. 855 All E.R., and Waters, *Law of Trusts*, c. 14, pp. 460-504). If there is a personal nexus between each of the beneficiaries and the settlor, the trust will fail for lack of public benefit (*Oppenheim v. Tobacco Securities Trust Co.*, [1951] A.C. 297, [1951] 1 All E.R. 31, [1951] 1 T.L.R. 118 (H.L.), at p. 309 A.C.

In the case at bar, all of these tests are met. The trust is dedicated to the advancement of education and it is wholly charitable. Education is clearly a benefit to the public. Because the class was not ascertainable by the settlor, there was no personal nexus between him and the beneficiaries. The benefit, although not available to everyone, is available to a

sufficiently wide cross-section of the public.

Next, it is necessary to consider whether the trust could be invalid because of uncertainty. It is important to note that in analyzing the validity of the trust on this basis, the court may refer only to the operative words, unless they are ambiguous, in which case it can refer to the recitals. Regular rules of statutory construction apply (Re Moon; Ex parte Dawes (1886), 17 Q.B.D. 275, 55 L.T. 114, 34 W.R. 753 (C.A.)). Since recitals are descriptions of motive and are normally irrelevant to determining validity, McKeown J. held that they were irrelevant and inoperative. However, it could be argued that many sections of the indenture refer to the recitals and thereby incorporate them. In fact, McKeown J. noted eight references, after the recitals, to the definition of the class of beneficiaries, but then went on to state [p. 89 O.R.]: "At no time throughout the operative clauses does Colonel Leonard refer back to the three opening recitals; thus his beliefs as stated therein are not incorporated into the operative words and play no part in the interpretation of this instrument".

Without deciding whether the recitals are incorporated in the trust instrument by subsequent references to them, I would agree that Colonel Leonard's beliefs as stated in the opening recitals are evidence of motive and are irrelevant. However, that part of the trust instrument which matters for the purpose of assessing certainty is the second sentence in the first full paragraph on p. 2 of the instrument, which reads as follows:

For the above reason the Settlor excludes from the management of, or benefits in the Foundation intended to be created by this Indenture, all who are not Christians of the White Race, all who are not of British Parentage, and all who owe allegiance to any Foreign Government, Prince, Pope or Potentate, or who recognize any such authority, temporal or spiritual.

This definition of the class of beneficiaries is a condition precedent. A condition precedent is one in which no gift is intended until the condition is fulfilled. A condition subsequent differs in that non-compliance with the condition

will put an end to an already existing gift. A condition precedent will not be void for uncertainty if it is possible to say with certainty that any proposed beneficiary is or is not a member of the class (*Jones v. T. Eaton Co. Ltd.*, [1973] S.C.R. 635, 35 D.L.R. (3d) 97, at pp. 650-51 S.C.R., and *McPhail v. Doulton*, [1971] A.C. 424, [1970] 2 All E.R. 228, 114 Sol. Jo. 375 (H.L.) at p. 456 A.C.). It is enough that some claimants can satisfy the condition (*Re Selby's Will Trusts; Donn v. Selby*, [1965] 3 All E.R. 386, [1966] 1 W.L.R. 43, 110 Sol. Jo. 74 (Ch. D.)). The condition will not fail for uncertainty unless it is clearly impossible for anyone to qualify (*Re Allen; Faith v. Allen*, [1953] Ch. 810, [1953] 2 All E.R. 898, 97 Sol. Jo. 606 (C.A.) [subsequent proceedings at [1954] Ch. 259, [1954] 1 All E.R. 526, 98 Sol. Jo. 146]). It is well established that a charitable trust should not fail for uncertainty (see *Re Gott; Glazebrook v. Leeds University*, [1944] Ch. 193, [1944] 1 All E.R. 293, 88 Sol. Jo. 103 (Ch. D.)). Historically, courts have been reluctant to strike down such gifts if it can be avoided. If a condition is uncertain, the court can consider it inoperative, but rarely will a trust fail because of uncertainty if the condition is a condition precedent.

In this case there has been no difficulty over some six decades in ascertaining whether students qualify. The clause referred to above is sufficiently certain, except possibly for the "allegiance" exclusion. In my view, however, the clause as a whole meets the requirements established for a condition precedent and the provisions containing the conditions are sufficiently certain. If I am wrong, however, I would find only the clause referring to "allegiance" to be uncertain and I would hold that it is severable from the other restrictions as to class.

Turning now to the public policy issue, it must first be acknowledged that there has been no finding by a Canadian or a British court that at common law a charitable trust established to offer scholarships or other benefits to a restricted class is void as against public policy because it is discriminatory. In some cases, British courts have chosen to delete offensive clauses as "uncertain", as in *Re Lysaght; Hill v. Royal College*

of Surgeons of England, [1966] Ch. 191, [1965] 2 All E.R. 888, 109 Sol. Jo. 577 (Ch. D.); Clayton v. Ramsden, [1943] A.C. 320, [1943] 1 All E.R. 16, 86 Sol. Jo. 384 (H.L.), and Re Tarnpolski; Barclays Bank Ltd. v. Hyer, [1958] 3 All E.R. 479, [1958] 1 W.L.R. 1157, 102 Sol. Jo. 857 (Ch. D.), or "impracticable" as Re Dominion Students' Hall Trust; Dominion Students' Hall Trust v. Attorney General, [1947] Ch. 183, 176 L.T. 224, 91 Sol. Jo. 100 (Ch. D.). In the latter case the court found a general charitable intention and then applied the trust property cy-pres. The attitude of British courts, however, is probably best summed up in the words of Buckley L.J. in Re Lysaght, supra, at p. 206 Ch., quoted by McKeown J. at p. 93 O.R.:

I accept that racial and religious discrimination is nowadays widely regarded as deplorable in many respects and I am aware that there is a Bill dealing with racial relations at present under consideration by Parliament, but I think that it is going much too far to say that the endowment of a charity, the beneficiaries of which are to be drawn from a particular faith or are to exclude adherents to a particular faith, is contrary to public policy. The testatrix's desire to exclude persons of the Jewish faith or of the Roman Catholic faith from those eligible for the studentship in the present case appears to me to be unamiable, and I would accept Mr. Clauson's suggestion that it is undesirable, but it is not, I think, contrary to public policy.

However, in considering these observations of Buckley L.J., it is necessary to keep in mind two points. First, the observations themselves indicate that they were made before the enactment of the first comprehensive statute in the United Kingdom to prohibit discrimination on racial grounds -- the Race Relations Act of 1968, c. 71 [now Race Relations Act, 1976 (U.K.), c. 74]. Second, religion as a prohibited ground of discrimination is conspicuously left out of the anti-discrimination laws of the United Kingdom. I do not, therefore, find the English cases on point to be of any help or guidance.

In Canada the leading case on public policy and

discrimination at the commencement of World War II was *Christie v. York Corp.*, [1940] S.C.R. 139, [1940] 1 D.L.R. 81, wherein the majority of the Supreme Court of Canada found that denial of service on grounds of race and colour was not contrary to good morals or public order.

After the war this court, in *Noble v. Alley*, [1949] O.R. 503, [1949] 4 D.L.R. 375 (C.A.) [revd [1951] S.C.R. 64, [1951] 1 D.L.R. 321] upheld a racially restrictive covenant in the course of deciding that there was insufficient evidence to conclude that racial discrimination was contrary to public policy in Ontario. In this the court specifically overruled *Mackay J.*, in *Re Wren*, [1945] O.R. 778, [1945] 4 D.L.R. 674 (H.C.J.), who had found such covenants void as against public policy. The Supreme Court of Canada struck down the covenant in *Noble* on technical grounds, but did not refer to the public policy argument.

Subsequently, in *Bhadauria* (C.A.), at pp. 149-50 O.R., p. 715 D.L.R., in concluding that the common law had evolved to the point of recognizing a new tort of discrimination, *Wilson J.A.* referred to the preamble to the Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318 [later R.S.O. 1980, c. 340], the first two paragraphs of which then provided:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world and is in accord with the Universal Declaration of Human Rights as proclaimed by the United Nations;

AND WHEREAS it is public policy in Ontario that every person is free and equal in dignity and rights without regard to race, creed, colour, sex, marital status, nationality, ancestry or place of origin ...

She then observed:

I regard the preamble to the Code as evidencing what is now, and probably has been for some considerable time, the public policy of this Province respecting fundamental human

rights.

That the Human Rights Code, 1981 recognizes public policy in Ontario, was acknowledged a few years later by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, 3 C.H.R.R. D/781, 82 C.L.L.C. Paragraph 17,005, 132 D.L.R. (3d) 14, 40 N.R. 159, at pp. 213-14 S.C.R., pp. 23-24 D.L.R.

Therefore, even though McKeown J. referred to the caution of Duff C.J.C. in *Re Millar*, [1938] S.C.R. 1, [1938] 1 D.L.R. 65, at pp. 7-8 S.C.R., to the effect that public policy is a doctrine to be invoked only in clear cases where the harm to the public is substantially incontestable and does not depend upon the "idiosyncratic inferences of a few judicial minds", the promotion of racial harmony, tolerance and equality is clearly and unquestionably part of the public policy of modern-day Ontario. I can think of no better way to respond to the caution of Duff C.J.C. than to quote the assertion of Mackay J. of nearly 45 years ago in *Re Wren*, *supra*, at p. 783 O.R.:

Ontario and Canada too, may well be termed a province, and a country, of minorities in regard to the religious and ethnic groups which live therein. It appears to me to be a moral duty, at least, to lend aid to all forces of cohesion, and similarly to repel all fissiparous tendencies which would imperil national unity. The common law courts have, by their actions over the years, obviated the need for rigid constitutional guarantees in our policy by their wise use of the doctrine of public policy as an active agent in the promotion of the public weal. While courts and eminent judges have, in view of the powers of our legislatures, warned against inventing new heads of public policy, I do not conceive that I would be breaking new ground were I to hold the restrictive covenant impugned in this proceeding to be void as against public policy. Rather would I be applying well-recognized principles of public policy to a set of facts requiring their invocation in the interest of the public good.

Further evidence of the public policy against discrimination

can be found in several statutes in addition to the preamble and content of the Human Rights Code, 1981: s. 13 of the Conveyancing and Law of Property Act, R.S.O. 1980, c. 90; s. 4 of the Ministry of Citizenship and Culture Act, 1982, S.O. 1982, c. 6; s. 117 of the Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218; and s. 13 of the Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228. All of these indicate that this particular public policy is not circumscribed by the exact words of the Human Rights Code, 1981 alone. Such a circumscription would make it necessary to alter what the courts would regard as public policy every time an amendment were made to the Human Rights Code, 1981. This can be seen just by comparing the wording of the second paragraph of today's preamble with that considered by Wilson J.A. in 1979 and quoted above. Currently this paragraph reads:

AND WHEREAS it is public policy in Ontario to recognize the dignity and worth of every person and to provide for equal rights and opportunities without discrimination that is contrary to law, and having as its aim the creation of a climate of understanding and mutual respect for the dignity and worth of each person so that each person feels a part of the community and able to contribute fully to the development and well-being of the community and the Province ...

It is relevant in this case to refer as well to the Ontario Policy on Race Relations (Race Relations Directorate, Ministry of Citizenship) as well as the Premier's statement in the Legislature concerning that policy (Hansard Official Report of Debates of Legislative Assembly of Ontario, 2nd Session, 33rd Parliament, Wednesday, May 28, 1986, pp. 937-41). The Policy on Race Relations states:

The government is committed to equality of treatment and opportunity for all Ontario residents and recognizes that a harmonious racial climate is essential to the future prosperity and social well-being of this province. ... The government will take an active role in the elimination of all racial discrimination, including those policies and practices which, while not intentionally discriminatory, have a discriminatory effect. ... The government will also continue to attack the overt manifestations of racism and to this end

declares that: (a) Racism in any form is not tolerated in Ontario.

In introducing it in the Legislature, Premier David Peterson said (Hansard, supra, at p. 937):

This policy recognizes that Ontario's commitment to equality has grown from benign approval to active support. It leaves no doubt that the path we will follow to full racial harmony and equal opportunity is paved, not just with good wishes and best intentions but with concrete plans and active measures.

Public policy is not determined by reference to only one statute or even one province, but is gleaned from a variety of sources, including provincial and federal statutes, official declarations of government policy and the Constitution. The public policy against discrimination is reflected in the anti-discrimination laws of every jurisdiction in Canada. These have been given a special status by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, 52 O.R. (2d) 799 (note), 17 Admin. L.R. 89, 9 C.C.E.L. 185, 7 C.H.R.R. D/3102, 86 C.L.L.C. Paragraph 17,002, 23 D.L.R. (4th) 321, [1986] D.L.Q. 89 (note), 64 N.R. 161, 12 O.A.C. 241, at p. 547 S.C.R., p. 329 D.L.R.:

The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment (see Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145 at pp. 157-58), and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional, but certainly more than the ordinary -- and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.

In addition, equality rights "without discrimination" are now enshrined in the Canadian Charter of Rights and Freedoms in s. 15; the equal rights of men and women are reinforced in s. 28; and the protection and enhancement of our multicultural heritage is provided for in s. 27.

Finally, the world community has made anti-discrimination a matter of public policy in specific conventions like the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), G.A. Res. 2106 A (XX), and the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979), G.A. Res. 34/180, as well as Articles 2, 3, 25 and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), G.A. Res. 2200 A (XXI), all three of which international instruments have been ratified by Canada with the unanimous consent of all the provinces. It would be nonsensical to pursue every one of these domestic and international instruments to see whether the public policy invalidity is restricted to any particular activity or service or facility.

Clearly this is a charitable trust which is void on the ground of public policy to the extent that it discriminates on grounds of race (colour, nationality, ethnic origin), religion and sex.

Some concern was expressed to us that a finding of invalidity in this case would mean that any charitable trust which restricts the class of beneficiaries would also be void as against public policy. The respondents argued that this would have adverse effects on many educational scholarships currently available in Ontario and other parts of Canada. Many of these provide support for qualified students who could not attend university without financial assistance. Some are restricted to visible minorities, women or other disadvantaged groups. In my view, these trusts will have to be evaluated on a case by case basis, should their validity be challenged. This case should not be taken as authority for the proposition that all restrictions amount to discrimination and are therefore contrary to public policy.

It will be necessary in each case to undertake an equality analysis like that adopted by the Human Rights Commission when approaching ss. 1 [am. 1986, c. 64, s. 18(1)] and 13 of the Human Rights Code, 1981 and that adopted by the courts when approaching s. 15(2) of the Charter. Those charitable trusts

aimed at the amelioration of inequality and whose restrictions can be justified on that basis under s. 13 of the Human Rights Code, 1981 or s. 15(2) of the Charter would not likely be found void because they promote, rather than impede, the public policy of equality. In such an analysis, attention will have to be paid to the social and historical context of the group concerned (see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, 36 C.R.R. 193, 34 B.C.L.R. (2d) 273, 25 C.C.E.L. 255, 10 C.H.R.R. D/5719, 56 D.L.R. (4th) 1, 91 N.R. 255, [1989] 2 W.W.R. 289, at pp. 152-53 S.C.R., pp. 201-02 C.R.R., per Wilson J. and p. 175 S.C.R., p. 228-29 C.R.R., per McIntyre J.) as well as the effect of the restrictions on racial, religious or gender equality, to name but a few examples.

Not all restrictions will violate public policy, just as not all legislative distinctions constitute discrimination contrary to s. 15 of the Charter (*Andrews*, supra, pp. 168-69 S.C.R., p. 223 C.R.R., per McIntyre J.). In the indenture in this case, for example, there is nothing contrary to public policy as expressed in the preferences for children of "clergymen", "school teachers", etc. It would be hard to imagine in the foreseeable future that a charitable trust established to promote the education of women, aboriginal peoples, the physically or mentally handicapped, or other historically disadvantaged groups would be void as against public policy. Clearly, public trusts restricted to those in financial need would be permissible. Given the history and importance of bilingualism and multiculturalism in this country, restrictions on the basis of language would probably not be void as against public policy subject, of course, to an analysis of the context, purpose and effect of the restriction.

In this case the court must, as it does in so many areas of law, engage in a balancing process. Important as it is to permit individuals to dispose of their property as they see fit, it cannot be an absolute right. The law imposes restrictions on freedom of both contract and testamentary disposition. Under the Conveyancing and Law of Property Act, s. 22, for instance, covenants that purport to restrict the sale, ownership, occupation or use of land because of, inter alia,

race, creed or colour are void. Under the Human Rights Code, 1981 discriminatory contracts relating to leasing of accommodation are prohibited. With respect to testamentary dispositions, as mentioned earlier, one cannot establish a charitable trust unless it is for an exclusively charitable purpose (see Waters, Law of Trusts, at pp. 601-03 and 626; and Ministry of Health v. Simpson, supra). Similarly, public trusts which discriminate on the basis of distinctions that are contrary to public policy must now be void.

A finding that a charitable trust is void as against public policy would not have the far-reaching effects on testamentary freedom which some have anticipated. This decision does not affect private, family trusts. By that I mean that it does not affect testamentary dispositions or outright gifts that are not also charitable trusts. Historically, charitable trusts have received special protection: (1) they are treated favourably by taxation statutes; (2) they enjoy an extensive exemption from the rule against perpetuities; (3) they do not fail for lack of certainty of objects; (4) if the settlor does not set out sufficient directions, the court will supply them by designing a scheme; (5) courts may apply trust property cy-pres providing they can discern a general charitable intention. This preferential treatment is justified on the ground that charitable trusts are dedicated to the benefit of the community (Waters, Law of Trusts, p. 502). It is this public nature of charitable trusts which attracts the requirement that they conform to the public policy against discrimination. Only where the trust is a public one devoted to charity will restrictions that are contrary to the public policy of equality render it void.

(3) Is there a general charitable intention so that the court can apply the trust cy-pres?

One of the great advantages of a charitable trust is that if it fails for some reason, it can be applied cy-pres. However, in order to apply the trust property cy-pres, the court must find that the settlor had a general charitable intention. If the mode of application is such an essential part of the gift that the court cannot distinguish any general purpose of

charity, but is obliged to say that the prescribed mode of doing the charitable act is the only one the testator intended, it cannot apply the trust cy-pres (see *Re Wilson*; *Twentyman v. Simpson*, [1913] 1 Ch. 314, [1911-3] All E.R. Rep. 1101, 57 Sol. Jo. 245 (Ch. D.); *Re Lysaght*, supra, at p. 203 Ch., and *Halsbury's Laws of England*, supra, pp. 430-31, para. 696). Cy-pres should never depart from the testator's true intention. This must be discerned from reading the trust instrument as a whole. The court may have regard to the recitals in order to determine the "substantial, overriding, true or paramount intention".

If the court must decide that the settlor would not have established the trust if it could not be carried out in the specific way set out, then there is no general charitable intention and the trust fails. If, on the other hand, the discriminatory provisions can be said to be the "machinery" of the trust, separable from the general intention to educate, then the court may apply the money cy-pres. The distinction between a general and a specific charitable intent was expressed by Buckley L.J. in *Re Lysaght*, supra, at p. 202 Ch.:

A general charitable intention, then, may be said to be a paramount intention on the part of a donor to effect some charitable purpose which the court can find a method of putting into operation notwithstanding that it is impracticable to give effect to some direction by the donor which is not an essential part of his true intention -- not, that is to say, part of his paramount intention.

In contrast, a particular charitable intention exists where the donor means his charitable disposition to take effect if, but only if, it can be carried into effect in a particular specified way.

The question in this case is, then, whether the testator's paramount intention was to provide scholarships for education or whether he intended to provide it for specific kinds of students and would not have created it otherwise. To preserve the trust, this court must find that the settlor's general intention was to educate young people for the benefit of the

Empire (now the Commonwealth and this country) and that the discriminatory provisions are merely the machinery designed to effect that intention. Was it his intention to educate particular kinds of people because only they could be entrusted with the future of the country? Was it his overriding purpose to select students of the right breeding and prepare them for leadership? If so, then his intention was specific and the trust must fail.

It seems to me, however, that his intention must be viewed as one to promote leadership through education. The scheme he chose was the one he thought best because of the time in which he lived. Although today discrimination is considered to have been an ugly feature of our society in the past (and is still too prevalent), we judge attitudes of the past with hindsight. It is easy, with the benefit of such hindsight, to feel contempt for the views expressed in the recitals of the trust instrument and to find the racial and religious restrictions contained in its text to be repugnant. In his day, however, Colonel Leonard was a philanthropist. He obviously believed that education was the key to a strong and prosperous country and a peaceful world. In that, he was no doubt right. The fact that he chose to implement his desire to promote education through a discriminatory scheme cannot displace his general charitable intention. In my view, the tests for finding a general charitable intention are met. This conclusion finds support in para. 13 of the trust instrument which provides that the testator could alter the trust or change its objects and purposes and that any income that became available "shall thereupon become applicable for such other objects or purposes, being an object or purpose conducive to the promotion or encouragement of education, as the settlor may from time to time think proper".

I find support for this conclusion in the case of *Re Dominion Students' Hall Trust*, supra, where Evershed J. granted a petition by the charity to remove a restriction which confined a student hostel to members of the Empire of European origin. He said, at p. 186 Ch.:

It is not necessary to go to the length of saying that the

original scheme is absolutely impracticable. Were that so, it would not be possible to establish in the present case that the charity could not be carried on at all if it continued to be so limited as to exclude coloured members of the Empire.

I have, however, to consider the primary intention of the charity. At the time when it came into being, the objects of promoting community of citizenship, culture and tradition among all members of the British Commonwealth of Nations might best have been attained by confining the hall to members of the Empire of European origin. But times have changed, particularly as a result of the war; and it is said that to retain the condition, so far from furthering the charity's main object, might defeat it and would be liable to antagonize those students, both white and coloured, whose support and goodwill it is the purpose of the charity to sustain.

This observation, made in 1946, is particularly apt today.

IV. THE DISPOSITION

In the result I would allow the appeal and substitute the following answers for those given by McKeown J.:

Q. 1 (i) - Yes, but not just as confined by the Human Rights Code, 1981.

(ii) - Yes, the provisions of the trust which confine management, judicial advice and benefit on grounds of race, colour, ethnic origin, creed or religion and sex are void as contravening public policy.

(iii) - It is not necessary to answer this question.

(iv) - No.

Q. 2 - No.

Q. 3 - Yes.

Q. 4 - As before, but with a deletion of the discriminatory restrictions mentioned in answer to Q. 1.(ii).

Q. 5 - This question should not be answered in this decision. After the application form is changed in accordance with this decision the question will become moot and, if not, it should be considered under the procedures in the Human Rights Code, 1981.

Q. 6 - The answer to this question is provided in the answer to Q. 5.

As far as costs are concerned, the order made by McKeown J. should stand and the same disposition should apply with respect to costs on this appeal.

Appeal allowed.

TAB 2

T-66-86

Walter Patrick Twinn suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sawridge Band, Wayne Roan suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Ermineskin Band, Bruce Starlight suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sarcee Band (Plaintiffs)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)

and

Native Council of Canada, Native Council of Canada (Alberta) and Non-Status Indian Association of Alberta (Interveners)

INDEXED AS: SAWRIDGE BAND v. CANADA (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Edmonton, September 20, 22, 23, 24, 27, 28, 29, October 4, 5, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, November 1, 2, 3, 4, 5, Ottawa, November 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, December 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 13, 1993, March 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, April 1, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 1994; Ottawa, July 6, 1995.

Native peoples — Registration — Action for declaration 1985 amendments to Indian Act, changing entitlement to registration in Band List, inconsistent with Constitution Act, 1982, s. 35 recognition of existing Aboriginal and treaty rights — Action dismissed based on s. 35(4) guaranteeing Aboriginal and treaty rights equally to males, females — No customary law, right to control membership — Prior to Treaties, Indians free to join, leave chief's people, no one ever expelled — Indian Act, 1876, Treaties extinguishing any Aboriginal right of control of membership — No treaty, statutory right of Indians to control band, reserve membership — Indians ex post facto adopting provisions of 1869 Indian Act — That marital regime for which Indians contend sometime feature of various Indian Acts not according to constitutional recognition as Aboriginal or treaty right.

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Action for declaration 1985 amendments to Indian Act, chang-

T-66-86

Walter Patrick Twinn agissant en son nom et au nom de tous les autres membres de la Bande de Sawridge, Wayne Roan agissant en son nom et au nom de tous les autres membres de la Bande Ermineskin, Bruce Starlight agissant en son nom et au nom de tous les autres membres de la Bande des Sarcis (demandeurs)

b c.

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

et

c

Conseil national des autochtones du Canada, Native Council of Canada (Alberta) et Non-Status Indian Association of Alberta (intervenants)

d

RÉPERTORIÉ: BANDE DE SAWRIDGE c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Muldoon—Edmonton, 20, 22, 23, 24, 27, 28, 29 septembre, 4, 5, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29 octobre, 1^{er}, 2, 3, 4, 5 novembre, Ottawa, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30 novembre, 1^{er}, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 13 décembre 1993, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31 mars, 1^{er}, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 25 avril 1994; Ottawa, 6 juillet 1995.

f

Peuples autochtones — Inscription — Action en jugement déclarant que les modifications de 1985 de la Loi sur les Indiens, qui changent le droit à l'inscription sur les listes de bande, sont incompatibles avec l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, qui reconnaît les droits existants, ancestraux ou issus de traités — Action rejetée par ce motif que l'art. 35(4) garantit les droits, ancestraux et issus de traités, également aux personnes des deux sexes — Il n'y avait ni loi coutumière ni droit en matière d'appartenance — Avant les traités, les Indiens étaient libres de quitter le campement du chef et de se joindre à un autre, personne n'a jamais été expulsé — L'Acte des Sauvages, 1876, et les traités ont éteint tout droit ancestral de décider de l'appartenance aux bandes — Les Indiens ne tiennent d'aucun traité ni d'aucune loi le droit de décider de l'appartenance — Ils ont adopté ex post facto les dispositions de l'Acte des Sauvages, 1869 — Le fait que le régime matrimonial, selon les Indiens, constituait parfois un élément de diverses versions de la Loi sur les Indiens ne signifie pas qu'il soit reconnu par la Constitution comme un droit ancestral ou issu de traité.

j

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Action en jugement déclarant que les modifications de 1985

ing entitlement to registration in Band List inconsistent with Constitution Act, 1982, s. 35 recognition of existing Aboriginal and treaty rights — S. 35(4), guaranteeing Aboriginal and treaty rights equally to male and female persons, extinguishing any right permitting Indian husband to bring non-Indian wife into residence on reserve, but forbidding Indian wife from so bringing non-Indian husband.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Action for declaration 1985 amendments to Indian Act allowing Indian wife to bring non-Indian husband into residence on reserve interference with right guaranteed by Charter, s. 2(d) to bands and individual members to freely associate with other individuals — Amendments justified on grounds of equality in Charter, s. 15, and s. 28 assertion Charter's rights and freedoms guaranteed equally to male and female persons.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality Rights — 1985 amendments to Indian Act changing entitlement to registration in Band List so that Indian wives allowed to bring non-Indian husbands into residence on reserve — Validated by Charter, s. 15 on ground of equality, and assertion in s. 28 Charter's rights and freedoms guaranteed equally to male and female persons, in addition to Constitution Act, 1982, s. 35(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — 1985 amendments to Indian Act permitting Indian wives to bring non-Indian husbands into residence on reserve — If infringing freedom of association under Charter, s. 2(d), justified on grounds of equality in s. 15 and s. 28 assertion Charter's rights and freedoms guaranteed equally to male, female persons.

This was an action for a declaration that certain 1985 amendments to the *Indian Act* (specifically sections 8 to 14.3) are inconsistent with *Constitution Act, 1982*, section 35. Those amendments made changes regarding entitlement to registration in a Band List. Subsection 35(1) recognizes the existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada. Subsection 35(4) guarantees the Aboriginal and treaty rights equally to male and female persons.

The plaintiffs alleged that prior to the enactment of section 35 on April 17, 1982, the statutes of Canada confirmed Indians' rights to determine their bands' members and did not impose additional members on the bands. They alleged that their ancestors had lived in organized societies long before any statute of Parliament or treaty and that no such statute or treaty extinguished their right to determine their own membership. They asserted that it was the Aboriginal principle and practice that, upon marriage the woman followed the man to reside in or at his ordinary residence with his tribal group. It was submitted that such an Aboriginal right either survived the treaty

de la Loi sur les Indiens, qui changent le droit à l'inscription sur les listes de bande, sont incompatibles avec l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, qui reconnaît les droits existants, ancestraux ou issus de traités — Les droits qui permettaient à un époux indien d'amener son épouse non indienne à résider dans la réserve, mais qui interdisaient aux femmes indiennes de faire de même avec leurs époux non indiens, ont été éteints par l'art. 35(4), qui garantit les droits ancestraux et issus de traités également aux personnes des deux sexes.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Action en jugement déclarant que les modifications de 1985 de la Loi sur les Indiens, qui permettent aux Indiennes d'habiter avec leurs époux non indiens dans les réserves, portent atteinte au droit qui est garanti par l'art. 2d) de la Charte à ces bandes et à chacun de leurs membres de s'associer librement avec d'autres individus — Les modifications sont justifiées au regard des droits à l'égalité reconnus à l'art. 15 et de l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes, que consacre l'art. 28 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Les modifications de 1985 de la Loi sur les Indiens ont changé le droit à l'inscription sur les listes de bande de façon à permettre aux femmes indiennes d'habiter avec leurs époux non indiens dans les réserves — Ces modifications sont justifiées au regard des droits à l'égalité reconnus à l'art. 15 et de l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes, que consacre l'art. 28, en sus de l'art. 35(4) de la Loi constitutionnelle de 1982.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Les modifications de 1985 de la Loi sur les Indiens permettent aux Indiennes d'habiter avec leurs époux non indiens dans les réserves — S'il y a eu atteinte à la liberté d'association garantie par l'art. 2d) de la Charte, elle est justifiée au regard des droits à l'égalité reconnus à l'art. 15 et de l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes, que consacre l'art. 28.

Action en jugement déclarant que certaines modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* (spécifiquement les articles 8 à 14.3) sont incompatibles avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le nouveau texte modifie le régime de l'inscription sur les listes de bande. Le paragraphe 35(1) reconnaît les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada. Le paragraphe 35(4) garantit les droits—ancestraux ou issus de traités—également aux personnes des deux sexes.

Les demandeurs prétendent que, avant que l'article 35 ne fût adopté le 17 avril 1982, les lois du Canada confirmaient le droit des Indiens de décider qui appartenait à leurs diverses bandes et n'avaient pas pour effet d'imposer à celles-ci des membres supplémentaires. Que leurs ancêtres vivaient en sociétés organisées bien longtemps avant l'adoption des lois du Parlement du Canada ou la signature des traités, et qu'aucune loi ni aucun traité n'a eu pour effet d'éteindre le droit de ces sociétés de décider qui sont leurs membres. Que selon la pratique et le principe ancestraux, la femme, après le mariage, suivait son époux pour aller habiter au lieu de résidence ordinaire

making, or is enshrined in the treaties. They argued that the Aboriginal custom or alleged right of the bands to discriminate against their own women in their marital status, has been nurtured and kept alive by the early statutory definitions of who is an Indian, particularly "Any male person of Indian blood reputed to belong to a particular band".

In the alternative, the plaintiffs sought a declaration that the imposition of additional membership without the bands' consent was an interference with the right guaranteed by Charter, paragraph 2(d) of the bands and their individual members to freely associate with other individuals.

Held, the action should be dismissed.

The so-called Aboriginal and treaty rights which permitted an Indian husband to bring his non-Indian wife into residence on a reserve, but which forbade an Indian wife from so bringing her non-Indian husband were extinguished by subsection 35(4), which operates notwithstanding other provisions of the *Constitution Act, 1982*. Subsection 35(4) exacts equality of rights between male and female persons, no matter what rights or responsibilities may have pertained in earlier times. On this basis alone, the action had to be dismissed.

The assertion of English, later British, sovereignty was first formally expressed in the Hudson's Bay Company Charter on May 2, 1670. Any rights which the plaintiffs can successfully establish must have been exerted before that day and must not have been extinguished before the coming into force of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and must withstand subsection 35(4) because the assertion of sovereignty made the Aboriginal peoples subject to laws of general application in regard to crime, property, civil administration and tort. To the extent that those general laws impinged on Aboriginal rights, the Aboriginal rights were extinguished. Those unspecified Aboriginal rights which were not the subjects of the treaties were not so extinguished and continued in existence.

The asserted right to control band membership was extinguished by *The Indian Act, 1876*, which preceded the Treaties under consideration. Complete control was taken by Parliament in the enactment of that statute and its predecessor.

The records kept by the Treaty Commissioners demonstrated conclusively that if there were an Aboriginal right of control of membership it was conclusively extinguished at treaty time and as a condition of concluding Treaty 7. The Government's Treaty Commissioner unambiguously asserted control over membership by the Canadian government and in consonance with the provisions of *The Indian Act, 1876* and preceding legislation. The Indians first acknowledged loss of control and

de l'époux au sein du groupe tribal de ce dernier. Que ce droit ancestral a survécu aux traités qui ont été conclus ou ont été inscrits dans ceux-ci. Et que la coutume ancestrale ou le supposé droit des bandes de faire, à l'endroit de leurs propres membres du sexe féminin, de la discrimination fondée sur l'état matrimonial de celles-ci, a été maintenu par les premières définitions législatives des mots Sauvage ou Indien, particulièrement par cette mention: «Tout individu du sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière».

Les demandeurs concluent subsidiairement à jugement déclarant que le fait d'imposer des membres supplémentaires à leurs bandes sans leur consentement porte atteinte au droit qui est garanti par l'alinéa 2d) de la Charte à ces bandes et à chacun de leurs membres de s'associer librement avec d'autres individus.

Jugement: l'action doit être rejetée.

Les soi-disant droits ancestraux et issus de traités qui permettent à un époux indien d'amener son épouse non indienne résider dans la réserve, mais qui interdisent aux femmes indiennes de faire de même avec leurs époux non indiens, ont été éteints par le paragraphe 35(4), qui s'applique indépendamment des autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette disposition vise à établir l'égalité des droits entre les personnes des deux sexes, indépendamment des droits ou responsabilités de chacun à une époque antérieure. Par ce seul motif, les demandeurs doivent être déboutés de leur action.

La souveraineté anglaise, et plus tard la souveraineté britannique, a été exprimée formellement pour la première fois dans la Charte de la Compagnie de la Baie d'Hudson, le 2 mai 1670. Tout droit dont les demandeurs sont en mesure d'établir l'existence doit avoir été exercé avant cette date, ne doit pas avoir été éteint avant l'entrée en vigueur du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et doit, en outre, survivre à l'application du paragraphe 35(4) de cette loi, parce que l'affirmation de souveraineté a eu pour effet d'assujettir les peuples autochtones aux lois d'application générale concernant le crime, la propriété, l'administration civile et la responsabilité civile délictuelle. Dans la mesure où ces lois d'application générale ont pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux, ceux-ci sont éteints. Les droits ancestraux non spécifiés et qui, de ce fait, ne font pas l'objet de ces traités ne sont pas éteints et continuent d'exister.

Le droit que revendique les demandeurs de décider qui appartient à leurs bandes a été éteint par l'*Acte des Sauvages, 1876*, qui précédait les traités en question. Le Parlement a pris entièrement en charge cette responsabilité en adoptant cette Loi et celles qui l'ont précédée.

Les archives tenues par les commissaires chargés de la négociation des traités démontrent de façon concluante que, s'il y avait un droit ancestral de décider de l'appartenance à la bande, ce droit a été éteint à l'époque où le Traité n° 7 fut signé, puisqu'il s'agissait d'une condition de sa conclusion. Le commissaire chargé de négocier le traité a de manière indubitable affirmé le pouvoir du gouvernement canadien de décider de l'appartenance aux effectifs des bandes et ce conformément

requested the Government to assert control for and on their behalf.

Examination of the texts of the Treaties indicated that there was no treaty right of Indians to control band or reserve membership. The Indians understood that to be so and that the Government of Canada was thereafter to control their band and reserve membership, because the Government was committed to pay Indians forever as an eternal charge on taxpayers. Clearly the Government was committed also to control who was or was not to be paid individually.

Legislation enacted contrary to the Constitution's provisions is, to the extent of any inconsistency, of no force or effect. That the marital regime for which the plaintiffs contend was a sometime feature of various Indian Acts did not accord it constitutional recognition or affirmation as an Aboriginal or treaty right. It was always subject to repeal, and repealed it was.

If the band could still control its own membership, and if the Government were, as it is, obliged to make payments and confer all of today's further benefits on all members, then notionally, bands could bring the taxpayers to their knees by expanding membership exponentially, without the limits even of the 1985 amendments. That is most unlikely, but the plaintiffs' position seems to forget the treaty's original *quid pro quo*. The Government has since treaty time called the tune of absolute all-extinguishing control of band membership, and of who is an Indian entitled to the payments and other benefits.

The 1869 *Indian Act* provided that upon marriage to a non-Indian, an Indian woman's ties to her natal reserve were severed. Such a woman could elect to receive either a lump sum payment or to continue to collect the treaty annuity on an annual basis. If she chose the latter, she was a "red ticket" holder. That system was terminated in 1951. Not only does this demonstrate that at every turn Parliament was imposing statutory measures to assert control over the membership of Aboriginal groups even before the Treaties, but also that the plaintiffs have *ex post facto* adopted the harshness of the 1869 statute and, asserted that that legislation expressed the Aboriginal "rule" of membership control from time immemorial.

Prior to the Treaties, the plaintiffs' predecessors had no custom of controlling their groups' or chiefs' peoples' membership. The chiefs' stature depended on how many individuals or

aux dispositions de l'*Acte des Sauvages*, 1876 et des lois antérieures. Ce sont les Indiens qui ont, les premiers, admis la perte de ce pouvoir de décision, et qui ont demandé au gouvernement de prendre en charge cette responsabilité pour leur compte.

^a L'examen du texte des traités ne révèle pas l'existence, en faveur des Indiens, de quelque droit qui leur aurait été accordé par le traité et qui les aurait autorisés à décider de l'appartenance aux effectifs de leurs bandes ou de leurs réserves. C'est ce que comprenaient les Indiens, ils comprenaient aussi que désormais ce serait le gouvernement du Canada qui déciderait de l'appartenance aux effectifs de leurs bandes et de leurs réserves, étant donné qu'il s'était engagé à payer aux Indiens pour toujours certaines sommes à titre de charges perpétuelles des contribuables. Il est clair que le gouvernement était également bien déterminé à décider qui avait, individuellement, droit à ces paiements et qui n'y avait pas droit.

La Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute mesure législative. Le fait que le régime matrimonial, selon les demandeurs, constituait parfois un élément de diverses versions de la *Loi sur les Indiens* ne signifie pas qu'il soit reconnu par la Constitution comme un droit ancestral ou issu de traité. Ce régime était toujours sujet à abrogation et, de fait, il a été abrogé.

Si la bande pouvait encore décider qui sont ses membres et si le gouvernement était appelé, comme il est obligé de le faire, à verser les sommes prévues à tous les membres et à leur accorder tous les autres avantages existants aujourd'hui, les bandes pourraient alors, hypothétiquement, ruiner les contribuables en élargissant de façon exponentielle le nombre de leurs membres, sans aucune limite, même celles prévues par les modifications de 1985. Il est peu probable que cela se produise, mais les demandeurs semblent avoir oublié la contrepartie originale prévue par le traité. Le gouvernement a, depuis l'époque des traités, exercé de manière absolue le pouvoir de décider qui sont les membres des bandes et les Indiens qui ont droit aux paiements et aux autres avantages.

^b L'*Acte des Sauvages* de 1869 prévoyait que dès qu'une femme indienne épousait un non-Indien, tous les liens la rattachant à sa réserve natale étaient rompus. Les femmes qui se trouvaient dans cette situation avaient la possibilité soit de se faire verser une somme forfaitaire égale soit de choisir de continuer à recevoir chaque année l'annuité prévue par le traité. Dans ce dernier cas elle devenait une titulaire de «billet rouge». Le régime du «billet rouge» a été aboli en 1951. Ce qui montre non seulement que le Parlement a constamment adopté des dispositions législatives afin de prendre en charge la responsabilité de décider qui étaient les membres des groupes autochtones même la conclusion des traités, mais encore que les demandeurs ont, *ex post facto*, adopté la sévérité de la loi de 1869 et affirmé que cette loi exprimait la «règle» ancestrale selon laquelle, de temps immémorial, ce sont les groupes autochtones qui décident qui sont leurs membres.

^c Avant les traités, les prédécesseurs des demandeurs n'avaient pas pour coutume de décider qui étaient leurs membres ou qui étaient les partisans de leurs chefs. L'impor-

families attached themselves to the respective chiefs. Even those born into a chief's people were free simply to walk out of the chief's encampment and attach themselves to another. There was no "veto" on joining. Even those who misconducted themselves were never expelled. This freedom was the opposite of "control" of membership. There was no aboriginal right or customary laws to control membership. There was no Aboriginal or treaty right to engage subsection 35(1).

The plaintiffs have failed to identify any provision of the Act, or of the treaties which, prior to April 17, 1982, or later, provides for the survival, protection or enforcement of the alleged Aboriginal and treaty rights or "customary laws" in issue, if such claimed rights ever existed at all. Nowadays the bands receive and accept what the Government says and determines as to who is an Indian, and of which band. Parliament has over the years enacted comprehensive statutory, codified provisions governing Indian band membership. In practice, repute appears to have been repute in the eyes of a succession of government officials.

Fairness is one of the foundations of the Charter and if the plaintiffs invoke it, they cannot choose only paragraph 2(d). They must also accept that the 1985 amendments find section 1 justification in sections 15 and 28 which carry within the Charter the same thrust as does subsection 35(4) outside the Charter. If there be any infringement of the plaintiffs' freedom of association under paragraph 2(d) in the 1985 amendments, it is justified on the ground of equality as provided for by section 15 and the section 28 assertion that the Charter's rights and freedoms are guaranteed equally to male and female persons.

The 1985 amendments apply to people who were living on the day, at the time upon which it came into force. They neither compensate anyone for past exclusion nor do they purport to change anyone's status or plight as of a time in the past. The amendments seek to cure the plight of those living when the legislation came into force. The amending legislation is prospective in effect.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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, ss. 3, 6, 19.

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.C. 1850, c. 74, ss. IV, V, VI.

tance du chef dépendait du nombre d'individus ou de familles qui choisissaient de le suivre. Même les gens nés de partisans d'un chef donné étaient libres de quitter le campement de ce dernier et d'aller se joindre à un autre. Il n'existait aucun droit de «veto» en la matière. Même les personnes qui ne se comportaient pas convenablement n'étaient pas expulsées. Cette liberté était à l'opposé du principe de la «détermination» de l'effectif de la bande. Il n'y avait ni droit ancestral ni lois coutumières dans ce domaine. Il n'existait pas de droit, ancestral ou issu de traités, qui donnerait ouverture à l'application du paragraphe 35(1).

Les demandeurs n'ont pas été capables d'indiquer quelque disposition de la loi ou des traités qui, avant le 17 avril 1982 ou par la suite, pourvoyait à la survie, à la protection ou à l'application des «lois coutumières» ou droits ancestraux et issus de traités qu'ils allèguent en l'espèce, si ces droits ont jamais existé. Aujourd'hui, les bandes acceptent les décisions du gouvernement en ce qui a trait à l'identité des personnes qui sont des Indiens et des bandes auxquelles ces personnes appartiennent. Au fil des ans, le Parlement a adopté un ensemble exhaustif de dispositions législatives régissant de façon exclusive l'appartenance aux bandes indiennes. En pratique, la notoriété semble avoir été l'idée qu'ont eu de cette notion divers représentants gouvernementaux.

L'équité est une des pierres d'assise de la Charte et si les demandeurs l'invoquent, ils ne peuvent invoquer uniquement l'alinéa 2d). Ils doivent également reconnaître que les modifications de 1985 sont justifiées, au regard de l'article premier, par les articles 15 et 28, qui produisent dans la Charte le même effet que le paragraphe 35(4) en dehors de celle-ci. S'il y a eu atteinte à la liberté d'association garantie aux demandeurs par l'alinéa 2d), elle est tout à fait justifiée pour assurer le respect des principes d'égalité prévus à l'article 15 et par le fait que, par application de l'article 28, les droits et libertés protégés par la Charte sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Les modifications de 1985 s'appliquent aux gens qui vivaient à la date à laquelle celui-ci est entré en vigueur. Elles ne compensent personne pour l'exclusion passée et elles ne sont pas censées modifier rétroactivement le statut ou la situation de quiconque. Elles visent à corriger la situation des personnes qui étaient vivantes à la date de son entrée en vigueur. Le texte de loi a un effet prospectif.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Acte de la Terre de Rupert, 1868, 31-32 Vict., ch. 105 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 6].

Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 3, 4, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 20, 25, 26, 27.

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.C. 1851, ch. 59, art. II.

- 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, ss. 6, 9, 15, 17.
- An Act to Amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27, s. 4.
- 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.C. 1851, c. 59, s. II.
- 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. 1, 2(d), 15, 25, 28.
- 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.
- 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].
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
- Constitutional Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, s. 2.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 337(2), 1101.
- Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 90(1)(b).
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "band", "Band List" (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1), "Indian" "Indian Register" (as am. *idem*), "member of a band", (as am. *idem*), "Registrar" (as am. *idem*), 4 (as am. *idem*, s. 2), 4.1 (as enacted *idem*, s. 3; as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 48, s. 1), 5 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 6 (as am. *idem*; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 43, s. 1), 7 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 8 (as am. *idem*), 9 (as am. *idem*), 10 (as am. *idem*), 11 (as am. *idem*; R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 43, s. 2), 12 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 13 (as am. *idem*), 13.1 (as enacted *idem*), 13.2 (as enacted *idem*), 13.3 (as enacted *idem*), 14 (as am. *idem*), 14.1 (as enacted *idem*), 14.2 (as enacted *idem*), 14.3 (as enacted *idem*), 88.
- Indian Act (The)*, 1876, S.C. 1876, c. 18, ss. 3, 4, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 20, 25, 26, 27.
- Indian Act (The)*, 1880, S.C. 1880, c. 28, ss. 12, 13.
- Indian Act (The)*, S.C. 1951, c. 29.
- Natural Resources Transfer Agreement (Alberta)* [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], s. 2], para. 12.
- Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40, s. 16.
- Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
- 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 empiétements et dommages*, S.C. 1850, ch. 74, art. IV, V, VI.
- 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, art. 3, 6, 19.
- 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, art. 6, 9, 15, 17.
- Acte relatif aux Sauvages*, 1880, S.C. 1880, ch. 28, art. 12, 13.
- 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. 1, 2(d), 15, 25, 28.
- Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta)* [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], art. 2], par. 12.
- 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.
- 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].
- 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. 35.
- Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27, art. 4.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande», «liste de bande» (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1), «Indien», «registre des Indiens» (mod., *idem*), «membre d'une bande», «registraire» (mod., *idem*), 4 (mod., *idem*, art. 2), 4.1 (édicte, *idem*, art. 3; mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 48, art. 1), 5 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), 6 (mod., *idem*; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 43, art. 1), 7 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), 8 (mod., *idem*), 9 (mod., *idem*), 10 (mod., *idem*), 11 (mod., *idem*; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 43, art. 2), 12 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), 13 (mod., *idem*), 13.1 (édicte, *idem*), 13.2 (édicte, *idem*), 13.3 (édicte, *idem*), 14 (mod., *idem*), 14.1 (édicte, *idem*), 14.2 (édicte, *idem*), 14.3 (édicte, *idem*), 88.

Rupert's Land Act, 1868, 31-32 Vict., c. 105 (U.K.)
 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 6].
 Treaty No. 6 (1876).
 Treaty No. 7 (1877).
 Treaty No. 8 (1899).
 Treaty of Paris (1763).
 Treaty of Utrecht (1713).

Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. 1-6, art. 90(1b).
Loi sur les Lois révisées du Canada (1985), L.R.C. (1985)
 (3^e suppl.), ch. 40, art. 16.
Proclamation de 1983 modifiant la Constitution, TR/84-
 102, art. 2.
Proclamation royale (1763), L.R.C. (1985), appendice II,
 n^o 1.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles
 337(2), 1101.
 Traité de Paris (1763).
 Traité d'Utrecht (1713).
 Traité n^o 6 (1876).
 Traité n^o 7 (1877).
 Traité n^o 8 (1899).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sigereak El-53 v. The Queen, [1966] S.C.R. 645; (1966),
 57 D.L.R. (2d) 536; [1966] 4 C.C.C. 393; 49 C.R. 271; 56
 W.W.R. 478; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; (1969),
 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161; 10 C.R.N.S. 334;
Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation,
 [1991] 2 S.C.R. 570; (1991), 83 D.L.R. (4th) 381; [1991]
 3 C.N.L.R. 79; 127 N.R. 147; 46 O.A.C. 396; 20 R.P.R.
 (2d) 50; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; (1990), 30
 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225;
 [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; *Mitchell v. Peguis*
Indian Band, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th)
 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3
 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Reference Re*
Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.), [1987]
 1 S.C.R. 1148; (1987), 40 D.L.R. (4th) 18; 77 N.R. 241;
 22 O.A.C. 321; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075;
 (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46
 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R.
 160; 111 N.R. 241; *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of*
Indian Affairs and Northern Development, [1980] 1 F.C.
 518; (1979), 107 D.L.R. (3d) 513; [1980] 5 W.W.R. 193;
 [1979] 3 C.N.L.R. 17 (T.D.); *Calder et al. v. Attorney-*
General of British Columbia, [1973] S.C.R. 313; (1973),
 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; *Bay v. Registrar*
of Indians (1976), 9 CNLC 36 (F.C.T.D.); *Delgamuukw v.*
British Columbia (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; [1993] 5
 W.W.R. 97; 30 B.C.C.A. 1; 49 W.A.C. 1 (B.C.C.A.); *R. v.*
N.T.C. Smokehouse Ltd., [1993] 5 W.W.R. 542; (1993),
 29 B.C.A.C. 273; 80 B.C.L.R. (2d) 158; [1993] 4
 C.N.L.R. 158; 48 W.A.C. 273 (B.C.C.A.).

CONSIDERED:

R. v. Horseman, [1990] 1 S.C.R. 901; (1990), 108 A.R. 1;
 [1990] 4 W.W.R. 97; 73 Alta. L.R. (2d) 193; [1990] 3
 C.N.L.R. 95; 55 C.C.C. (3d) 353; 108 N.R. 1.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Sigereak El-53 v. The Queen, [1966] R.C.S. 645; (1966),
 57 D.L.R. (2d) 536; [1966] 4 C.C.C. 393; 49 C.R. 271; 56
 W.W.R. 478; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; (1969),
 9 D.L.R. (3d) 473; 71 W.W.R. 161; 10 C.R.N.S. 334;
Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation,
 [1991] 2 R.C.S. 570; (1991), 83 D.L.R. (4th) 381; [1991]
 3 C.N.L.R. 79; 127 N.R. 147; 46 O.A.C. 396; 20 R.P.R.
 (2d) 50; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; (1990), 30
 Q.A.C. 287; 70 D.L.R. (4th) 427; 56 C.C.C. (3d) 225;
 [1990] 3 C.N.L.R. 127; 109 N.R. 22; *Mitchell c. Bande*
indienne Peguis, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R.
 (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81;
 [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219; *Ren-*
voi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Educa-
tion Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148; (1987), 40 D.L.R.
 (4th) 18; 77 N.R. 241; 22 O.A.C. 321; *R. c. Sparrow*,
 [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990]
 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263;
 [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Baker Lake*
(Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord
canadien, [1980] 1 C.F. 518; (1979), 107 D.L.R. (3d)
 513; [1980] 5 W.W.R. 193; [1979] 3 C.N.L.R. 17
 (1^{re} inst.); *Calder et autres c. Procureur général de la*
Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313; (1973), 34
 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R. 1; *Bay c. Registraire*
des Indiens (1976), 9 CNLC 36 (C.F. 1^{re} inst.);
Delgamuukw v. British Columbia (1993), 104 D.L.R.
 (4th) 470; [1993] 5 W.W.R. 97; 30 B.C.C.A. 1; 49
 W.A.C. 1 (C.A.C.-B.); *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*,
 [1993] 5 W.W.R. 542; (1993), 29 B.C.A.C. 273; 80
 B.C.L.R. (2d) 158; [1993] 4 C.N.L.R. 158; 48 W.A.C.
 273 (C.A.C.-B.).

DÉCISION EXAMINÉE:

R. c. Horseman, [1990] 1 R.C.S. 901; (1990), 108 A.R. 1;
 [1990] 4 W.W.R. 97; 73 Alta. L.R. (2d) 193; [1990] 3
 C.N.L.R. 95; 55 C.C.C. (3d) 353; 108 N.R. 1.

REFERRED TO:

Sikyea v. The Queen, [1964] S.C.R. 642; (1964), 50 D.L.R. (2d) 80; 49 W.W.R. 306; [1965] 2 C.C.C. 129; 44 C.R. 266; *The Queen v. George*, [1966] S.C.R. 267; (1966), 55 D.L.R. (2d) 386; [1966] 3 C.C.C. 137; 47 C.R. 382; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; (1981), 123 D.L.R. (3d) 95; 9 Sask. R. 149; 59 C.C.C. (2d) 193; 36 N.R. 437. ^a

AUTHORS CITED

Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*, Toronto: McClelland and Stewart, 1973. ^b
 Marty, Sid. "Prairie Oasis" (1995), 115 *Canadian Geographic* 46.
 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., 1880. ^c
 Nicholson, Norman L. *The Boundaries of the Canadian Confederation*, The Carleton Library No. 115. Toronto: Macmillan, 1979. ^d
 Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232.
 Tillett, Leslie, ed. *Wind on the Buffalo Grass: Native American Artist-Historians*, 1976. Reprint, New York: Da Capo Press, 1989. ^e

ACTION for a declaration that certain 1985 amendments to the *Indian Act* (specifically sections 8 to 14.3) were inconsistent with *Constitution Act*, 1982, section 35. Action dismissed. ^f

COUNSEL:

Catherine M. Twinn, Martin J. Henderson and Philip P. Healey for plaintiffs. ^g
Dogan D. Akman for defendant.
Eugene Meehan for intervener Native Council of Canada.
P. Jonathan Faulds and Thomas K. O'Reilly for intervener Native Council of Canada (Alberta). ^h
Terrence P. Glancy for intervener Non-Status Indian Association of Alberta. ⁱ

SOLICITORS:

Catherine M. Twinn, Slave Lake, Alberta, and *Shibley, Righton*, Toronto, for plaintiffs. ^j
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

DÉCISIONS CITÉES:

Sikyea v. The Queen, [1964] R.C.S. 642; (1964), 50 D.L.R. (2d) 80; 49 W.W.R. 306; [1965] 2 C.C.C. 129; 44 C.R. 266; *The Queen v. George*, [1966] R.C.S. 267; (1966), 55 D.L.R. (2d) 386; [1966] 3 C.C.C. 137; 47 C.R. 382; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; (1981), 123 D.L.R. (3d) 95; 9 Sask. R. 149; 59 C.C.C. (2d) 193; 36 N.R. 437.

DOCTRINE

Fumoleau, René. *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939*, Toronto: McClelland and Stewart, 1973.
 Marty, Sid. «Prairie Oasis» (1995), 115 *Canadian Geographic* 46.
 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., 1880.
 Nicholson, Norman L. *The Boundaries of the Canadian Confederation*, The Carleton Library No. 115. Toronto: Macmillan, 1979.
 Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232.
 Tillett, Leslie, ed. *Wind on the Buffalo Grass: Native American Artist-Historians*, 1976. Reprint, New York: Da Capo Press, 1989.

ACTION en jugement déclarant que certaines modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* (spécifiquement les articles 8 à 14.3) sont incompatibles avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Action rejetée.

AVOCATS:

Catherine M. Twinn, Martin J. Henderson et Philip P. Healey pour les demandeurs.
Dogan D. Akman pour la défenderesse.
Eugene Meehan pour l'intervenant Conseil national des autochtones du Canada.
P. Jonathan Faulds et Thomas K. O'Reilly pour l'intervenant Native Council of Canada (Alberta).
Terrence P. Glancy pour l'intervenante Non-Status Indian Association of Alberta.

PROCUREURS:

Catherine M. Twinn, Slave Lake (Alberta) et *Shibley, Righton*, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

Lang Michener, Ottawa, for intervener Native Council of Canada.

Field & Field Perraton, Edmonton, for intervenor Native Council of Canada (Alberta).

Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton, ^a for intervenor Non-Status Indian Association of Alberta.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MULDOON J.: This is a constitutional case, in which the plaintiffs sue for a declaration that key provisions of an Act of Parliament are inconsistent with parts of section 35 of the Constitution of Canada, and in particular, as enacted by the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Notice was duly served on the attorney general of each province (the Attorney General of Canada already being engaged on the defendant's behalf) in accordance with section 57 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] and Rule 1101 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. No provincial attorney general applied for leave to intervene herein, nor for leave to file a memorandum of facts and law and to appear by counsel and take part in the hearing.

Three interveners were, however, permitted to participate in this case with nearly the full plenitude of a party's rights, status and privileges. They were admitted to such status by order of Mr. Justice McNair, pronounced September 14, 1989 (doc. 96). At trial, the plaintiffs moved to evict the three interveners, but for the reasons given then, the plaintiffs' motion was dismissed, with costs, to consist of a counsel fee payable in favour of the defendant and each of the three interveners in any event of the cause.

At trial the plaintiffs also moved the Court to take a view—necessarily a mute, silent and uncommunicative view, for no sworn witnesses were proposed to accompany the Court—on two reserves, the Westbank in British Columbia and the Sarcee (or

Lang Michener, Ottawa, pour l'intervenant Conseil national des autochtones du Canada.

Field & Field Perraton, Edmonton, pour l'intervenant Native Council of Canada (Alberta).

Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton, pour l'intervenante Non-Status Indian Association of Alberta.

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

LE JUGE MULDOON: Il s'agit en l'espèce d'une affaire constitutionnelle dans laquelle les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire portant que certaines dispositions clés d'une loi du Parlement sont incompatibles avec certaines parties de l'article 35 de la Constitution du Canada, notamment les dispositions édictées par 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]]. Avis a été dûment signifié au procureur général de chaque province (le procureur général du Canada représentant déjà la défenderesse) conformément à l'article 57 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] et à la Règle 1101 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663]. Aucun des procureurs généraux provinciaux n'a demandé la permission d'intervenir ni celle de déposer un exposé des faits et du droit, de comparaître par procureur et de participer à l'audition.

Cependant, trois intervenants ont été autorisés à participer à la présente affaire et se sont pratiquement vus reconnaître la qualité de parties ainsi que tous les droits et privilèges y afférents. Cette qualité leur a été reconnue par une ordonnance du juge McNair, rendue le 14 septembre 1989 (doc. 96). Au procès, les demandeurs ont présenté une requête en vue de faire évincer les trois intervenants, mais, pour les motifs énoncés alors, cette requête a été rejetée avec dépens, dépens qui seront constitués d'une somme accordée aux avocats et payable à la défenderesse et à chacun des trois intervenants, quel que soit le sort de la cause.

Au procès, les demandeurs ont présenté une autre requête dans laquelle ils demandaient à la Cour de se déplacer pour aller visiter—visite qui aurait nécessairement été muette, silencieuse et sans communication, puisqu'on ne proposait le nom d'aucun témoin

Tsuu T'ina) in Alberta. In addition, the plaintiffs sought to adduce the testimony, on commission, of a witness who was said to be 85 years of age, and who declined to travel by aeroplane. That compendious motion, also for reasons expressed at the trial, was dismissed on October 18, 1993, with costs to the defendant and interveners in any event of the cause.

The plaintiffs had recently before the trial dismissed their counsel of record, the latest of several, before engaging the counsel who ultimately did appear and conduct the plaintiffs' case. The Court ruled that the trial was to proceed nearly on schedule with little delay, because that switching of lawyers was the plaintiffs' own doing and they were not to be permitted to make ashes of the pre-trial case management efforts of Messrs. Justices McNair and Cullen. Accordingly, the plaintiffs' new trial lawyers, having known what they were getting into, were obliged to carry on with only minimal delay.

As it turns out, the delay which has now occurred has been largely caused by innumerable flaws in the technological marvel which was engaged, with personnel, to produce trial transcripts and exhibits' images with the speed of summer lightning on an electronic computerized monitor screen. This delay, from the Court's point of view, has been unavoidable. The old-fashioned way would have been faster.

THE LEGISLATION

The plaintiffs' grievance is stated to reside in an Act of Parliament: 33-34 Elizabeth II, *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27, (the 1985 amendment). Section 4 of that 1985 amendment is particularly noticed in enacting new sections 8, 9, 10,

assermenté qui aurait été chargé d'accompagner la Cour—deux réserves, la Westbank en Colombie-Britannique et la Sarcee (ou Tsuu T'ina) en Alberta. En outre, les demandeurs ont également demandé l'autorisation de faire recueillir, par voie de commission rogatoire, la déposition d'un témoin qui, a-t-on affirmé, était âgé de 85 ans et refusait de voyager par avion. Cette requête sommaire, également pour des motifs énoncés à l'audience, a été rejetée le 18 octobre 1993, avec dépens en faveur de la défendresse et des intervenants, quel que soit le sort de la cause.

Tout juste avant le début du procès, les demandeurs ont congédié leurs avocats inscrits au dossier, à l'instar de plusieurs autres avant eux, avant de retenir les services de ceux qui ont ultimement comparu et plaidé en leur nom. La Cour a statué que le procès devait avoir lieu selon le calendrier prévu, avec le minimum de retard, étant donné que les demandeurs eux-mêmes avaient provoqué le changement d'avocats et qu'il ne fallait pas leur permettre de réduire à néant les efforts déployés par les juges McNair et Cullen en vue de préparer l'affaire pour le procès. En conséquence, les nouveaux avocats des demandeurs, qui étaient bien au fait du bateau dans lequel ils s'embarquaient, ont été contraints de prendre la relève pratiquement au pied levé.

Il se trouve que le dernier retard qui est survenu a été, dans une large mesure, causé par les innombrables lacunes de la merveille technologique qui a été utilisée—avec le personnel nécessaire à son fonctionnement—pour reproduire, à la vitesse de l'éclair, la transcription des débats et l'image des pièces sur un écran d'ordinateur. Du point de vue de la Cour, ce retard n'a pu être évité. Les bonnes vieilles méthodes auraient été plus rapides.

LA LÉGISLATION APPLICABLE

Les récriminations des demandeurs visent, affirmé-on, une loi du Parlement: 33-34 Elizabeth II, *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27, (les modifications de 1985). L'article 4 des modifications de 1985 est mentionné de façon plus particu-

11 and 12 in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.¹ Because some of these provisions refer to earlier ones, and because there is an interrelationship with concurrently enacted and repealed provisions, the Court deems it convenient and not unreasonable to spill the ink necessary to set out the pertinent provisions, keeping in mind that they must find their validity, if at all, not only on the uncontested ground of the constitutional division of national and provincial powers, but also in accordance with section 35 of the *Constitution Act, 1982* as mentioned at the outset of these reasons. In some instances, the repealed provision [R.S.C., 1985, c. I-5, unless otherwise indicated] is recited (appearing in italics) just ahead of the bold-face provision of the 1985 amendment [R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, ss. 1, 2 and 4, and amendments thereto where indicated] called Bill C-31 by some. Ordinary type is utilized for unamended surviving pre-Bill C-31 provisions [R.S.C., 1985, c. I-5]:

2. (1) In this Act

“band” means a body of Indians

- (a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,
- (b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or
- (c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;

“Band List” means a list of persons that is maintained under section 8 by a band or in the Department;

¹ In order to understand how the 1985 amendment, (Bill C-31) assented to on June 28, 1985, could truly amend the *Indian Act* in the R.S.C., one has to note the provisions of section 16 of the *Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40. For accuracy of reference, just this once, the 1985 amendment’s true citation is *An Act to Amend the Indian Act*, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32.

lière en ce qu’il édicte les nouveaux articles 8, 9, 10, 11 et 12 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5¹. Comme certaines de ces dispositions renvoient à des dispositions antérieures et qu’il y a interrelation entre des dispositions qui sont abrogées et édictées en même temps, la Cour estime qu’il est pratique et sûrement pas déraisonnable de faire couler l’encre nécessaire pour citer les dispositions applicables, tout en gardant à l’esprit que, pour établir la validité de ces dispositions, il faut non seulement démontrer qu’elles respectent le partage constitutionnel des pouvoirs entre le fédéral et les provinces, mais également qu’elles sont compatibles avec l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* mentionné au début des présents motifs. Dans certains cas, la disposition abrogée [L.R.C. (1985), ch. I-5, à moins d’indication contraire] est citée (en italique) tout juste avant les dispositions—reproduites en caractères gras—des modifications de 1985 [L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1, 2 et 4, tels que modifiées lorsque précisé], que certains continuent d’appeler projet de loi C-31 [L.R.C. (1985), ch. I-5]. Les dispositions antérieures au projet de loi C-31, qui n’ont pas été modifiées par celui-ci et qui sont toujours en vigueur sont reproduites en caractères ordinaires:

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

f «bande» Groupe d’Indiens, selon le cas:

- a) à l’usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;
- b) à l’usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d’argent;
- c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l’application de la présente loi.

h «Indien» Personne qui, conformément à la présente loi, est inscrite à titre d’Indien ou a droit de l’être.

¹ Afin de bien comprendre de quelle manière les modifications de 1985, (projet de loi C-31), qui ont reçu la sanction royale le 28 juin 1985, ont pu concrètement modifier la *Loi sur les Indiens* dans les L.R.C., il faut tenir compte des dispositions de l’article 16 de la *Loi sur les Lois révisées du Canada* (1985), L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 40. Par souci de précision et pour cette fois-ci seulement, soulignons que la bonne façon de citer les modifications de 1985 est la suivante: *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32.

<p>"Indian" means a person who pursuant to this Act is registered as an Indian or is entitled to be registered as an Indian;</p>	<p>«liste de bande» Liste de personnes tenue en vertu de l'article 8 par une bande ou au ministère;</p>
<p>"Indian Register" means the register of persons that is maintained under section 5;</p>	<p>«membre d'une bande» Personne dont le nom apparaît sur une liste de bande ou qui a droit à ce que son nom y figure.</p>
<p>"member of a band" means a person whose name appears on a Band List or who is entitled to have his name appear on a Band List;</p>	<p>«registraire» Le fonctionnaire du ministère responsable du registre des Indiens et des listes de bande tenus au ministère;</p>
<p>"Registrar" means the officer in the Department who is in charge of the Indian Register and the Band Lists maintained in the Department;</p>	<p>«registre des Indiens» Le registre de personnes tenu en vertu de l'article 5;</p>
<p>4. (1) A reference in this Act to an Indian does not include any person of the race of aborigines commonly referred to as Inuit.</p>	<p>4. (1) La mention d'un Indien, dans la présente loi, exclut une personne de la race d'aborigènes communément appelés Inuit.</p>
<p>(2) The Governor in Council may by proclamation declare that this Act or any portion thereof, except sections 37 to 41, shall not apply to</p>	<p>(2) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation, déclarer que la présente loi, ou toute partie de celle-ci, sauf les articles 37 à 41, ne s'applique pas</p>
<p>(a) any Indians or any group or band of Indians, or</p> <p>(b) any reserve or any surrendered lands or any part thereof,</p>	<p>a) à des Indiens ou à un groupe ou une bande d'Indiens;</p> <p>b) à une réserve ou à des terres cédées, ou à une partie y afférente,</p>
<p>and may by proclamation revoke any such declaration.</p>	<p>et peut par proclamation révoquer toute semblable déclaration.</p>
<p>(2) The Governor in Council may by proclamation declare that this Act or any portion thereof, except sections 5 to 14.3 or sections 37 to 41, shall not apply to</p>	<p>(2) Le gouverneur en conseil peut, par proclamation, déclarer que la présente loi, ou toute partie de celle-ci, sauf les articles 5 à 14.3 et 37 à 41, ne s'applique pas</p>
<p>(a) any Indians or any group or band of Indians, or</p> <p>(b) any reserve or any surrendered lands or any part thereof,</p>	<p>a) à des Indiens ou à un groupe ou une bande d'Indiens;</p> <p>b) à une réserve ou à des terres cédées, ou à une partie y afférente.</p>
<p>and may by proclamation revoke any such declaration.</p>	<p>Il peut en outre, par proclamation, révoquer toute semblable déclaration.</p>
<p>(2.1) For greater certainty, and without restricting the generality of subsection (2), the Governor in Council shall be deemed to have had the authority to make any declaration under subsection (2) that the Governor in Council has made in respect of section 11, 12 or 14, or any provision thereof, as each section or provision read immediately prior to April 17, 1985.</p>	<p>(2.1) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), il demeure entendu que le gouverneur en conseil est réputé avoir eu le pouvoir de faire, en vertu du paragraphe (2), toute déclaration qu'il a faite à l'égard des articles 11, 12 ou 14 ou d'une disposition de ceux-ci, dans leur version antérieure au 17 avril 1985.</p>
<p>(3) Sections 114 to 122 and, unless the Minister otherwise orders, sections 42 to 52 do not apply to or in respect of any Indian who does not ordinarily reside on a reserve or on lands belonging to Her Majesty in right of Canada or a province.</p>	<p>(3) Les articles 114 à 122 et, sauf si le ministre en ordonne autrement, les articles 42 à 52 ne s'appliquent à aucun Indien, ni à l'égard d'aucun Indien, ne résidant pas ordinairement dans une réserve ou sur des terres qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.</p>
<p>4.1 A reference to an Indian in the definitions "band", "Indian moneys" and "mentally incompetent Indian" in section 2 or a reference to an Indian in . . . [various provisions listed] shall be deemed to include a reference to any person</p>	<p>4.1 La mention du terme «Indien» dans les définitions de «bande», «argent des Indiens» ou «Indien mentalement incapable» à l'article 2 et la mention . . . [aux diverses dispositions énumérées] valent également mention de toute personne qui a</p>

who is entitled to have his name entered in a Band List and whose name has been entered therein. [R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 3].

4.1 A reference to an Indian in any of the following provisions shall be deemed to include a reference to any person whose name is entered in a Band List and who is entitled to have it entered therein: the definitions "band", "Indian moneys" and "mentally incompetent Indian" in section 2, subsections 4(2) and (3) and 18(2), sections 20 and 22 to 25, subsections 31(1) and (3) and 35(4), sections 51, 52, 52.2 and 52.3, subsections 58(3) and 61(1), sections 63 and 65, subsections 66(2) and 70(1) and (4), section 71, paragraphs 73(g) and (h), subsection 74(4), section 84, paragraph 87(1)(a), section 88, subsection 89(1) and paragraph 107(b). [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 48, s. 1.]

5. An Indian Register shall be maintained in the Department, which Register shall consist of Band Lists and General Lists and in which shall be recorded the name of every person who is entitled to be registered as an Indian.

5. (1) There shall be maintained in the Department an Indian Register in which shall be recorded the name of every person who is entitled to be registered as an Indian under this Act.

(2) The names in the Indian Register immediately prior to April 17, 1985 shall constitute the Indian Register on April 17, 1985.

(3) The Registrar may at any time add to or delete from the Indian Register the name of any person who, in accordance with this Act, is entitled or not entitled, as the case may be, to have his name included in the Indian Register.

(4) The Indian Register shall indicate the date on which each name was added thereto or deleted therefrom.

(5) The name of a person who is entitled to be registered is not required to be recorded in the Indian Register unless an application for registration is made to the Registrar.

6. (1) Subject to section 7, a person is entitled to be registered if

(a) that person was registered or entitled to be registered immediately prior to April 17, 1985;

(b) that person is a member of a body of persons that has been declared by the Governor in Council on or after April 17, 1985 to be a band for the purposes of this Act;

(c) the name of that person was omitted or deleted from the Indian Register, or from a band list prior to September 4, 1951, under subparagraph 12(1)(a)(iv), paragraph 12(1)(b) or subsection 12(2) or under subparagraph 12(1)(a)(iii) pursuant to an order made under subsection 109(2), as each provision read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as any of those provisions;

droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande et dont le nom y a effectivement été consigné. [L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.) ch. 32, art. 3].

4.1 La mention du terme «Indien» dans les définitions de «bande», «argent des Indiens» ou «Indien mentalement incapable» à l'article 2 et la mention de ce terme aux paragraphes 4(2) et (3) et 18(2), aux articles 20 et 22 à 25, aux paragraphes 31(1) et (3) et 35(4), aux articles 51, 52, 52.2 et 52.3, aux paragraphes 58(3) et 61(1), aux articles 63 et 65, aux paragraphes 66(2) et 70(1) et (4), à l'article 71, aux alinéas 73(g) et (h), au paragraphe 74(4), à l'article 84, à l'alinéa 87(1)(a), à l'article 88, au paragraphe 89(1) et à l'alinéa 107(b) valent également mention de toute personne qui a droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande et dont le nom y est consigné. [L.R.C. (1985), ch. 48 (4^e suppl.), art. 1.]

5. Est maintenu au ministère un registre des Indiens, composé des listes de bande et des listes générales et où doit être consigné le nom de chaque personne ayant droit d'être inscrite comme Indien.

5. (1) Est tenu au ministère un registre des Indiens où est consigné le nom de chaque personne ayant le droit d'être inscrite comme Indien en vertu de la présente loi.

(2) Les noms figurant au registre des Indiens le 16 avril 1985 constituent le registre des Indiens au 17 avril 1985.

(3) Le registraire peut ajouter au registre des Indiens, ou en retrancher, le nom de la personne qui, aux termes de la présente loi, a ou n'a pas droit, selon le cas, à l'inclusion de son nom dans ce registre.

(4) Le registre des Indiens indique la date où chaque nom y a été ajouté ou en a été retranché.

(5) Il n'est pas requis que le nom d'une personne qui a droit d'être inscrite soit consigné dans le registre des Indiens, à moins qu'une demande à cet effet soit présentée au registraire.

6. (1) Sous réserve de l'article 7, une personne a droit d'être inscrite si elle remplit une des conditions suivantes:

a) elle était inscrite ou avait droit de l'être le 16 avril 1985;

b) elle est membre d'un groupe de personnes déclaré par le gouverneur en conseil après le 16 avril 1985 être une bande pour l'application de la présente loi;

c) son nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou, avant le 4 septembre 1951, d'une liste de bande, en vertu du sous-alinéa 12(1)(a)(iv), de l'alinéa 12(1)(b) ou du paragraphe 12(2) ou en vertu du sous-alinéa 12(1)(a)(iii) conformément à une ordonnance prise en vertu du paragraphe 109(2), dans leur version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui d'une de ces dispositions;

(d) the name of that person was omitted or deleted from the Indian Register, or from a band list prior to September 4, 1951, under subparagraph 12(1)(a)(iii) pursuant to an order made under subsection 109(1), as each provision read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as any of those provisions;

(e) the name of that person was omitted or deleted from the Indian Register, or from a band list prior to September 4, 1951,

(i) under section 13, as it read immediately prior to September 4, 1951, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as that section, or

(ii) under section 111, as it read immediately prior to July 1, 1920, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as that section; or

(f) that person is a person both of whose parents are or, if no longer living, were at the time of death entitled to be registered under this section.

(2) Subject to section 7, a person is entitled to be registered if that person is a person one of whose parents is or, if no longer living, was at the time of death entitled to be registered under subsection (1).

(3) For the purposes of paragraph (1)(f) and subsection (2),

(a) a person who was no longer living immediately prior to April 17, 1985 but who was at the time of death entitled to be registered shall be deemed to be entitled to be registered under paragraph (1)(a); and

(b) a person described in paragraph (1)(c), (d), (e) or (f) or subsection (2) and who was no longer living on April 17, 1985 shall be deemed to be entitled to be registered under that provision. [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 43, s. 1.]

7. (1) The Registrar may at any time add to or delete from a Band List or a General List the name of any person who, in accordance with this Act, is entitled or not entitled, as the case may be, to have his name included in that List.

(2) The Indian Register shall indicate the date on which each name was added thereto or deleted therefrom.

7. (1) The following persons are not entitled to be registered:

(a) a person who was registered under paragraph 11(1)(f), as it read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as that paragraph, and whose name was subsequently omitted or deleted from the Indian Register under this Act; or

(b) a person who is the child of a person who was registered or entitled to be registered under paragraph 11(1)(f), as it read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the

d) son nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou, avant le 4 septembre 1951, d'une liste de bande, en vertu du sous-alinéa 12(1)a(iii) conformément à une ordonnance prise en vertu du paragraphe 109(1), dans leur version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui d'une de ces dispositions;

e) son nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou, avant le 4 septembre 1951, d'une liste de bande:

(i) soit en vertu de l'article 13, dans sa version antérieure au 4 septembre 1951, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui de cet article,

(ii) soit en vertu de l'article 111, dans sa version antérieure au 1^{er} juillet 1920, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui de cet article;

f) ses parents ont tous deux droit d'être inscrits en vertu du présent article ou, s'ils sont décédés, avaient ce droit à la date de leur décès.

(2) Sous réserve de l'article 7, une personne a droit d'être inscrite si l'un de ses parents a le droit d'être inscrit en vertu du paragraphe (1) ou, s'il est décédé, avait ce droit à la date de son décès.

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)f) et du paragraphe (2):

a) la personne qui est décédée avant le 17 avril 1985 mais qui avait droit d'être inscrite à la date de son décès est réputée avoir droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa (1)a);

b) la personne visée aux alinéas (1)c), d), e) ou f) ou au paragraphe (2) et qui est décédée avant le 17 avril 1985 est réputée avoir droit d'être inscrite en vertu de ces dispositions. [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 43, art. 1.]

7. (1) Le registraire peut ajouter à une liste de bande ou à une liste générale, ou en retrancher, le nom de toute personne qui, d'après la présente loi, a ou n'a pas droit, selon le cas, de l'inclusion de son nom dans cette liste.

(2) Le registre des Indiens doit indiquer la date où chaque nom y a été ajouté ou en a été retranché.

7. (1) Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites:

a) celles qui étaient inscrites en vertu de l'alinéa 11(1)f), dans sa version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui de cet alinéa, et dont le nom a ultérieurement été omis ou retranché du registre des Indiens en vertu de la présente loi;

b) celles qui sont les enfants d'une personne qui était inscrite ou avait le droit de l'être en vertu de l'alinéa 11(1)f), dans sa version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant

same subject-matter as that paragraph, and is also the child of a person who is not entitled to be registered.

(2) Paragraph (1)(a) does not apply in respect of a female person who was, at any time prior to being registered under paragraph 11(1)(f), entitled to be registered under any other provision of this Act.

(3) Paragraph (1)(b) does not apply in respect of the child of a female person who was, at any time prior to being registered under paragraph 11(1)(f), entitled to be registered under any other provision of this Act.

8. The band lists in existence in the Department on September 4, 1951 shall constitute the Indian Register, and the applicable lists shall be posted in a conspicuous place in the superintendent's office that serves the band or persons to whom the List relates and in all other places where band notices are ordinarily displayed.

8. There shall be maintained in accordance with this Act for each band a Band List in which shall be entered the name of every person who is a member of that Band.

9. (1) Within six months after a list has been posted in accordance with section 8 or within three months after the name of a person has been added to or deleted from a Band List or a General List pursuant to section 7

[the band council, electors, adult named on list, or person concerned]

may, by notice in writing to the Registrar, containing a brief statement of the grounds therefor, protest the inclusion, omission, addition, or deletion, as the case may be, of the name of that person, and the onus of establishing those grounds lies on the person making the protest.

(2) Where a protest is made to the Registrar under this section he shall cause an investigation to be made into the matter and shall render a decision and, subject to a reference under subsection (3), the decision of the Registrar is final and conclusive.

(3) Within three months after the date of a decision of the Registrar under subsection(2),

(a) the council of the band affected by the Registrar's decision, or

(b) the person by or in respect of whom the protest was made,

may, by notice in writing, request the Registrar to refer the decision to a judge for review, and thereupon the Registrar shall refer the decision, together with all material considered by the Registrar in making his decision,

(4) A judge referred to in subsection (3) shall

(a) inquire into the correctness of the Registrar's decision, and for that purpose may exercise all the powers of a commissioner under Part I of the Inquiries Act; and

sur le même sujet que celui de cet alinéa, et qui sont également les enfants d'une personne qui n'a pas le droit d'être inscrite.

(2) L'alinéa (1)a) ne s'applique pas à une personne de sexe féminin qui, avant qu'elle ne soit inscrite en vertu de l'alinéa 11(1)f), avait le droit d'être inscrite en vertu de toute autre disposition de la présente loi.

(3) L'alinéa (1)b) ne s'applique pas à l'enfant d'une personne de sexe féminin qui, avant qu'elle ne soit inscrite en vertu de l'alinéa 11(1)f), avait le droit d'être inscrite en vertu de toute autre disposition de la présente loi.

8. Les listes de bande dressées au ministère le 4 septembre 1951 constituent le registre des Indiens et les listes applicables doivent être affichées à un endroit bien en vue dans le bureau du surintendant qui dessert la bande ou les personnes visées par la liste et dans tous les autres endroits où les avis concernant la bande sont ordinairement affichés.

8. Est tenue conformément à la présente loi la liste de chaque bande où est consigné le nom de chaque personne qui en est membre.

9. (1) Dans les six mois de l'affichage d'une liste conformément à l'article 8 ou dans les trois mois de l'addition du nom d'une personne à une liste de bande ou à une liste générale, ou de son retranchement d'une telle liste, en vertu de l'article 7:

[le conseil de la bande, des électeurs, tout adulte inscrit sur la liste affichée ou la personne concernée]

peuvent, par avis écrit au registraire, renfermant un bref exposé des motifs invoqués à cette fin, protester contre l'inclusion, l'omission, l'addition ou le retranchement, selon le cas, du nom de cette personne, et il incombe à la personne qui formule la protestation d'établir ces motifs.

(2) Lorsqu'une protestation est adressée au registraire, en vertu du présent article, il fait tenir une enquête sur la question et rend une décision qui, sous réserve d'un renvoi prévu au paragraphe (3), est définitive et sans appel.

(3) Dans les trois mois de la date d'une décision du registraire aux termes du paragraphe (2):

a) soit le conseil de la bande que vise la décision du registraire;

b) soit la personne qui a fait la protestation ou à l'égard de qui elle a eu lieu,

peut, moyennant un avis par écrit, demander au registraire de soumettre la décision à un juge, pour révision; le registraire doit alors déférer la décision, avec tous les éléments qu'il a pris en considération pour y arriver:

(4) Le juge visé au paragraphe (3):

a) enquête sur la justesse de la décision du registraire et peut alors exercer tous les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la partie I de la Loi sur les enquêtes;

(b) *decide whether the person in respect of whom the protest was made is, in accordance with this Act, entitled or not entitled, as the case may be, to have his name included in the Indian Register.*

(5) *The decision of the judge under subsection (4) is final and conclusive*

(6) *Not more than one reference of a Registrar's decision in respect of a protest may be made to a judge under this section.*

(7) *Where a decision of the Registrar has been referred to a judge for review under this section, the burden of establishing that the decision of the Registrar is erroneous is on the person who requested that the decision be so referred.*

9. (1) **Until such time as a band assumes control of its Band List, the Band List of that band shall be maintained in the Department by the Registrar.**

(2) **The names in a Band List of a band immediately prior to April 17, 1985 shall constitute the Band List of that band on April 17, 1985.**

(3) **The Registrar may at any time add to or delete from a Band List maintained in the Department the name of any person who, in accordance with this Act, is entitled or not entitled, as the case may be, to have his name included in that List.**

(4) **A Band List maintained in the Department shall indicate the date on which each name was added thereto or deleted therefrom.**

(5) **The name of a person who is entitled to have his name entered in a Band List maintained in the Department is not required to be entered therein unless an application for entry therein is made to the Registrar.**

10. Where the name of a male person is included in, omitted from, added to or deleted from a Band List or a General List, the names of his wife and his minor children shall also be included, omitted, added or deleted, as the case may be.

10. (1) **A band may assume control of its own membership if it establishes membership rules for itself in writing in accordance with this section and if, after the band has given appropriate notice of its intention to assume control of its own membership, a majority of the electors of the Band gives its consent to the band's control of its own membership.**

(2) **A band may, pursuant to the consent of a majority of the electors of the band,**

- (a) **after it has given appropriate notice of its intention to do so, establish membership rules for itself; and**
- (b) **provide for a mechanism for reviewing decisions on membership.**

(3) **Where the council of a band makes a by-law under paragraph 81(1) (p. 4) bringing this subsection into effect in respect of the band, the consents required under subsec-**

b) décide si la personne qui a fait l'objet de la protestation a ou n'a pas droit, selon le cas, d'après la présente loi, à l'inscription de son nom au registre des Indiens.

(5) *La décision du juge est définitive et sans appel.*

(6) *La décision du registraire à l'égard d'une protestation ne peut être renvoyée qu'une seule fois devant un juge aux termes du présent article.*

(7) *Lorsque la décision du registraire a été renvoyée devant un juge, pour révision, aux termes du présent article, il incombe à la personne qui a demandé le renvoi d'établir que la décision du registraire est erronée.*

9. (1) **Jusqu'à ce que la bande assume la responsabilité de sa liste, celle-ci est tenue au ministère par le registraire.**

(2) **Les noms figurant à la liste d'une bande le 16 avril 1985 constituent la liste de cette bande au 17 avril 1985.**

(3) **Le registraire peut ajouter à une liste de bande tenue au ministère, ou en retrancher, le nom de la personne qui, aux termes de la présente loi, a ou n'a pas droit, selon le cas, à l'inclusion de son nom dans cette liste.**

(4) **La liste de bande tenue au ministère indique la date où chaque nom y a été ajouté ou en a été retranché.**

(5) **Il n'est pas requis que le nom d'une personne qui a droit à ce que celui-ci soit consigné dans une liste de bande tenue au ministère y soit consigné, à moins qu'une demande à cet effet soit présentée au registraire.**

10. Lorsque le nom d'une personne du sexe masculin est inclus dans une liste de bande ou une liste générale, ou y est ajouté ou omis, ou en est retranché, les noms de son épouse et de ses enfants mineurs doivent également être inclus, ajoutés, omis ou retranchés, selon le cas.

10. (1) **La bande peut décider de l'appartenance à ses effectifs si elle en fixe les règles par écrit conformément au présent article et si, après qu'elle a donné un avis convenable de son intention de décider de cette appartenance, elle y est autorisée par la majorité de ses électeurs.**

(2) **La bande peut, avec l'autorisation de la majorité de ses électeurs:**

- a) **après avoir donné un avis convenable de son intention de ce faire, fixer les règles d'appartenance à ses effectifs;**
- b) **prévoir une procédure de révision des décisions portant sur l'appartenance à ses effectifs.**

(3) **Lorsque le conseil d'une bande prend en vertu de l'alinéa 81(1) (p. 4) un règlement administratif mettant en vigueur le présent paragraphe à l'égard de la bande, l'au-**

tions (1) and (2) shall be given by a majority of the members of the band who are of the full age of eighteen years.

(4) Membership rules established by a band under this section may not deprive any person who had the right to have his name entered in the Band List for that band, immediately prior to the time the rules were established, of the right to have his name so entered by reason only of a situation that existed or an action that was taken before the rules came into force.

(5) For greater certainty, subsection (4) applies in respect of a person who was entitled to have his name entered in the Band List under paragraph 11(1)(c) immediately before the band assumed control of the Band List if that person does not subsequently cease to be entitled to have his name entered in the Band List.

(6) Where the conditions set out in subsection (1) have been met with respect to a band, the council of the band shall forthwith give notice to the Minister in writing that the band is assuming control of its own membership and shall provide the Minister with a copy of the membership rules for the band.

(7) On receipt of a notice from the council of a band under subsection (6), the Minister shall, if the conditions set out in subsection (1) have been complied with, forthwith

(a) give notice to the band that it has control of its own membership; and

(b) direct the Registrar to provide the band with a copy of the Band List maintained in the Department.

(8) Where a band assumes control of its membership under this section, the membership rules established by the band shall have effect from the day on which notice is given to the Minister under subsection (6), and any additions to or deletions from the Band List of the band by the Registrar on or after that day are of no effect unless they are in accordance with the membership rules established by the band.

(9) A band shall maintain its own Band List from the date on which a copy of the Band List is received by the band under paragraph (7)(b), and, subject to section 13.2, the Department shall have no further responsibility with respect to that Band List from that date.

(10) A band may at any time add to or delete from a Band List maintained by it the name of any person who, in accordance with the membership rules of the band, is entitled or not entitled, as the case may be, to have his name included in that list.

(11) A Band List maintained by a band shall indicate the date on which each name was added thereto or deleted therefrom.

11. (1) Subject to section 12, a person is entitled to be registered if that person

(a) on May 26, 1874 was, for the purposes of An Act providing for the organization of the Department of the Secretary

torisation requise en vertu des paragraphes (1) et (2) doit être donnée par la majorité des membres de la bande âgés d'au moins dix-huit ans.

(4) Les règles d'appartenance fixées par une bande en vertu du présent article ne peuvent priver quiconque avait droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande immédiatement avant la fixation des règles du droit à ce que son nom y soit consigné en raison uniquement d'un fait ou d'une mesure antérieurs à leur prise d'effet.

(5) Il demeure entendu que le paragraphe (4) s'applique à la personne qui avait droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande en vertu de l'alinéa 11(1)c) avant que celle-ci n'assume la responsabilité de la tenue de sa liste si elle ne cesse pas ultérieurement d'avoir droit à ce que son nom y soit consigné.

(6) Une fois remplies les conditions du paragraphe (1), le conseil de la bande, sans délai, avise par écrit le ministre du fait que celle-ci décide désormais de l'appartenance à ses effectifs et lui transmet le texte des règles d'appartenance.

(7) Sur réception de l'avis du conseil de bande prévu au paragraphe (6), le ministre, sans délai, s'il constate que les conditions prévues au paragraphe (1) sont remplies:

a) avise la bande qu'elle décide désormais de l'appartenance à ses effectifs;

b) ordonne au registraire de transmettre à la bande une copie de la liste de bande tenue au ministère.

(8) Lorsque la bande décide de l'appartenance à ses effectifs en vertu du présent article, les règles d'appartenance fixées par celle-ci entrent en vigueur à compter de la date où l'avis au ministre a été donné en vertu du paragraphe (6); les additions ou retranchements effectués par le registraire à l'égard de la liste de la bande après cette date ne sont valides que s'ils sont effectués conformément à ces règles.

(9) À compter de la réception de l'avis prévu à l'alinéa (7)b), la bande est responsable de la tenue de sa liste. Sous réserve de l'article 13.2, le ministère, à compter de cette date, est déchargé de toute responsabilité à l'égard de cette liste.

(10) La bande peut ajouter à la liste de bande tenue par elle, ou en retrancher, le nom de la personne qui, aux termes des règles d'appartenance de la bande, a ou n'a pas droit, selon le cas, à l'inclusion de son nom dans la liste.

(11) La liste de bande tenue par celle-ci indique la date où chaque nom y a été ajouté ou en a été retranché.

11. (1) Sous réserve de l'article 12, une personne a droit d'être inscrite dans les cas suivants:

a) elle était, le 26 mai 1874, pour l'application de l'Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire

of State of Canada, and for the management of Indian and Ordinance Lands, chapter 42 of the Statutes of Canada, 1868, as amended by section 6 of chapter 6 of the Statutes of Canada, 1869, and section 8 of chapter 21 of the Statutes of Canada, 1874, considered to be entitled to hold, use or enjoy the lands and other real property belonging to or appropriated to the use of the various tribes, bands or bodies of Indians in Canada;

(b) is a member of a band

(i) for whose use and benefit, in common, lands have been set apart or since the May 26, 1874, have been agreed by treaty to be set apart, or

(ii) that has been declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;

(c) is a male person who is a direct descendent in the male line of a male person described in paragraph (a) or (b);

(d) is the legitimate child of

(i) a male person described in paragraph (a) or (b), or

(ii) a person described in paragraph (c);

(e) is the illegitimate child of a female person described in paragraph (a), (b), or (d); or

(f) is the wife or widow of a person who is entitled to be registered by virtue of paragraph (a), (b), (c), (d), or (e).

(2) Paragraph (1)(e) applies only to persons born after August 13, 1956.

11. (1) Commencing on April 17, 1985, a person is entitled to have his name entered in a Band List maintained in the Department for a band if

(a) the name of that person was entered in the Band List for that band, or that person was entitled to have it entered in the Band List for that band, immediately prior to April 17, 1985;

(b) that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(b) as a member of that band;

(c) that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) and ceased to be a member of that band by reason of the circumstances set out in that paragraph; or

(d) that person was born on or after April 17, 1985 and is entitled to be registered under paragraph 6(1)(f) and both parents of that person are entitled to have their names entered in the Band List or, if no longer living, were at the time of death entitled to have their names entered in the Band List.

(2) Commencing on the day that is two years after the day that an Act entitled *An Act to Amend the Indian Act*, introduced in the House of Commons on February 28, 1985, is assented to, or on such earlier day as may be agreed to under section 13.1, where a band does not have control of its Band List under this Act, a person is entitled to have his name entered in a Band List maintained in the Department for the band

d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance, chapitre 42 des Statuts du Canada de 1868, loi modifiée par l'article 6 du chapitre 6 des Statuts du Canada de 1869 et par l'article 8 du chapitre 21 des Statuts du Canada de 1874, considérée comme ayant droit à la détention, l'usage ou la jouissance des terres et autres biens immeubles appartenant aux tribus, bandes ou groupes d'Indiens au Canada, ou affectés à leur usage;

b) elle est membre d'une bande

(i) soit à l'usage et au profit communs de laquelle des terres ont été mises de côté ou, depuis le 26 mai 1874, ont fait l'objet d'un traité les mettant de côté,

(ii) soit que le gouverneur en conseil a déclarée constituer une bande pour l'application de la présente loi;

c) elle est du sexe masculin et descendante directe par les hommes d'une personne du sexe masculin décrite à l'alinéa a) ou b);

d) elle est l'enfant légitime

(i) soit d'une personne du sexe masculin décrite à l'alinéa a) ou b),

(ii) d'une personne décrite à l'alinéa c);

e) elle est l'enfant illégitime d'une personne du sexe féminin décrite à l'alinéa a), b) ou d);

f) elle est l'épouse ou la veuve d'une personne ayant le droit d'être inscrite aux termes de l'un des alinéas a) à e).

(2) L'alinéa (1)e) s'applique seulement aux personnes nées après le 13 août 1956.

11. (1) À compter du 17 avril 1985, une personne a droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande tenue pour cette dernière au ministère si elle remplit une des conditions suivantes:

a) son nom a été consigné dans cette liste, ou elle avait droit à ce qu'il le soit le 16 avril 1985;

b) elle a droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)b) comme membre de cette bande;

c) elle a droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)c) et a cessé d'être un membre de cette bande en raison des circonstances prévues à cet alinéa;

d) elle est née après le 16 avril 1985 et a droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)f) et ses parents ont tous deux droit à ce que leur nom soit consigné dans la liste de bande ou, s'ils sont décédés, avaient ce droit à la date de leur décès.

(2) À compter du jour qui suit de deux ans la date de sanction de la loi intitulée *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, déposée à la Chambre des communes le 28 février 1985, ou de la date antérieure choisie en vertu de l'article 13.1, lorsque la bande n'a pas la responsabilité de la tenue de sa liste prévue à la présente loi, une personne a droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande tenue au ministère pour cette dernière dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(a) if that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(d) or (e) and ceased to be a member of that band by reason of the circumstances set out in that paragraph; or

(b) if that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(f) or subsection 6(2) and a parent referred to in that provision is entitled to have his name entered in the Band List or, if no longer living, was at the time of death entitled to have his name entered in the Band List.

(3) For the purposes of paragraph (1)(d) and subsection (2),

(a) a person whose name was omitted or deleted from the Indian Register or a band list in the circumstances set out in paragraph 6(1)(c), (d) or (e) and who was no longer living on the first day on which the person would otherwise be entitled to have the person's name entered in the Band List of the band of which the person ceased to be a member shall be deemed to be entitled to have the person's name so entered; and

(b) a person described in paragraph (2)(b) shall be deemed to be entitled to have the person's name entered in the Band List in which the parent referred to in that paragraph is or was, or is deemed by this section to be, entitled to have the parent's name entered. [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 43, s. 2]

(4) Where a band amalgamates with another band or is divided so as to constitute new bands, any person who would otherwise have been entitled to have his name entered in the Band List of that band under this section is entitled to have his name entered in the Band List of the amalgamated band or the new band to which that person has the closest family ties, as the case may be.

12. (1) The following persons are not entitled to be registered, namely,

(a) a person who

(i) has received or has been allotted half-breed lands or money scrip,

(ii) is a descendant of a person described in subparagraph (i),

(iii) is enfranchised, or

(iv) is born of a marriage entered into after September 4, 1951 and has attained the age of twenty-one years, whose mother and whose father's mother are not persons described in paragraph 11(1)(a), (b) or (d) or entitled to be registered by virtue of paragraph 11(1)(e),

unless, being a woman, that person is the wife or widow of a person described in section 11, and

(b) a woman who married a person who is not an Indian, unless that woman is subsequently the wife or widow of a person described in section 11.

(2) The addition to a Band List of the name of an illegitimate child described in paragraph 11(1)(e) may be protested at any time within twelve months after the addition, and if upon the protest it is decided that the father of the child was not an

a) elle a le droit d'être inscrite en vertu des alinéas 6(1)d) ou e) et elle a cessé d'être un membre de la bande en raison des circonstances prévues à l'un de ces alinéas;

b) elle a le droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)f) ou du paragraphe 6(2) et un de ses parents visés à l'une de ces dispositions a droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande ou, s'il est décédé, avait ce droit à la date de son décès.

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)d) et du paragraphe (2):

a) la personne dont le nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou d'une liste de bande dans les circonstances prévues aux alinéas 6(1)c), d) ou e) et qui est décédée avant le premier jour où elle a acquis le droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande dont elle a cessé d'être membre est réputée avoir droit à ce que son nom y soit consigné;

b) la personne visée à l'alinéa (2)b) est réputée avoir droit à ce que son nom soit consigné dans la même liste de bande que celle dans laquelle le parent visé au même paragraphe a ou avait, ou est réputé avoir, en vertu du présent article, droit à ce que son nom y soit consigné. [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 43, art. 2]

(4) Lorsqu'une bande fusionne avec une autre ou qu'elle est divisée pour former de nouvelles bandes, toute personne qui aurait par ailleurs eu droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de la bande en vertu du présent article a droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de la bande issue de la fusion ou de celle de la nouvelle bande à l'égard de laquelle ses liens familiaux sont les plus étroits.

12. (1) Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites:

a) une personne qui, selon le cas:

(i) a reçu, ou à qui il a été attribué, des terres ou certificats d'argent de métis,

(ii) est un descendant d'une personne décrite au sous-alinéa (i),

(iii) est émancipée,

(iv) est née d'un mariage célébré après le 4 septembre 1951 et a atteint l'âge de vingt et un ans, dont la mère et la grand-mère paternelle ne sont pas des personnes décrites à l'alinéa 11(1)a), b) ou d) ou admises à être inscrites en vertu de l'alinéa 11(1)e),

sauf si, étant une femme, cette personne est l'épouse ou la veuve de quelqu'un décrit à l'article 11;

b) une femme qui a épousé un non-Indien, sauf si cette femme devient subséquemment l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11.

(2) L'addition, à une liste de bande, du nom d'un enfant illégitime décrit à l'alinéa 11(1)e) peut faire l'objet d'une protestation en tout temps dans les douze mois de l'addition et si, à la suite de la protestation, il est décidé que le père de l'enfant

Indian, the child is not entitled to be registered under that paragraph.

(3) *The Minister may issue to any Indian to whom this Act ceases to apply, a certificate to that effect.*

(4) *Subparagraphs (1)(a)(i) and (ii) do not apply to a person who*

(a) *pursuant to this Act is registered as an Indian on August 13, 1958, or*

(b) *is a descendant of a person described in paragraph (a) of this subsection.*

(5) *Subsection (2) applies only to persons born after August 13, 1956.*

12. *Commencing on the day that is two years after the day that an Act entitled An Act to amend the Indian Act, introduced in the House of Commons on February 28, 1985, is assented to, or on such earlier day as may be agreed to under section 13.1, any person who*

(a) *is entitled to be registered under section 6, but is not entitled to have his name entered in the Band List maintained in the Department under section 11, or*

(b) *is a member of another band,*

is entitled to have his name entered in the Band List maintained in the Department for a band if the council of the admitting band consents.

13. *Subject to the approval of the Minister and, if the Minister so directs, to the consent of the admitting band,*

(a) *a person whose name appears on a General List may be admitted into membership of a band with the consent of the council of the band; and*

(b) *a member of a band may be admitted into membership of another band with the consent of the council of the latter band.*

13. *Notwithstanding sections 11 and 12, no person is entitled to have his name entered at the same time in more than one Band List maintained in the Department.*

13.1 (1) *A band may, at any time prior to the day that is two years after the day that an Act entitled An Act to amend the Indian Act, introduced in the House of Commons on February 28, 1985, is assented to, decide to leave the control of its Band List with the Department if a majority of the electors of the band gives its consent to that decision.*

(2) *Where a band decides to leave the control of its Band List with the Department under subsection (1), the council of the band shall forthwith give notice to the Minister in writing to that effect.*

(3) *Notwithstanding a decision under subsection (1), a band may, at any time after that decision is taken, assume control of its Band List under section 10.*

13.2 (1) *A band may, at any time after assuming control of its Band List under section 10, decide to return control*

n'était pas un Indien, l'enfant n'a pas le droit d'être inscrit selon cet alinéa.

(3) *Le ministre peut délivrer à tout Indien auquel la présente loi cesse de s'appliquer, un certificat à cet effet.*

(4) *Les sous-alinéas (1)a)(i) et (ii) ne s'appliquent pas à une personne qui,*

a) *en conformité de la présente loi, est inscrite à titre d'Indien le 13 août 1958;*

b) *est un descendant d'une personne désignée à l'alinéa a) du présent paragraphe.*

(5) *Le paragraphe (2) s'applique seulement aux personnes nées après le 13 août 1956.*

12. *À compter du jour qui suit de deux ans la date de sanction de la loi intitulée Loi modifiant la Loi sur les Indiens, déposée à la Chambre des communes le 28 février 1985, ou de la date antérieure choisie en vertu de l'article 13.1, la personne qui,*

a) *soit a le droit d'être inscrite en vertu de l'article 6 sans avoir droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande tenue au ministère en vertu de l'article 11;*

b) *soit est membre d'une autre bande,*

a droit à ce que son nom soit consigné dans la liste d'une bande tenue au ministère pour cette dernière si le conseil de la bande qui l'admet en son sein y consent.

13. *Sous réserve de l'approbation du ministre et, si ce dernier l'ordonne, sous réserve du consentement de la bande qui accorde l'admission:*

a) *une personne dont le nom apparaît sur une liste générale peut être admise au sein d'une bande avec le consentement du conseil de la bande;*

b) *un membre d'une bande peut être admis parmi les membres d'une autre bande avec le consentement du conseil de celle-ci.*

13. *Par dérogation aux articles 11 et 12, nul n'a droit à ce que son nom soit consigné en même temps dans plus d'une liste de bande tenue au ministère.*

13.1 (1) *Une bande peut, avant le jour qui suit de deux ans la date de sanction de la loi intitulée Loi modifiant la Loi sur les Indiens, déposée à la Chambre des communes le 28 février 1985, décider de laisser la responsabilité de la tenue de sa liste au ministère à condition d'y être autorisée par la majorité de ses électeurs.*

(2) *Si la bande décide de laisser la responsabilité de la tenue de sa liste au ministère en vertu du paragraphe (1), le conseil de la bande, sans délai, avise par écrit le ministre de la décision.*

(3) *Malgré la décision visée au paragraphe (1), la bande peut, à tout moment par la suite, assumer la responsabilité de la tenue de sa liste en vertu de l'article 10.*

13.2 (1) *La bande peut, à tout moment après avoir assumé la responsabilité de la tenue de sa liste en vertu de*

of the Band List to the Department if a majority of the electors of the band gives its consent to that decision.

(2) Where a band decides to return control of its Band List to the Department under subsection (1), the council of the band shall forthwith give notice to the Minister in writing to that effect and shall provide the Minister with a copy of the Band List and a copy of all the membership rules that were established by the band under subsection 10(2) while the band maintained its own Band List.

(3) Where a notice is given under subsection (2) in respect of a Band List, the maintenance of that Band List shall be the responsibility of the Department from the date on which the notice is received and from that time the Band List shall be maintained in accordance with the membership rules set out in section 11.

13.3 A person is entitled to have his name entered in a Band List maintained in the Department pursuant to section 13.2 if that person was entitled to have his name entered, and his name was entered, in the Band List immediately before a copy of it was provided to the Minister under subsection 13.2(2), whether or not that person is also entitled to have his name entered in the Band List under section 11.

14. A woman who is a member of a band ceases to be a member of that band if she marries a person who is not a member of that band, but if she marries a member of another band, she thereupon becomes a member of the band of which her husband is a member.

14. (1) Within one month after the day an Act entitled *An Act to Amend the Indian Act*, introduced in the House of Commons on February 28, 1985, is assented to, the Registrar shall provide the council of each band with a copy of the Band List for the band as it stood immediately prior to that day.

(2) Where a Band List is maintained by the Department, the Registrar shall, at least once every two months after a copy of the Band List is provided to the council of a band under subsection (1), provide the council of the band with a list of the additions to or deletions from the Band List not included in a list previously provided under this subsection.

(3) The council of each band shall, forthwith on receiving a copy of the Band List under subsection (1), or a list of additions to and deletions from its Band List under subsection (2), post the copy or the list, as the case may be, in a conspicuous place on the reserve of the band.

14.1 The Registrar shall, on inquiry from any person who believes that he or any person he represents is entitled to have his name included in the Indian Register or a Band List maintained in the Department, indicate to the person making the inquiry whether or not that name is included therein.

14.2 (1) A protest may be made in respect of the inclusion or addition of the name of a person in, or the omission

l'article 10, décider d'en remettre la responsabilité au ministère à condition d'y être autorisée par la majorité de ses électeurs.

(2) Lorsque la bande décide de remettre la responsabilité de la tenue de sa liste au ministère en vertu du paragraphe (1), le conseil de la bande, sans délai, avise par écrit le ministre de la décision et lui transmet une copie de la liste et le texte des règles d'appartenance fixées par la bande conformément au paragraphe 10(2) pendant qu'elle assumait la responsabilité de la tenue de sa liste.

(3) Lorsque est donné l'avis prévu au paragraphe (2) à l'égard d'une liste de bande, la tenue de cette dernière devient la responsabilité du ministère à compter de la date de réception de l'avis. Elle est tenue, à compter de cette date, conformément aux règles d'appartenance prévues à l'article 11.

13.3 Une personne a droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande tenue par le ministère en vertu de l'article 13.2 si elle avait droit à ce que son nom soit consigné dans cette liste, et qu'il y a effectivement été consigné, avant qu'une copie en soit transmise au ministre en vertu du paragraphe 13.2(2), que cette personne ait ou non droit à ce que son nom soit consigné dans cette liste en vertu de l'article 11.

14. Une femme qui est membre d'une bande cesse d'en faire partie si elle épouse une personne qui n'en est pas membre, mais si elle épouse un membre d'une autre bande, elle entre dès lors dans la bande à laquelle appartient son mari.

14. (1) Au plus tard après la date de sanction de la loi intitulée *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, déposée à la Chambre des communes le 28 février 1985, le registraire transmet au conseil de chaque bande une copie de la liste de la bande dans son état antérieure à cette date.

(2) Si la liste de bande est tenue au ministère, le registraire, au moins une fois tous les deux mois après la transmission prévue au paragraphe (1) d'une copie de la liste au conseil de la bande, transmet à ce dernier une liste des additions à la liste et des retranchements de celle-ci non compris dans une liste antérieure transmise en vertu du présent paragraphe.

(3) Le conseil de chaque bande, dès qu'il reçoit copie de la liste de bande prévue au paragraphe (1) ou la liste des additions et des retranchements prévue au paragraphe (2), affiche la copie ou la liste, selon le cas, en un lieu bien en évidence dans la réserve de la bande.

14.1 Le registraire, à la demande de toute personne qui croit qu'elle-même ou que la personne qu'elle représente a droit à l'inclusion de son nom dans le registre des Indiens ou une liste de bande tenue au ministère, indique sans délai à l'auteur de la demande si ce nom y est inclus ou non.

14.2 (1) Une protestation peut être formulée, par avis écrit au registraire renfermant un bref exposé des motifs

or deletion of the name of a person from, the Indian Register, or a Band List maintained in the Department, within three years after the inclusion or addition, or omission or deletion, as the case may be, by notice in writing to the Registrar, containing a brief statement of the grounds therefor.

(2) A protest may be made under this section in respect of the Band List of a band by the council of the band, any member of the band or the person in respect of whose name the protest is made or that person's representative.

(3) A protest may be made under this section in respect of the Indian Register by the person in respect of whose name the protest is made or that person's representative.

(4) The onus of establishing the grounds of a protest under this section lies on the person making the protest.

(5) Where a protest is made to the Registrar under this section, the Registrar shall cause an investigation to be made into the matter and render a decision.

(6) For the purposes of this section, the Registrar may receive such evidence on oath, on affidavit or in any other manner, whether or not admissible in a court of law, as the Registrar, in his discretion, sees fit or deems just.

(7) Subject to section 14.3, the decision of the Registrar under subsection (5) is final and conclusive.

14.3 (1) Within six months after the Registrar renders a decision on a protest under section 14.2,

(a) in the case of a protest in respect of the Band List of a band, the council of the band, the person by whom the protest was made, or the person in respect of whose name the protest was made or that person's representative, or

(b) in the case of a protest in respect of the Indian Register, the person in respect of whose name the protest was made or that person's representative,

may, by notice in writing, appeal the decision to a court referred to in subsection (5).

(2) Where an appeal is taken under this section, the person who takes the appeal shall forthwith provide the Registrar with a copy of the notice of appeal.

(3) On receipt of a copy of a notice of appeal under subsection (2), the Registrar shall forthwith file with the court a copy of the decision being appealed together with all documentary evidence considered in arriving at that decision and any recording or transcript of any oral proceedings related thereto that were held before the Registrar.

(4) The court may, after hearing an appeal under this section,

(a) affirm, vary or reverse the decision of the Registrar; or

invoqués, contre l'inclusion ou l'addition du nom d'une personne dans le registre des Indiens ou une liste de bande tenue au ministère ou contre l'omission ou le retranchement de son nom de ce registre ou d'une telle liste dans les trois ans suivant soit l'inclusion ou l'addition, soit l'omission ou le retranchement.

(2) Une protestation peut être formulée en vertu du présent article à l'égard d'une liste de bande par le conseil de cette bande, un membre de celle-ci ou la personne dont le nom fait l'objet de la protestation ou son représentant.

(3) Une protestation peut être formulée en vertu du présent article à l'égard du registre des Indiens par la personne dont le nom fait l'objet de la protestation ou son représentant.

(4) La personne qui formule la protestation prévue au présent article a la charge d'en prouver le bien-fondé.

(5) Lorsqu'une protestation lui est adressée en vertu du présent article, le registraire fait tenir une enquête sur la question et rend une décision.

(6) Pour l'application du présent article, le registraire peut recevoir toute preuve présentée sous serment, par affidavit ou autrement, si celui-ci, à son appréciation, l'estime indiquée ou équitable, que cette preuve soit ou non admissible devant les tribunaux.

(7) Sous réserve de l'article 14.3 la décision du registraire visée au paragraphe (5) est définitive et sans appel.

14.3 (1) Dans les six mois suivant la date de la décision du registraire visée sur une protestation prévue à l'article 14.2, peuvent, par avis écrit, en interjeter appel devant le tribunal visé au paragraphe (5).

a) s'il s'agit d'une protestation formulée à l'égard d'une liste de bande, le conseil de la bande, la personne qui a formulé la protestation ou la personne dont le nom fait l'objet de la protestation ou son représentant,

b) s'il s'agit d'une protestation formulée à l'égard du registre des Indiens, la personne dont le nom a fait l'objet de la protestation ou son représentant,

(2) Lorsqu'il est interjeté appel en vertu du présent article, l'appelant transmet sans délai au registraire une copie de l'avis d'appel.

(3) Sur réception de la copie de l'avis d'appel prévu au paragraphe (2), le registraire dépose sans délai au tribunal une copie de la décision en appel, toute la preuve documentaire prise en compte pour la décision, ainsi que l'enregistrement ou la transcription des débats devant le registraire.

(4) La cour peut, à l'issue de l'audition de l'appel prévu au présent article:

a) soit confirmer, modifier ou renverser la décision du registraire;

(b) refer the subject-matter of the appeal back to the Registrar for reconsideration or further investigation.

The matters in issue focus primarily on the 1985 amendments' sections 11 and 12, by contrast with their repealed predecessors, but there is significance to be perceived in the other recited provisions and their schematic purport, as will be expressed.

The plaintiffs would not have brought this action, no doubt, had they been in favour of how, they assert, it operates. Their complaints are defined by them, and rejected by the defendant and the interveners, in respective detailed pleadings.

THE PLEADINGS

Paragraph 13 of the amended statement of claim alleges that the statutes of Parliament prior to the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights on April 17, 1982 (with a few unstated limited exceptions) confirmed Indians' rights to determine their bands' members and did not impose additional members on the bands. The Attorney General's defence, however, denies all that, and avers those allegations are contrary to the explicit provisions of the successive Indian Acts and to the executive decisions made pursuant to that legislation. Then, the interveners, described by counsel for the Native Council of Canada (NCC) as *les "exclusées"* [*sic*], pleaded, as follows:

NCC's Statement of Intervention

13. With respect to paragraph 13 of the Statement of Claim, the NCC denies the allegations contained therein.

Native Council of Canada (Alberta)'s [NCC(A)]'s statement of intervention.

(d) With respect to Paragraph 13 of the [statement of claim], the NCC(A) states that statutes of . . . Parliament . . . prior to the entrenchment of [the stated rights] violated the rights of Indians by stripping aboriginal peoples of their statutory Indian status and membership in the Bands, while in other cases extending statutory Indian status and Band membership to individuals who were not aboriginal people.

b) soit renvoyer la question en appel au registraire pour réexamen ou nouvelle enquête.

Les questions en litige amènent principalement à comparer les articles 11 et 12 des modifications de 1985 et les dispositions qu'elles ont remplacées. Toutefois, comme il sera indiqué, les autres dispositions citées et leur économie revêtent de l'importance.

Il ne fait aucun doute que les demandeurs n'auraient pas intenté la présente action s'ils avaient été d'accord avec les effets que produisent, selon eux, ces dispositions. Les demandeurs, la défenderesse et les trois intervenants ont produit des actes de procédure détaillés, dans lesquels les premiers exposent leurs récriminations et les autres les contestent.

LES ACTES DE PROCÉDURE

Au paragraphe 13 de la déclaration modifiée, les demandeurs prétendent que, avant la reconnaissance et la confirmation des droits existants—ancestraux ou issus de traités—le 17 avril 1982 (sous réserve de quelques exceptions limitées non mentionnées), les lois du Parlement confirmaient le droit des Indiens de décider qui appartenait à leurs diverses bandes et n'avaient pas pour effet d'imposer à celles-ci des membres supplémentaires. Toutefois, dans sa défense, le procureur général nie l'ensemble de ces prétentions et affirme que celles-ci sont contraires aux dispositions explicites des diverses Lois sur les Indiens qui se sont succédées et aux décisions prises par le pouvoir exécutif en application de ces textes de loi. De leur côté, les intervenants, décrits par l'avocat du Conseil national des autochtones du Canada (CNAC) comme étant les «exclusées» [*sic*], ont plaidé ce qui suit:

Intervention du CNAC

[TRADUCTION] 13. En ce qui concerne le paragraphe 13 de la déclaration, le CNAC nie les allégations y formulées.

Intervention du Native Council of Canada (Alberta) [NCC(A)]

[TRADUCTION] (d) En ce qui concerne le paragraphe 13 de la [déclaration], le NCC(A) affirme que les lois du . . . Parlement . . . antérieures à la constitutionnalisation des [droits revendiqués] violaient les droits des Indiens en privant des autochtones de leur statut d'Indien [qualité d'Indien inscrit] et du droit d'être membre d'une bande, droit et qualité que leur reconnaissait la loi, tout en

Non-Status Indian Association of Alberta's [NSIAA's] statement of intervention

8. With respect to paragraph 13 . . . the consequences of marriage between an Indian and a non-Indian were different for men and women. To the extent of that difference, the historical record does not support:

- A. the allegation that there was no imposition of members upon an Indian band without consent;
- B. the difference in treatment of men and women as an aboriginal right;
- C. the difference in treatment of men and women as a treaty right.

Paragraph 14 of the statement of claim alleges as follows:

14. With the enactment of an Act entitled *An Act to Amend the Indian Act*, S.C., 1985, c. 27 (the "1985 Amendment") Parliament attempted unilaterally to require Indian bands to admit certain persons to membership. The 1985 Amendment imposes members on a band without the necessity of consent by the council of the band or the members of the band itself and, indeed, imposes such persons on the band even if the council of the band or the membership objects to the inclusion of such persons in the band. This exercise of power by Parliament was unprecedented in the predecessor legislation.

The defendant avers in answer to the effect that he denies the allegation expressed in the last sentence and asserts that the 1985 amendment speaks for itself and further regarding the plaintiffs' paragraph 14, that section 91 head 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]] accords Parliament exclusive authority to legislate, and it did legislate the criteria and conditions of band membership, as well as the circumstances in which entitlement can be acquired, held, lost, revoked, regained or restored without the consent of bands or band councils.

To the defendant's statements, the plaintiffs replied and joined issue (certified record: tab 4, page 2, paragraphs 2 and 3):

reconnaissant ces droits à des individus qui n'étaient pas des autochtones.

Intervention de la Non-Status Indian Association of Alberta [NSIAA]

[TRADUCTION] 8. En ce qui concerne le paragraphe 13 . . . les conséquences d'un mariage entre un Indien et un non-Indien n'étaient pas les mêmes pour les hommes et pour les femmes. Compte tenu de cette différence, l'histoire n'appuie pas:

- A. l'allégation selon laquelle les bandes indiennes ne se faisaient pas imposer de membres sans leur consentement;
- B. l'allégation selon laquelle la façon différente dont les hommes et les femmes étaient traités constitue un droit ancestral;
- C. la façon différente dont les hommes et les femmes étaient traités constitue un droit issu de traité.

Au paragraphe 14 de la déclaration, les demandeurs allèguent ce qui suit:

[TRADUCTION] 14. Par l'édiction de la Loi intitulée *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27 (les «modifications de 1985»), le Parlement a tenté unilatéralement d'obliger les bandes indiennes à admettre certaines personnes comme membres. Les modifications de 1985 imposent des membres à une bande sans exiger que le conseil de cette bande ou les membres de celle-ci y consentent et, de fait, elles imposent ces personnes à la bande même si le conseil de la bande ou les membres de celle-ci s'y opposent. Dans aucune loi antérieure, le Parlement n'exerçait un tel pouvoir.

La défenderesse nie l'allégation formulée dans la dernière phrase, elle affirme que les modifications de 1985 parlent d'elles-mêmes et que, de plus, en ce qui concerne le paragraphe 14 de la déclaration des demandeurs, le 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]] accorde au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer à l'égard des matières y prévues, que c'est effectivement ce qu'il a fait en fixant, dans la loi, les critères et les conditions d'appartenance aux bandes, ainsi que les circonstances dans lesquelles les droits prévus peuvent être acquis, détenus, perdus, révoqués, retrouvés ou rétablis sans le consentement des bandes ou de leur conseil respectif.

Relativement à ces affirmations de la défenderesse, les demandeurs ont répondu et lié contestation de la manière suivante (dossier certifié conforme: onglet 4, page 2, paragraphes 2 et 3):

2. With respect to paragraphs 5(b), 11, 12 and 14 the Plaintiffs say that their existence as Indians, Tribes and Bands, living in organized societies, long preceded any statute of the Parliament of Canada or treaty and that no such statute or treaty extinguished the right of such societies to determine their own membership.

3. With respect to the said paragraphs, the Plaintiffs further say that by the effect of the treaties in issue the reserve lands of the Plaintiff bands were set aside for the exclusive use of the Indians interested therein and that at no time prior to the enactment of the legislation now in issue did the Parliament of Canada enact legislation having the purpose or the effect of abrogating or limiting the rights conferred by the said treaties.

The interveners, each in its own statement of intervention, made these assertions:

NSIAA:

9. With respect to paragraphs 14 and 15 of the Statement of Claim, paragraphs 14, 15, 15(a), 15(b), and 15(c) of the Statement of Defence, and paragraphs 4, 5 and 6 of the Reply and Joinder of Issue, it is the position of the Association that:

- A. the revisions to the Act by the 1985 amendment, were consistent with the legislative history of the Act and its predecessor legislation;
- B. with respect to the Plaintiff Sarcee Band and those on whose behalf the Association speaks, the number of persons with acquired rights is small, and those conditionally entitled to become members are subject to the jurisdiction of the Sarcee Band to determine who shall be members pursuant to the provisions of its Band Membership Code.

NCC(A):

- (e) With respect to Paragraph 14 of the Statement of Claim, the NCC(A) states that by the 1985 Amendment, Parliament attempted to correct injustices and wrongs resulting from the application of the *Indian Act* prior to the 1985 Amendment, and at the same time to enable Indian Bands to practice a greater degree of self-government.

NCC:

14. With respect to paragraph 14 of the Statement of Claim, the NCC denies that the exercise of power referred to by the Plaintiffs was unprecedented in the previous legislation.

The plaintiffs' reply states that the aboriginal people, their predecessors existed "in organized societies" and that state "long preceded any statute" of Parliament. The defendant's counsel has urged that "tribes and bands" are terms conferred by Euro-Canadians, and he preferred to designate such units

[TRADUCTION] 2. En ce qui concerne l'alinéa 5b) et les paragraphes 11, 12 et 14, les demandeurs affirment qu'ils existent en tant qu'Indiens, tribus et bandes vivant en sociétés organisées depuis bien longtemps avant l'adoption des lois du Parlement du Canada ou la signature des traités, et qu'aucune loi ni aucun traité n'ont eu pour effet d'éteindre le droit de ces sociétés de décider qui sont leurs membres.

3. En ce qui concerne les paragraphes en question, les demandeurs affirment également que, par l'effet des traités en litige, les terres faisant partie des réserves des bandes demanderesse ont été mises de côté à l'usage exclusif des Indiens concernés et que, à aucun moment avant l'édictation des mesures législatives en litige, le Parlement du Canada n'a édicté de loi ayant pour objet d'abroger ou de restreindre les droits conférés par ces traités ou produisant un tel effet.

Les intervenants ont, dans leur intervention respectif, fait des affirmations suivantes:

NSIAA:

[TRADUCTION] 9. En ce qui concerne les paragraphes 14 et 15 de la déclaration, les paragraphes 14, 15, 15a), 15b) et 15c) de la défense et les paragraphes 4, 5 et 6 de la réponse et contestation liées, l'association est d'avis que:

- A. les révisions apportées à la Loi par les modifications de 1985 sont compatibles avec l'historique législatif de la Loi et des textes qui l'ont précédée;
- B. en ce qui concerne la bande des Sarcis demanderesse et les personnes au nom desquelles l'association parle, le nombre de personnes ayant des droits acquis est minime, et que, pour ce qui est de celles qui ont le droit, à certaines conditions, de devenir membres de la bande des Sarcis, cette dernière a compétence pour trancher cette question conformément aux dispositions de son code d'appartenance.

(A):

[TRADUCTION] (e) En ce qui concerne le paragraphe 14 de la déclaration, le NCC(A) affirme que le Parlement a, par les modifications de 1985, tenté de corriger les injustices et les torts que causaient, jusque-là, l'application de la *Loi sur les Indiens*, et en même temps de permettre aux bandes indiennes d'exercer un degré plus grand d'autonomie gouvernementale.

CNAC:

[TRADUCTION] 14. En ce qui concerne le paragraphe 14 de la déclaration, le NCC nie que l'exercice du pouvoir dont font mention les demandeurs était sans précédent dans les textes de loi antérieurs.

Dans leur réponse, les demandeurs affirment que les peuples autochtones qui les ont précédés vivaient «en sociétés organisées», et cela «bien avant toute loi» du Parlement. L'avocat de la défenderesse a souligné que les mots «tribus et bandes» étaient ceux utilisés par les Euro-Canadiens, mais que, pour sa part,

as “encampments” and “camps”. That explains the form of the defendant’s admission first recorded in trial transcript [hereinafter TT] Volume 6 (TT6) at pages 615 and 618. Mr. Akman, for the defendant, is recorded thus:

MR. AKMAN: No, My Lord. If I can assist my friend [Mr. Healey] greatly, and I’m very pleased to do so, to the extent their position is that these camps in which they lived is synonymous with organized society, then we are quite happy to accept the proposition that these camps constituted organized societies. [TT6, at page 615.]

... I said we admit that these organized camps were organized societies. The word “society” can mean anything; it means in this case an organized camp, that’s it. [TT6, at page 618.]

Reference to the defendant’s admission, which is on an even plane with written pleadings, was made on at least a dozen more occasions during the trial and, of course, such admission is accordingly referred to in the trial transcript on those occasions.

CONCERNS ABOUT 1985 AMENDMENTS IN TESTIMONY

The foregoing review of the pleadings on how the 1985 amendment operated or was foreseen to operate, was reflected in the testimony of various witnesses. Perhaps the Court ought not to have permitted such speculative testimony, but it was not wholly inappropriate to hear from an elderly Aboriginal witness who was called and permitted to give “oral history”, despite the rule against hearsay. Sophie Makinaw testified through the very excellent oral interpretation services of Harold Cardinal whom the Court praises and thanks for his manifestly first-rate, proficient and dedicated services. Mrs. Makinaw’s testimony here is taken not for predictive accuracy, but for the purpose of demonstrating the plaintiffs’ worst fears about the practical operation of the 1985 amendments. Mrs. Makinaw’s answer was a long one, and is here only slightly abridged.

il préférerait désigner ces groupes par les mots «campements» et «camps». Ces observations expliquent la forme que prend l’admission qu’a faite la défendresse et qui, la première fois, a été consignée dans le volume 6 de la transcription des débats [ci-après TD] (TD6), aux pages 615 et 618. On y rapporte les propos suivants de M. Akman:

[TRADUCTION] M. AKMAN: Non, votre Honneur. Si je puis venir en aide à mon collègue [M. Healey], et c’est d’ailleurs avec un très grand plaisir que je le fais, dans la mesure où les demandeurs affirment que les camps dans lesquels ils vivaient sont synonymes de sociétés organisées, nous acceptons alors très volontiers la proposition selon laquelle ces camps constituaient des sociétés organisées. [TD6, à la page 615.]

... j’ai affirmé que nous admettions que ces camps organisés étaient des sociétés organisées. Le mot «société» peut désigner bien des choses; en l’espèce, il désigne un camp organisé, voilà tout. [TD6, à la page 618.]

On a fait référence à l’admission de la défendresse, qui a valeur de plaidoirie écrite, à au moins une dizaine d’autres occasions au cours du procès et, évidemment, il en est fait état dans les passages correspondants de la transcription des débats.

PRÉOCCUPATIONS EXPRIMÉES PAR DES TÉMOINS À L’ÉGARD DES MODIFICATIONS DE 1985

Divers témoins ont, dans leur déposition, fait des observations analogues à celles énoncées dans l’examen qui vient d’être fait des actes de procédure relativement aux effets concrets ou envisagés des modifications de 1985. Peut-être la Cour n’aurait-elle pas dû permettre de tels témoignages de nature spéculative, mais il n’était pas entièrement inapproprié d’écouter les propos d’un témoin autochtone âgé, qui a été appelé à la barre et été autorisé à relater de l’«histoire orale», malgré la règle interdisant le oui-dire. Sophie Makinaw a déposé par l’entremise d’un excellent interprète, Harold Cardinal, que la Cour félicite et remercie pour les services manifestement impeccables, compétents et dévoués qu’il a rendus. Le témoignage de M^{me} Makinaw n’est pas pris en considération pour l’exactitude des prévisions qu’il renferme, mais plutôt pour démontrer les pires craintes qu’entretiennent les demandeurs relativement à l’application pratique des modifications de 1985. M^{me} Makinaw a donné une longue réponse, qui est reproduite ici dans une version légèrement abrégée.

Now, when we look at this situation, it's got to be clear that we're not talking about only the woman who left our reserve [since 1951] returning to our communities. Those women now have their children, and in some cases they have their grandchildren. And in many cases if they return to our reserves, they will want to come back with their husbands; they will want their husbands to return with them.

I want to talk specifically about the white husband in this instance. It is not clear that the white husband is going to be able to accept our ways and live the way we are. It may be that the white man who comes to live on our reserve will want to impose his own values, his ways which he is familiar with on us, on our communities, and I haven't really thought yet, I haven't had time to really try and determine what all the consequences of this possibility might be.

One of the problems that we're even now encountering and that's going to be aggravating if large numbers of people come back to our reserves is the fact that even now our reserves are getting over populated. I take, for example, my own situation where I live on a quarter of land, and in that quarter of land we already have five homes. My son occupies another quarter, and in that quarter there are already three homes. We're looking at a situation, even as the situation stands where we're over populated, there may be as a consequence of the pressure that builds up from that situation a lot of conflict, a lot of aggravation. It's not that we don't want conflict, we don't want aggravation, but that may be the consequence of putting in additional large numbers of people on land that is already over-populated.

I look at the basic, even a service as basic as water, the supply of water. Even with the homes that we have on our, on our reserve now, the number of homes that we have, we are beginning to run short of water supply, and our people . . . water has to be transported to our people in order that they can have, have that kind of service, and these kind of problems will surely grow.

The question of who should live on our reserve is really a matter that should be decided by us as people who own and live on the land. That is a decision that should not be taken elsewhere or by someone else for us.

THE INTERPRETER: I've asked her to repeat again because I have missed some of her statements.

A We have reached the stage and the time where we have to take control over our own affairs and make our own decisions. We have an obligation to our children. There are many that are starting to grow up, and we have an obligation to plan for those children. Even now when we look at the question of housing, we are unable to keep up with the requirements of our growing population.

The decision on who is a member of our band or not, or who is entitled, should be made by us. We already share . . . as Cree people we already share a lot of land with, with the white people. All we retained for ourselves is what we have now in our reserves. If the white people want to give more land, more ser-

[TRADUCTION] Bon, quand nous parlons de cette situation, il faut bien comprendre que nous ne parlons pas uniquement des femmes qui, après avoir quitté notre réserve [depuis 1951], y reviennent. Ces femmes ont aujourd'hui des enfants et, dans certains cas, des petits enfants. De plus, dans bien des cas, si elles reviennent dans nos réserves, elles voudront le faire avec leurs époux, elles voudront que leurs époux reviennent avec elles.

Je veux parler spécifiquement des époux de race blanche dans le présent cas. Il n'est pas certain que ces personnes sauront accepter notre mode de vie et vivre comme nous. Il est possible que l'homme blanc qui vient vivre sur la réserve voudra nous imposer, imposer à nos communautés, ses propres valeurs, le mode de vie qu'il connaît, et je n'ai pas encore vraiment songé, je n'ai pas eu le temps de me demander vraiment qu'elles pourraient être les conséquences d'une telle situation.

Un des problèmes que nous connaissons déjà et qui s'aggrave si un grand nombre de personnes reviennent dans nos réserves est que déjà celles-ci sont en train de devenir surpeuplées. Par exemple, si je prends ma propre situation, j'habite un quart de lot qui compte déjà cinq maisons. Mon fils occupe un autre quart de lot où se trouvent déjà trois maisons. On peut prévoir, d'ailleurs notre réserve est déjà surpeuplée à l'heure actuelle, que cette situation aura pour effet de faire monter la tension et de créer des situations irritantes et de nombreux conflits. Ce n'est pas que nous voulons éviter tout conflit, toute situation irritante, mais cela pourrait se produire si un nombre considérable de nouveaux habitants venaient s'établir dans un territoire déjà surpeuplé.

Prenons par exemple la question des services de base, des services aussi fondamentaux que l'eau, l'approvisionnement en eau. Déjà, compte tenu du nombre de maisons qu'il y a sur notre réserve actuellement, nous commençons déjà à manquer d'eau, et les habitants de la réserve . . . de l'eau doit être transportée pour qu'ils puissent en avoir, pour qu'ils puissent compter sur ce genre de services, et ce genre de problèmes ne fera que croître.

La question de savoir qui devrait habiter notre réserve est réellement une question qu'il nous revient à nous—propriétaires et habitants de ce territoire—de trancher. Il s'agit d'une décision qui ne devrait pas être prise ailleurs ou par quelqu'un d'autre que nous.

L'INTERPRÈTE: Je lui ai demandé de répéter sa réponse, car j'ai manqué certains éléments.

R Le temps est venu pour nous de prendre en charge nos affaires et de prendre nous-mêmes les décisions qui nous concernent. Nous avons une obligation envers nos enfants. Bon nombre d'entre eux commencent à grandir et nous avons l'obligation de planifier pour leur avenir. Déjà, si on pense à la question du logement, nous sommes incapables de répondre aux besoins d'une population sans cesse grandissante.

C'est à nous qu'il appartient de décider qui est membre ou non de notre bande, qui a le droit d'être inscrit. Nous partageons déjà . . . en tant que Cris nous partageons déjà beaucoup de territoires avec les Blancs. Tout ce que nous avons conservé pour nous ce sont les terres qui constituent actuellement nos

vices, then they should take part of the land that was shared with them because they have an abundance of land to provide these things to these people, if that is what they want to do. We...

THE INTERPRETER: Before she continues her statement, there is another portion that I want to finish off in translating.

A The concern is about bringing white people into the community. If the power, the right to decide or to control who is or who is not a member, is taken away from us and placed in the hands... in outside hands, we have no means to control the kind of people that will come and live or that can come and live in our community. Even now we're beginning to experience a very large problem with white people or bad white people, meaning those people who come and sell drugs or engage in different kinds of illegal activities. We're already facing that problem today.

If the law changes as your question suggests and the decision is made by someone else, we'll have no means to keep those people out from our reserves. We may find them, some of them, coming to live as our neighbours or close to us, and we are going to certainly have real objections if we find that they are forced to live with people like that in our communities.

THE INTERPRETER: I think I've got all her statement now.

THE COURT: I have a question following that, if you will permit me, Mr. Healey. Is it Mrs. Makinaw's view that non-Cree wives pose less of a problem, fewer problems than non-Cree husbands?

A We... my difficulty is with non-Cree people or non-Cree persons because whether we're talking about a white [sic] person or a Métis, they are not familiar with our culture, they are not familiar with our ways, and when they come and live with us, they are aggressive, they want to control us. They live in a way that's different from us and often they're not honest, and that's what... that's a difficulty I have. [TT6, at pages 633-637.]

These concerns of Mrs. Makinaw were more or less the same as those earlier expressed by the other witness who gave "oral history", Mrs. Agnes Smallboy, recorded in trial transcript, Volume 3, at pages 274-277. Mrs. Smallboy was not alone in heap- ing guilt upon the Europeans and their present-day descendants, and this country's later immigrants, for having disturbed the "idyllic" Indian existence in this continent, but she modified that posture, perhaps without realizing such a retreat from the absolute of her mythology, thus:

réserves. Si les Blancs veulent accorder plus de terres, plus de services, ils devraient alors le faire sur le territoire qui a été partagé avec eux, car ils disposent d'abondamment de terres pour fournir aux leurs de telles choses, si c'est ce qu'ils veulent faire. Nous...

^a L'INTERPRÈTE: Avant qu'elle poursuive son témoignage, il y a une autre partie que j'aimerais finir de traduire.

R Ce qui me préoccupe, c'est le fait d'amener des Blancs dans la communauté. Si le pouvoir, le droit de décider qui est ou n'est pas membre nous est enlevé et est remis entre les mains... entre les mains d'étrangers, nous n'avons aucun moyen de décider quel genre de personnes peut venir s'établir dans notre communauté. Déjà, nous commençons à connaître des problèmes importants avec des Blancs, ou plutôt avec des mauvais Blancs, c'est-à-dire ceux qui viennent vendre de la drogue chez nous ou y exercer divers types d'activités illégales. En effet, nous sommes déjà aux prises avec ce problème.

Si la loi est modifiée, comme le laisse entendre votre question, et que la décision est prise par quelqu'un d'autre, nous n'aurons aucun moyen d'empêcher ces personnes de venir dans nos réserves. Il est possible que certains d'entre eux viennent s'installer près de nous, voire même dans la maison voisine, et il est certain que les gens s'opposeront concrètement à cette situation s'ils se rendent compte qu'ils sont contraints de vivre avec de telles personnes dans leurs communautés.

^e L'INTERPRÈTE: Je crois maintenant avoir rendu l'ensemble de son témoignage.

LA COUR: J'ai une question à poser au témoin, si vous me le permettez, M. Healey. M^{me} Makinaw est-elle d'avis que les épouses qui ne sont pas des Cries créent moins de problème que les époux qui sont des Cries?

R Nous... le problème que je vois, c'est que les peuples non cris, les personnes non cries, parce que nous parlons de Blanc ou de Métis, ces personnes ne sont pas familières avec notre culture, elles ne sont pas familières avec notre mode de vie et, lorsqu'elles viennent vivre avec nous, elles sont agressives et elles veulent nous dominer. Elles vivent d'une manière différente de la nôtre et souvent elles ne sont pas honnêtes, et c'est ce que... c'est un des problèmes que je vois. [TD6, aux pages 633 à 637.]

^h Les préoccupations énoncées par M^{me} Makinaw étaient sensiblement les mêmes que celles exprimées précédemment par l'autre témoin qui a relaté de l'«histoire orale», M^{me} Agnes Smallboy, propos qui sont consignés aux pages 274 à 277 du volume 3 de la transcription des débats. M^{me} Smallboy n'a pas été la seule à tenir les Européens, leurs descendants actuels et les immigrants venus par la suite au pays responsables d'avoir troublé l'existence «idyllique» que menaient les Indiens sur notre continent. Toutefois, elle a modifié cette position, sans peut-être prendre conscience du recul qu'elle marquait par rapport

Q MR. HEALEY: Agnes, you may know about the days before the white man. Can you tell the Judge if you know about things that occurred before the white man came . . . or Indians?

A If the truth is to be told, the Indian person lived in peace on this land before the white man came here or arrived.

THE COURT: Is that absolutely true?

Mrs. Smallboy, were there no conflicts at all between the Indians, no taking prisoners among the Indians?

Would you ask her, please?

THE WITNESS: It is true. There were conflicts; there were battles between the tribes. Our people would go south to go in battle with the tribes to the south of us, but that was internal to us.

THE COURT: Is that the answer?

THE INTERPRETER: Yes. [Emphasis not in text; TT3, at page 279.]

To say the Indians “lived in peace on this land before the white man arrived” is to say that which is not at all accurate, as Mrs. Smallboy disclosed, and as was later elaborated in Wayne Roan’s testimony that the Blackfeet, “traditional enemy . . . that helped keep my population down, and I done the same for him”. Tragically there are still feelings of enmity between Blackfeet and Cree young people. “We were taught that . . .” (TT7, at pages 763-764).

THE CONSTITUTION’S TEXTUAL PROVISIONS

One should return to the theme of the plaintiffs’ apprehensions about the 1985 amendment which they allege to be unconstitutional and *ultra vires* of Parliament. What makes it unconstitutional and *ultra vires*, the plaintiffs say, is the existence and operation of section 35 of the *Constitution Act, 1982* which, as enacted, runs:

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

au caractère absolu de la mythologie à laquelle elle croit, comme l’indique l’extrait suivant:

[TRADUCTION] Q M. HEALEY: Agnes, vous savez peut-être comment c’était avant la venue des Blancs. Pouvez-vous dire au juge si vous savez des choses sur ce qui se passait avant que les Blancs ne viennent . . . ou sur les Indiens?

R Pour dire la vérité, les Indiens vivaient en paix sur ce territoire avant la venue des hommes blancs.

b LA COUR: Est-ce absolument vrai?

M^{me} Smallboy, n’y avait-il pas de conflit entre les Indiens, aucun prisonnier n’était capturé?

Pourriez-vous lui poser la question s’il vous plaît?

c LE TÉMOIN: C’est vrai. Il y avait des conflits, il y avait des batailles entre les tribus. Les nôtres se rendaient dans le Sud pour livrer bataille aux tribus qui habitaient au sud de chez nous, mais il s’agissait d’affaires internes.

LA COUR: C’est la réponse?

d L’INTERPRÈTE: Oui. [Non souligné dans le texte; TD3, à la page 279.]

e Affirmer que les Indiens «vivaient en paix sur ce territoire avant l’arrivée des Blancs» est une affirmation qui n’est pas du tout exacte, comme l’a indiqué M^{me} Smallboy et comme l’a expliqué par la suite Wayne Roan lorsqu’il a affirmé, dans son témoignage, que les Pieds-Noirs étaient l’[TRADUCTION] «ennemi traditionnel . . . qui a contribué à maintenir ma population à un faible niveau, et mon peuple faisait de même en ce qui les concernait». Tragiquement, il existe encore un sentiment d’antagonisme entre les jeunes Pieds-Noirs et les jeunes Cris [TRADUCTION] «Cette attitude nous a été transmise» (TD7, aux pages 763 et 764).

LE TEXTE DES DISPOSITIONS DE LA CONSTITUTION

h Il convient de revenir à l’objet des appréhensions qu’éprouvent les demandeurs à l’égard des modifications de 1985, modifications qui, selon eux, sont inconstitutionnelles et *ultra vires* du Parlement. Ce qui rend ces modifications inconstitutionnelles et *ultra vires*, d’affirmer les demandeurs, ce sont l’existence et l’effet de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui, au moment de son édicition, était ainsi rédigé:

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

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(This sounds curious since the Métis can hardly be thought of as "Aboriginal", having been a people only since the advent of the European people and then called "half-breeds" because of their mixed ancestry. The constitution makers indulged in history's revision here.)

About one year and two months after section 35, above-recited, came into force, it was amended as is reflected in the *Constitution Amendment Proclamation, 1983* [SI/84-102, s. 2] which added the following two subsections:

35...

(3) For greater certainty in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

SUBSECTION 35(4) IS CONCLUSIVE

Given the nature and main substance of the plaintiffs' complaints (earlier above related), as understood and appreciated by the nature and main substance of the interveners' complaints against the state of the law which existed before the 1985 amendment (described in the testimony of Mary Two-Axe Early—TT48), subsection 35(4) appears to be conclusive. Without going into the plaintiffs' case further, it can be clearly seen that the marital custom, the so-called Aboriginal and treaty rights which permit an Indian husband to bring his non-Indian wife into residence on a reserve, but which forbid an Indian wife from so bringing her non-Indian husband are extinguished utterly by subsection 35(4).

The plaintiffs are firmly caught by the provisions of section 35 of the *Constitution Act, 1982* which they themselves invoke. The more firmly the plaintiffs bring themselves into and under subsection 35(1)

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

(Cela semble curieux puisque les Métis peuvent difficilement être considérés comme des «autochtones», étant donné qu'ils ne sont un peuple que depuis la venue des Européens et qu'ils étaient alors appelés les «Sang-mêlés» en raison de leurs origines mixtes. Les auteurs de la Constitution se sont permis ici de réviser l'histoire.)

Environ 14 mois après l'entrée en vigueur du texte précité de l'article 35, cette disposition a été modifiée par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution* [TR/84-102, art. 2], qui a eu pour effet de lui ajouter les deux paragraphes suivants:

35...

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits—ancestraux ou issus de traités—visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

CARACTÈRE DÉTERMINANT DU PARAGRAPHE 35(4)

Compte tenu de la nature des récriminations des demandeurs (exposées précédemment) et de leur fondement principal, en regard de la nature et du fondement principal des récriminations des intervenants contre l'état du droit avant les modifications de 1985 (récriminations qui sont décrites dans le témoignage de Mary Two-Axe Early—TD48), le paragraphe 35(4) semble avoir un effet déterminant. Sans pousser plus loin l'examen des plaintes des demandeurs, il est évident qu'a été entièrement éteinte par le paragraphe 35(4) la coutume matrimoniale, les soi-disant droits ancestraux et issus de traités qui permettent à un époux indien d'amener son épouse non indienne résider dans la réserve, mais qui interdisent aux femmes indiennes de faire de même avec leurs époux non indiens.

Les demandeurs sont clairement visés par les dispositions de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qu'ils invoquent eux-mêmes. Plus les demandeurs s'appuient sur le paragraphe 35(1), plus le para-

the more surely subsection 35(4) acts upon their alleged rights pursuant to subsection 35(1) which, therefore are modified so as to be guaranteed equally to the whole collectivity of Indian men and Indian women.

If ever there was or could be a clear extinguishment of any alleged Aboriginal or treaty right to discriminate within the collectivity of Indians and more particularly against Indian women, subsection 35(4) of the *Constitution Act, 1982* is that; and it works that extinguishment, very specifically, absolutely, and imperatively. It operates “notwithstanding any other provision of this Act”, that is, the *Constitution Act, 1982*.

The hardship and heartache of those women who were in effect expelled from their homes and home reserves, and even expelled from Indian status, and their grievous sense of injustice of becoming non-Indians while at the same time the “white ladies” who married male band members, became Indians, was well illustrated in the testimony of the interveners’ witnesses. Subsection 35(4) is aimed at providing their relief.

That constitutional provision exacts equality of rights between male and female persons, no matter what rights or responsibilities may have pertained in earlier times. On this basis alone, the plaintiffs’ action is dismissed. It is the supreme law of Canada which speaks, to end the inequality of marital status of Indian women who are subject to it. The impugned legislation could surely be supported by section 15 of the *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]], too, were it not perhaps for section 25, but subsection 35(4) of the *Constitution Act, 1982* along with the other subsections of the whole of section 35 is in effect an “Indian provision” in an otherwise largely anti-racist Constitution, and it speaks deliberately and specifically to the diminution of past inequalities between Indian men and women. Thus the 1985 amendment is doubly validated by

graphe 35(4) produit ses effets sur les droits qu’ils prétendent avoir en vertu du paragraphe 35(1) et qui, en conséquence, sont modifiés de façon qu’ils soient garantis également à l’ensemble des Indiens—hommes et femmes.

Il n’y a jamais eu et il ne pourra jamais y avoir d’exemple plus clair d’extinction d’un droit ancestral ou issu de traité qui, présumément, permettrait d’exercer de la discrimination entre Indiens et plus particulièrement à l’endroit des femmes indiennes que le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette disposition produit effectivement un tel effet d’extinction et ce, de manière absolue, impérative et très spécifique. En effet, cette disposition s’applique «[i]ndépendamment de toute autre disposition de la présente loi», c’est-à-dire la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Les dépositions des témoins des intervenants ont clairement illustré les épreuves et les douleurs des femmes qui ont été expulsées de leur foyer et de leur réserve natale et qui se sont même vues dépouiller de leur statut d’Indien, ainsi que le douloureux sentiment d’injustice qu’elles éprouvaient du fait de devenir des non-Indiens alors que les «dames blanches» qui mariaient des membres masculins de leur bande devenaient elles des Indiennes. Le paragraphe 35(4) vise à leur accorder réparation.

Cette disposition de la Constitution vise à établir l’égalité des droits entre les personnes des deux sexes, indépendamment des droits ou responsabilités de chacun à une époque antérieure. Pour ce seul motif, l’action des demandeurs est rejetée. C’est la loi suprême du Canada qui met fin à l’inégalité dont sont victimes les femmes indiennes du fait de leur état matrimonial. L’article 15 de la *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]] pourrait sûrement, si ce n’était peut-être de l’article 25, étayer lui aussi étayer la validité du texte de loi contesté, mais le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*—ainsi que les autres paragraphes de l’article 35—est, dans les faits, une «disposition visant spécifiquement les Indiens», dans une Constitution par ailleurs largement antiraciste, et qui a pour objet spécifique de

maybe section 15 and absolutely by subsection 35(4); and there is no doubt that it is within Parliament's legislative jurisdiction in regard to Indians. So, subsection 35(4) operates and commands whether pleaded or not; it cannot be evaded.

The plaintiffs put forth several other arguments in support of their position, and in justice, the Court ought to consider them all, for some are quite cogent. There are also other subjects to be considered.

ENGLISH AND BRITISH SOVEREIGNTY

(a) The HBC Charter.

The King of England, Charles II, acting in right of England (and apparently not in right of Scotland) by executive act incorporated a trading company of considerable corporate jurisdiction: "The Governor and Company of Adventurers of England trading into Hudson's Bay", hereinafter HBC. That considerable corporate jurisdiction is, for example, described in that statute of the U.K. known as the *Rupert's Land Act, 1868*, 31-32 Vict., c. 105 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 6] refers to the HBC's "Lands and Territories, Rights of Government, and other Rights, Privileges, Liberties, Franchises, Powers and Authorities". The HBC's incorporation was effected by means of the King's Letters Patent often referred to as the company's Royal Charter, granted on May 2, 1670. The HBC's territory was known as Rupert's Land, and it extended to:

... the sole Trade and Commerce of ... all the Landes and Territoryes upon the Countryes Coastes and confynes of the Seas Bayes Lakes Rivers Creekes and Soundes aforesaid that are not already actually possessed by or granted to any of our Subjectes or possessed by the Subjectes of any other Christian

réduire les inégalités passées entre les hommes indiens et les femmes indiennes. En conséquence, la validité des modifications de 1985 repose sur deux fondements: un fondement possible, l'article 15, et un fondement absolu, le paragraphe 35(4). De plus, il ne fait aucun doute que le Parlement pouvait adopter ces modifications en vertu de son pouvoir de légiférer relativement aux Indiens. En conséquence, le paragraphe 35(4) s'applique impérativement, qu'il ait ou non été invoqué par les plaideurs. Il est impossible d'écarter son application.

Les demandeurs ont avancé plusieurs autres arguments au soutien de leur position et, en toute justice, la Cour se doit de tous les examiner, car certains d'entre eux sont très solides. Par ailleurs, il y a également d'autres points qui doivent être pris en considération.

SOUVERAINETÉ BRITANNIQUE ET ANGLAISE

(a) La Charte de la CBH.

Le roi d'Angleterre, Charles II, agissant aux droits de l'Angleterre (et évidemment pas aux droits de l'Écosse) a, par acte de l'exécutif, constitué en personne morale une compagnie de commerce dotée de pouvoirs considérables en la matière et appelée «Gouverneur et compagnie d'aventuriers d'Angleterre faisant la traite à la Baie d'Hudson», ci-après la CBH. Les pouvoirs commerciaux considérables dont était investie la compagnie sont notamment décrits dans la loi du R.-U. connue sous le nom de *Acte de la Terre de Rupert, 1868*, 31-32 Vict., ch. 105 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 6], qui mentionne les «terres et territoires, le droit de gouvernement et autres droits, privilèges, libertés, franchises, pouvoirs et autorité» accordés à la CBH. La constitution en personne morale de la CBH s'est faite au moyen de lettres patentes qui ont été accordées par le Roi, le 2 mai 1670, et qui sont souvent appelées la Charte royale de la compagnie. Le territoire de la CBH, sur lequel celle-ci avait le pouvoir exclusif de faire le commerce, était connu sous le nom de Terre de Rupert et comprenait:

[TRADUCTION] ... toutes les terres et territoires sur les régions, côtes et confins des mers, baies, rivières, lacs et détroits susmentionnés qui n'appartenaient pas déjà ou n'avaient pas déjà été concédés à aucun des sujets de Sa Majesté, ou n'appartenaient pas aux sujets d'aucune autre prince ou États chrétiens,

Prince or State with the Fishing of all Sortes of Fish Whales Sturgions and all other Royall Fishes in the Seas Bayes Isletes and Rivers within the premises and the Fish therein taken together with the Royalty of the Sea upon the Coastes within the Lymittes aforesaid and all Mynes Royall aswell discovered as not discovered of Gold Silver Gemms and pretious Stones to bee found or discovered within the Territoryes Lymittes and Places aforesaid And that the said Land bee from henceforth reckoned and reputed as one of our Plantacions or Colonyes in America call *Ruperts Land*.

SAVING ALWAYS the faith Allegiance and Sovereaigne Dominion due to us [i.e. King Charles] our heires and successors for the same . . .

Also granted was the royal permission to establish courts of civil and criminal jurisdiction, among other matters and things.

In order to grant the HBC Charter in May, 1670, it is logically apparent that the Crown must have already asserted sovereignty (through, for example, Sir Thomas Button) at some earlier time, not precisely known to this Court. What is precisely known is the assertion of English (not yet British) sovereignty over Rupert's Land in early May, 1670. Ruperts Land, according to historian Norman L. Nicholson, in his work *The Boundaries of the Canadian Confederation*, (Carleton Library No. 115 and Macmillan of Canada) at page 18, is described thus:

This area has generally been taken to be the entire area draining into Hudson Bay.

And yet farther, according to Nicholson, France, from the beginning disputed the HBC's claim, but in the Treaty of Utrecht France relinquished its claims. The HBC in effect was, until 1868, the ultimate instrument of the Crown's claim of sovereignty on all of the western plains to the Rocky Mountains, at least north of the 49th parallel of latitude. The *Constitution Act, 1867*, and the *Rupert's Land Act, 1868* complete the story of the sovereignty claim, finally to be Canada's, whose many historical details are unnecessary to recount here.

ainsi que le droit de pêcher toutes les sortes de poissons, de baleines et d'esturgeons et tous les autres animaux marins de la Couronne dans les mers, baies, îlots et rivières du territoire et le poisson y capturé, et la souveraineté sur les eaux des côtes dans les limites susmentionnées, ainsi que toutes les mines d'or, d'argent, de gemme et de pierres précieuses de la Couronne, découvertes ou non dans les limites des territoires et lieux précités; et ladite terre est, à compter de ce jour, comptée et reconnue au nombre de nos quatre plantations aux colonies en Amérique, sous le nom de *Terre de Rupert*.

SAUF POUR TOUJOURS fidélité, allégeance et pouvoir souverains qui Nous [c.-à-d; le roi Charles] sont dus ainsi qu'à nos héritiers et successeurs . . .

Le Roi avait également accordé à la compagnie, entre autres choses, la permission d'établir des tribunaux de juridiction civile et criminelle.

Pour être en mesure d'accorder cette Charte à la CBH en mai 1670, il est logique de supposer que la Couronne avait déjà affirmé sa souveraineté (par l'entremise notamment de Sir Thomas Button) sur les territoires à un certain moment auparavant, date que ne connaît pas précisément la Cour. Ce que l'on sait de façon précise, toutefois, c'est qu'il y a eu affirmation de la souveraineté anglaise (et plus tard britannique) sur la Terre de Rupert au début de mai 1670. L'historien Norman L. Nicholson décrit la Terre de Rupert de la manière indiquée ci-après, dans son ouvrage *The Boundaries of the Canadian Confederation*, (Carleton Library No. 115 et Macmillan of Canada), à la page 18:

[TRADUCTION] Cette région est généralement considérée comme étant l'ensemble du territoire dont les cours d'eau se jettent dans la Baie d'Hudson.

Selon Nicholson, ce territoire se serait même étendu plus loin, car, dès le départ, la France a contesté les prétentions de la CBH, mais elle a renoncé aux siennes dans le Traité d'Utrecht. Dans les faits, la CBH a été, jusqu'en 1867, l'instrument fondamental par lequel la Couronne affirmait sa souveraineté sur l'ensemble des plaines de l'Ouest, jusqu'aux montagnes Rocheuses, à tout le moins au nord du 49^e parallèle de latitude. La *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868* complètent l'histoire de la lutte pour la souveraineté sur ce territoire—qui est finalement devenu territoire canadien—lutte dont il n'est pas nécessaire de rappeler ici tous les détails historiques.

(b) *The Royal Proclamation, 1763*

About half a century after the union of England and Scotland, and some eight months after the Treaty of Paris, concluded on February 10, 1763, King George III issued *The Royal Proclamation, 1763*, dated October 7 that year, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1. This act of the sovereign has something to do with the plains Indians and the Crown's assertion of sovereignty over the western plains.

The Proclamation firstly created four colonial governments to establish British law and order in territories ceded to the Crown by and under the treaty of that year: the governments of Quebec, East Florida, West Florida and Grenada, with general assemblies for and in each along with courts of judicature. That Proclamation reiterated the earlier assertion of sovereignty in the HBC Charter by mentioning it in regard to lands inhabited by the Indians beyond and outside of Rupert's Land and the North West territory, thus:

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. [Emphasis not in original text.]

So the Crown's sovereignty, protection and dominion, for the use of the Indians was exerted over all the lands and territories except Rupert's Land, the north-western territories and, one infers, all the lands to the foot of the western mountains. However, in the lands beyond, which were reserved for the Indians, military officers and Indian affairs officials were permitted to follow, to seize and apprehend felons in flight from justice.

In their filed statement of fact and law, "Issue V" pages 167-168, the plaintiffs argue, despite the above-cited passage and summary that the Royal

(b) *La Proclamation royale (1763)*

Environ un demi-siècle après l'union de l'Angleterre et de l'Irlande, et quelque huit mois après le Traité de Paris, conclu le 10 février 1763, le roi George III a publié la *Proclamation royale (1763)*, datée du 7 octobre de l'année en question, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1. Cet acte émanant du souverain a un certain rapport avec les Indiens des plaines et l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur les plaines de l'Ouest.

La Proclamation a eu tout d'abord pour effet de créer quatre gouvernements coloniaux chargés d'établir la loi et l'ordre britanniques dans les territoires cédés à la Couronne en vertu du traité conclu la même année: les gouvernements de Québec, de la Floride orientale, de la Floride occidentale et de Grenade, chacun de ces gouvernements ayant le pouvoir de convoquer des assemblées législatives et de créer des tribunaux civils. On réitérait, dans cette Proclamation, l'affirmation de souveraineté formulée dans la Charte de la CBH, en faisant mention de celle-ci à l'égard des terres habitées par les Indiens au-delà et à l'extérieur de la Terre de Rupert et le territoire du Nord-Ouest. Le passage pertinent est ainsi rédigé:

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 des-dits 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. [Non souligné dans le texte original.]

Ainsi, la Couronne a déployé, pour l'usage des Indiens, sa souveraineté, sa protection et son autorité sur toutes les terres et territoires, à l'exception de la Terre de Rupert, des territoires du Nord-Ouest et, il est possible de le supposer, sur toutes les terres jusqu'au pied des montagnes de l'Ouest. Toutefois, dans les terres situées au-delà et qui étaient réservées pour les Indiens, les officiers militaires et les personnes chargées de l'administration des affaires indiennes étaient autorisés à y poursuivre les criminels fuyant la justice afin de s'en saisir et de les arrêter.

Dans l'exposé des faits du droit qu'ils ont déposé, [TRADUCTION] «Point V», aux pages 167 et 168, les demandeurs prétendent, malgré la citation et le

Proclamation, (a) “clearly proclaimed the right of the Indian communities to define their own membership for the purpose of dealing with the control, use, occupation and enjoyment of their lands”, (b) “that a substantive and enforceable promise was made to them [which] has been preserved as a constitutional imperative in Canada applicable to all of them”, (c) “applied to all indigenous peoples of what is today Canada (as well as other parts of North America)”, and (d) (especially) “applied to the territories within which the plaintiffs are situated”. (Plaintiffs’ statement of fact and law, page 167.)

The author of the above-recited dithyrambic prose had read, but obviously not understood certain of Prof. Brian Slattery’s works, although the latter is cited for the plaintiffs in this regard. Right on point and cited by the defendant is Slattery’s “The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights” (1982-83), 8 *Queen’s L.J.* 232 which, at page 267, states:

The precise geographical extent of the Indian Territory has attracted a certain amount of academic and judicial discussion. The Supreme Court of Canada has held, for example, that the former Hudson’s Bay Company Territory, Rupert’s Land, was excluded from the Indian Territory. This holding is undoubtedly correct.

The case in the Supreme Court of Canada referred to is *Sigeareak El-53 v. The Queen*, [1966] S.C.R. 645, where, at page 650 it is stated:

The Proclamation specifically excludes territory granted to the Hudson’s Bay Company and there can be no question that the region in question was within the area granted to Hudson’s Bay Company. Accordingly the Proclamation does not and never did apply in the region in question and the judgments to the contrary are not good law.

To the present, it seems, cases of Aboriginal and treaty rights have been construing rights, or not, to occupy lands and rights, or not, to hunt and fish. This case involves neither of those. The land and territorial cases envisage people—Indians—occupying the land or territory and themselves hunting and fishing.

résumé qui précèdent, que la Proclamation royale (a) [TRADUCTION] «a clairement proclamé le droit des communautés indiennes de décider qui sont leurs membres relativement aux questions touchant le contrôle, l’utilisation, l’occupation et la jouissance de leurs terres», (b) [TRADUCTION] «qu’on leur a fait une promesse concrète et dont ils peuvent demander l’exécution [et qui] a été préservée sous forme d’obligation constitutionnelle visant tous les Indiens au Canada», (c) [que la Proclamation] [TRADUCTION] «s’appliquait à tous les peuples indigènes du territoire qui est aujourd’hui le Canada (ainsi qu’à d’autres parties de l’Amérique du Nord)» et (d) [que la Proclamation] [TRADUCTION] «s’appliquait (de façon plus particulière) aux territoires à l’intérieur desquels se trouvent les demandeurs». (Exposé des faits et du droit des demandeurs, page 167.)

L’auteur de la prose dithyrambique qui vient d’être citée avait lu, manifestement sans les comprendre toutefois, certains des écrits du professeur Brian Slattery, quoique ce dernier soit cité par les demandeurs sur ce point. La défenderesse a cité l’article du professeur Slattery intitulé «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1982-83), 8 *Queen’s L.J.* 232, qui porte directement sur la question et dans lequel l’auteur déclare, à la page 267:

[TRADUCTION] L’étendue géographique précise du territoire indien a donné lieu à certaines discussions dans les milieux universitaires et dans la jurisprudence. Par exemple, la Cour suprême du Canada a statué que l’ancien territoire de la Compagnie de la baie d’Hudson, la Terre de Rupert, était exclu du territoire indien. Cette décision est indubitablement correcte.

L’arrêt de la Cour suprême du Canada auquel on fait allusion est *Sigeareak El-53 v. The Queen*, [1966] R.C.S. 645, où la Cour déclare, à la page 650:

[TRADUCTION] La Proclamation exclut expressément le territoire concédé à la Compagnie de la baie d’Hudson, et il ne fait aucun doute que la région en litige se trouvait dans ce territoire. En conséquence, la Proclamation ne s’applique pas et ne s’est d’ailleurs jamais appliquée à la région en litige, et les jugements qui affirment le contraire n’exposent pas correctement l’état du droit.

Jusqu’à maintenant, semble-t-il, les affaires portant sur les droits ancestraux ou issus de traités ont porté sur l’existence ou non du droit d’occuper des terres et de droits de chasse et de pêche. Le présent cas ne porte sur aucun droit de cette nature. Les affaires de terres et de territoires concernent des gens—des

The statutes and proclamations never speak of Aboriginal rights operating in a vacuum. So, because *The Royal Proclamation, 1763*, specifically excludes the territory in which the plaintiffs' ancestors allegedly roamed, it also excludes contemplation of the aboriginal people, "the ancestors" who are said to have occupied it, subject to aboriginal wars, by roaming on it. The plaintiffs' counsel did not abandon the plaintiffs' erroneous written argument during his oral argument. He merely barely mentioned it as may be seen in TT57, pages 164-165. However, in reply, the plaintiffs' counsel invested *The Royal Proclamation, 1763* with some almost mystical atavism as seen in TT78 at pages 44-45, thus:

As I indicated, my Lord, in fact you can trace it right through. You can't look at Section 91(24) and Section 35 completely in isolation, my Lord.

You can start with the Royal Proclamation and the matters I took you to in the Royal Proclamation. For the purpose of this submission, my Lord, I'm not even relying on the Royal Proclamation right at this moment to ask you to make any conclusion. All I'm simply saying is that it's clear that the Royal Proclamation at least applies to some parts of the country in which there are Indian bands. At least if that's true, my Lord, you'll look at what the Royal Proclamation says and how it operates with respect to respecting the collective's decisions to surrender land which can only be given up to the Crown by way of surrendering and in no other way.

Mr. Akman says the Royal Proclamation says on its face it's only temporary. Well, it was made permanent by the time we got to 91(24). It might say it was an interim measure, but nothing happened that I could see in between, my Lord. In fact, what happened was the development of case law after 1867 which says these Indian reserves have special rights, and the 91(24) legislation is promulgated and offered to support those rights and interpreted in order to protect them.

My Lord, then we end up with Section 35, and it's all part of the same progression. My Lord, I say therefore that it's important to look to a judge of Supreme Court of Canada in a decision where the other judges accept the reasoning on that point, my Lord, where it's specifically stated, "Here is another

Indiens, qui occupent les terres ou les territoires en question et qui s'adonnent eux-mêmes à la chasse et à la pêche. Les lois et les proclamations ne traitent jamais de droits ancestraux dans l'abstrait. Ainsi, étant donné que la *Proclamation royale (1763)* exclut spécifiquement les territoires que les ancêtres des demandeurs auraient sillonné, elle ne s'applique donc pas aux peuples autochtones—«aux ancêtres»—qui auraient sous réserve des guerres autochtones, occupé les territoires en question en les sillonnant. L'avocat des demandeurs n'a pas abandonné, durant les plaidoiries, l'argumentation écrite erronée des demandeurs. Il en a à peine fait mention, comme on peut le constater dans TD57, aux pages 164 et 165. Cependant, en réplique, l'avocat des demandeurs a reconnu à la *Proclamation royale (1763)* une certaine forme d'atavisme pratiquement mystique, comme l'indiquent les propos suivants, qui figurent dans TD78 aux pages 44 et 45:

[TRADUCTION] Comme je l'ai indiqué, votre Honneur, de fait vous pouvez remonter directement à l'origine. Vous ne pouvez, votre Honneur, examiner le paragraphe 91(24) et l'article 35 de façon complètement isolée.

Vous pouvez commencer par la Proclamation royale et les éléments de celle-ci auxquels je vous ai référés. Pour les fins du présent argument, votre Honneur, je n'invoque même pas la Proclamation royale à ce moment-ci pour vous demander de prononcer quelque conclusion que ce soit. J'affirme simplement qu'il est clair que la Proclamation royale s'applique au moins à certaines parties du territoire où se trouvent des bandes indiennes. Au moins si cela est vrai, votre Honneur, vous examinerez alors le texte de la Proclamation royale et ses modalités d'application en ce qui concerne le respect qui doit être accordé aux décisions que prennent collectivement les Indiens de céder des terres, terres qui ne peuvent être transférées qu'à la Couronne et ce par voie de cession et pas autrement.

M. Akman affirme que le texte même de la Proclamation royale indique que celle-ci n'est qu'une mesure temporaire. Eh bien! Elle est devenue une mesure permanente lorsque le paragraphe 91(24) a été adopté. Peut-être le texte dit-il qu'il s'agissait d'une mesure intérimaire, mais autant que je sache il ne s'est rien passé dans l'intervalle, votre Honneur. De fait, ce qui s'est produit, c'est l'établissement, après 1867, d'une jurisprudence indiquant que les réserves indiennes sont assorties de droits spéciaux, et la législation fondée sur le paragraphe 91(24) a été promulguée et est venue appuyer ces droits, et elle a été interprétée de manière à protéger ceux-ci.

Votre Honneur, nous en arrivons ensuite à l'article 35, qui fait partie intégrante de ce même processus évolutif. En conséquence, votre Honneur, j'affirme qu'il est important de se reporter aux propos qu'a formulés un juge de la Cour suprême dans un arrêt où les autres juges ont souscrit à son raisonne-

instance of special status, and here are the competing considerations, and here is how we deal with them.” Because you can’t have special status and integrity of special status if you permit equalitarian norms to invade it constantly.

In order better to understand the plaintiffs’ position, one notes in TT78 further along page 45, that the Supreme Court’s decision in *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, is a matter of regret for them, as stated by their counsel, thus:

So when the judges in that case or in later cases . . . I’m thinking particularly the judgment of Justice Pigeon in *Calder*, if I’ve got the case correct. Sorry, in *Drybones*, my Lord, I’m reminded. Not *Calder*, in *Drybones*. It’s necessary to protect special status, my Lord. If you permit the values of society at large to be used as a justification to intrude upon the results of special status, then that really means there is no special status at all. That’s what we’re really saying, my Lord. That’s what we’re talking about when we say that Indian band communities have special rights that no one else has.

Now, my Lord, in this respect, there are additional rights that my clients and other Indian communities have that no one else has. I say, my Lord, that that’s a trite proposition, and I’m just going to refer you to page 47 of my factum in that respect and the material referred to there. [TT78, pages 45-46.]

When one understands that the plaintiffs repudiate and detest the notion of equality under and before the law, one understands the prime principle of their case: special status in *Drybones*, Mr. Justice Pigeon, whom the plaintiffs’ counsel cited favourably, was one of three dissident judges. The import of the *Drybones* judgment can be perceived from the following passage in the headnote, summarizing the reasoning of Mr. Justice Hall, at page 283:

Per Hall J.: . . . The *Canadian Bill of Rights* can have validity and meaning only when subject to the single exception set out in s. 2 it is seen to repudiate discrimination in every law of Canada by reason of race, national origin, colour, religion or sex in respect of the human rights and fundamental freedoms set out in s. 1 in whatever way that discrimination may manifest itself not only as between Indian and Indian but as between all Canadians whether Indian or non-Indian.

ment sur ce point, votre Honneur, et où il est expressément déclaré: [TRADUCTION] «Nous sommes en présence d’un autre cas de statut spécial, voici quels sont les intérêts opposés en jeu et la façon dont nous allons régler la question.» En effet, on ne peut accorder un statut spécial et respecter l’intégrité de ce statut si on permet que des normes égalitaires y portent atteinte constamment.

On comprend mieux la thèse des demandeurs lorsqu’on constate, un peu plus loin à la page 45, dans TD78, que la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282 est une source de déception pour eux, comme l’a indiqué leur avocat, dans les propos suivants:

[TRADUCTION] Ainsi lorsque les juges dans cet arrêt ou des arrêts ultérieurs—je pense particulièrement aux motifs du juge Pigeon dans *Calder*, si je ne me trompe pas. Pardon, votre Honneur, on me souligne que c’est dans *Drybones*. Non pas dans *Calder*, mais dans *Drybones*. Il est nécessaire de protéger ce statut particulier votre Honneur. Si on permet d’invoquer les valeurs de l’ensemble de la société pour justifier une atteinte aux effets d’un statut particulier, alors, dans les faits, il n’y a plus de statut particulier. Voilà concrètement notre thèse, votre Honneur. C’est ce que nous voulons dire lorsque nous affirmons que les bandes indiennes ont des droits spéciaux que personne d’autre ne possède.

D’ailleurs, votre Honneur, à cet égard, il existe d’autres droits que mes clients et d’autres communautés indiennes ont et que personne d’autre ne possède. Cependant, votre Honneur, j’affirme que cela est bien établi, et je vous renvoie, à cet égard, à la page 47 de mon mémoire et aux sources qui y sont mentionnées. [TD78, pages 45 et 46.]

Une fois que l’on a compris que les demandeurs répudient et réprouvent la notion d’égalité devant la loi, on a bien saisi le principe fondamental sur lequel repose leur action: le statut spécial dont il est question dans *Drybones*, le juge Pigeon, que l’avocat des demandeurs cite au soutien de sa thèse, étant l’un des trois juges dissidents dans cet arrêt. La portée de l’arrêt *Drybones* peut être dégagée du passage suivant du sommaire où l’on résume le raisonnement du juge Hall, à la page 283:

Le Juge Hall: . . . La *Déclaration canadienne des droits* n’a de valeur et n’a de sens que lorsque, sous réserve de l’unique exception énoncée à l’art. 2, elle répudie dans chaque loi du Canada la discrimination en raison de la race, de l’origine nationale, de la couleur, de la religion et du sexe à l’égard des droits de l’homme et des libertés fondamentales énoncés à l’art. 1, de quelque façon que cette discrimination puisse se manifester, non seulement entre Indiens et Indiens, mais entre tous les Canadiens qu’ils soient Indiens ou non-Indiens.

It appears, according to Mr. Justice Macfarlane's reasons in *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (B.C.C.A.), at pages 492-493 that:

The common law will give effect to those traditions regarded by an aboriginal society as integral to the distinctive culture, and existing at the date sovereignty was asserted. The *Constitution Act, 1982* protects those aboriginal rights which still existed in 1982. [Emphasis not in original text.]

The Court holds, on the basis of earlier stated sequential logic, that sovereignty was asserted over Rupert's Land and even unto the foot of the western mountains at the granting of the HBC Charter on May 2, 1670, already carved out and excepted from *The Royal Proclamation, 1763*. Whatever be the Aboriginal rights which the plaintiffs claim, they must, to be such, have existed prior to May, 1670.

The point was conceded by the plaintiffs' counsel except for the year 1670 in TT79, page 51:

... you don't have to determine the issue in this case definitively, but for all the plaintiffs it certainly wouldn't be before 1763.

In any event... [t]he evidence deals with time before the white man, aboriginal times evidence. You don't need to make that determination, my Lord, to know and to find that on the basis of the evidence before you the aboriginal right has been proven in times before the white man, in times before the assertion of sovereignty.

The Court finds that the assertion of English sovereignty, later to become British sovereignty, was first formally expressed in the HBC Charter, May 2, 1670. Any rights which the plaintiffs can successfully establish must have been exerted before that day, and must not have been extinguished before the coming into force of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and must withstand subsection 35(4) thereof. It must be left to others at another time to explain how the revisionists who settled upon subsection 35(2) thought that they could honestly characterize Métis people as Aboriginal people, wielding aboriginal rights. Nature has special blessings for hybrid people, the offspring of interracial procreation, as was cor-

Il semble, à la lumière des motifs du juge Macfarlane dans *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (C.A.C.-B.), aux pages 492 et 493 que:

[TRANSDUCTION] La common law donne effet aux traditions considérées par une société autochtone comme faisant partie intégrante de sa culture distinctive, et qui existent à la date à laquelle cette société affirme sa souveraineté. La *Loi constitutionnelle de 1982* protège les droits ancestraux qui existaient encore en 1982. [Non souligné dans le texte original.]

La Cour statue, en se fondant sur la suite logique des événements énoncés précédemment, que la Couronne a affirmé sa souveraineté sur la Terre de Rupert et même sur le territoire qui s'étend jusqu'aux pieds des montagnes de l'Ouest en accordant la Charte de la CBH, le 2 mai 1670, territoires qui ont été plus tard exclus du champ d'application de la *Proclamation royale (1763)*. Quels que soient les droits ancestraux que revendiquent les demandeurs, ces droits doivent, pour être considérés comme tels, avoir existé avant mai 1670.

L'avocat des demandeurs a concédé ce point, sauf pour ce qui est de l'année, c'est-à-dire 1670, dans TD79, à la page 51:

[TRANSDUCTION] ... vous n'avez pas à trancher de façon définitive cette question en l'espèce, mais pour l'ensemble des demandeurs, ce serait certainement avant 1763.

Quoi qu'il soit... [l]a preuve concerne la période antérieure à la venue de l'homme blanc, il s'agit de preuves concernant les temps ancestraux. Vous n'avez pas à trancher cette question, votre Honneur, pour décider, à la lumière de la preuve dont vous disposez, s'il a été établi que le droit ancestral existait avant la venue de l'homme blanc, à une époque antérieure à l'affirmation de la souveraineté.

La Cour statue que l'affirmation de la souveraineté anglaise, et plus tard la souveraineté britannique, a, pour la première fois, été exprimée formellement dans la Charte de la CBH, le 2 mai 1670. Tout droit dont les demandeurs sont en mesure d'établir l'existence doit avoir été exercé avant cette date. De plus, ces droits ne doivent pas avoir été éteints avant l'entrée en vigueur du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ils doivent, en plus, survivre à l'application du paragraphe 35(4) de cette Loi. Il reviendra à d'autres, à un autre moment, d'expliquer de quelle façon les révisionnistes qui ont arrêté le texte du paragraphe 35(2) ont imaginé qu'il pouvaient honnêtement qualifier les Métis de peuple

rectly asserted by the plaintiff Wayne Roan in his testimony, TT8, at page 837. Only some determined revisionist would seek to regard Métis as being exemplars of only one of their inherently dual lines of ancestors. It will be seen, however, that conduct and lifestyle will be noted in terms of “half-breeds living the ‘Indian way of Life’,” in this dismally racist subject of litigation.

THE PLAINTIFFS’ VIEW OF MERGER OR SUBSUMPTION OF ABORIGINAL RIGHTS UNDER AND INTO TREATY RIGHTS

In the plaintiffs’ amended statement of claim (taken with other pleadings and particulars from the certified record), the following passages deal with the two kinds of alleged rights:

9. Aboriginal rights include the property rights, customary laws and governmental institutions of the aboriginal peoples which were possessed by the aboriginal peoples and retained notwithstanding the European colonization of North America.

Paragraph 9 (along with paragraph 11) of the statement of claim was found wanting by the Court and particulars were ordered on October 31, 1986. In the defendant’s statement of defence it is pleaded that those particulars render paragraph 9, initially pleaded, “immaterial to the specific rights . . . defined in . . . their particulars”. The interveners’ statements of intervention, although directed to the content are not directed specifically to the subsumption of the pleaded rights.

The plaintiffs’ amended statement of claim continues:

10. Treaty rights are the rights confirmed or obtained by Indian tribes or bands pursuant to treaties entered into with Her Majesty. [The defendant admits this.] These rights flowed generally to the collectivity known as the band. Typically, the sign-

autochtone, titulaire de droits ancestraux. La nature accorde des bienfaits spéciaux aux peuples hybrides, à la progéniture d’actes de procréation interraciale, comme l’a correctement affirmé le demandeur Wayne Roan dans son témoignage, dans TD8, à la page 837. Seul un révisionniste déterminé voudrait considérer les Métis comme des individus appartenant à une seule des deux souches d’ancêtres dont ils sont intrinsèquement issus. Toutefois, on constatera que, dans le présent litige à saveur tristement raciste, leur comportement et leur mode de vie sera décrit comme étant ceux de [TRADUCTION] «Sangs-mêlés pratiquant le “mode de vie des Indiens”».

POSITION DES DEMANDEURS EN CE QUI CONCERNE LA SUBSUMPTION DES DROITS ANCESTRAUX SOUS LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS OU LA FUSION DE CES DEUX TYPES DE DROIT

Dans la déclaration amendée des demandeurs (examinée en corrélation avec d’autres actes de procédure et précisions figurant dans le dossier certifié conforme), les passages suivants portent sur les deux types de droits allégués:

[TRADUCTION] 9. Sont compris parmi les droits ancestraux les droits de propriété, les lois coutumières et les institutions gouvernementales que les peuples autochtones possédaient et ont conservé en dépit de la colonisation de l’Amérique du Nord par les Européens.

Le paragraphe 9 (ainsi que le paragraphe 11) de la déclaration a été jugé incomplet par la Cour qui a ordonné, le 31 octobre 1986, la production de précisions. Dans sa défense, la défenderesse a plaidé que, par suite de ces précisions, le paragraphe 9, de l’acte de procédure initial était [TRADUCTION] «sans rapport avec les droits spécifiques . . . définis dans . . . [les] précisions». Même si elles portent sur la teneur des droits plaidés, les déclarations des intervenants ne visent pas spécifiquement la subsumption de ces droits.

La déclaration des demandeurs se poursuit ainsi:

[TRADUCTION] 10. Les droits issus de traités sont les droits qui ont été obtenus par des bandes ou tribus indiennes en vertu de traités conclus avec Sa Majesté ou dont l’existence a été confirmée par de tels traités. [La défenderesse admet cette affirma-

ing of a treaty by an Indian band also involved the voluntary diminution by the band of specified aboriginal rights. [The defendant does not plead to this because, the defendant says, it lacks specificity in relation to the plaintiffs' alleged specific rights.]

11. The right of the members of an Indian band to determine the membership of the band was an existing aboriginal right prior to the signing of Treaty Nos. 6, 7 and 8. This right remained an aboriginal right on April 17, 1982.

Paragraph 11 of the plaintiffs' statement of claim was (with paragraph 9) found wanting and particulars were likewise ordered, thus:

With respect to paragraphs 9 and 11 of the amended statement of claim, the plaintiffs state as follows:

The particular aboriginal right of the plaintiff bands or their predecessors referred to in paragraphs 9 and 11 of the amended statement of claim is the right of members of the said bands, under their respective customary laws, to determine membership in the bands and to veto the admission of any persons to membership in the bands. [Certified record]

To these allegations, the defendant pleaded in the amended statement of defence, this:

11. With respect to paragraph 11 of the statement of claim:

a) he states that the allegations of fact as set out therein and further defined in paragraph 2 of their particulars are not substantiated by and are inconsistent with the ethnological and historical literature and documents produced and/or filed by the parties;

b) he denies the allegations of law set out therein as defined further in paragraph 2 in their particulars;

c) in the alternative, he further states that if the aboriginal right alleged by the plaintiffs ever existed it was:

i) extinguished by the said treaties and by successive Indian Acts commencing in 1876; and

ii) replaced by a statutory scheme which provided for Indian Status, band membership based on Indian Status, exhaustive membership provisions and executive decisions made within the framework of this statutory scheme.

It will be noted that, inexplicably, the defendant also does not plead subsection 35(4) of the *Constitution Act, 1982*, but, in this litigation the strong, imperative voice of the pertinent supreme law of Canada simply is not to be ignored, whether pleaded

tion.] Ces droits étaient généralement reconnus à des collectivités connues sous le nom de bandes. Typiquement, la signature d'un traité par une bande indienne emportait également la réduction—volontairement acceptée par la bande—de droits ancestraux spécifiés. [La défenderesse ne répond pas à cette affirmation, étant donné que, à son avis, elle ne se rapporte pas de façon suffisamment précise aux droits spécifiques allégués par les demandeurs.]

11. Le droit des membres d'une bande indienne de décider qui sont les membres de celle-ci était un droit ancestral existant avant la signature des traités n^{os} 6, 7 et 8. Ce droit est demeuré un droit ancestral le 17 avril 1982.

Le paragraphe 11 de la déclaration des demandeurs (ainsi que le paragraphe 9) a été jugé insuffisant par la Cour qui a ordonné la production de précisions. Les précisions suivantes ont été produites:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les paragraphes 9 et 11 de la déclaration modifiée, les demandeurs affirment ce qui suit:

Le droit ancestral particulier des bandes demandresses ou de leurs prédécesseurs qui est mentionné aux paragraphes 9 et 11 de la déclaration modifiée est le droit des membres des bandes visées de décider, en application de leurs lois coutumières, qui sont leurs membres et de mettre leur veto à l'admission de toute personne en tant que membre. [Dossier certifié conforme]

Dans sa défense modifiée, la défenderesse a répondu ainsi à ces allégations:

[TRADUCTION] 11. En ce qui concerne le paragraphe 11 de la déclaration:

a) il affirme que les allégations de fait y figurant et qui sont explicitées dans le paragraphe 2 des précisions ne sont pas étayées par la littérature ethnologique et historique ni par les documents produits ou déposés par les parties, et qu'elles sont incompatibles avec cette littérature et ces documents;

b) il nie les prétentions de droit y figurant et qui sont explicitées dans le paragraphe 2 des précisions;

c) subsidiairement, il affirme que, si le droit ancestral invoqué par les demandeurs a jamais existé, ce droit:

i) a été éteint par lesdits traités et les différentes lois sur les Indiens qui se sont succédées à partir de 1876;

ii) a été remplacé par un régime législatif établissant le statut d'Indien et l'appartenance à la bande fondée sur ce statut, comportant des dispositions exhaustives régissant la question de l'appartenance à la bande et pourvoyant à la prise de décision de nature administrative à cet égard dans le cadre du régime établi par la loi.

Il convient de signaler que, inexplicablement, la défenderesse n'a pas invoqué le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais, dans le présent litige, il est tout simplement impossible de faire abstraction, de la voix puissante et impérative de la loi

or not. Of course, it is squarely pleaded by two of the interveners, the NCC(A) and the NSIAA, in their respective statements of intervention.

Exhibit 134 contains excerpts from the examination of Wayne Roan for discovery on a page numbered 4b), question 140 and answer, with an additional answer by Bruce Starlight on behalf of the Sarcee plaintiff:

[Question 140]—Is the aboriginal right with respect to Band membership of the same scope and content as the treaty right? If not, what is the difference? [Vol. 3, at page 267.]

Answer: Yes—the aboriginal right with respect to membership was impliedly recognized by the treaty process and thus became a treaty right as well as an aboriginal right—see paragraph 12 of the amended statement of claim.

The defendant's counsel triumphantly emphasized this answer to mean that one has to look no further than the treaty's provisions in order to discern any aboriginal rights. After all, the plaintiffs' own pleading, in the amended statement of claim paragraph 10, notes that "[t]ypically, the signing of a treaty . . . also involved the voluntary diminution by the band of specified aboriginal rights" [underlining added].

The diminution of Aboriginal rights is no doubt true, but the plaintiffs pleaded, and the Court accepts, that the Aboriginal rights so diminished must be rights specified in the treaty, of course, and not all Aboriginal rights at large. The treaties, along with the various versions of the *Indian Act* which preceded the treaties here considered, all bore upon and diminished Aboriginal rights and Aboriginal lifestyle. Even the assertion of sovereignty made the Aboriginal peoples subject to laws of general application in regard to crime, property, civil administration and tort which came into force as English and British sovereignty was secured. To the extent that those general laws impinged on or extinguished Aboriginal rights to such extent they were diminished. The Aboriginal peoples are not "foreigners", but from the time of assertion of sovereignty have been subjects of

suprême du Canada, qu'elle ait ou non été plaidée. Évidemment, elle a été clairement invoquée par deux des intervenants, le NCC(A) et la NSIAA, dans leurs interventions respectives.

^a La pièce 134 renferme des extraits de l'interrogatoire préalable de Wayne Roan, à la page numérotée 4b), où figure la question 140 et la réponse correspondante, ainsi qu'une réponse supplémentaire donnée par Bruce Starlight au nom de la demanderesse, Bande des Sarcis:

^b [TRADUCTION] [Question 140]—Est-ce que le droit ancestral concernant l'appartenance à la bande a la même teneur et la même portée qu'un droit issu de traité? Dans le cas contraire, quelle est la différence? [Vol. 3, à la page 267.]

^c Réponse: Oui—le droit ancestral concernant l'appartenance a été implicitement reconnu dans le cadre du processus de négociation du traité et il est ainsi devenu un droit issu de traité, en plus d'être un droit ancestral —voir le paragraphe 12 de la déclaration modifiée.

^d L'avocat de la défenderesse a triomphalement insisté sur le fait que, en raison de cette réponse, il suffisait d'examiner les dispositions du traité pour déterminer s'il existait des droits ancestraux. Après tout, les demandeurs eux-mêmes, dans leur propre acte de procédure, au paragraphe 10 de leur déclaration modifiée affirment que «[t]ypiquement, la signature d'un traité . . . emportait également la réduction—volontairement acceptée par la bande—de droits ancestraux spécifiés» [non souligné dans le texte original].

^e Il est indubitablement vrai qu'il y a réduction des droits ancestraux, mais les demandeurs ont plaidé—et la Cour est d'accord avec eux sur ce point—que les droits ancestraux visés par cette réduction sont évidemment ceux qui sont spécifiés dans le traité, et non pas tous les droits ancestraux de façon générale. Les traités, ainsi que les diverses version de la *Loi sur les Indiens* qui ont précédé les traités en cause, ont tous une incidence sur le mode de vie des autochtones et pour effet de réduire les droits ancestraux de ceux-ci. Même l'affirmation de souveraineté a eu pour effet d'assujettir les peuples autochtones aux lois d'application générale concernant le crime, la propriété, l'administration civile et la responsabilité civile délictuelle qui sont entrées en vigueur à mesure que s'est établie la souveraineté anglaise puis britannique. Dans la mesure où ces lois d'application générale ont

the sovereign. In that regard, section 88 of the *Indian Act* states, almost redundantly, the evident truth of general status consequent upon the subtraction therefrom of the Indians' special status. It confirms the Aboriginal peoples' status as subjects of the Crown both specially and generally in defining the profile of the boundary between the two.

Like others, no matter how much some judges and public servants seek paternally to patronize them, the western Indians are obliged to obey the laws of land, even if such laws were unknown to their distant ancestors, so long as the law of the land does not abrogate surviving Aboriginal rights, as stated in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Before subsection 35(1) came into force, the law of the land as enacted by Parliament could indeed extinguish Aboriginal rights, but to be clear and unambiguous about such extinguishment or abrogation, the law did not need to state that "such aboriginal rights as conflict with this law, to wit: . . . are, to such extent, extinguished". A law which had that clear effect even without those clear words was valid, if enacted in conformity with the wide purview of section 91, head 24 of the *Constitution Act, 1867*. So it was said by the Supreme Court of Canada in regard to treaty rights and state obligations thereto in *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642; *The Queen v. George*, [1966] S.C.R. 267 and *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282.

One may legitimately draw a good analogy between the extinguishment of Aboriginal rights and what the courts say about the extinguishment of treaty rights, whenever in each instance such has occurred. Some Aboriginal rights were clearly extinguished by the three treaties invoked by the plaintiffs, but those unspecified Aboriginal rights which are not the subjects of the treaties are not so extinguished

pour effet d'éteindre des droits ancestraux ou d'y porter atteinte, les droits ancestraux ont été réduits d'autant. Les peuples autochtones ne sont pas des «étrangers», mais, à compter du moment de l'affirmation de souveraineté, ils sont devenus des sujets du Souverain. À cet égard, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* énonce, d'une façon presque redondante, l'évidente réalité qu'une fois leur statut spécial écarté, les Indiens n'ont plus, en conséquence, qu'un statut général. Cet article confirme que les peuples autochtones sont des sujets de la Couronne—titulaires à la fois d'un statut spécial et d'un statut général—et définit le contour de ces statuts.

Comme toute autre personne, quelle que soit l'attitude paternaliste qu'adoptent à leur endroit certains juges ou fonctionnaires, les Indiens de l'Ouest du pays sont tenus d'obéir aux lois du pays, même si celles-ci n'étaient pas connues de leurs lointains ancêtres, et ce tant et aussi longtemps que ces lois n'abrogent pas des droits ancestraux existants, comme l'indique le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Avant l'entrée en vigueur du paragraphe 35(1), les lois édictées par le Parlement pouvaient effectivement éteindre des droits ancestraux, mais pour que cette extinction ou abrogation se fasse de façon claire et sans ambiguïté, il n'était pas nécessaire que la loi en question précise que [TRADUCTION] «les droits ancestraux incompatibles avec la présente loi, à savoir: . . . sont éteints». Les lois qui avaient cet effet, sans pour autant être libellées dans ces termes clairs, étaient néanmoins valides, si elles avaient été édictées en conformité avec l'objet général visé au paragraphe 91.24 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est ce qu'a affirmé la Cour suprême du Canada, relativement aux droits issus de traités et aux obligations de l'État à cet égard, dans les arrêts *Sikyea v. The Queen*, [1964] R.C.S. 642; *The Queen v. George*, [1966] R.C.S. 267 et *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282.

Il est légitime de faire une analogie entre l'extinction de droits ancestraux et ce qu'affirment les tribunaux à l'égard de l'extinction des droits issus de traités, toutes les fois que cela se produit. Certains droits ancestraux ont été clairement éteints par les trois traités invoqués par les demandeurs, mais les droits ancestraux non spécifiés et qui, de ce fait, ne font pas l'objet de ces traités ne sont pas éteints, et,

and, if not subsequently extinguished by competent legislation, including constitutional disposition, for example, subsection 35(4), they must logically continue in existence whatever they be. They are in fact referred to as “the existing aboriginal . . . rights”, in subsection 35(1). An analogous extinguishment of the Number 8 treaty’s implied right to hunt for commercial purposes, apart from hunting for food, was effected by paragraph 12 of the Alberta Natural Resources Transfer Agreement, as 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], s. 2]. That extinguishment was declared by the majority judgment of the Supreme Court of Canada as recently as May, 1990 in *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901. There it was held that the 1930 Agreement’s assurance of the right to hunting, trapping and fishing “for food” only, excluded all other purposes. It is an ancient principle which states that *expressio unius est exclusio alterius*. The Court held the legislative and constitutional expression of that extinguishment was clear and unambiguous. This Court finds that there is no general subsuming of Aboriginal rights by the treaties. The treaties cover only that with which they deal. The foregoing premises all seem to be well founded on the Supreme Court’s judgment in *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570.

THE TREATIES

In order to discover which Aboriginal rights were and are truly subsumed into and accordingly extinguished by the treaties, it is necessary to analyze the treaties carefully. Thereafter, if the particular Aboriginal rights which the plaintiffs contend are theirs unto this very day remain untouched by the treaties, it will be necessary to enquire whether that which the plaintiffs assert be truly an Aboriginal right is indeed such as they assert.

In effect the plaintiffs assert two Aboriginal rights. The first has to do with the plaintiffs’ principal but narrower grievance, about permitting Indian women who married non-Indians to live either by remaining

s’ils ne le sont pas par la suite par un texte de loi valide, y compris par des dispositions constitutionnelles, par exemple le paragraphe 35(4), ces droits, quels qu’ils soient, continuent logiquement d’exister. De fait, au paragraphe 35(1), on les appelle «droits existants—ancestraux». Le paragraphe 12 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta), 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], art. 2], a eu pour effet d’éteindre de façon analogue le droit implicite prévu par le Traité n° 8 de chasser à des fins commerciales, sauf pour se nourrir. Aussi récemment qu’en mai 1990, dans l’arrêt *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, les juges de la majorité ont déclaré qu’il y avait effectivement eu extinction. Dans cet arrêt, il a été jugé que la Convention de 1930 assurait aux Indiens le droit de chasser, de piéger et de pêcher «pour se nourrir» seulement, et à aucune autre fin. Il s’agit de l’application du vieux principe latin *expressio unius est exclusio alterius*. La Cour a statué que les textes législatifs et constitutionnels énonçant cette extinction étaient clairs et non ambigus. En l’espèce, la Cour juge que les traités ne subsument pas de façon générale les droits ancestraux. Les traités ne portent que sur les droits qui y sont visés. Les propositions qui précèdent semblent toutes bien fondées à la lumière de la décision de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570.

LES TRAITÉS

Afin de découvrir quels sont les droits ancestraux qui ont été et sont véritablement subsumés sous des traités et qui, de ce fait, ont été éteints par ceux-ci, il est nécessaire d’analyser soigneusement les traités en question. Par la suite, si les droits ancestraux que revendiquent les demandeurs n’ont, à ce jour, été touchés par aucun traité, il faudra se demander si le droit qu’invoque les demandeurs est, comme ils le prétendent, véritablement un droit ancestral.

De fait, les demandeurs invoquent deux droits ancestraux. Le premier vise leur récrimination principale, mais plus limitée, et qui concerne le fait de permettre aux femmes indiennes qui ont épousé des non-

in or returning to the women's own reserves of residence, inevitably their natal reserves with membership retained in their natal bands. The plaintiffs claim that their present expression of the Aboriginal right which they assert stems from the Aboriginal principle and practice that, upon marriage the woman followed the man to reside in or at his ordinary residence within his tribal group, not hers. From that narrow principle, the plaintiffs assert more globally that from Aboriginal times Indian groups or encampments controlled their own membership and that such an Aboriginal right either survived the treaty making, or is enshrined in the treaties. The plaintiffs triumphantly state that control of membership is an inevitable incident of their ancestors' "organised societies", which the defendant admitted orally by counsel at trial. These are matters for subsequent analysis.

Basis For The Treaties

The racial and religious hatreds of the historical past provide only a sterile and hopeless basis for nurturing those hatreds into the present and the future. That proposition is a stunningly, obviously, eternal verity as was clear, at least until recent days, in Ireland and is still evident in the present murderous stupidities among the South Slavs in Europe and between the Hutus and Tutsi in Africa. North America was surely going to be occupied and dominated by Europeans because of historical and economic processes which were unavoidable. There is no use in mourning that fact of destiny. The only question was whether the dominant Europeans would be the French, the British or the Spanish, and in the nineteenth century it was as between the Canadians and Americans.

At this point, generally regarding the historical dynamics of human co-existence or less tolerant relationships, it is well to recognize the truth of the proposition, that in this context of public and constitu-

Indiens de vivre dans la réserve où elles habitaient avant leur mariage—c'est-à-dire inévitablement la réserve où elles sont nées et qui est celle de la bande à laquelle elles appartiennent—soit en restant dans cette réserve soit en y retournant. Les demandeurs prétendent que le droit ancestral existant qu'ils revendiquent découle de la pratique et du principe ancestraux qui voulaient que, après le mariage, la femme suivait son époux pour aller habiter au lieu de résidence ordinaire de l'époux au sein du groupe tribal de ce dernier et non de celui de l'épouse. S'appuyant sur ce principe étroit, les demandeurs affirment, de façon plus générale, que, depuis les temps ancestraux, les groupes ou campements indiens décidaient qui étaient leurs membres et que ce droit ancestral a survécu aux traités qui ont été conclus ou ont été inscrits dans ceux-ci. Les demandeurs affirment, triomphalement, que le pouvoir des bandes de décider de l'appartenance à leurs effectifs est une conséquence inévitable de la vie en «sociétés organisées» de leurs ancêtres, sociétés organisées dont la défenderesse a, à l'audience, admis l'existence par la voix de son avocat. Ces questions seront analysées ultérieurement.

Fondement des traités

Ressasser les haines raciales et religieuses du passé ne peut servir qu'à les attiser stérilement et sans espoir d'y trouver une solution. Cette proposition est une vérité éternelle, comme en témoignait clairement, jusqu'à tout récemment du moins, la situation en Irlande et comme en témoignent manifestement les folies meurtrières auxquelles se livrent actuellement les peuples du Sud de l'ancienne Yougoslavie en Europe ainsi que les Hutus et les Tutsis en Afrique. En raison de courants historiques et économiques qui étaient inévitables, il était certain que l'Amérique du Nord serait occupée et dominée par les Européens. Il est inutile de pleurer ce tournant du destin. La seule question qui se posait était celle de savoir si les Européens qui domineraient seraient les Français, les Britanniques ou les Espagnols. Par la suite, au cours du dix-neuvième siècle, la lutte se fit entre les Canadiens et les Américains.

À ce stade-ci, en ce qui concerne de façon générale la dynamique historique du phénomène de la coexistence des peuples ou des tensions entre ceux-ci, il convient de reconnaître la vérité de la proposition

tional law, and history, the respective parties' and interveners' admissions do not bear the same weight as they would, if made in a case of private law litigation. This is so because of the greater public interest, historical and constitutional dimensions of this present type of litigation. Thus no party or intervenor is empowered by mere admission to alter the country's history or its Constitution.

In this regard, as well, it is well to remember the passage written by Mr. Justice Lamer (now Chief Justice of Canada) for a unanimous Supreme Court of Canada in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at page 1050 where, in regard to the admission of historical documents not included in the received judicial record he wrote:

I am of the view that all the documents to which I will refer, whether my attention was drawn to them by the intervenor or as a result of my personal research, are documents of a historical nature which I am entitled to rely on pursuant to the concept of judicial knowledge. As Norris J.A. said in *White and Bob* (at p. 629):

The Court is entitled "to take judicial notice of the facts of history whether past or contemporaneous" as Lord du Parc said in *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 at p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 at p. 20, and it is entitled to rely on its own historical knowledge and researches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, Lord Halsbury, L.C., at pp. 652-4.

The documents I cite all enable the Court, in my view, to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this case.

Reference here is made to *Wind on the Buffalo Grass: Native American Artist-Historians*, collected and edited by Leslie Tillett, reprinted by Da Capo Press, New York, 1989. Its advantage is its brevity and encapsulation of the historical context as recorded by plains Indians who were the specially intended victims of "soldier blue".

Conditions south of the 49th parallel of latitude must have been much the same among the western Plains Indians as north of that boundary, the oral evidence suggests. Tillett wrote in the preface at page xi:

voulant que, dans la présente affaire qui touche le droit public et constitutionnel ainsi que l'histoire, les admissions des parties et des intervenants n'ont pas tout le poids qu'elles auraient si elles avaient été faites dans le cadre d'une affaire de droit privé. Il en est ainsi en raison des dimensions plus grandes que le genre de litige dont nous sommes saisis revêt sur les plans historique et constitutionnel ainsi qu'en matière d'intérêt public. Par conséquent, aucune partie ni aucun des intervenants n'est habilité à modifier, par un simple aveu, l'histoire du pays ou sa Constitution.

À cet égard, il convient également de rappeler les propos du juge Lamer (aujourd'hui juge en chef du Canada) dans la décision unanime de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la page 1050, où, relativement à l'admissibilité de documents de nature historique qui ne faisaient pas partie du dossier devant les instances inférieures, le juge a écrit ce qui suit:

Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l'intervenante ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire. Comme le disait le juge Norris dans *White and Bob* (à la page 629):

[TRADUCTION] La cour a le droit «de prendre connaissance d'office des faits historiques passés ou contemporains» comme l'a dit lord du Parc dans l'arrêt *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196, à la p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 à la p. 20, et a le droit de se fonder sur sa propre connaissance de l'histoire et sur ses recherches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, le lord chancelier Halsbury, aux pp. 652 à 654.

Les documents que je cite nous permettent tous, à mon avis, d'identifier avec plus de précision la réalité historique essentielle à la résolution du présent litige.

Référence, est faite ici à l'ouvrage *Wind on the Buffalo Grass: Native American Artist-Historians*, œuvre colligée et éditée par Leslie Tillett, qui a été réimprimée par Da Capo Press, New York, 1989. L'avantage de cet ouvrage est qu'il s'agit d'un bref exposé condensé du contexte historique, tel que raconté par les Indiens des plaines qui étaient les victimes désignées des «tuniques bleues».

Les témoignages tendent à indiquer que les conditions de vie des Indiens des plaines de l'Ouest au sud du 49^e parallèle de latitude devaient être sensiblement les mêmes qu'au nord de cette frontière. Tillett a

The brief comments attached to most of the pictures of "daily life" [created by Indian eye-witnesses] say enough about the life style of the Plains Indians for the purpose of this book, which is to let the pictures tell the story. It is well simply to keep in mind that the Indians (particularly the Sioux) were a nomadic people who moved their encampments to follow the buffalo, or to find fresh pasture for their ponies, or, occasionally, to relocate as a result of tribal wars. If the history of man can be simplistically understood as the change from food gathering to hunting, and then to farming and finally industry, we can see the Plains Indians as the last great hunters, living on into the industrial era.

The policy of the U.S. government was to herd the Plains Aborigines into reserves. General Custer and his Seventh Cavalry, instruments of that policy, alternately massacred the Indian encampments of those who refused to be herded or, at least on one occasion, made peace for which the General had no authority to make and no power to enforce. It was an instance in which greed-crazed Americans sensing the presence of gold in the ground simply flooded into an acceptable reserve and pushed out the Indians, as Tillett recounts at page 50 of the book. Custer had dreams of receiving a presidential nomination at the Democratic convention about a week after the battle which he precipitated and disastrously lost on June 25, 1876.

The author again in the preface, at page xii:

... Custer attacked a numerically overwhelming force of Indians with blind courage, but that blindness defeated him. He did not know how many, nor under what chiefs, the Indians were fighting. To charge into some 4,000 warriors under such inspired leaders as Crazy Horse and Sitting Bull, who were suddenly put to the test of defending their women and children [from massacre by the well-armed 7th Cavalry, be it noted] was madness.

The aftermath of the Battle at the Little Big Horn River had to be included in this book because it is in this aftermath that we all live. A nation of 40 million, tempered by the Civil War, and once more united in its westward expansion, was celebrat-

d'ailleurs écrit, dans la préface de son ouvrage, à la page xi:

[TRADUCTION] Les brefs commentaires accompagnant la plupart des illustrations de scènes de la «vie quotidienne» [créés par des témoins oculaires indiens] nous renseignent suffisamment sur le mode de vie des Indiens des plaines pour l'objet du présent ouvrage, qui est de laisser parler les images. Il convient simplement de se rappeler que les Indiens (particulièrement les Sioux) étaient des nomades qui déplaçaient leurs campements pour suivre les bisons, pour trouver de nouveaux pâturages pour leurs chevaux ou encore, à l'occasion, pour se réinstaller à la suite de guerres tribales. Si l'histoire de l'humanité peut être décrite de manière simplifiée comme étant le passage de la période de la cueillette à celle de la chasse, puis ensuite de la période de l'agriculture à celle de l'industrialisation, il est possible de décrire les Indiens des plaines comme étant les derniers grands chasseurs qui ont survécu jusque dans l'ère industrielle.

Le gouvernement des États-Unis avait pour politique d'entasser les Autochtones des plaines dans des réserves. Le général Custer et son septième régiment de cavalerie, des instruments de cette politique, massacraient les Indiens qui refusaient de se laisser rassembler de la sorte, mais, à au moins une occasion, ils ont conclu une paix que le général n'avait ni l'autorité de conclure ni le pouvoir de faire respecter. Il s'agissait d'un cas où des Américains, rendus fous par l'appât du gain et flairant la présence de l'or dans le sol, ont tout simplement envahi une réserve et expulsé les Indiens qui s'y trouvaient, comme le raconte Tillett, à la page 50 de son ouvrage. Custer rêvait d'être nommé candidat des Démocrates à la présidence, à la convention d'investiture qui devait se tenir une semaine après la bataille qu'il déclencha et perdit de façon désastreuse le 25 juin 1876.

Voici, à cet égard, les propos de l'auteur, dans la préface, à la page xii:

[TRADUCTION] ... Custer a attaqué des forces indiennes numériquement supérieures avec un courage aveugle, mais cet aveuglement a causé sa perte. En effet, il ne savait pas combien d'Indiens il attaquait, ni par quels chefs ces Indiens étaient dirigés. C'était de la pure folie que de donner l'assaut à quelque 4 000 guerriers dirigés par des chefs aussi inspirés que Crazy Horse et Sitting Bull et qui étaient soudainement appelés à défendre leurs femmes et leurs enfants [contre les soldats bien armés du 7^e régiment de cavalerie qui voulaient les massacrer, faut-il le signaler].

Il était impossible de ne pas parler des répercussions de la bataille qui a eu lieu à Little Big Horn River étant donné que les suites de cette bataille sont encore avec nous aujourd'hui. Une nation de 40 millions d'habitants, tempérée par la guerre

ing its centennial when the news of the Custer defeat was received. The idea that these ragamuffin bands could stop the spread of "Civilisation" and "manifest destiny" was impossible to accept; that they could defeat a part of the U.S. Army under the national hero, General George A. Custer, was even more incredible. And finally, the fact that the Indians had stripped and mutilated the bodies, and escaped almost unharmed, gave the "exterminate the Indians" faction all they needed. The small voices of humanity and compassion were hushed by an angry shout for revenge, a shout that echoed back to the Black Hills, where gold could make revenge profitable as well. That great leader Crazy Horse was assassinated in a most brutal and ignominious way in 1877. After that followed twelve years of rapid decline of any hope left the Indians. This emotional people of the Plains succumbed to the wild hopes embodied in the promise of the Ghost Dance. [Emphasis added.]

The record shows that there was a genocide party in the U.S. Congress who would have simply exterminated the plains Indians, had it prevailed. A new band of young men with apparently perverted or highly diluted consciences was recruited under the rubric of the 7th Cavalry which was sent west to seek vengeance for the original regiment's slaughter, into which Custer had stupidly (some say "courageously") led them. The massacres continued for a while longer, evoking among others, the hellish atrocities of Wounded Knee, committed by the renewed 7th Cavalry.

All of this chaos in the U.S. west, was well known to the Indians who participated in Treaties 6 and 7, if not also Treaty 8. In 1844, U.S. Senator William Allen uttered to the U.S. Senate a slogan which endured many decades, if it has indeed died away:

Fifty-four forty, or fight!

He was urging the expansion of U.S. territory northward to the 54' 40" parallel of north latitude. It was the slogan of expansionist Democrats in the 1844 presidential campaign in which the Oregon boundary issue was a burning question. The new president, Jas.

civile et une fois de plus unie dans son désir d'étendre ses frontières vers l'ouest, célébrait son centenaire lorsqu'elle reçut la nouvelle de la défaite de Custer. Il était tout simplement impossible d'accepter que ces bandes de va-nu-pieds pouvaient stopper la marche de la «civilisation» et la «destinée manifeste» du peuple américain; qu'elles aient pu vaincre une partie de l'armée américaine dirigée par un héros national, le général George A. Custer, était encore plus incroyable. Enfin, le fait que les Indiens avaient dépouillé les corps des soldats de leurs habits et les avaient mutilés, et qu'ils avaient pu ensuite s'enfuir pratiquement sans subir de pertes, donnait aux tenants de l'«extermination des Indiens» toutes les munitions dont ils avaient besoin. Les quelques faibles voix suggérant de faire preuve d'humanité et de compassion furent étouffées par les violents appels à la revanche, appels qui résonnèrent jusqu'aux Black Hills, où l'or pouvait faire de la revanche une entreprise également rentable. Le grand chef Crazy Horse a été assassiné d'une manière extrêmement brutale et ignominieuse en 1877. Suivirent douze années au cours desquelles s'évapora rapidement tout espoir qu'avaient pu entretenir les Indiens. Cet émotif peuple des plaines succomba aux espoirs insensés qu'incarnent les promesses de la Danse des esprits. [Soulignement ajouté.]

Des documents révèlent qu'il existait, au sein du Congrès américain, un parti qui prônait le génocide et qui aurait tout simplement exterminé les Indiens des plaines s'il avait pu faire triompher ses idées. Un nouveau groupe de jeunes hommes manifestement corrompus ou très peu scrupuleux furent recrutés sous la bannière du 7^e régiment de cavalerie et dépêchés dans l'Ouest afin de venger l'anéantissement du régiment initial, que Custer avait stupidement (certains disent «courageusement») conduit au massacre. Les massacres se sont poursuivis pendant un certain temps, qu'ils suffise de mentionner les atrocités commises à Wounded Knee par les nouveaux membres du 7^e régiment de cavalerie.

La situation chaotique qui existait dans l'Ouest américain était bien connue des Indiens qui ont participé aux traités nos 6 et 7, voire au traité no 8. En 1844, le sénateur américain William Allen a lancé, au sein du Sénat, un slogan qui, s'il n'a pas perdu toute actualité aujourd'hui, n'en a pas moins été repris pendant des dizaines d'années:

Fifty-four forty, or fight!

Il prônait l'expansion du territoire des États-Unis au nord du parallèle situé à 54' 40" de latitude nord. C'était le slogan des démocrates expansionnistes, durant la campagne présidentielle de 1844, au cours de laquelle les frontières de l'Oregon étaient une

K. Polk, a Democrat, in 1846 compromised with the United Kingdom on the 49th parallel. The slogan and its sentiment endured long after the compromise among many Americans in the west.

The Canadian Indians, who had declined the invitation to join with their American counterparts in the Indian wars south of the boundary, were well aware of, and made uneasy by, the violent, murderous, genocidal expansionism running rampant among many Americans. The expression “the Canadian Indians” is entirely correct for the Indians and the chiefs who spoke for them at the treaty negotiations unequivocally referred to themselves as the Queen’s subjects. They expressed no doubt about that status of being subjects of the Queen whether before or after entering into the treaties. Perhaps the “handwriting was on the wall” and the Indians of the nineteenth century rationally accepted historical inevitability.

It is told in the evidence that the Commissioners’ progress (followed by settlers) was accepted and proclaimed by some Crees as being as unstoppable as the flow of “the River Saskatchewan” near Fort Carleton.

There is no doubt that, in entering into the treaties they sought the protection of—and perhaps ill-advisedly—the dependence on, the Crown, as represented by Ottawa’s Treaty Commissioners. Those Commissioners, unlike General Custer and his Government, did have the authority and ability to allow the Indians to live in peace, and to protect them from the Americans—7th Cavalry and whiskey traders alike.

Among the other important factors of those days inducing the Indians to seek the treaties were: disease and famine and the clearly-to-be-seen demise of the huge natural herds of bison, called buffalo, upon which the plains Indians depended for food, hides, sinew, bones and horns to maintain their unique pre-industrial lifestyle. Quite possibly the introduction by the Spanish of the horse which quickly became wide-

question brûlante d’actualité. Le nouveau président, Jas. K. Polk, un démocrate, fit avec le Royaume-Uni, en 1846, un compromis fixant la frontière au 49^e parallèle. Le slogan et les sentiments qu’il animait perdurèrent chez bien des Américains de l’Ouest, longtemps après le compromis.

Les Indiens du Canada, qui avaient rejeté l’invitation de joindre les rangs de leurs homologues américains dans les guerres indiennes au sud de la frontière, étaient bien au fait, en plus d’être inquiets, de la politique d’expansionnisme violent et meurtrier qui donnait lieu à un génocide et comptait de nombreux adeptes parmi les Américains. L’expression «Indiens du Canada» est tout à fait juste, car les Indiens et les chefs qui les ont représentés dans le cadre de la négociation des traités se sont clairement présentés comme des sujets de la Reine. Ils n’ont exprimé aucun doute quant à leur qualité de sujets de la Reine, tant avant de conclure les traités qu’après l’avoir fait. Peut-être parce qu’ils avaient vu «les signes précurseurs», les Indiens du 19^e siècle ont rationnellement accepté le caractère inexorable de la marche de l’histoire.

Il est dit, dans la preuve, que l’avancée des Commissaires (entraînant les colons dans leur sillage) était acceptée par certains Cris, qui la considéraient comme étant aussi irrésistible que les flots de la «rivière Saskatchewan» près de Fort Carleton.

Il ne fait aucun doute que, en concluant les traités, les Indiens désiraient se placer sous la protection et—peut-être à tort—sous la dépendance de la Couronne, représentée par les Commissaires chargés par Ottawa de négocier les traités. Ces Commissaires, contrairement au général Custer et à son gouvernement, avaient le pouvoir et la capacité de permettre aux Indiens de vivre en paix et de les protéger des Américains—autant du 7^e régiment de cavalerie que des commerçants de whisky.

Parmi les autres facteurs importants qui, à cette époque, incitaient les Indiens à conclure des traités, mentionnons les suivants: les maladies, la famine et la disparition, facilement prévisible des vastes troupeaux de bisons sauvages, animal qu’on appelait «buffalo» et que les Indiens des plaines chassaient pour sa viande, sa peau, ses tendons, ses os et ses cornes et dont il dépendait pour maintenir leur mode

spread, and the introduction by all the Europeans of the rifle and other firearms, must have contributed to the diminution of the herds. No doubt the introduction of Euro-settlers also contributed greatly to the buffaloes' disappearance.

Notice is taken of an excellent article written by a knowledgeable author, Sid Marty, about the Cypress Hills, called "Prairie Oasis". It appeared in the January/February 1995 issue of *Canadian Geographic*. Here are a few selected passages, at pages 57-58:

The original [Fort Walsh] was built by the North West Mounted Police in 1875 as a watchpost to deter whisky traders, but was dismantled and abandoned in 1883—not before receiving a visit from Sitting Bull and a group of Sioux warriors after their encounter with General Custer at the Little Bighorn. However, it was Farwell's Post and the massacre site, two kilometres downstream from the fort, that I had come to see

All the requisites were here: game, water, fuel wood, protection from the fierce prairie winds. So it would have seemed to Chief Manitupotis (Little Soldier) and his band of poor North Assiniboines, who had arrived starving in the Cypress Hills in 1873.

This was a sorry time on the northwestern plains. Whisky and smallpox, brought to the region by white wolf hunters (wolfers) and whisky traders, had ravaged the American Indians. By 1872, the same thing was happening in Canada as the freetraders, running from Montana before the U.S. marshall, had set up four whisky forts in the Cypress Hills.

Along with the whisky came smallpox, initiating a period of unprecedented misery as the once-prosperous Plains Indians beggared themselves to obtain the rotgut. Scores of them died in drunken fights or succumbed to disease. News of the Indians' plight, sent east by missionaries and Hudson's Bay Company factors, angered many people. Some urged Ottawa to create a police force and send it west without delay.

On April 28, 1873, Prime Minister John A. Macdonald proposed the bill that would create the police force, but no recruitment or training was undertaken. It was not until after the

de vie préindustrielle particulier. Il est fort possible que l'introduction, par les Espagnols, du cheval, dont l'utilisation s'est rapidement répandue, ainsi que l'introduction, par tous les Européens, de la carabine et d'autres armes à feu sont autant de facteurs qui ont contribué à la diminution des troupeaux. Il ne fait par ailleurs aucun doute que l'arrivée de colons européens a également contribué de façon considérable à la disparition des troupeaux de bisons.

La Cour prend connaissance d'office d'un excellent article écrit par un auteur bien informé, Sid Marty, sur Cypress Hills, intitulé «Prairie Oasis». Cet article a été publié dans l'édition de janvier-février 1995 du magazine *Canadian Geographic*. En voici certains passages, aux pages 57 et 58:

[TRADUCTION] L'établissement original [Fort Walsh] a été construit par la Police à cheval du Nord-Ouest, en 1875, à titre de poste de surveillance en vue de faire échec aux activités des commerçants de whisky, mais il a été démantelé et abandonné en 1883—pas avant toutefois de recevoir la visite de Sitting Bull et d'un groupe de guerriers Sioux après leur bataille avec le général Custer à Little Bighorn. Cependant, c'est le poste de Farwell et le lieu du massacre, deux kilomètres en aval du fort, que j'étais venu visiter . . .

Toutes les conditions propices y étaient réunies: gibier, eau, bois combustible et protection contre les vents violents des prairies. Voilà comment les choses ont dû paraître aux yeux du chef Manitupotis (Little Soldier) et de sa bande de pauvres Assiniboines du Nord, lorsque, affamés, ils sont arrivés à Cypress Hills, en 1873.

Les temps étaient difficiles dans les plaines de l'Ouest à cette époque. Le whisky et la petite vérole, qui avaient été introduits dans la région par les chasseurs de loups (*wolfers*) et les commerçants de whisky de race blanche, avaient fait des ravages parmi les Indiens des États-Unis. En 1872, le même phénomène était en train de se produire au Canada puisque les commerçants, fuyant le marshal américain, avaient établi à Cypress Hills quatre forts pour y faire le commerce du whisky.

L'arrivée du whisky coïncida avec celle de la petite vérole, qui marqua le début d'une période de misère sans précédent pour les Indiens des plaines qui, autrefois prospères, en étaient rendus à mendier pour se procurer le tord-boyaux. Bon nombre d'entre eux trouvèrent la mort dans des combats entre ivrognes ou succombèrent à la maladie. La nouvelle de la situation malheureuse des Indiens, qui fut transmise dans l'Est du pays par les missionnaires et par les agents de la Compagnie de la Baie d'Hudson, souleva la colère de bon nombre de personnes. Certaines d'entre elles pressèrent Ottawa de créer un service de police et de le dépêcher sans délai dans l'Ouest.

Le 28 avril 1873, le premier ministre John A. Macdonald proposa le projet de loi visant à créer le service de police, mais aucune activité de recrutement ou de formation ne fut amorcée.

Cypress Hills Massacre four weeks later, and the resulting public outrage, that action was taken to make the police force a reality.

The Benton party [of wolf hunters, whose horses had earlier been stolen], reliably described later as “persons of the worst class in the country,” came to the aid of Hammond, who had entered the Indian camp. Fear and whisky courage were driving events on both sides. No one can say for sure who fired the first shot, but the next morning anywhere from 20 to 30 dead Assiniboines (based on white accounts), including some women and children, were sprawled in the clearing and willow bush. (Assiniboine oral history says 50 to 60 people died.)

The news of the massacre broke in Eastern Canada two months later, in a wave of nationalism and anti-Americanism. The federal government lost no time in pushing ahead with the creation of the mounted police force . . .

The whisky traders fled the plains before the police arrived the next year. Coming as they did, long before the first settlers, the police created an atmosphere of peace and order on the Canadian frontier that was the mirror opposite of the American experience. The Cypress Hills Massacre remains an anomaly in Western Canadian history, representing a temporary extension of American frontier mentality into the North West.

The “Mounties”, as it turned out, were and continued to be evenhanded peace-keepers for both the Canadian government and the Plains Indians.

So there was a *quid pro quo* inherent in Treaties 6, 7 and 8. The Canadian government wanted to open the prairies to eastern Canadian settlement—expansionism Canadian style, kept non-murderous with the help of the mounted police—and the Indians, in their straitened circumstances of that different world, wanted the protection from the settlers *inter alia* and wanted the dependent status into which they bargained themselves, seemingly “forever”. (The corrosive effects of a whole people’s dependence on governmental hand-outs are illustrated by documents found in Exhibit 41(18). The Government’s payments work another evil, too. They are an eternal charge on the country’s taxpayers, even although the dolorous conditions of the last century lie dead in the

Ce n’est qu’après le massacre de Cypress Hills, quatre semaines plus tard, et en réponse au tollé qu’il souleva que des mesures furent prises pour faire de ce service de police une réalité.

La bande Benton [formée de chasseurs de loups qui s’étaient fait voler leurs chevaux plus tôt], qu’une source fiable a plus tard décrit comme étant des «personnes issues de la pire couche sociale du pays», vint en aide à Hammond, qui avait investi le camp indien. Tant les assaillants que les assiégés étaient animés par la peur et par le courage que leur donnait le whisky. Personne ne peut affirmer avec certitude qui a tiré le premier coup, mais le lendemain matin quelque vingt à trente Assiniboines (d’après les Blancs), y compris des femmes et des enfants, gisaient morts dans la clairière et le taillis de saules. (L’histoire orale assiniboine rapporte que 50 à 60 personnes auraient perdu la vie.)

La nouvelle du massacre parvint dans l’Est du Canada deux mois plus tard, portée par une vague de nationalisme et d’anti-américanisme. Le gouvernement fédéral ne perdit pas de temps et donna suite à son projet de créer un service de police à cheval . . .

Les commerçants de whisky fuirent les plaines avant l’arrivée de la police l’année suivante. Arrivant ainsi, longtemps avant les premiers colons, la police créa, aux frontières explorées du Canada, un climat de paix et d’ordre qui était totalement à l’opposé de ce qui se passait aux États-Unis. Le massacre de Cypress Hills demeure une aberration dans l’histoire de l’Ouest canadien, un prolongement temporaire, dans le Nord-Ouest du pays, de la mentalité pionnière violente qui avait cours chez nos voisins du Sud.

Les membres de la «Police à cheval» se sont révélés à l’époque et continuent d’être aujourd’hui des gardiens de la paix impartiaux tant pour le gouvernement canadien que les Indiens des plaines.

Ainsi, il y avait donc une contrepartie intrinsèque dans les traités nos 6, 7 et 8. Le gouvernement canadien voulait ouvrir les prairies aux colons de l’Est du pays—une politique d’expansionnisme à la canadienne qui, grâce à l’aide de la police à cheval, n’avait pas d’accents meurtriers—et les Indiens, vu l’adversité dans laquelle ils se trouvaient face à un monde nouveau, voulaient notamment être protégés contre les colons et désiraient l’état de dépendance qu’ils ont négocié, apparemment «pour toujours» (Les effets dévastateurs de la dépendance de tout un peuple aux largesses de l’État sont illustrés par les documents figurant à la pièce 41(18). Les sommes ainsi versées par l’État ont un autre effet pervers. En effet, elles constituent un fardeau perpétuel pour les

past along with its glory, if any, which cannot be now restored.)

But those conditions of that late 19th century era are well known historical facts of which the Court takes judicial notice, or to express it slightly differently, as in *Sioui*, of which the Court has “judicial knowledge”.

Statutes

Apart from social and economic conditions above mentioned as the basis for the treaties were the various statutes which can be regarded as the historical continuum of the *Indian Act*. That Act precedes the Treaties which are under consideration in this litigation. The earliest such enactment found in volume I of the defendant’s book of authorities (tab 3) is 13 & 14 Victoria, S.C. 1850, c. 74, dated August 10, 1850. It is called *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*. Notwithstanding its limited geographical scope, that statute was enacted by the Legislature of the Province of Canada formed by the union of Lower and Upper Canada on February 10, 1841. The aforesaid statute dealt largely with protection of the lands and personal property of “Indians and persons inter-married with Indians” including in sections IV and V taxes and statute labour and, in section VI, prohibition of liquor being provided to Indians. The Act supposed that everyone knew who was an Indian.

The next year Chapter 59 of the same Legislature on August 30, 1851, defined for Lower Canada who was an Indian [*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.C. 1851, c. 59]. Section II provided:

II. And be it declared and enacted, That for the purpose of determining what persons are entitled to hold, use or enjoy the lands and other immoveable property belonging to or appropri-

contribuables du pays, même si les conditions pénibles du siècle dernier sont maintenant choses du passé tout autant que les moments glorieux, s’il en est, de cette époque, qu’il est impossible aujourd’hui de faire revivre.)

Cependant, les conditions qui existaient à la fin du 19^e siècle sont des faits historiques bien connus et dont la Cour prend connaissance d’office ou, pour exprimer la chose légèrement différemment, comme dans *Sioui*, dont la Cour a «connaissance judiciaire».

Les textes de lois

Outre les conditions socio-économiques dont il est fait mention précédemment en tant que fondement des traités, il faut également tenir compte des divers textes de lois qui peuvent être considérés comme le continuum historique de la *Loi sur les Indiens*. Cette Loi précède les traités examinés dans le cadre du présent litige. Le plus ancien de ces textes, qui figure dans le volume I du recueil de textes de loi, jurisprudence et doctrine de la défenderesse (onglet 3), est 13 et 14 Victoria, S.C. 1850, ch. 74, qui est daté du 10 août 1850. Ce texte est intitulé «*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 dom-mages*». Malgré sa portée géographique limitée, cette loi a été édictée par la législature de la Province du Canada résultant de l’union du Bas et du Haut Canada le 10 février 1841. La loi susmentionnée visait principalement à protéger les terres et les biens personnels des «sauvages et les personnes mariées à des sauvages», y compris les articles IV et V qui concernent les taxes, les corvées, et l’article VI qui concerne l’interdiction de vendre des liqueurs fortes aux sauvages. La Loi supposait que tous savaient qui était un Indien.

L’année suivante, la même législature a, le 30 août 1851, dans le chapitre 59, défini pour le Bas-Canada le terme sauvage [*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.C. 1851, ch. 59]. L’article II de cette Loi était ainsi rédigé:

II. Et qu’il soit déclaré et statué, qu’afin de déterminer quelles personnes auront droit de posséder et occuper les terres et autres propriétés immobilières appartenant aux diverses tri-

ated to the use of the various Tribes or Bodies of Indians in Lower Canada, the following persons and classes of persons, and none other, shall be considered as Indians belonging to the Tribe 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 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 or Body of Indians interested in such lands or immoveable property, and the descendants of all such persons: And

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

Depending on the incidence of inter-marriage, residence and repute, section II could have legally subsumed non-Indians and Métis or half-breeds under and into the population defined as Indians. All according to the autonomous will and *ipse dixit* of the Legislature, or Parliament, of pre-Confederation Canada.

The Indian Act as a Basis For the Treaties

The first post-Confederation statute of Parliament to be noted in this context was *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 (31 Vict.) assented to May 22, 1868. At hand under tab 5 of the defendant's book of authorities, Vol. I (*inter alia*), the above-cited 1868 Act includes certain pertinent provisions:

6. All lands reserved for Indians or for any tribe, band or body of Indians, or held in trust for their benefit, shall be deemed to be reserved and held for the same purposes as before the passing of this Act, but subject to its provisions; and no such lands shall be sold, alienated or leased until they have been released or surrendered to the Crown for the purposes of this Act.

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

bus ou peuplades de sauvages dans le Bas-Canada, ou appropriées à leur usage, et pourront en jouir, les personnes et classes de personnes suivantes, et nulles autres, seront considérées comme sauvages appartenant à la tribu ou peuplade de sauvages intéressés dans telles terres ou propriétés immobilières:

Premièrement. Tous sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans les dites terres ou propriétés immobilières, et leurs descendants.

Secondement. Toutes personnes résidant parmi les sauvages dont les père et mère étaient ou sont, ou dont l'un ou l'autre était ou est descendu de l'un ou l'autre côté, de sauvages, ou d'un sauvage réputé appartenir à la tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans les dites terres ou propriétés immobilières, ainsi que les descendants de telles personnes; et

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.

Selon la fréquence des mariages interraciaux, du lieu de résidence et de la notoriété, l'article II aurait pu légalement subsumer sous la définition de sauvages, des non-Indiens ainsi que les Métis ou sang-mêlés, et ce en vertu de la volonté autonome et d'une déclaration d'autorité (*ipse dixit*) de la législature, du Parlement ou du Canada d'avant la Confédération.

La Loi sur les Indiens comme fondement des traités

La première loi du Parlement postérieure à la Confédération qui a été mentionnée dans le présent contexte a été *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 (31 Vict.) sanctionnée le 22 mai 1868. Figurant à l'onglet 5 du vol. I (*inter alia*) du recueil de textes loi, jurisprudence et doctrine de la défenderesse, l'Acte de 1868 susmentionnée comporte certaines dispositions pertinentes:

6. Toutes les terres réservées pour les Sauvages, ou pour toute nation, tribu ou peuplade de Sauvages, ou possédées en leur nom (*held in trust*) pour leur bénéfice, seront censées être réservées et possédées pour les mêmes fins qu'avant la passation du présent acte, tout en restant assujéties à ses dispositions; et ces terres ne pourront être vendues, aliénées ou affermées avant d'avoir été cédées à la couronne pour les objets prévus au présent acte.

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 au Canada, les personnes et

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.

17. No persons other than Indians and those intermarried with Indians, shall settle, reside upon or occupy any land or road, or allowance for roads running through any lands belonging to or occupied by any tribe, band or body of Indians; and all mortgages or hypothecs given or consented to by any Indians or any persons intermarried with Indians, and all leases, contracts and agreements made or purporting to be made, by any Indians or any person intermarried with Indians, whereby persons other than Indians are permitted to reside upon such lands, shall be absolutely void.

The comparison of section II of the 1851 Act for Lower Canada, and section 15 of the 1868 Act, immediately above, reveals that the term “band” has been added to accompany tribe or body of Indians. The description of the Indians as “allies” has been long since dropped. In 1868, also, the drafting of section 17 was made easier by the content of section 15, and there was a curiously limited prohibition of intoxicants in section 9.

The next year, 1869, Parliament enacted *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 (32-33 Vict.)*. Among its other provisions, section 6 is of interest here:

6. The fifteenth section of the thirty-first Victoria, [1868] Chapter forty-two, is amended by adding to it the following proviso:

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.

17. Nulle personne autre que les Sauvages et ceux qui sont mariés à des Sauvages, ne s'établira ni ne résidera sur les terres ou chemins, ou réserves de chemins traversant les terres appartenant à toute nation, tribu ou peuplade de Sauvages, ou occupées par elle, ni ne les occupera; et toutes les hypothèques exécutées ou consenties par des Sauvages ou personnes mariées à des Sauvages, ainsi que tous les baux, contrats et conventions passés ou apparemment passés (*purporting to be made*) par des Sauvages ou personnes mariées à des Sauvages, en vertu desquels il serait permis à d'autres qu'à des Sauvages de résider sur ces terres, seront absolument nuls et de nul effet.

Il ressort de l'examen comparatif de l'article II de l'Acte de 1851 pour le Bas-Canada et de l'article 15 de l'Acte de 1868 qui précède que le terme «nation» [«band» dans le texte anglais] a été ajouté aux mots tribus ou peuplades de Sauvages. Le mot «alliés» [«allies» dans le texte anglais] a depuis longtemps cessé d'être utilisé pour décrire les Indiens. De plus, en 1868, la rédaction de l'article 17 a été facilitée par la teneur de l'article 15; et l'article 9 faisait état d'une interdiction par ailleurs étrangement limitée visant les liqueurs enivrantes.

L'année suivante, en 1869, le Parlement a édicté l'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 (32-33 Vict.)*. L'article 6 de cette Loi est la disposition qui nous intéresse en l'espèce:

6. La quinzième section de la trente-unième Victoria, chapitre quarante-deux, est amendée en y ajoutant le proviso suivant:

“Provided always that any Indian woman marrying any other than an Indian, shall cease to be an Indian within the meaning of this Act, nor shall the children issue of such marriage be considered as Indians within the meaning of this Act; Provided also, that any Indian woman marrying an Indian of any other tribe, band or body shall cease to be a member of the tribe, band or body to which she formerly belonged, and become a member of the tribe, band or body of which her husband is a member, and the children, issue of this marriage, shall belong to their father’s tribe only.”

So, again, Parliament promulgates its law and there is none to gainsay it. Again, Indians, no more and no less than every Euro-Canadian and every non-Indian, are bound to obey the law (for example, section 3, against providing intoxicating liquors, and section 19, false representation of enfranchisement) or endure the prescribed punishment.

Royal assent to the next pertinent statute, expressly named *The Indian Act*, 1876, was accorded on April 12, 1876, that is—just a few months before the making of Treaty 6 near Carlton on August 23, 1876 and August 28, 1876, and near Fort Pitt on September 9, 1876. Now, Parliament was exerting and extending ever more control over the constituent membership of every “tribe, band or body of Indians” and was defining what was a “band”, and who was an “Indian”. Section 3 of this 1876 Indian Act gave the definition of terms, thus:

3. The following terms contained in this Act shall be held to have the meaning hereinafter assigned to them, unless such meaning be repugnant to the subject or inconsistent with the context:—

1. The term “band” means any tribe, band or body of Indians who own or are interested in a reserve or in Indian lands in common, of which the legal title is vested in the Crown, or who share alike in the distribution of any annuities or interest moneys for which the Government of Canada is responsible; the term “the band” means the band to which the context relates; and the term “band”, when action is being taken by the band as such, means the band in council.

2. The term “irregular band” means any tribe, band or body of persons of Indian blood who own no interest in any reserve or lands of which the legal title is vested in the Crown, who possess no common fund managed by the Government of Canada, or who have not had any treaty relations with the Crown.

«mais toute femme Sauvage qui se mariera à un autre qu’un Sauvage, cessera d’être une Sauvage dans le sens du présent acte, et les enfants issus de ce mariage ne seront pas non plus considérés comme Sauvages dans le sens du présent acte; pourvu aussi que toute femme Sauvage qui se mariera à un Sauvage d’une autre nation, tribu ou peuplade cessera d’être membre de la nation, tribu ou peuplade à laquelle elle appartenait jusque là, et deviendra membre de la nation, tribu ou peuplade à laquelle appartient son mari; et les enfants issus de ce mariage seront membres de la tribu de leur père seulement.»

Une fois de plus, le Parlement promulgue sa loi et personne n’en disconvient. À nouveau, les Indiens, ni plus ni moins que tous les Euro-Canadiens et non-Indiens, sont tenus d’obéir à la loi (par exemple à l’article 3, qui interdit la vente de liqueurs enivrantes, et à l’article 19 qui interdit aux Indiens de se représenter faussement comme émancipés) ou, à défaut, de subir la peine prévue.

La loi suivante qui nous intéresse, celle intitulée *l’Acte des Sauvages*, 1876, a reçu la sanction royale le 12 avril 1876, c’est-à-dire quelques mois seulement avant la conclusion du Traité n° 6, près de Carlton, les 23 et 28 août 1876, et près de Fort Pitt, le 9 septembre 1876. À compter de ce moment-là, le Parlement a exercé un pouvoir de plus en plus grand sur la détermination des effectifs de chaque «tribu, . . . peuplade ou . . . corps de Sauvages» et il a défini les termes «bande» et «Sauvage». Ces termes sont définis ainsi à l’article 3 de *l’Acte des Sauvages*, 1876:

3. Les expressions qui suivent, usitées dans le présent acte, seront censées avoir la signification qui leur est ci-dessous attribuées, à moins que cette signification ne soit inconciliable avec le sujet ou incompatible avec le contexte:—

1. L’expression «bande» signifie une tribu, une peuplade ou un corps de Sauvages qui possèdent une réserve ou des terres en commun, ou y ont un intérêt commun, mais dont le titre légal est attribué à la Couronne, ou qui partagent également dans la distribution d’annuités ou de deniers provenant de l’intérêt de fonds dont le gouvernement du Canada est responsable; et l’expression «la bande» signifie la bande à laquelle le contexte se rattache; et l’expression «la bande», lorsque quelque décision est prise, signifie la bande en conseil.

2. L’expression «bande irrégulière» signifie une tribu, une peuplade ou un corps d’individus de sang sauvage, qui ne possèdent aucun intérêt dans une réserve ou des terres dont le titre légal est attribué à la Couronne, qui ne possèdent aucun fonds commun administré par le gouvernement du Canada, ou qui n’ont pas de relations par traité avec la Couronne.

3. The term "Indian" means

First. Any male person of Indian blood reputed to belong to a particular band;

Secondly. Any child of such person;

Thirdly. Any woman who is or was lawfully married to such person;

(a) Provided that any illegitimate child, unless having shared with the consent of the band in the distribution moneys of such band for a period exceeding two years, may, at any time, be excluded from the membership thereof by the band, if such proceeding be sanctioned by the Superintendent-General:

(b) Provided that any Indian having for five years continuously resided in a foreign country shall with the sanction of the Superintendent-General, cease to be a member thereof and shall not be permitted to become again a member thereof, or of any other band, unless the consent of the band with the approval of the Superintendent-General or his agent, be first had and obtained; but this provision shall not apply to any professional man, mechanic, missionary, teacher or interpreter, while discharging his or her duty as such:

(c) Provided that any Indian woman marrying any other than an Indian or a non-treaty Indian shall cease to be an Indian in any respect within the meaning of this Act, except that she shall be entitled to share equally with the members of the band to which she formerly belonged, in the annual or semi-annual distribution of their annuities, interest moneys and rents; but this income may be commuted to her at any time at ten years' purchase with the consent of the band:

(d) Provided that any Indian woman marrying an Indian of any other band, or a non-treaty Indian shall cease to be a member of the band to which she formerly belonged, and become a member of the band or irregular band of which her husband is a member:

(e) Provided also that no half-breed in Manitoba who has shared in the distribution of half-breed lands shall be accounted an Indian; and that no half-breed head of a family (except the widow of an Indian, or a half-breed who has already been admitted into a treaty), shall, unless under very special circumstances, to be determined by the Superintendent-General or his agent, be accounted an Indian, or entitled to be admitted into any Indian treaty.

4. The term "non-treaty Indian" means any person of Indian blood who is reputed to belong to an irregular band, or who follows the Indian mode of life, even though such person be only a temporary resident in Canada.

5. The term "enfranchised Indian" means any Indian, his wife or minor unmarried child, who has received letters patent granting him in fee simple any portion of the reserve which may have been allotted to him, his wife and minor children, by the band to which he belongs, or any unmarried Indian who

3. L'expression «Sauvage» signifie,—

Premièrement.—Tout individu du sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière;

Secondement.—Tout enfant de tel individu;

Troisièmement.—Toute femme qui est ou a été légalement mariée à tel individu:

(a.) Pourvu que tout enfant illégitime, à moins qu'il n'ait partagé, du consentement de la bande, dans les deniers à distribuer à cette bande, pendant une période de plus de deux ans, puisse en tout temps être exclu du nombre de ses membres par la bande, si cette exclusion est sanctionnée par le Surintendant-Général;

(b.) Pourvu que tout Sauvage qui aura continuellement résidé pendant cinq ans dans un pays étranger, cessera, avec la permission du Surintendant-Général, d'en faire partie, et ne pourra faire de nouveau partie de la bande ou d'aucune autre bande, à moins que le consentement de la bande, avec l'approbation du Surintendant-Général ou de son agent, ne soit préalablement obtenu; mais la présente disposition ne s'appliquera à aucun homme de profession, artisan, missionnaire, instituteur ou interprète y exerçant ses fonctions comme tel;

(c.) Pourvu que toute femme Sauvage qui se mariera à un autre qu'un Sauvage ou un Sauvage sans traités, cessera d'être une Sauvage dans le sens du présent acte, sauf qu'elle aura droit de partager également avec les membres de la bande à laquelle elle appartenait antérieurement dans la distribution annuelle ou semi-annuelle de ses annuités, fonds d'intérêt et rentes; mais ce revenu pourra être commué en sa faveur en tout temps, en le lui payant pour dix ans, du consentement de la bande;

(d.) Pourvu que toute femme Sauvage qui se mariera à un Sauvage d'une autre bande, ou à un Sauvage sans traités, cessera de faire partie de la bande, à laquelle elle appartenait antérieurement, et deviendra membre de la bande ou de la bande irrégulière dont son mari fera partie;

(e.) Pourvu aussi que tout Métis dans Manitoba qui aura partagé dans la distribution des terres des Métis, ne sera pas compté comme Sauvage; et qu'aucun Métis chef de famille (sauf la veuve d'un Sauvage, ou un Métis qui aura déjà été admis dans un traité,) ne pourra, à moins de circonstances très exceptionnelles, qui seront déterminées dans chaque cas par le Surintendant-Général ou son agent, être compté comme Sauvage, ou avoir droit à être admis dans un traité avec les Sauvages:

4. L'expression «Sauvage sans traités» signifie tout individu de sang sauvage, qui est réputé appartenir à une bande irrégulière, ou qui vit à la mode des Sauvages, même si cet individu ne réside que temporairement en Canada;

5. L'expression «Sauvage émancipé» signifie tout Sauvage, sa femme ou son enfant mineur non-marié, qui a reçu des lettres patentes lui concédant en pleine propriété quelque partie de la réserve qui peut avoir été concédée à lui-même, à sa femme, et à ses enfants mineurs, par la bande dont il fait partie,

may have received letters patent for an allotment of the reserve.

6. The term "reserve" means any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal title is in the Crown, but which is unsurrendered, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals, or other valuables thereon or therein.

7. The term "special reserve" means any tract or tracts of land and everything belonging thereto set apart for the use or benefit of any band or irregular band of Indians, the title of which is vested in a society, corporation or community legally established, and capable of suing and being sued, or in a person or persons of European descent, but which land is held in trust for, or benevolently allowed to be used by, such band or irregular band of Indians.

8. The term "Indian lands" means any reserve or portion of a reserve which has been surrendered to the Crown.

9. The term "intoxicants" means and includes all spirits, strong waters, spirituous liquors, wines, or fermented or compounded liquors or intoxicating drink of any kind whatsoever, and any intoxicating liquor or fluid, as also opium and any preparation thereof, whether liquid or solid, and any other intoxicating drug or substance, and tobacco or tea mixed or compounded or impregnated with opium or with other intoxicating drugs, spirits or substances, and whether the same or any of them be liquid or solid.

10. The term "Superintendent-General" means the Superintendent-General of Indian Affairs.

11. The term "agent" means a commissioner, superintendent, agent, or other officer acting under the instructions of the Superintendent-General.

12. The term "person" means an individual other than an Indian, unless the context clearly requires another construction.

4. All reserves for Indians or for any band of Indians, or held in trust for their benefit, shall be deemed to be reserved and held for the same purposes as before the passing of this Act, but subject to its provisions.

5. The Superintendent-General may authorize surveys, plans and reports to be made of any reserve for Indians, shewing and distinguishing the improved lands, the forests and lands fit for settlement, and such other information as may be required; and may authorize that the whole or any portion of a reserve be subdivided into lots.

11. No person, or Indian other than an Indian of the band, shall settle, reside or hunt upon, occupy or use any land or marsh, or shall settle, reside upon or occupy any road, or

ou tout Sauvage non-marié qui peut avoir reçu des lettres patentes pour une concession de la réserve;

6. L'expression «réserve» signifie toute étendue ou toutes étendues de terres mises à part, par traité ou autrement, pour l'usage ou le bénéfice d'une bande particulière de Sauvages, ou qui lui est concédée, dont le titre légal reste à la Couronne, mais qui ne lui sont pas transportées, et comprend tous les arbres, les bois, le sol, la pierre, les minéraux, les métaux ou autres choses de valeur qui s'y trouvent, soit à la surface, soit à l'intérieur;

7. L'expression «réserve spéciale» signifie toute étendue ou toutes étendues de terres mises à part, avec tout ce qui y est attaché, pour l'usage ou l'avantage de quelque bande ou bande irrégulière de Sauvages, dont le titre est attribué à une société, corporation ou communauté légalement établie, et capable de poursuivre et être poursuivie, ou à une ou des personnes de descendance européenne, mais lesquelles terres sont tenues en fidéicommiss pour cette bande ou bande irrégulière de Sauvages, ou dont l'usage lui est accordé par charité;

8. L'expression «terres des Sauvages» signifie toute réserve ou partie de réserve qui a été transportée par cession à la Couronne;

9. L'expression «matières enivrantes» signifie et comprend tous spiritueux, alcools, liqueurs, spiritueuses, vins, liqueurs fermentées ou mélangées, boissons enivrantes de toute espèce, fluides enivrants, ainsi que l'opium et toute préparation d'opium, soit liquide, soit solide, et toute autre drogue ou substance enivrante, et le tabac ou le thé mêlé, mélangé ou imprégné d'opium ou de toute autre drogue, matière, substance ou spiritueux enivrants, soit liquide, soit solide;

10. L'expression «Surintendant-Général» signifie le Surintendant-Général des affaires des Sauvages;

11. L'expression «agent» signifie le commissaire, le surintendant, l'agent, ou tout autre officier agissant d'après les instructions du Surintendant-Général;

12. Les expressions «personne» et «individu» signifient un individu autre qu'un Sauvage, à moins que le contexte n'exige clairement une autre interprétation.

4. Toutes les réserves pour les Sauvages ou pour quelque bande de Sauvages, ou possédées en fidéicommiss pour eux, seront censées être réservées et possédées pour les mêmes fins qu'avant la passation du présent acte, tout en restant assujéties [sic] à ses dispositions.

5. Le Surintendant-Général pourra autoriser l'arpentage, avec plans et procès-verbaux, de toute réserve pour les Sauvages, indiquant les terres améliorées, les forêts et les terres propres à la culture, et contenant tous autres renseignements qui pourront être nécessaires; et il pourra autoriser la subdivision en lots de tout ou partie d'une réserve.

11. Nul individu ou Sauvage, autre que les Sauvages de la bande, ne s'établira ni ne résidera ou ne chassera sur les terres ou marais, ni ne les occupera ou n'en fera usage, ni ne s'éta-

allowance for roads running through any reserve belonging to or occupied by such band; and all mortgages or hypothecs given or consented to by any Indian, and all leases, contracts and agreements made or purporting to be made by any Indian, whereby persons or Indians other than Indians of the band are permitted to reside or hunt upon such reserve, shall be absolutely void.

12. If any person or Indian other than an Indian of the band, without the license of the Superintendent-General (which license, however, he may at any time revoke), settles, resides or hunts upon or occupies or uses any such land or marsh; or settles, resides upon or occupies any such roads or allowances for roads, on such reserve, or if any Indian is illegally in possession of any lot or part of a lot in a subdivided reserve, the Superintendent-General or such officer or person as he may thereunto depute and authorize, shall, on complaint made to him, and on proof of the fact to his satisfaction, issue his warrant signed and sealed, directed to the sheriff of the proper county or district, or if the said reserve be not situated within any county or district, then directed to any literate person willing to act in the premises, commanding him forthwith to remove from the said land or marsh, or roads or allowances for roads, or lots or parts of lots, every such person or Indian and his family so settled, residing or hunting upon or occupying, or being illegally in possession of the same, or to notify such person or Indian to cease using as aforesaid the said lands, marshes, roads or allowances for roads; and such sheriff or other person shall accordingly remove or notify such person or Indian, and for that purpose shall have the same powers as in the execution of criminal process; and the expenses incurred in any such removal or notification shall be borne by the party removed or notified, and may be recovered from him as the costs in any ordinary suit:

Provided that nothing contained in this Act shall prevent an Indian or non-treaty Indian, if five years a resident in Canada, not a member of the band, with the consent of the band and the approval of the Superintendent-General, from residing upon the reserve, or receiving a location thereon.

13. [Removal, arrest and punishment of persons and Indians, by warrant of the Superintendent-General, if they return after removal.]

15. The Superintendent-General, or such officer or person as aforesaid, shall cause the judgment or order against the offender to be drawn up and filed in his office, and such judgment shall not be removed by *certiorari* or otherwise, or be appealed from, but shall be final.

16. [Punishment of others than Indians of the band to which the reserve belongs trespassing on reserves—penalties for offences by trespassers—imprisonment in lieu of payment all

blira ou ne résidera sur les chemins, ou les réserves de chemins traversant une réserve appartenant à cette bande ou occupée par elle; et toutes les hypothèques exécutées ou consenties par des Sauvages, ainsi que tous les baux, contrats et conventions passés ou apparemment passés par des Sauvages, en vertu desquels il serait permis à des personnes ou Sauvages autres que des Sauvages de la bande de résider ou chasser sur cette réserve, seront absolument nuls et non avenues.

12. Si quelque individu ou Sauvage, autre qu'un Sauvage de la bande, sans la permission du Surintendant-Général (permission qui sera, néanmoins, en tout temps révoicable), s'établit, réside ou chasse sur des terres ou marais, ou les occupe ou en fait usage, ou s'établit ou réside sur des chemins ou réserves de chemins, compris dans cette réserve, ou les occupe, ou si quelque Sauvage est illégalement en possession de quelque lot ou partie de lot dans une réserve subdivisée, le Surintendant-Général, ou l'officier ou personne qu'il pourra à cet effet déléguer et autoriser, devra, sur plainte à lui faite, et sur preuve des faits à sa satisfaction, émettre un mandat (*warrant*) sous ses sceaux et sceau, adressé au shérif du district ou comté qu'il appartient,—ou si la réserve en question n'est pas située dans un comté ou district, alors adressé à toute personne lettrée qui consentira d'agir,—lui enjoignant d'expulser immédiatement de ces terres, marais ou chemins, ou réserves de chemins, ou de ce lot ou partie de lot, tout tel individu ou Sauvage et sa famille ainsi établis ou y résidant, ou y chassant, ou les occupant, ou en étant illégalement en possession, ou de notifier cet individu ou ce Sauvage d'avoir à cesser de faire usage comme susdit de ces terres, marais, chemins ou réserves de chemins; et le shérif ou autre personne en question expulsera et notifiera cet individu ou ce Sauvage en conséquence, et aura, à cette fin, les mêmes pouvoirs que pour l'exécution de mandats en matières criminelles; et les frais encourus pour toute expulsion ou notification seront supportés par l'individu expulsé ou notifié, et pourront être recouvrés de lui comme le peuvent l'être les frais dans toute poursuite ordinaire:

Pourvu que rien de contenu au présent acte n'empêchera un Sauvage ou Sauvage sans traités, s'il a été domicilié au Canada pendant cinq ans, ne faisant pas partie de la bande, de résider sur la réserve ou de recevoir un permis d'occupation du consentement de la bande et avec l'approbation du Surintendant-Général.

13. [Expulsion, arrestation et punition, en vertu d'un mandat du Surintendant-Général, des individus et Sauvages qui reviennent après une première expulsion.]

15. Le Surintendant-Général, ou l'officier ou la personne plus haut mentionnés, fera dresser et inscrire à son bureau le jugement ou l'ordre rendu contre le contrevenant, et ce jugement ne sera pas évocable par *certiorari* ou de toute autre manière, et il ne pourra non plus en être interjeté appel, mais il sera final.

16. [Punition des individus autres que des Sauvages de la bande à laquelle appartient à la réserve qui empiètent dans celle-ci—peines prévues pour les infractions commises par ces

finances paid to the Receiver-General for use and benefit of the band as directed by the Governor in Council.]

20. If any railway, road, or public work passes through or causes injury to any reserve belonging to or in possession of any band of Indians, or if any act occasioning damage to any reserve be done under the authority of any Act of Parliament, or of the legislature of any province, compensation shall be made to them therefor in the same manner as is provided with respect to the lands or rights of other persons; the Superintendent-General shall in any case in which an arbitration may be had, name the arbitrator on behalf of the Indians, and shall act for them in any matter relating to the settlement of such compensation; and the amount awarded in any case shall be paid to the Receiver General for the use of the band of Indians for whose benefit the reserve is held, and for the benefit of any Indian having improvements thereon.

25. No reserve or portion of a reserve shall be sold, alienated or leased until it has been released or surrendered to the Crown for the purposes of this Act.

26. No release or surrender of a reserve, or portion of a reserve, held for the use of the Indians of any band or of any individual Indian, shall be valid or binding, except on the following conditions:—

1. The release or surrender shall be assented to by a majority of the male members of the band of the full age of twenty-one years, at a meeting or council thereof summoned for that purpose according to their rules, and held in the presence of the Superintendent-General, or of an officer duly authorized to attend such council by the Governor in Council or by the Superintendent-General; Provided, that no Indian shall be entitled to vote or be present at such council, unless he habitually resides on or near and is interested in the reserve in question;

2. The fact that such release or surrender has been assented to by the band at such council or meeting, shall be certified on oath before some judge of a superior, county, or district court, or stipendiary magistrate, by the Superintendent-General or by the officer authorized by him to attend such council or meeting, and by some one of the chiefs or principal men present thereat and entitled to vote, and when so certified as aforesaid shall be submitted to the Governor in Council for acceptance or refusal;

27. [No intoxicant to be permitted at a council of Indians.]

The foregoing constitutes a lengthy example of Parliament's will regarding: "Indians, and Lands reserved for the Indians"; as stated in section 91, head 24, of the *Constitution Act, 1867*. Certain obser-

individus—emprisonnement en cas de non-paiement des amendes—amendes payées au Receveur-Général pour être appliquées à l'usage et au bénéfice de la bande en la manière prescrite par le Gouverneur en conseil.]

20. Si un chemin de fer ou une route passe, ou si des travaux publics se trouvent sur une réserve appartenant à une bande de Sauvages ou possédée par elle, ou qu'ils y causent quelque dommage, ou si une réserve souffre quelque dommage fait en vertu de quelque acte du parlement ou de la législature d'une province, il lui sera payé une indemnité en conséquence, de la même manière que celle prescrite quant aux terres ou aux droits d'autres personnes. Dans tous les cas où un arbitrage sera possible, le Surintendant-Général nommera l'arbitre au nom des Sauvages et les représentera en toute chose se rattachant au règlement de cette indemnité; et la somme adjugée dans chaque cas sera remise au Receveur-Général pour l'usage de la bande de Sauvages au bénéfice de laquelle la réserve est possédée, et au bénéfice de tout Sauvage qui y aura fait des améliorations.

25. Nulle réserve ou partie de réserve ne pourra être vendue, aliénée ou affermée avant d'avoir été cédée à la Couronne pour les objets prévus au présent acte.

26. Nulle cession d'une réserve ou partie de réserve à l'usage des Sauvages ou d'une bande, ou de tout Sauvage en particulier, ne sera valide ou obligatoire si elle n'est faite aux conditions suivantes:—

1. La cession sera ratifiée par la majorité des hommes de la bande qui auront atteint l'âge de vingt et un ans révolus, à une assemblée ou conseil convoqué à cette fin conformément à leurs usages, et tenu en présence du Surintendant-Général, ou d'un officier régulièrement autorisé par le Gouverneur en conseil ou le Surintendant-Général à y assister; mais nul Sauvage ne pourra voter ou assister à ce conseil s'il ne réside pas d'ordinaire sur la réserve en question ou près de cette réserve, et s'il n'y est intéressé;

2. Le fait que la cession a été consentie par la bande à ce conseil ou cette assemblée devra être attesté sous serment devant un juge d'une cour supérieure, de comté ou de district, ou devant un magistrat stipendiaire, par le Surintendant-Général ou par l'officier autorisé par lui à assister à ce conseil ou cette assemblée, et par l'un des chefs ou principaux membres ayant droit de vote qui y aura assisté, et lorsque la ratification sera ainsi certifiée, le certificat sera soumis au Gouverneur en conseil, pour qu'il l'accepte ou le refuse;

27. [Matières enivrantes prohibées dans les conseils des Sauvages.]

Le texte qui précède constitue une longue illustration de l'exercice de la volonté du Parlement en ce qui concerne «les Indiens et les terres réservées pour les Indiens», conformément au paragraphe 91.24 de

uations here, before embarking on the very negotiations for and texts of the treaties, will be pertinent to express as and among the factors which stand as the basis for the treaties.

Firstly, subsection 3.12 does not mean that Indians are not “persons”: it is just a drafting technique in a racist statute to differentiate others, and set Indians apart. A more modern construct would or could have been: “non-Indians”.

Secondly, it is a strongly pressed argument on the plaintiffs’ part to assert that, logically they say, the reserving of tracts of land for the exclusive use, occupation and benefit of Indian bands, must mean that such bands can control whomever they will permit to come on their land, or whomever they will forbid to come onto their land: and that means, say the plaintiffs, that they enjoy an unextinguished right to control their own membership. That would sound like a logical argument if it had been the Indians who *sui generis* did all that of their own will. The control and the manner and expression of the control of the identity of Indians, the exclusion of half-breeds, the definition of a band, the protection of reserves, the creation of an officer, the Superintendent-General, and the enactment and invocation of the criminal law which only the state can do, the subjection of both Indians and non-Indians alike to the law, civil and criminal, starting at section 3 of *The Indian Act*, 1876, enacted entirely pursuant to Parliament’s heads of legislative power, all demonstrate that the plaintiffs’ argument is founded on wrong premises. In fact membership, use, occupation and benefit of Indian lands was not asserted by the plaintiffs’ putative ancestors and predecessors in the least degree, even before the making of Treaty 6. Those Indians of yore were all subjects of Her Majesty the Queen whose Privy Councillors resided in Ottawa, as they well knew and understood, and as they also knew and well understood they were obliged as fully as non-Indians to obey the law. All were British subjects born in Canada, that which translates, today, to Canadian citizenship. Even the Hon. Alexander Morris who negotiated treaties on behalf of the Crown (i.e. the Gov-

la *Loi constitutionnelle de 1867*. Certaines observations s’imposent ici, avant d’entamer l’examen du texte des traités et des négociations qui ont abouti à ceux-ci, afin d’indiquer quels sont les facteurs qui servent de fondement à ces traités.

Premièrement, il ne ressort pas du paragraphe 3.12 que les Indiens ne sont pas des «personnes» ou «individus». Il s’agissait plutôt de l’application, dans une loi raciste, d’une technique de rédaction visant à distinguer les Indiens des autres personnes ou individus. Selon une technique plus moderne de rédaction, ces autres personnes ou individus auraient été désignés ou auraient pu l’être par le terme «non-Indien».

Deuxièmement, les demandeurs ont fait valoir avec vigueur que, logiquement, le fait d’avoir réservé des parcelles de terrains pour l’utilisation, l’occupation et le bénéfice exclusifs des bandes indiennes signifie sans doute que ces bandes ont le pouvoir de décider qui elles autoriseront à venir sur ces terres et à qui elles refuseront de le faire. Cela signifie, d’affirmer les demandeurs, que les bandes disposent du droit—qui n’a pas été éteint—de décider qui sont leurs membres. Cela aurait pu être un argument logique si, dans les faits, les Indiens eux-mêmes avaient pris à leur guise toutes ces mesures. La responsabilité de déterminer qui était un Indien et les modalités d’exercice de cette responsabilité, l’exclusion des sang-mêlés, la définition de «bande», la protection des réserves, la création d’un poste de fonctionnaire—Surintendant-Général—et l’édiction et l’application des lois criminelles—mesures que seul l’État peut prendre—, l’assujettissement tant des Indiens que des non-Indiens au respect des lois—civiles et criminelles—à compter, de l’édiction de l’article 3 de l’*Acte des Sauvages*, 1876, qui est fondé entièrement sur l’exercice par le Parlement de ses pouvoirs législatifs sont autant d’éléments démontrant que l’argument des demandeurs s’appuie sur des prémisses erronées. De fait, la responsabilité de décider de l’appartenance à la bande ainsi que les droits relatifs à l’utilisation, à l’occupation et la jouissance des terres indiennes n’ont pas le moins du monde été affirmés par les ancêtres et précédésseurs putatifs des demandeurs, même avant la conclusion du Traité n° 6. Ces Indiens d’une autre époque savaient tous qu’ils étaient des sujets de Sa Majesté la Reine, dont les conseillers résidaient à Ottawa, et qu’ils étaient tenus

ernment of Canada) and dealt with contemporary Indians was as much a native of North America as they. He was born at Perth (now in Ontario—then Canada West) on March 17, 1826, according to *The Canadian Encyclopedia*.

The plaintiffs' asserted right to control their own membership of their "bands" (a wholly statutory term) was emphatically extinguished by *The Indian Act*, 1876. Complete control was taken by Parliament in the enactment of that statute and its predecessors. Even if control of hunting and social groups' or encampments' membership had been a real Aboriginal right it was extinguished by most clear and unambiguous legislation before Treaties 6, 7 and 8 ever came into being. Moreover, one important aspect of the control exerted by Parliament and the Government of Canada, the exclusion of half-breeds, will be seen to have been evinced by Lieut. Governor Morris in the bargaining for Treaty 6.

The Morris Record

Conscious that the Indians had not yet developed writing, the treaty commissioners kept rather full records of what was said on each side during the negotiations. The plaintiffs' counsel, near the beginning of the trial, quoted a significant passage from the opus: *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* by the Honourable Alexander Morris, P.C., Belfords, Clark & Co., Publishers (first printed in 1880) Toronto, hereinafter: the Morris record. That significant passage, so quoted, will be referred to later in these reasons. Although not formally exhibited, a copy of the Morris record was furnished to the Court, (without

d'obéir à la loi au même titre que les non-Indiens. Ils étaient tous des sujets britanniques nés au Canada, statut qui, aujourd'hui, correspond à la citoyenneté canadienne. D'ailleurs, même l'honorable Alexander Morris, qui a négocié les traités pour le compte de la Couronne (c'est-à-dire le gouvernement du Canada) était tout autant qu'eux un natif de l'Amérique du Nord. En effet, selon la *Canadian Encyclopaedia*, ce dernier était né le 17 mars 1826, à Perth (ville qui, aujourd'hui, se trouve en Ontario, alors que, à l'époque, elle faisait partie de l'Ouest du Canada d'alors).

Le droit que revendique les demandeurs de décider qui appartient à leurs «bandes» (terme défini dans la loi) a été positivement éteint par l'*Acte des Sauvages*, 1876. Le Parlement a pris entièrement en charge cette responsabilité en édictant cette loi et celles qui l'ont précédée. Même si la responsabilité de décider de l'appartenance aux groupes sociaux ou campements de chasse avait effectivement constitué un droit ancestral, il a été éteint par des mesures législatives on ne peut plus claires, avant même la conclusion des Traités nos 6, 7 et 8. Qui plus est, on verra que c'est le lieutenant-gouverneur Morris qui, au cours de la négociation du Traité n° 6, a fait la démonstration la plus évidente de l'exercice d'un des aspects importants du pouvoir dont disposait le Parlement et le gouvernement du Canada relativement à l'appartenance aux bandes, c'est-à-dire l'exclusion des sang-mêlés.

g Les dossiers de Morris

Conscients que les Indiens ne possédaient pas encore de langage écrit, les commissaires chargés de négocier les traités préparaient des compte rendus assez exhaustifs de ce qui se disait de part et d'autre au cours des négociations. Peu de temps après le début du procès, l'avocat des demandeurs a cité un long passage de l'ouvrage intitulé: *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*, de l'honorable Alexander Morris, C.P., Belfords, Clark & Co. Publishers (première impression en 1880), Toronto, appelé ci-après les dossiers de Morris. Plus loin dans les présents motifs, on se reportera au long passage cité. Quoique ce document

anyone's objection of course, in light of the passages cited from *Sioui* above), on behalf of the intervener, the Native Council of Canada. Again, for emphasis, the Court states that in this quintessentially public law litigation the parties and interveners simply cannot, by their objections erase, or by their consent validate, the authentic historical record. Although the Morris record is available to be quoted and interpreted, considering its first publication as early after the events described as 1880, it is entirely neutral evidence in this context, in the sense that it is a contemporaneous historical record made and published a century before this litigation. Indeed, the plaintiffs cite extensive passages of the Morris record in Volume 2 of their brief of authorities—treaties, texts and articles.

In 1871, for example, long before Treaty 6 was concluded, the parties learned what would be each other's positions, in part, and whom "the Crown" or "the Queen" meant—Canada—not the Court of St. James. At pages 169-170 of the Morris record, reference is made to an extract forwarded to Ottawa of "a letter from Mr. Christie, then Chief Factor of the Hudson's Bay Company, and subsequently one of the Treaty Commissioners, in which, he forwarded the messages of the Cree Chiefs to Lieut.-Gov. Archibald, 'our Great Mother's representative at Fort Garry, Red River Settlement.' This extract and messages are as follows:"

Edmonton House, 13th April, 1871.

On the 13th instant (April) I had a visit from the Cree Chiefs, representing the Plain Crees from this to Carlton, accompanied by a few followers.

The object of their visit was to ascertain whether their lands had been sold or not, and what was the intention of the Canadian Government in relation to them. They referred to the epidemic that had raged throughout the past summer, and the subsequent starvation, the poverty of their country, the visible

n'ait pas été formellement déposé en tant que pièce, un exemplaire des dossiers de Morris a été mis à la disposition de la Cour, (sans que personne ne s'y oppose évidemment, compte tenu des passages précités de l'arrêt *Sioui*), pour le compte de l'intervenant Conseil national des autochtones du Canada. Une fois de plus, la Cour tient à rappeler que, dans le cadre de la présente action, qui est un exemple parfait de litige de droit public, les parties et les intervenants ne peuvent absolument pas, de par leurs objections, effacer le récit authentique de l'histoire ou encore, par leur consentement, en confirmer la validité. Même si les dossiers de Morris peuvent être cités et interprétés, compte tenu qu'ils ont été publiés pour la première fois dès 1880, c'est-à-dire peu de temps après les événements qui y sont décrits, il s'agit d'un élément de preuve entièrement neutre dans le présent contexte, en ce que ces dossiers constituent un compte rendu historique contemporain, qui a été préparé et publié un siècle avant la présente action. De fait, les demandeurs citent de longs passages des dossiers de Morris dans le volume 2 de leur recueil de documents—traités, textes et articles.

En 1871, par exemple, longtemps avant la conclusion du Traité n° 6, chacune des parties a appris quelle serait, en partie, la position préconisée par l'autre et savait que la «Couronne» ou la «Reine» signifiait le Canada et non la Cour de Saint-James. Aux pages 169 et 170 des dossiers de Morris, il est fait état d'un extrait, transmis à Ottawa, d'[TRADUCTION] «une lettre émanant de M. Christie, alors agent principal de la Compagnie de la Baie d'Hudson, qui est devenu par la suite un des commissaires chargés de négocier les traités, lettre dans laquelle celui-ci transmettait les messages des chefs cris au lieutenant-gouverneur Archibald, "le représentant de notre Grande Mère à Fort Garry, l'établissement sur la rivière Rouge". Voici l'extrait et les messages en question:»

[TRADUCTION] *Edmonton House, 13 avril 1871.*

Le 13 courant (avril), j'ai reçu la visite des chefs cris, représentant les Cris des plaines d'ici à Carlton, accompagnés par quelques-uns de leurs partisans.

Par cette visite, ils voulaient savoir si leurs terres avaient été vendues ou non, et qu'elle était l'intention du gouvernement canadien à leur égard. Ils ont fait état d'une épidémie qui avait fait rage tout au long de l'été dernier et de la famine qui avaient suivi, de la pauvreté de leurs territoires, de la diminu-

diminution of the buffalo, their sole support, ending by requesting certain presents *at once*, and that I should lay their case before Her Majesty's representative at Fort Garry. Many stories have reached these Indians through various channels, ever since the transfer of the North-West Territories to the Dominion of Canada, and they were most anxious to hear from myself what had taken place.

I told them that the Canadian Government had as yet made no application for their lands or hunting grounds, and when anything was required of them, *most likely Commissioners* would be sent beforehand to treat with them, and that until then they should remain quiet and live at peace with all men. I further stated that Canada, in her treaties with Indians, heretofore, had dealt most liberally with them, and that they were now in settled houses and well off, and that I had no doubt in settling with them the same liberal policy would be followed.

Gold may be discovered in paying quantities, any day, on the eastern slope of the Rocky Mountains. We have, in Montana, and in the mining settlements close to our boundary line, a large mixed frontier population, who are now only waiting and watching to hear of gold discoveries to rush into the Saskatchewan, and, without any form of Government or established laws up there, or force to protect whites or Indians, it is very plain what will be the result.

A representative message from the Cree Chiefs of the Saskatchewan plains to Lieut.-Gov. Archibald, at Fort Garry, the message of Chief Sweet Grass, among others, ran in this manner:

Great Father,—I shake hands with you, and bid you welcome. We heard our lands were sold and we did not like it; we don't want to sell our lands; it is our property, and no one has a right to sell them.

Our country is getting ruined of fur-bearing animals, hitherto our sole support, and now we are poor and want help—we want you to pity us. We want cattle, tools, agricultural implements, and assistance in everything when we come to settle—our country is no longer able to support us.

Make provision for us against years of starvation. We have had great starvation the past winter, and the small-pox took away many of our people, the old, young, and children.

tion visible des troupeaux de bisons qui constituent leur seule ressource, et ils ont clos l'entretien en demandant que leur soient remis *sur le champ* certains présents, et que j'expose leur situation au représentant de Sa Majesté à Fort Garry. Ces Indiens ont entendu, de diverses sources, de nombreuses rumeurs depuis le transfert à la Puissance du Canada des territoires du Nord-Ouest, et ils étaient très impatients d'entendre de ma bouche même le récit de ce qui s'était produit.

Je leur ai dit que le gouvernement canadien n'avait encore fait aucune demande en ce qui concerne leurs terres ou leurs territoires de chasse, et que, lorsqu'on leur demanderait quelque chose, *il est vraisemblable que des commissaires* seraient au préalable dépêchés afin de traiter avec eux, mais que, jusque là, ils n'avaient pas à s'inquiéter et ils n'avaient qu'à continuer à vivre en paix avec tout le monde. J'ai de plus indiqué que le Canada, dans les traités conclus avec les Indiens jusqu'ici, s'était montré très généreux, et que ceux-ci vivaient maintenant à l'aise dans des établissements bien organisés, et que je n'avais aucun doute qu'on appliquerait la même politique généreuse dans le cadre des négociations avec eux.

D'un jour à l'autre, il est possible que l'on découvre de l'or en quantité profitable sur le versant est des montagnes Rocheuses. Nous comptons, au Montana ainsi que dans les établissements miniers près de nos frontières, une importante population pionnière mixte qui attend seulement l'annonce de la découverte de gisements d'or pour se précipiter en Saskatchewan; et, en l'absence de toute forme de gouvernement ou d'ordre établi à cet endroit, ou de forces pour protéger les Blancs et les Indiens, les conséquences qu'aurait l'arrivée de ces personnes sont évidentes.

Le message suivant, émanant du chef Sweet Grass, est représentatif du message transmis par les chefs des Cris des plaines de la Saskatchewan au lieutenant gouverneur Archibald, à Fort Garry:

[TRADUCTION] Grand Père,—je vous serre la main et vous souhaite la bienvenue. On a dit que nos terres avaient été vendues et nous n'avons pas aimé ce que nous avons attendu. Nous ne voulons pas vendre nos terres, elles nous appartiennent et personne n'a le droit de les vendre.

On est en train de dépouiller notre territoire de tous les animaux à fourrure qui s'y trouvent, animaux qui jusqu'ici constituaient notre seule ressource. Nous sommes pauvres et nous voulons de l'aide—nous voulons que vous fassiez preuve de compassion à notre endroit. Nous voulons du bétail, des outils, des instruments aratoires et toute l'aide dont nous avons besoin pour nous établir—notre territoire n'est plus en mesure d'assurer notre subsistance.

Prenez des mesures afin de nous éviter la famine. L'hiver dernier, nous avons été victimes d'une grande famine, et la petite vérole a emporté bon nombre des nôtres, tant des gens âgés que des jeunes gens et des enfants.

We want you to stop the Americans from coming to trade on our lands, and giving firewater, ammunition and arms to our enemies the Blackfeet.

We made a peace this winter with the Blackfeet. Our young men are foolish, it may not last long.

We invite you to come and see us and to speak with us. If you can't come yourself, send some one in your place.

We send these words by our Master, Mr. Christie, in whom we have every confidence.—That is all. [Morris record, at pages 170-171.]

The Morris record reveals that just as a clergyman, Rev. George McDougall had been earlier requested to meet with and report back about the Crees prior to the making of Treaty 6, so another clergyman, Fr. Constantine Scollen was requested to do the same regarding the Blackfeet. He wrote his report to Lieut.-Gov. Morris, dated September 8, 1876. It occupies pages 247-249 of the Morris record.

In the meanwhile, the Hon. David Laird, now Lieut.-Gov. of the North-West Territories, and police Lieut.-Col. James McLeod (known to the Blackfeet as Stamixotokon) had been, in August, 1877, appointed to be the Government's special Indian Commissioners for the purpose of making a treaty (Number 7) with the Blackfeet, Blood, Piegan, Stony and Sarcee tribes and any other Indians of the surrendered parts of the territories adjoining the U.S. boundary, east of the Rockies and adjoining the surrendered lands subject to Treaties 4 and 6. Father Scollen had reported on the straitened circumstances of the Blackfeet and had urged the Government to propose a treaty with them and the other "clans" as soon as possible.

The *Globe* newspaper of October 4, 1877 gave a detailed transcription of Lieut.-Gov. Laird's account of the negotiations and speeches of the Indians and the Commissioners. It is reported at pages 251-262 of the Morris record. Some portions of what Commissioner Laird reported are of special interest here:

Nous voulons que vous empêchiez les Américains de venir commercer sur nos terres et donner de l'eau de feu, des munitions et des armes à nos ennemis les Pieds-Noirs.

Nous avons fait la paix cet hiver avec les Pieds-Noirs. Mais comme nos jeunes hommes ne sont pas disciplinés, cette paix pourrait bien ne pas durer longtemps.

Nous vous invitons à venir discuter avec nous. Si vous ne pouvez venir vous mêmes, envoyez un représentant.

Nous vous transmettons ce message par notre Maître, M. Christie, en qui nous avons toute confiance. Voilà ce que j'avais à dire. [Dossiers de Morris, aux pages 170 et 171.]

Il ressort des dossiers de Morris que, à l'instar du révérend George McDougall, ministre du culte à qui on avait demandé de rencontrer les Cris et de faire rapport à cet égard avant de conclure le Traité n° 6, on demanda à un autre religieux, le père Constantine Scollen de faire de même dans le cas des Pieds-Noirs. Ce dernier rédigea un rapport, daté du 8 septembre 1876, qu'il présenta au lieutenant-gouverneur Morris. Ce rapport figure aux pages 247 à 249 des dossiers de Morris.

Entre-temps, l'honorable David Laird, devenu lieutenant-gouverneur du territoire du Nord-Ouest, et le lieutenant-colonel de la P.C. (connu des Blackfeet sous le nom de Stamixotokon) avaient été, en août 1877, nommés par le gouvernement commissaires spéciaux des Sauvages et chargés de négocier un traité (le Traité n° 7) avec les Pieds-Noirs, les Gens du Sang, les Piégânes, les Stony, les Sarcis et d'autres Indiens habitant la partie non cédée du territoire attenant à la frontière américaine, à l'est des Rocheuses et attenant aux terres cédées visées par les Traités nos 4 et 6. Le père Scollen avait fait état de la misère dans laquelle vivaient les Pieds-Noirs et avait pressé le gouvernement de proposer dès que possible aux Pieds-Noirs et aux autres «clans» la conclusion d'un traité.

Dans son édition du 4 octobre 1877, le journal *Globe* reproduisait la transcription détaillée du compte rendu fait par le lieutenant-gouverneur Laird des négociations entre les Indiens et les commissaires, ainsi que des discours faits par les diverses parties. Ce compte rendu figure aux pages 251 à 262 des dossiers de Morris. Certains passages du compte rendu du commissaire Laird revêtent un intérêt particulier en l'espèce:

On the evening of Monday I also received a message from Bobtail, a Cree Chief, who, with the larger portion of the band, had come to the treaty grounds. He represented that he had not been received into any treaty. He, however, had not attended the meeting that day, because he was uncertain whether the Commissioners would be willing to receive him along with the Blackfeet. I asked him and his band to meet the Commissioners separate from the other Indians on the following day. [It was agreed that Bobtail would sign an adhesion to Treaty 6: page 257.]

On Tuesday we met the Indians at the usual hour. We further explained the terms outlined to them yesterday, dwelling especially upon the fact that by the Canadian Law their reserves could not be taken from them, occupied or sold, without their consent. They were also assured that their liberty of hunting over the open prairie would not be interfered with, so long as they did not molest settlers and others in the country.

We then invited the Chiefs to express their opinions. One of the minor Blood Chiefs made a long speech. He told us the Mounted Police had been in the country for four years, and had been destroying a quantity of wood. For this wood he asked the Commissioners should make the Indians a present payment of fifty dollars a head to each Chief, and thirty dollars a head to all others. He said the Blackfeet, Bloods, Sarcees and Piegans were all one; but he asked that the Crees and Half-breeds should be sent back to their own country. The Queen, he remarked, had sent the police to protect them; they had made it safe for Indians to sleep at night, and he hoped she would not soon take these men away.

Crowfoot said he would not speak until to-morrow. Old Sun, another influential Blackfoot Chief, said the same. Eagle Tail, the head Chief of the Piegans, remarked that he had always followed the advice the officers of the Mounted Police gave him. He hoped the promise which the Commissioners made would be secured to them as long as the sun shone and water ran. The Stony Chiefs unreservedly expressed their willingness to accept the terms offered.

Fearing that some of the Indians might regard the demands of the Blood Chief who had spoken, if not promptly refused, as agreed to, I told them he had asked too much. He had admitted the great benefit the Police had been to the Indians, and yet he was so unreasonable as to ask that the Government should pay a large gratuity to each Indian for the little wood their benefactors had used. On the contrary, I said, if there should be any pay in the matter it ought to come from the Indians to the Queen for sending them the Police. Hereupon, Crowfoot and the other Chiefs laughed heartily at the Blood orator of the day.

I also said the Commissioners could not agree to exclude the Crees and Half-breeds from the Blackfoot country; that they were the Great Mother's children as much as the Blackfeet and

Dans la soirée du lundi je reçus aussi un messenger de «Bobtail», chef des Cris, qui était arrivé sur le terrain où devait se conclure le traité, accompagné de la plus grande partie de sa tribu. Il dit qu'il n'avait pris part à aucun traité; cependant, qu'il n'avait pas assisté à l'assemblée d'aujourd'hui parce qu'il n'était pas certain si les Commissaires consentiraient à le recevoir avec les Pieds-Noirs. Je lui demandai, ainsi qu'à ses compagnons, de rencontrer les commissaires le jour suivant, mais à une heure différente de celle fixée pour les autres Sauvages. [Il fut convenu que Bobtail signerait une adhésion au Traité n° 6: page 257.]

Le mardi nous rencontrâmes avec les Sauvages à l'heure ordinaire. Nous leur expliquâmes encore les conditions qui leur avaient été proposées la veille, en appuyant particulièrement sur le fait que par la loi du Canada on ne pouvait s'emparer de leurs réserves, les occuper ou les vendre sans leur consentement. La liberté de chasser dans toute l'étendue de la prairie leur fut garantie, pourvu toutefois qu'ils ne molestassent pas les colons ou autres personnes établies dans le pays.

Les chefs furent invités à donner leur opinion et un des sous-clients des «Sang» fit alors un long discours. Il nous dit que la police à cheval était dans le pays depuis quatre ans et qu'ils avaient détruit une grande quantité de bois. Il demanda comme compensation que les commissaires payassent aux Sauvages \$ 50 par tête à chaque chef, et \$ 30 à chacun des autres. Il dit que les Pieds-Noirs, les Gens du Sang, les Sarcis et les Piégânes étaient unis, mais il demanda que les Cris et les Métis fussent chassés dans leur pays. Il fit la remarque que la Reine avait envoyé la police dans le but de les protéger, et il espérait qu'elle ne la retirerait pas de sitôt, parce qu'elle mettait à l'abri de tout danger le sommeil des Sauvages pendant la nuit.

«Pied de Corbeau» dit qu'il ne parlerait que le lendemain. Le «Vieux-Soleil», autre chef influent des Pieds-Noirs, dit la même chose. «Queue-d'aigle», le chef principal des Piégânes, dit qu'il avait toujours suivi les conseils que les officiers de la police à cheval lui avaient donnés. Il espère que les engagements pris vis-à-vis d'eux par les commissaires leur seront garantis tant que le soleil luira et que l'eau suivra son cours. Les chefs Stony exprimèrent leur disposition d'accepter sans réserve les conditions offertes.

Craignant que si l'on ne refusait pas immédiatement les réclamations du chef des Gens du Sang qui avait parlé, plusieurs des Sauvages les considéraient comme étant accordées, je leur dis que ce chef avait trop demandé. Il avait admis les avantages que les Sauvages avaient retirés de la présence de la police, et cependant il avait été assez peu raisonnable pour demander que le gouvernement payât une indemnité considérable à chaque Sauvage pour le peu de bois que leurs bienfaiteurs avaient brûlé. Je leur dis, qu'au contraire, si une indemnité devait être payée elle devrait l'être par les Sauvages à la Reine, qui leur avait envoyé la police. Alors «Pied de Corbeau» et les autres chefs se mirent à rire de l'orateur des Sang.

Je dis aussi que les commissaires ne pouvaient pas consentir à exclure les Cris et les Métis du pays des Pieds-Noirs; qu'ils étaient les enfants de la Grande Mère aussi bien que les Pieds-

Bloods, and she did not wish to see any of them starve. Of course the Crees and Half-breeds could be prosecuted for trespassing on their reserves. In this the Indian Act secured them. The Local Government had passed a law to protect the buffalo. It would have a tendency to prevent numbers from visiting their country in the close season. But to altogether exclude any class of the Queen's subjects, as long as they obeyed the laws, from coming into any part of the country, was contrary to the freedom which she allowed her people, and the Commissioners would make no promise of the kind.

What the popularly acknowledged chiefs averred on behalf of their people is important to note, especially the words of Crowfoot:

... Crowfoot was the first to speak. His remarks were few, but he expressed his gratitude for the Mounted Police being sent to them, and signified his intention to accept the treaty. The Blood Chief who made the large demands on the previous day said he would agree with the other Chiefs. Old Sun, head Chief of the North Blackfeet, said Crowfoot spoke well. We are not going to disappoint the Commissioners. He was glad they were all agreed to the same terms. They wanted cattle, guns, ammunition, tobacco, axes and money. Bull's Head, the principal Chief of the Sarcees, said, we are all going to take your advice. Eagle Head, the Piegan head Chief, remarked, "I give you my hand. We all agree to what Crowfoot says." Rainy Chief, head of the North Bloods, said he never went against the white man's advice. Some of the minor Chiefs spoke to the same effect.

The Commissioners expressed their satisfaction at the unanimity among the Indians, and said they would prepare the treaty and bring it to-morrow for signature. The only difficult matter then to be arranged was the reserves. The Commissioners thought it would take unnecessary time to discuss this question in open meeting, and resolved that one of them should visit the head Chiefs at their camps, and consult them separately as to the localities they might desire to select. Lieut.-Col. McLeod undertook this duty, while I attended to the preparation of the draft treaty. He succeeded so well in his mission that we were able to name the places chosen in the treaty.

On Saturday, 22nd September, we met the Indians to conclude the treaty. Mekasto, or Red Crow, the great Chief of the South Bloods, had arrived the previous evening, or morning, on the ground, and being present, came forward to be introduced to the Commissioners.

The assemblage of Indians was large. All the head Chiefs of the several tribes were now present; only two Blackfeet and

Noirs et les Gens du Sang, et qu'elle ne voulait pas les voir mourir de faim. Naturellement, les Cris et les Métis pourraient être poursuivis s'ils empiétaient sur leurs réserves. L'acte des Sauvages le leur garantissait. Le gouvernement local avait adopté une loi pour la protection du bison. Elle aurait pour effet d'empêcher un grand nombre de personnes de visiter le pays pendant la saison où la chasse est fermée. Quant à empêcher aucuns des sujets de Sa Majesté de venir dans toutes les parties du pays, pourvu toutefois qu'ils se conformassent aux lois, que c'était tout à fait contraire à la liberté que la Reine accorde à son peuple, et les commissaires ne pouvaient faire aucune promesse de ce genre**.

Il est important de signaler ce que les chefs indiens reconnus ont affirmé au nom de leur peuple, particulièrement les propos de Pied de Corbeau:

[TRADUCTION] ... «Pied de Corbeau» parla le premier. Ses remarques furent brèves, mais il exprima sa reconnaissance de ce que la police à cheval leur eût été envoyée et déclara son intention d'accepter le traité. Le chef des Gens du Sang qui avait tant demandé la veille, dit qu'il suivrait les autres chefs. Le «Vieux Soleil», chef principal des Pieds-Noirs du Nord, dit que «Patte de Corbeau» avait bien parlé. Nous ne désappointons pas les commissaires, dit-il et je suis heureux que nous tombions tous d'accord sur les conditions. Les Sauvages avaient besoin de bétail, de fusils, de munitions, de tabac, de haches et d'argent. «Tête de Boeuf», le premier chef des Sarcis, dit: «Nous allons tous prendre votre avis.» «Tête d'Aigle», le principal chef des Piégânes ajouta: «Je vous donne la main et nous approuvons tout ce que Pied de Corbeau a dit.» «La Pluie», le chef des Gens du Sang du Nord, dit qu'il n'allait jamais à l'encontre du conseil de l'homme blanc. Quelques-uns des sous-chefs parlèrent dans le même sens.

Les commissaires exprimèrent leur satisfaction de voir les Sauvages aussi unanimes, et annoncèrent qu'ils prépareraient le traité et l'apporteraient le lendemain pour le faire signer. La seule question difficile à résoudre était celle des réserves. Les commissaires pensèrent que ce serait passer inutilement le temps que de discuter cette question en grande assemblée, et ils décidèrent que l'un d'eux irait visiter les principaux chefs dans leur camp et les consulterait séparément sur les endroits qu'ils désiraient choisir. Le lieutenant-colonel McLeod se chargea de cette mission, tandis que je m'occupais de rédiger le traité. La mission eut un tel succès que nous fûmes en état de désigner dans le traité les endroits choisis.

Samedi, le 22 septembre, nous rencontrâmes les Sauvages pour conclure le traité. «Mekasto» ou «Corbeau-Rouge», grand-chef des Gens du Sang du Sud, était arrivé la veille sur le terrain que nous occupions et s'avança pour se faire présenter aux commissaires.

La réunion des Sauvages était nombreuse. Tous les premiers chefs des différentes tribus étaient alors présents; il n'y avait

** NdT: La version française des extraits qui précèdent est tirée des *Documents de la Session* (N° 10) de 1878, ANNEXE SPÉCIALE C, p. XXXIX et XI.

two Blood minor Chiefs were absent. The representation was all that could be expected.

The Commissioners had previously informed the Indians that they would accept the Chiefs whom they acknowledged, and now close in front of the tent sat those who had been presented to the Commissioners as the recognized Chiefs of the respective bands.

The conditions of the treaty having been interpreted to the Indians, some of the Blood Chiefs, who had said very little on the previous day, owing to Red Crow's absence, now spoke, he himself in a few kind words agreeing to accept the treaty. Crowfoot then came forward and requested his name to be written to the treaty. The Commissioners having first signed it, Mr. L'Heureux, being familiar with the Blackfoot language, attached the Chiefs' names to the document at their request and witnessed to their marks.

... I was waited upon by a deputation of Half-breeds, who presented me with a petition, expressing the hope that the buffalo law might not be stringently enforced during the approaching winter, and praying that they might receive some assistance to commence farming. With respect to the buffalo ordinance, I told them that the notice having been short, the law would not be very strictly enforced for the first winter, and in regard to their prayer for assistance to farm, I said I would make it known at Ottawa.

The foregoing passages are only a small portion of Chapter X, The Blackfeet Treaty (No. 7) in the Morris record. That chapter is too voluminous to repeat here, but it is almost all of importance. From these passages, the Court holds that the Indian parties to Treaty 7 clearly understood that:

a) they were dealing with the Commissioners of the Canadian government who specifically invoked "The Canadian Law" and "the *Indian Act*" whose source was mentioned by strong implication to be "at Ottawa",

b) they, being British subjects and Canadian Indians, were with the Euro-Canadian settlers equally subject to Canadian law, civil and criminal,

c) they could not exclude other persons from the surrendered lands, except their reserves,

d'absents que deux chefs des Pieds-Noirs et deux sous-chefs des Gens du Sang. L'assemblée était aussi nombreuse que nous pouvions l'espérer.

Les commissaires avaient d'abord dit aux Sauvages qu'ils accepteraient les chefs qu'ils reconnaissaient, et près de la tente étaient assis au premier rang ceux qui avaient été présentés aux commissaires comme les chefs reconnus des différentes tribus.

Les conditions ayant été expliquées aux Sauvages par un interprète, quelque-uns des chefs du Sang qui n'avaient dit que très peu la veille, vu l'absence du «Corbeau-Rouge», prirent alors la parole, et lui-même, en quelques mots bienveillants, donna son assentiment au traité. «Pied de Corbeau» s'avança alors et demanda que son nom fut apposé au traité. Les commissaires l'ayant d'abord signé, M. L'Heureux, qui connaissait la langue des Pieds-Noirs, signait le nom des chefs qui en faisaient la demande et le sien comme témoin de leurs marques.

... [J]e reçus aussi une députation de Métis qui me présentèrent une requête, exprimant le désir que la loi concernant le bison ne fut pas rigoureusement mise en force pendant l'hiver suivant, et priant qu'on leur donnât du secours pour avancer leurs travaux de ferme. Quant à ce qui a rapport à l'ordonnance pour la protection du bison, je leurs répondis qu'un délai insuffisant s'étant écoulé depuis que l'avis avait été donné, la loi ne serait pas rigoureusement mise en force pendant le premier hiver, et que je transmettrais à Ottawa leur demande de secours pour la culture des terres***.

Les passages qui précèdent ne constituent qu'une petite partie seulement du chapitre X des dossiers de Morris, chapitre qui concerne le traité avec les Pieds-Noirs (n° 7). Bien qu'il soit trop volumineux pour être reproduit ici, pratiquement tout ce chapitre est important en l'espèce. La conclusion que tire la Cour de ces passages est que les Indiens qui étaient parties au Traité n° 7 comprenaient clairement:

a) qu'ils négociaient avec les commissaires du gouvernement canadien, qui invoquaient de façon spécifique «les lois canadiennes» et «l'*Acte des Sauvages*» dont la source était indiquée, de façon indirecte mais néanmoins assez nette, comme étant «Ottawa»;

b) qu'ils étaient des sujets britanniques et des Indiens du Canada et que, de ce fait, au même titre que les colons euro-canadiens, ils étaient également assujettis aux lois canadiennes, tant civiles que criminelles;

c) qu'ils ne pouvaient exclure quiconque des terres cédées, sauf les personnes se trouvant dans leurs réserves;

*** NdT: *idem*, p. XI et XII.

d) they could freely pursue their hunting and fishing in the surrendered lands, unless occupied by settlers and with the influx of settlers the land available for hunting and fishing could only diminish in area,

e) they would not control the new bands' membership in terms of who was counted as an Indian and who (half-breeds) was excluded from the Treaty and the chosen reserves and annual payments.

Negotiations

Under the date of August 23, 1876 in the Morris record, at page 222 in Chapter IX about the treaties at Forts Carlton and Pitt (Treaty 6), it is written that a principal chief of the Crees present approached Governor Morris during the negotiations to ask publicly:

Mis-tow-asis—"I wish to speak a word for some Half-breeds who wish to live on the reserves with us, they are as poor as we are and need help."

Governor—"How many are there?"

Mis-tow-asis—"About twenty."

Governor—"The Queen has been kind to the Half-breeds of Red River and has given them much land; we did not come as messengers to the Half-breeds, but to the Indians. I have heard some Half-breeds want to take lands at Red River and joint the Indians here, but they cannot take with both hands. The Half-breeds of the North-West cannot come into the Treaty. The small class of Half-breeds who live as Indians and with the Indians, can be regarded as Indians by the Commissioners, who will judge of each case on its own merits as it comes up, and will report their action to the Queen's Councillors for their approval.

The treaty was then signed by the Lieutenant-Governor, Hon. James McKay, Hon. W. J. Christie, Mis-tow-asis, Ah-tuck-ah-coop, and the remainder of the Chiefs and the Councillors.

On page 228 of the Morris record, a meeting on August 28, 1876, with the Willow Indians of Duck Lake was held about 8 kilometres from Carlton House. Again it is recorded:

A request was then made that the treaty should include the Half-breeds, to which the Governor replied: "I have explained

d) qu'ils pouvaient librement continuer de chasser et de pêcher dans les terres cédées, sauf si celles-ci étaient occupées par des colons, et que, vu l'arrivée de nouveaux colons, les territoires disponibles pour la chasse et la pêche ne pouvaient aller qu'en diminuant;

e) qu'ils ne décideraient plus, pour l'avenir, de l'appartenance à la bande, c'est-à-dire qu'ils ne décideraient pas qui serait considéré comme un Indien et quels seraient ceux (les sangs-mêlés) qui seraient exclus du traité et des réserves choisies, et ne recevraient pas les paiements annuels prévus.

c Négociations

Il est écrit, à la page 222 du chapitre IX des dossiers de Morris, en ce qui concerne le traité conclu aux forts Carlton et Pitt (Traité n° 6), que, le 23 août 1876, un des chefs cris présents s'est approché du gouverneur Morris pendant les négociations et lui a demandé publiquement:

[TRADUCTION] Mis-tow-asis—"Je voudrais dire un mot pour certains Sang-mêlés qui désirent vivre dans les réserves avec nous, ils sont aussi pauvres que nous et ont besoin d'aide."

Le gouverneur—"Combien sont-ils?"

Mis-tow-asis—"Environ vingt."

Le gouverneur—"La Reine a été généreuse envers les Sang-mêlés de Red River et leur a donné un grand territoire; nous ne sommes pas venus porter un message aux Sang-mêlés mais aux Indiens. J'ai entendu dire que certains Sang-mêlés veulent prendre des terres à Red River et se joindre aux Indiens ici, mais ils ne peuvent se servir à deux mains. Les Sang-mêlés du Nord-Ouest ne peuvent être parties au traité. Le petit groupe de Sang-mêlés qui vivent comme des Indiens, avec les Indiens, peuvent être considérés comme tels par les commissaires, qui évalueront chaque cas selon les faits qui lui sont propres, à mesure qu'ils se présenteront, et qui feront part de la mesure qu'ils proposent aux conseillers de la Reine pour qu'ils l'approuvent."

Le traité a ensuite été signé par le lieutenant-gouverneur, l'honorable James McKay, par l'honorable W. J. Christie, par Mis-tow-Asis, Ah-tuck-ah-coop et les autres chefs et conseillers.

On indique, à la page 228 des dossiers de Morris, qu'une rencontre a eu lieu le 28 août 1876, avec les Indiens Willow de Duck Lake, à environ 8 kilomètres de Carlton House. Une fois de plus, on rapporte les propos suivants:

[TRADUCTION] Une demande a ensuite été présentée pour que les Sang-mêlés soient visés par le traité, ce à quoi le gouver-

to the other Indians that the Commissioners did not come to the Half-breeds: there were however a certain class of Indian Half-breeds who had always lived in the camp with the Indians and were *in fact* Indians, would be recognized, but no others.”

On page 226, regarding the same meeting as mentioned immediately above, on the same August 28, the Morris record has a quotation of Governor Morris to the Crees, thus:

One of you made a request that if he were accepted as a Chief, he should have a blue coat. I do not yet know who the Chiefs are. To be a Chief he must have followers. One man came forward as a Chief and I had to tell him unless you have twenty tents you cannot continue as a Chief.

The above three instances, among others demonstrate quite conclusively that if there were an Aboriginal right of control of membership it was conclusively extinguished at treaty time and as a condition of concluding the treaty. Governor Morris certainly asserted control over membership by the Canadian government and in consonance with the provisions of *The Indian Act*, 1876 and preceding legislation enacted by the Parliament of Canada. Other sources of the same historic assertion of control are Exhibit 1(4), pages 36-39, and of course the plaintiffs’ counsel’s reading of the passages into the record in trial transcript (TT) 2, pages 81 and 82. The Government’s assertion of control over band membership on reserves, and off, was unambiguously stated by statute and by Alexander Morris, the Government’s Treaty Commissioner.

Having sent Rev. George McDougall in 1875 to take to the Indians of the area which, one year later, was covered by treaty, the main intentions of the Canadian government in the upcoming treaty negotiations, Governor Morris received Rev. McDougall’s report, dated October 23, 1875, parts of which ran thus:

The topics generally discussed at their council and which will be brought before the Commissioner are as follows in

neur a répondu: «J’ai expliqué aux autres Indiens que les commissaires ne sont pas venus pour les Sang-mêlés: il y avait cependant un certain groupe de Sang-mêlés indiens qui avaient toujours vécu dans le camp avec les Indiens et qui étaient, *de fait*, des Indiens, ceux-ci vont être reconnus, mais personne d’autre.»

À la page 226, relativement à la réunion mentionnée au paragraphe précédent, le 28 août 1876, on rapporte les propos suivants du gouverneur Morris aux Cris:

[TRADUCTION] Un de vous a demandé qu’on lui remette une tunique bleue si on lui reconnaissait la qualité de chef. Je ne sais pas encore qui sont les chefs. Pour être un chef il faut des partisans. Un homme s’est avancé et a dit être un chef, et je lui ai répondu qu’à moins d’avoir vingt tentes vous ne pouvez demeurer chef.

Les trois extraits qui précèdent démontre de manière très convaincante que, s’il y a déjà eu un droit ancestral de décider de l’appartenance à la bande, ce droit a été éteint de manière décisive à l’époque où le traité a été signé, puisqu’il s’agissait d’une condition de sa conclusion. Le gouverneur Morris a de manière indubitable affirmé le pouvoir du gouvernement canadien de décider de l’appartenance aux effectifs des bandes et ce conformément aux dispositions de l’*Acte des Sauvages*, 1876 et des lois antérieures édictées par le Parlement du Canada. Parmi les autres sources de l’affirmation historique de ce pouvoir de décision, mentionnons la pièce 1(4), pages 36 à 39, et, évidemment, la lecture qu’a fait l’avocat des demandeurs des passages pertinents pour qu’ils soient consignés au dossier et qui figurent dans la transcription des débats, vol. 2, aux pages 81 et 82. Le gouvernement a, de manière non ambiguë, affirmé son pouvoir de décider à l’égard de l’appartenance aux bandes, tant dans les réserves qu’à l’extérieur de celles-ci, dans sa loi et par la voix du commissaire chargé de négocier le traité, Alexander Morris.

En 1875, le révérend George McDougall avait été envoyé auprès des Indiens de la région qui, un an plus tard, allait être visée par le traité, pour leur faire part des principales intentions du gouvernement canadien au cours des négociations qui allaient s’engager en vue de la conclusion du traité. Voici, en partie, le rapport daté du 23 octobre 1875 qu’a transmis le révérend McDougall au gouverneur Morris:

[TRADUCTION] Les sujets qui sont généralement discutés aux réunions de leur conseil et qui seront soulevés devant les com-

their own language. "Tell the Great Chief that we are glad the traders are prohibited bringing spirits into our country; when we see it we want to drink it, and it destroys us; when we do not see it we do not think about it. Ask for us a strong law, prohibiting the free use of poison (strychnine). It has almost exterminated the animals of our country, and often makes us bad friends with our white neighbors. We further request, that a law be made, equally applicable to the Half-breed and Indian, punishing all parties who set fire to our forest or plain. Not many years ago we attributed a prairie fire to the malevolence of an enemy, now every one is reckless in the use of fire, and every year large numbers of valuable animals and birds perish in consequence. We would further ask that our chiefships be established by the Government. Of late years almost every trader sets up his own Chief and the result is we are broken up into little parties, and our best men are no longer respected."

Believing it would be satisfactory to your Honor and of service to the Commissioners, I have kept the number of all the tents visited and the names of the places where I met the Indians (. . . was 3,976). [Morris record, at pages 174-175; emphasis added.]

Clearly, a people who were experiencing the setting-up of false, puppet chiefs and social granulation "into little parties" due to the influence of traders, cannot be believed to be controlling its own membership. A people which sought governmental establishment of its own "chiefships" in order to have the state make its political and social officers have official recognition in order to avoid that people's willy-nilly granulation at the whim and commercial greed of traders, cannot be held to be controlling its own membership. If such control were truly an Aboriginal practice, then the Indians themselves lost it without any push by the Government of Canada which truly asserted and exercised such control. Was this conclusion understood then by the Indians as this Court now understands it? It was they who first acknowledged loss (or absence) of control in the first place; and it was they who requested the Government to assert control, for and on their behalf, as in the statutes, so in the treaties.

missaires sont les suivants, exprimés dans leurs propres mots. «Dites au Grand Chef que nous sommes heureux que les commerçants ne soient plus autorisés à apporter des spiritueux dans notre territoire. Lorsque nous voyons des spiritueux, nous voulons en boire et cela nous détruit, alors que si nous n'en voyons pas, nous n'y pensons même pas. Demandez de notre part qu'on adopte une loi sévère, interdisant l'utilisation sans restriction du poison [la strychnine]. L'utilisation de ce poison a pratiquement exterminé les animaux qui se trouvent sur notre territoire et a souvent créé de l'animosité entre nous et nos voisins blancs. Nous demandons également que soit adoptée une loi, qui s'appliquerait également aux Sang-mêlés et aux Indiens et qui punirait quiconque met le feu à nos forêts ou à nos plaines. Il y a quelques années de cela, il s'est produit un incendie de prairie qui, d'après nous, a été causé par la malveillance d'un ennemi et, en conséquence, aujourd'hui tout le monde utilise le feu de manière insouciance, et chaque année un grand nombre d'animaux et d'oiseaux précieux périssent en conséquence. Nous demandons également que l'autorité de nos chefs soit établie par le gouvernement. Au cours des dernières années, pratiquement chaque commerçant établit son propre chef et, en conséquence, nous nous trouvons subdivisé en petits groupes et nos meilleurs hommes ne sont plus respectés.»

Estimant, votre Honneur, que la chose vous serait utile à vous ainsi qu'aux commissaires, j'ai compté le nombre de tentes que j'ai visitées en plus d'inscrire le nom des endroits où j'ai rencontré des Indiens (. . . quelque 3 976). [Dossiers de Morris, aux pages 174 et 175; soulignement ajouté.]

De toute évidence, il est impossible de croire qu'un peuple à qui l'on impose des dirigeants fantoches et qui se voit subdiviser «en petits groupes» par suite de l'influence de commerçants est en mesure de décider de l'appartenance à ses effectifs. Il est impossible d'affirmer qu'un peuple qui demandait au gouvernement d'établir ses «chefs» afin que, de par l'intervention de l'État, ses dirigeants politiques et sociaux soient reconnus officiellement et qu'ainsi ce peuple ne soit pas subdivisé contre son gré, au bon plaisir de commerçants cupides, qu'un tel peuple exerce quelque contrôle sur ses effectifs. Si un tel pouvoir de décider constitue véritablement une pratique ancestrale, les Indiens eux-mêmes l'ont abandonnée, sans aucune incitation de la part du gouvernement du Canada, qui a concrètement pris en charge cette responsabilité et a exercé ce pouvoir. Est-ce que, à cette époque, les Indiens en étaient venus à la même conclusion que la Cour aujourd'hui? Ce sont les Indiens qui ont, les premiers, admis la perte (ou l'absence) de ce pouvoir de décision, ce sont eux qui ont demandé au gouvernement de prendre en charge cette respon-

There is an underlying, sometimes articulated premise in the jurisprudence and among certain cynical activists that the “pitiable Indians” were easy dupes for superior Euro-Canadians and needing protections which applied not only to 19th Century Indians, but also to contemporary Indians, born in the mid-20th Century. This Court finds nothing inferior, genetic, social or intellectual *inter alia* about those Indians who entered into the treaties, nor their descendants today. This Court rejects all stated or implied notions of any inferiority of Indians, whatever. That is why the Court leans against the alleged need, over a century later, of special state protection of Indians, which protection often appears to be excessive and degrading to Indians in comparison with all the other “visible” (and not so “visible”) peoples who make up the tax-paying and general population of Canada. Certainly the Morris record (pages 219-228, 270-271) reveals instances of hard-bargaining and excessive demands beyond the Canadian government’s Commissioners’ power to yield. There is even at least one instance in which the Commissioners exceeded their authority because of the Indians’ persuasion acknowledged that they were taking a risk in hoping to have their so yielding subsequently ratified by Ottawa. The courts, too, often and too much pretend that the Indians did not understand their bargained treaties.

The jurisprudence is latterly taking a little more realistic and less paternalistic view of the Indians in modern times which are so different from those of the late 19th Century. The principal opinion, it appears, was written by Mr. Justice La Forest in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, where he is recorded first at page 122 as warning that the Trial Judge, the Court of Appeal and Chief Justice Dickson in that case imparted an interpretation to paragraph

sabilité pour leur compte, dans les traités comme dans les lois.

a Selon une prémisse sous-jacente, parfois exprimée dans la jurisprudence et par certains activistes cyniques, les «pauvres Indiens» se laissaient facilement duper par les êtres supérieurs qu’étaient les Euro-canadiens, et ils avaient besoin de mesures de protection, mesures applicables non seulement aux Indiens du 19^e siècle, mais également à ceux nés au milieu du 20^e siècle. La Cour estime que ni les Indiens qui ont conclu ces traités, ni leurs descendants actuels ne sont des êtres inférieurs, notamment sur les plans génétique, social ou intellectuel. La Cour rejette toute proposition—clairement exprimée ou sous-entendue—voulant que les Indiens soient des êtres inférieurs. Voilà pourquoi, la Cour est portée à rejeter l’idée que les Indiens ont, un siècle plus tard, besoin de la protection spéciale de l’État, protection qui semble souvent excessive et avilissante pour les Indiens, si on compare leur situation à celle des autres groupes «visibles» (et pas si «visibles» que cela) qui constituent la population générale du Canada et les contribuables de ce pays. Évidemment, les dossiers de Morris (pages 219 à 228, 270 et 271) indiquent qu’il y a eu des négociations très serrées, des cas où des demandes excessives ont été présentées aux commissaires du gouvernement canadien et auxquelles ceux-ci n’avaient pas le pouvoir d’acquiescer. Il y a même eu au moins un cas où les commissaires ont, en raison de la force de persuasion des Indiens, outrepassé leur pouvoir et admis qu’ils prenaient un risque en espérant que les concessions considérables qu’ils avaient faites seraient par la suite ratifiées par Ottawa. Les tribunaux eux aussi prétendent souvent que les Indiens ne comprenaient pas ce à quoi ils consentaient dans les traités qu’ils négociaient.

Récemment, les tribunaux ont adopté une attitude plus réaliste et moins paternaliste à l’égard des Indiens, en ces temps modernes si différents de la fin du 19^e siècle. L’opinion principale à cet égard, semble-t-il, a été formulée par le juge La Forest dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, où ce dernier, d’abord à la page 122, signale que tant le juge de première instance que la Cour d’appel et le juge en chef Dickson ont, dans

90(1)(b) of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6], which:

... interpretation not only goes beyond the clear terms and purposes of the Act, but flies in the face of the historical record and has serious implications for Indian policy that are harmful both for government and for native people.

The passage recorded on page 130 has a certain relevance to the present case:

The historical record leaves no doubt that native peoples acknowledged the ultimate sovereignty of the British Crown, and agreed to cede their traditional homelands on the understanding that the Crown would thereafter protect them in the possession and use of such lands as were reserved for their use; see the comments of Professor Slattery in his article "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753. The sections of the *Indian Act* relating to the inalienability of Indian lands seek to give effect to this protection by interposing the Crown between the Indians and the market forces which, if left unchecked, had the potential to erode Indian ownership of these reserve lands. This Court, in its recent decision of *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, alluded to this point when it noted, at p. 677, that the feature of inalienability was adopted as a protective measure for the Indian population lest it be persuaded into improvident transactions.

Peoples found to be in a more primitive (i.e. hunting) state of development than the others' state (i.e. industrial or post-industrial) are emphatically not inferior peoples. Their state of development might be likened by analogy to "adolescent" compared with the others' (non-Indians') "adult" state of development. But the law and treaties have protected Indians from "spreading their wings" as may non-Indian adolescents who do and always have made "improvident transactions" until a majority learned not to do so, but to conduct themselves prudently.

Mr. Justice La Forest continued at page 138:

There can be no doubt, on a reading of s. 90(1)(b), that it would not apply to any personal property that an Indian band might acquire in connection with an ordinary commercial agreement with a private concern. Property of that nature will only be protected once it can be established that it is situated on a reserve. Accordingly, any dealings in the commercial mainstream in property acquired in this manner will fall to be regulated by the laws of general application. Indians will enjoy no exemptions from taxation in respect of this property, and will be free to deal with it in the same manner as any other

cette affaire, donné de l'alinéa 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6] une:

... interprétation [qui] va non seulement au-delà des termes et des objets clairs de la Loi, mais [qui] fait fi de l'histoire et comporte de graves incidences en matière de politique indienne qui sont néfastes tant à l'égard du gouvernement que des autochtones.

Le passage suivant, qui figure à la page 130, a une certaine pertinence en l'espèce:

D'après le dossier historique, il n'y a aucun doute que les peuples autochtones ont reconnu la souveraineté ultime de la Couronne britannique et ont accepté de céder leurs terres traditionnelles pourvu que la Couronne les protège par la suite dans leur possession et usage des terres qui leur étaient réservées; voir les remarques du professeur Slattery dans son article «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 753. Les articles de la *Loi sur les Indiens* relatifs à l'inaliénabilité des terres des Indiens visent à mettre en application cette protection en interposant la Couronne entre les Indiens et les forces du marché qui, en l'absence de contrôle, étaient susceptibles de miner le titre de propriété des Indiens sur ces terres réservées. Dans l'arrêt récent *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, notre Cour fait état de ce point lorsqu'elle souligne, à la p. 677, que le caractère inaliénable a été adopté pour protéger les Indiens contre des transactions irréfléchies.

Les peuples qui sont à un stade d'évolution plus primitif (c'est-à-dire qui vivent de la chasse) que les autres (ceux qui sont rendus à l'ère industrielle ou post-industrielle) ne sont carrément pas des peuples inférieurs. On pourrait comparer leur stade de développement à celui de l'«adolescent» par rapport au stade de développement des «adultes» («non-Indiens»). Cependant, tant la loi que les traités ont empêché les Indiens de «voler de leurs propres ailes», comme peuvent le faire les adolescents non-indiens qui ont depuis toujours conclu des «transactions irréfléchies», jusqu'à ce que la majorité d'entre eux apprennent à s'abstenir de le faire et à se conduire prudemment.

Le juge La Forest poursuit ainsi, à la page 138:

À la lecture de l'al. 90(1)(b), il ne fait aucun doute que cette disposition ne s'appliquerait pas aux biens personnels qu'une bande indienne pourrait acquérir par suite d'un accord commercial ordinaire conclu avec un particulier. Les biens de cette nature ne seront protégés que lorsqu'il sera démontré qu'ils sont situés sur une réserve. Par conséquent, toute opération effectuée sur le marché commercial relativement aux biens acquis de cette façon sera régie par les lois d'application générale. Les Indiens ne profiteront d'aucune exemption de taxe à l'égard de ces biens et seront libres de les aliéner de la même

citizen. In addition, provided the property is not situated on reserve lands, third parties will be free to issue execution on this property. I think it would be truly paradoxical if it were to be otherwise. As the Chief Justice has pointed out in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36:

Indians are citizens and, in affairs of life not governed by treaties or the *Indian Act*, they are subject to all of the responsibilities, including payment of taxes, of other Canadian citizens.

Further in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, La Forest, J. is recorded on page 142 as thinking that in negotiating treaties, the Crown enjoyed a "superior bargaining position", that which is not so very apparent in the Morris record. In any event, however, and despite the possibly erroneous statement of "bargaining position", the learned Judge wrote these otherwise relevant passages, recorded at pages 142-143:

Nowegijick v. The Queen

While the textual and historical arguments to be made for limiting the meaning of "Her Majesty" in s. 90(1)(b) to the federal Crown appear to me to be irrefragable, I recognize that it is necessary to ask whether the canons of construction generic to the interpretation of statutes relating to Indians change this result. These canons are, of course, those set out by the Chief Justice in *Nowegijick*, *supra*, at p. 36.

I note at the outset that I do not take issue with the principle that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. In the case of treaties, this principle finds its justification in the fact that the Crown enjoyed a superior bargaining position when negotiating treaties with native peoples. From the perspective of the Indians, treaties were drawn up in a foreign language, and incorporated references to legal concepts of a system of law with which Indians were unfamiliar. In the interpretation of these documents it is, therefore, only just that the courts attempt to construe various provisions as the Indians may be taken to have understood them.

But as I view the matter, somewhat different considerations must apply in the case of statutes relating to Indians. Whereas a treaty is the product of bargaining between two contracting parties, statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament. Given this fact, I do not find it particularly helpful to engage in speculation as to how Indians may be taken to understand a given provision. Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. This approach is not a jettisoning of the liberal interpretative method. As already stated, it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropri-

manière que tout autre citoyen. De plus, pourvu que les biens ne soient pas situés sur une réserve, les tiers seront libres de les saisir. J'estime qu'il serait vraiment paradoxal qu'il en soit autrement. Comme le Juge en chef l'a souligné dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36:

Les Indiens possèdent la citoyenneté canadienne et, dans les affaires qui ne sont régies ni par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont les mêmes responsabilités, dont le paiement d'impôts, que les autres citoyens canadiens.

Plus loin, dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, le juge La Forest affirme, à la page 142, relativement à la négociation des traités, que la Couronne jouissait d'un «pouvoir de négociation supérieur», situation qui ne ressort pas de manière très évidente des dossiers de Morris. Quoiqu'il en soit, malgré cette information possiblement erronée en ce qui concerne le «pouvoir de négociation», le savant juge a par ailleurs rédigé les passages pertinents qui suivent aux pages 142 et 143:

L'arrêt *Nowegijick c. La Reine*

Bien que les arguments fondés sur les textes et sur l'histoire que l'on avance pour restreindre le sens de l'expression «Sa Majesté» à l'al. 90(1)(b) à la Couronne fédérale me paraissent irrefragables, je reconnais qu'il est nécessaire de se demander si les principes d'interprétation applicables à l'interprétation des lois relatives aux Indiens modifient ce résultat. Ces principes sont évidemment ceux formulés par le Juge en chef dans l'arrêt *Nowegijick*, précité, à la p. 36.

Je souligne au départ que je ne conteste pas le principe que les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens. Dans le cas des traités, ce principe se justifie par le fait que la Couronne jouissait d'un pouvoir de négociation supérieur au moment de la négociation des traités avec les peuples autochtones. Du point de vue des Indiens, les traités ont été rédigés dans une langue étrangère et faisaient appel à des concepts juridiques d'un système de droit qui leur était inconnu. Dans l'interprétation de ces documents, il est donc tout simplement juste que les tribunaux tentent d'interpréter les diverses dispositions selon ce que les Indiens ont pu en avoir compris.

Mais selon ma conception de l'affaire, des considérations quelque peu différentes doivent s'appliquer dans le cas des lois visant les Indiens. Alors qu'un traité est le produit d'une négociation entre deux parties contractantes, les lois relatives aux Indiens sont l'expression de la volonté du Parlement. Cela étant, je ne crois pas qu'il soit particulièrement utile d'essayer de déterminer comment les Indiens peuvent comprendre une disposition particulière. Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l'article en question. Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d'interprétation libérale. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que dans l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de

ate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them. Thus if legislation bears on treaty promises, the courts will always strain against adopting an interpretation that has the effect of negating commitments undertaken by the Crown; see *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), at p. 533.

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote.

It is surely apparent that it is not eternal dependence with apartheid, but equal self-reliance, (including Canada's so-called "social safety net" for such as it is and will be) which promote the equal human dignity of all Canadians. It is difficult to understand why the courts in recent years have promoted dependence. The so-called "honour of the Crown" is surely nothing more than a transparent semantic membrane for wrapping together Indian reserve apartheid and perpetual dependence on Canadian taxpayers. This melancholy situation, being authentically historic, does nothing to support the plaintiffs' claim to control their own membership as is already demonstrated herein. It has contributed to the depression and poverty of many Indians over time.

It is unfortunate that the Morris record does not extend to the matter of Treaty 8. However, the plaintiffs, in Volume 1 of their brief of authorities, have reproduced, at tab 6, what appears to be Chapter II of *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* by René Fumoleau, McClelland and Stewart, 1973. That chapter proclaims its subject to be "Treaty 8, 1897-1900". Here are some significant passages at pages 46-48, 50-55, 58, 60-62:

façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. Donc si la loi porte sur des promesses contenues dans un traité, les tribunaux vont toujours s'efforcer de rejeter une interprétation qui a pour effet de nier les engagements pris par la Couronne; voir l'arrêt *United States v. Powers*, 305 U.S. 527 (1939), à la p. 533.

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens reviennent à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préférerait à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir.

Il est évident que ce n'est pas un état de dépendance perpétuelle accompagné d'une situation d'apartheid, mais plutôt l'égalité et l'autosuffisance (y compris ce qu'on appelle le «filet de sécurité sociale» du Canada, pour ce qu'il est aujourd'hui et ce qu'il deviendra) qui favorisent la dignité humaine et l'égalité de tous les Canadiens. Il est difficile de comprendre pourquoi les tribunaux ont, au cours des dernières années, favorisé cet état de dépendance. Ce qu'on appelle l'«honneur de Sa Majesté» n'est certes rien de plus qu'une membrane sémantique transparente, qui sert à envelopper ensemble la situation d'apartheid que créent les réserves indiennes et l'état de dépendance perpétuelle par rapport aux contribuables canadiens. Cette situation déplorable, même si elle est historiquement authentique, n'appuie d'aucune façon, ainsi qu'il a déjà été démontré en l'espèce, la prétention des demandeurs selon laquelle ils décidaient qui appartenaient aux bandes. Cette situation a plutôt contribué à l'état de pauvreté et de marasme économique dans lequel vivent bon nombre d'Indiens.

Il est malheureux que, dans les dossiers de Morris, on n'aborde pas la question du Traité n° 8. Cependant, les demandeurs, dans le volume 1 de leur recueil de textes de loi, jurisprudence et doctrine, ont reproduit, à l'onglet 6, ce qui semble être le chapitre II de l'ouvrage *As Long as this Land Shall Last: A History of Treaty 8 and Treaty 11, 1870-1939* par René Fumoleau, McClelland et Stewart, 1973. Voici ce qu'on indique comme étant le sujet de ce chapitre: «Treaty 8, 1897-1900» aux pages 46 à 48; 50 à 55, 58, 60 à 62. Voici certains passages importants de ce chapitre:

The signing of Treaty 8 must be viewed in relation to political and economic developments which were shaping the future of a young nation. The North West Mounted Police had succeeded in bringing law and order to the prairies, thus establishing Canadian political sovereignty over the southern portion of the land which had come under the Dominion flag in 1870. Development was going ahead steadily, insured by Indian treaties and facilitated by improved transportation systems.

But opportunity in the Unceded Territories lying north of the prairies soon began to attract adventurers and settlers. Between 1896-1898 the move north was to the gold fields of the Klondike. The effect which this had on the country and on the native population was far-reaching, encompassing the responsibilities of the North West Mounted Police in patrolling and administering the Athabasca-Mackenzie District, as well as the decision to make treaty with the Indians . . .

Yet limited knowledge of the country and of the people would militate against the treaty being of long-term benefit to either the Government or the Indians.

Treaty 8 covers a large area. It took the Treaty Commission two summers to obtain the adhesion of all of the Indians concerned. At the same time, the Half-Breed Commission was settling accounts with the Metis, thus effectively dividing the native people into two groups, Treaty and Non-Treaty Indians.

The reader may be momentarily confused by apparent contradictions in the accounts of events surrounding the signing of Treaty 8. The documents which have been used to reconstruct this period reflect the bias or interest of individuals and will necessarily differ on points of detail or interpretation. This is not to say that these differing versions do not converge at a point just beyond historical vision.

By the spring of 1897 the Klondike gold rush was on. Train-loads of gold-seekers poured into Edmonton and Vancouver from around the world. Predictions were made that 50,000 people would travel the Athabasca and Mackenzie rivers enroute to the gold field, outnumbering by far the resident population of the area. This figure was highly exaggerated, but the several hundreds who did travel these rivers did not pass by without being noticed.

. . .

By the end of 1898, 860 prospectors reached Fort Smith. Of this number about 70 returned to Edmonton or remained in the vicinity of Great Slave Lake. About 790 reached Fort Simpson. Most of these wintered near the trading posts or in shacks

[TRADUCTION] La signature du Traité n° 8 doit être examinée en corrélation avec les changements politiques et économiques qui façonnaient l'avenir de la jeune nation. La Police à cheval du Nord-Ouest était parvenue à faire régner la loi et l'ordre dans les Prairies, établissant ainsi la souveraineté politique du Canada sur la partie sud du territoire qui était passé sous l'autorité du Dominion en 1870. La région se développait constamment, grâce aux traités conclus avec les Indiens et à l'amélioration des systèmes de transport.

Toutefois, les possibilités qu'offraient les territoires non cédés situés au nord des prairies commencèrent bientôt à attirer les aventuriers et les colons. Entre 1896 et 1898, de telles personnes commencèrent à affluer vers les champs aurifères du Klondike. Cette situation eut des conséquences considérables sur le territoire en question et sur la population autochtone, entraînant l'obligation pour la Police à cheval du Nord-ouest de patrouiller et d'administrer le district Athabasca-Mackenzie et amenant le gouvernement à décider de conclure un traité avec les Indiens . . .

Cependant, le fait qu'on connaissait peu de chose sur le territoire et ses habitants aurait pour effet d'empêcher le traité d'être avantageux à long terme tant pour le gouvernement que pour les Indiens.

Le Traité n° 8 vise un territoire considérable. En effet, il fallut à la Commission du traité deux étés pour recueillir l'adhésion de tous les Indiens concernés. À la même époque, la Commission chargée de négocier avec les Métis réglait les revendications de ceux-ci, divisant ainsi concrètement les peuples autochtones en deux groupes, les Indiens visés par un traité et les Indiens non visés par un traité.

Il est possible que le lecteur soit momentanément dérouté par les contradictions apparentes dans les divers récits des événements concernant la signature du Traité n° 8. En effet, les documents qui ont été utilisés afin de reconstituer cette période reflètent les préjugés et les intérêts de leurs auteurs et ils diffèrent nécessairement sur certains faits ou sur l'interprétation de ceux-ci. Cela ne veut pas dire pour autant que ces versions par ailleurs divergentes ne se rejoignent pas dès qu'on cesse de les envisager dans une perspective historique.

Dès le printemps de 1897, la ruée vers l'or était en cours dans le Klondike. Des chercheurs d'or, venus de tous les coins du monde, arrivaient par train entier à Edmonton et à Vancouver. On prédisait que 50 000 personnes emprunteraient la rivière Athabasca et le fleuve Mackenzie pour se rendre dans les champs aurifères, soit un nombre de personnes considérablement supérieur à la population habitant la région. Ce chiffre se révéla considérablement au-deçà de la réalité, mais plusieurs centaines de personnes voyagèrent néanmoins sur ces cours d'eau et elles ne passèrent certes pas inaperçues.

. . .

À la fin de 1898, 860 prospecteurs étaient arrivés à Fort Smith. De ce nombre, environ 70 retournèrent à Edmonton ou restèrent dans les environs du Grand lac des Esclaves. Environ 790 atteignirent Fort Simpson. La plupart de ceux-ci passèrent l'hiver

along the Mackenzie River. By the end of August, 1899, "529 miners and 186 boats had gone by Fort Wrigley".

Many halted their rush to the Klondike when news spread that rich gold mines existed at the eastern end of Great Slave Lake

All contemporary records indicate that this increased mining activity on the shores of Great Slave Lake was an important reason for including the area within the boundary of Treaty 8. Father Breynat noted in his diary of 1899.

Worrying about the news of rich gold mines having been discovered on Great Slave Lake, and desiring to assure its rights to the greatest part of the loot, the Government prudently hurried to send a treaty commission to deal with the Indians and to purchase from them a complete surrender of their land rights in exchange for a perpetual yearly rent and other gifts.

"Loot" may have been the best word to use, considering the grievances which the Indians had against the prospectors. Charles Mair, a member of the Half-Breed Commission of 1899, related this social problem to the Government's decision to make a treaty:

The gold-seekers plunged into the wilderness of Athabasca without hesitation, and without as much as "by your leave" to the native. Some of these marauders, as was to be expected, exhibited on the way a congenital contempt for the Indian's rights. At various places his horses were killed, his dogs shot, his bear-traps broken up. An outcry arose in consequence, which inevitably would have led to reprisals and bloodshed had not the Government stepped in and forestalled further trouble by a prompt recognition of the native's title . . . The gold-seeker was viewed with great distrust by the Indians, the outrages referred to showing, like straws in the wind, the inevitable drift of things had the treaties been delayed.

In addition to extinguishing Indian title to the land, the Government was looking for tighter control over both Indians and whites, to insure peaceful settlement and development of the land, and to promote the harmonious co-existence of Indians and whites. In the North, as everywhere else, economic considerations far out-weighed all others in the formulation of Indian policy.

Modern historians agree on the motives behind the negotiations of Treaty 8:

ver près des postes de traite ou dans des cabanes le long du fleuve Mackenzie. À la fin d'août 1899, «529 mineurs et 186 bateaux étaient passés par Fort Wrigley».

Bon nombre de personnes arrêtaient leur course vers le Klondike lorsque se répandit la nouvelle de l'existence riches gisements aurifères à l'extrémité est du Grand lac des Esclaves . . .

Il ressort de tous les documents écrits de l'époque que l'accroissement de l'activité minière sur les berges du Grand lac des Esclaves se révéla une des raisons importantes de l'inclusion de cette région dans le territoire visé par le Traité n° 8. Le père Breynat nota ce qui suit dans son journal en 1899:

[TRADUCTION] Inquiet d'apprendre que de riches mines d'or avaient été découvertes près du Grand lac des Esclaves et désireux de s'assurer le droit à la majeure partie du butin, le gouvernement s'empressa prudemment d'envoyer une commission chargée de négocier un traité avec les Indiens et d'obtenir de ceux-ci la cession complète de leurs droits fonciers en contrepartie d'un loyer annuel à perpétuité et d'autres présents.

«Butin» était probablement le mot qu'il fallait utiliser, compte tenu des récriminations qu'avaient les Indiens contre les prospecteurs. Charles Mair, membre de la Commission qui avait été chargée de négocier avec les Métis en 1899, fit un lien entre ce problème social et la décision du gouvernement de conclure un traité:

[TRADUCTION] Les chercheurs d'or envahirent les régions sauvages de l'Athabasca sans la moindre hésitation, sans même demander la «permission» des autochtones. Comme il fallait s'y attendre, certains de ces maraudeurs firent montre d'un mépris viscéral à l'égard des droits des Indiens, abattant leurs chevaux, tuant leurs chiens et brisant leurs pièges à ours. Cette situation provoqua un tollé qui aurait inévitablement entraîné des représailles et l'effusion de sang si le gouvernement n'était pas intervenu pour prévenir tout trouble ultérieur en reconnaissant promptement le titre des autochtones sur le territoire . . . Les Indiens éprouvaient une grande méfiance à l'égard des chercheurs d'or, les méfaits susmentionnés laissaient deviner, à la manière du fétus de paille qui, emporté par le vent, indique dans quelle direction souffle celui-ci, la tournure qu'auraient inmanquablement pris les événements si on avait tardé à signer des traités.

En plus de l'extinction du titre des Indiens sur le territoire en question, le gouvernement désirait exercer un contrôle plus serré sur les Indiens et les Blancs qui s'y trouvaient, de façon à assurer la colonisation et la mise en valeur paisibles du territoire et à favoriser la coexistence harmonieuse des Indiens et des Blancs. Dans le Nord, comme partout ailleurs, ce sont des considérations d'ordre économique qui guidaient d'abord et avant tout l'établissement de la politique concernant les Indiens.

Les historiens modernes s'entendent sur les motifs qui ont amené la négociation du Traité n° 8:

"There were talks of railway from Edmonton to the Nelson River or to the Liard River, and thence to the Yukon. All these reasons compelled the Government to organize some kind of administration and to deal by treaty with the Northern Indians as had been done with the Prairie Indians."—Bishop Grouard, *Soixante Ans d'Apostolat* p. 358.

"Since a find of minerals was liable at any time to send a rush of other and more permanent settlers there, it became necessary for the Government to get some control of the Crees, Chipewyans and Beavers in the Athabasca and Peace River countries. It was consequently decided to send a party of Commissioners in to bring these tribes into treaty relations with the Government."—K. Hughes, *Father Lacombe, The Black Robe Voyageur*, 1911, p. 377.

"It was not so much to preserve order as to protect them [the Indians] from the Whites, who, now that the country south was fast settling, would surely encroach on their domain, that this treaty [Treaty 8] was made."—Sir C.E. Denny, *The Law Marches West*, 1931, p. 300.

"Large crowds of gold-seekers were then moving to the Yukon, (1898). To prevent any trouble between these foreigners and the Indian tribes whose territories they were crossing, a Treaty commission was sent to the Great North in 1899."—A.G. Morice, O.M.I., *Histoire Abrégée de l'Ouest Canadien*, 1914, p. 130.

"Reacting first to the advent of prospectors and settlers during and after the Klondike gold rush, the department [of Indian Affairs] made preparations to bring under treaty the Indians of the Athabasca and Peace River districts north of Treaty 6 and south of Great Slave Lake."—M. Zaslow, *The Opening of the Canadian North*, 1971, p. 224-225.

On January 4, 1897, a North West Mounted Police patrol left divisional headquarters at Fort Saskatchewan, Alberta, by dog-team. It was the first of annual patrols which would penetrate the Peace River country and the north beyond. Led by Inspector Arthur Murray Jarvis, the first patrol reached Fort Resolution on February 13, and was back at Fort Saskatchewan on April 14, having travelled more than 2,000 miles. Ostensibly the patrol was in the Athabasca District "to look into various matters such as the prevalence of destructive fires, traffic in liquor, and the allegedly wholesale setting out of poison by white trappers in the area". As the first official Government presence in the north, other than the Dominion land surveyors who had travelled the country since 1882, the police patrol would also serve to secure Canadian sovereignty over the vast land

«On parlait du projet de pousser le chemin de fer d'Edmonton vers la rivière Nelson ou des Liards et de là vers le Yukon. Tout cela obligeait le gouvernement à établir un système quelconque d'administration. C'est pourquoi il s'était décidé à traiter avec les Indiens du Nord, comme il avait fait avec ceux des prairies.» L'évêque Grouard, *Soixante ans d'apostolat*, p. 358.

[TRADUCTION] «Comme la découverte de minéraux risquait à tout moment de déclencher l'afflux à cet endroit de nouveaux colons qui s'y établiraient de façon plus permanente, il devint nécessaire pour le gouvernement d'exercer une certaine autorité sur les Cris, les Chipewyans et les Castors dans la région de la rivière Athabasca et de la rivière de la Paix. On décida donc de dépêcher un groupe de commissaires chargés de conclure pour le gouvernement un traité avec ces tribus.»—K. Hughes, *Father Lacombe, The Black Robe Voyageur*, 1911, p. 377.

[TRADUCTION] «Ce n'est pas tant pour maintenir l'ordre que pour les [Indiens] protéger contre les Blancs qui, maintenant que la colonisation au Sud battait son plein, ne manqueraient pas d'envahir leur domaine, que ce traité [le Traité n° 8] a été conclu.»—Sir C.E. Denny, *The Law Marches West*, 1931, p. 300.

«Des foules immenses de chercheurs d'or se portaient alors (1898) vers ce nouveau pays de cocagne. Pour prévenir tout sujet de dispute entre ces étrangers et les tribus indiennes dont ils traversaient les forêts, une commission, avec le P. Lacombe comme conseiller, fut envoyée dans le Grand-Nord au cours de 1899.»—A.G. Morice, O.M.I. *Histoire Abrégée de l'Ouest Canadien*, 1914, p. 130.

[TRADUCTION] «Réagissant d'abord à la venue des prospecteurs et des colons durant et après la ruée vers l'or au Klondike, le ministère [des Affaires des Sauvages] prit des dispositions afin de conclure un traité avec les Indiens habitant les districts d'Athabasca et de la rivière de la Paix, au nord de la région visée par le Traité n° 6 et au sud du Grand lac des Esclaves.»—M. Zaslow, *The Opening of the Canadian North*, 1971, p. 224 et 225.)

Le 4 janvier 1897, une patrouille de la Police à cheval du Nord-Ouest quittait, en attelage à chiens, le quartier général divisionnaire de Fort Saskatchewan, en Alberta. Il s'agissait de la première patrouille annuelle qui pénétrerait dans la région de la rivière de la Paix et au nord de celle-ci. Dirigée par l'inspecteur Arthur Murray Jarvis, cette première patrouille atteignit Fort Resolution le 13 février et elle revint à Fort Saskatchewan le 14 avril, après avoir parcouru plus de 2 000 milles. Apparemment, la patrouille se trouvait dans le district d'Athabasca (afin d'enquêter sur diverses questions telles que les incendies à répétition qui s'y produisaient, le trafic des boissons enivrantes et l'utilisation généralisée du poison que faisaient, prétendait-on, les trappeurs blancs dans cette région). Comme les membres de la patrouille étaient les premiers représentants officiels du gouvernement à se rendre dans le Nord, à l'exception des arpenteurs fédéraux qui avaient parcouru cette région

These reports constitute the earliest and only official records of the northern districts. For the purpose of evaluating conditions affecting the signing of Treaty 8, these reports are invaluable. They describe the Indian's way of life, his complaints as increasing numbers of traders, trappers, and prospectors invade his ancestral hunting grounds, and his reactions when confronted for the first time with the enforcement of Canadian laws.

The next two patrols were led by Inspector W. R. Routledge. In the winter of 1897-1898 he reached Fort Simpson, covering 2,172 miles in 80 days. The following winter the patrol went as far as Fort Resolution, proceeding on the way back into the Peace River country which was to be included in Treaty 8. Throughout the journey the patrols were vigilant for evidence of violations of fire, liquor, poison, and game laws, faithfully recording details of irregularities.

Although relatively minuscule in volume the illegal traffic of liquor in the North was one of the first targets of the police patrols.

Routledge noted that this liquor traffic "is confined to the lower class of White hunters and Half-breeds employed on the River". During the time of the patrols the prohibitory clauses of the Northwest Territories Act were strictly enforced, e.g., "Thomas McClelland [was] trading liquor and causing drunkenness in the Indian camps. I tried him, found him guilty and fined him \$300 and costs."

The use of poison to kill fur-bearing animals was unknown in Indian territory until the arrival of white hunters and trappers in the Athabasca and Mackenzie Districts.

Everywhere along his route, Inspector Jarvis found evidence that poison was being used.

A few whites and half-breeds were taken to court by Jarvis, convicted of using poison, and fined \$25 or \$50. Small wonder that "the Indians were much pleased at the visit of the Police and their action towards the suppression of laying out poison". Inspector Routledge's report of 1898 indicated that "the use of poison in the North country seems to have been pretty well

depuis 1882, la patrouille servirait également à assurer la souveraineté du Canada sur ce vaste territoire . . .

Ces rapports constituent les plus anciens comptes rendus, et par surcroît les seuls comptes rendus officiels de ce qui se passait dans les districts du Nord. Ces rapports ont une valeur inestimable pour l'évaluation des conditions qui ont influé sur la signature du Traité n° 8. En effet, on y décrit le mode de vie des Indiens, leurs récriminations à l'égard du nombre sans cesse croissant de commerçants, de trappeurs et de prospecteurs qui envahissaient leurs territoires de chasse ancestraux, ainsi que leurs réactions lorsque, pour la première fois, ils vinrent en contact avec ceux chargés de faire appliquer les lois canadiennes.

Les deux patrouilles suivantes furent dirigées par l'inspecteur W. R. Routledge. Au cours de l'hiver 1897 et 1898, ce dernier se rendit jusqu'à Fort Simpson, parcourant 2 172 milles en 80 jours. L'hiver suivant, la patrouille se rendit aussi loin que Fort Resolution, traversant, à son retour, le territoire de la rivière de la Paix qui devait éventuellement être visé par le Traité n° 8. Tout au long de leurs déplacements, les patrouilles étaient attentives à toute preuve de violation des lois concernant le gibier, les incendies, les boissons enivrantes et l'utilisation du poison, et elles consignaient fidèlement le détail de toutes les irrégularités observées.

Même si les quantités en cause étaient relativement minimes, le trafic illicite des boissons enivrantes dans le Nord fut l'une des premières activités auxquelles s'attachèrent les forces policières durant les patrouilles.

Routledge signala que le trafic des boissons enivrantes «était le fait uniquement de la classe inférieure des chasseurs blancs et des Sang-mêlés travaillant sur la rivière». Pendant la période au cours de laquelle circulèrent les patrouilles, les dispositions de l'Acte des territoires du Nord-Ouest interdisant le commerce des boissons enivrantes furent appliquées de manière rigoureuse, par exemple, «Thomas McClelland [faisait] le commerce des boissons enivrantes, causant ainsi l'intempérance dans les camps indiens. Je l'ai jugé, déclaré coupable et condamné à 300 \$ d'amende et aux dépens.»

Avant l'arrivée des chasseurs et trappeurs blancs dans les districts d'Athabasca et de MacKenzie, les Indiens ne savaient pas que l'on pouvait utiliser du poison pour tuer des animaux à fourrure.

Tout le long de son trajet, l'inspecteur Jarvis découvrit des éléments de preuve indiquant que l'on utilisait du poison.

Quelques Blancs et Sang-mêlés furent traduits devant les tribunaux par Jarvis, déclarés coupables d'avoir utilisé du poison et condamnés à des amendes de 25 ou 50 \$. Il n'est donc pas étonnant que «les Indiens étaient très heureux et des visites effectuées par les policiers et des mesures prises par ceux-ci en vue d'éliminer l'utilisation du poison». Dans son rapport pour

stamped out". It was the white trappers "who were the greatest offenders", and the departure of some for the Klondike gold fields reduced the use of poison. However, it still remained an occasional means of getting furs and a source of complaint to the Indians late in the 1930's.

In the face of the frequent misery and starvation of the Indian people, the Government's concern for preserving game seemed misplaced. Constant H. Giroux, OMI, Catholic missionary at Arctic Red River, wrote to Inspector Jarvis on July 1, 1897, and contrasted the Government's prompt action and efforts to preserve valuable animals and its apparent unconcern for the Indians. "I, at the same time, would beg of you to endeavour to get the same Government to show as much zeal in preserving the lives of human beings who are to be found therein." The police patrols of 1897, 1898 and 1899 witnessed and recorded these conditions:

Now with the presence of the North West Mounted Police, government did not seem so remote nor assistance so far away. By means of the annual patrol, the Police had gained the respect of the people, giving as it did the semblance of protection against intruders and security in troubled times. Some people at Fort Chipewyan firmly believe that their forefathers signed Treaty 8 because they were told that "the Queen will never let your children die from hunger". This might well be true.

What offer was to be made to the Metis of the Athabasca-Mackenzie District? Of prime importance was that "their acquiescence in the relinquishment of the aboriginal title should be secured." Finally, it was considered more conducive to their welfare and more in the public interest to take them into treaty than to give them scrip. Metis would be allowed to take treaty, if they so desired, on the judgment of the Commissioners who would determine which Metis would be dealt with as Indians. Those who were unwilling or not allowed would receive a scrip to either \$240 or 240 acres of land.

Two factors which could have influenced the boundaries and the timing of Treaty 8 should be mentioned here. Agitation by the Metis people of the Lesser Slave Lake and Peace River areas for recognition of their land claims could well have accelerated treaty plans since traditionally, settlement with the Metis had never preceded an Indian treaty.

1898, l'inspecteur Routledge a indiqué que «l'utilisation du poison dans la région du Nord semble à toute fin pratique être une chose du passé». Les trappeurs blancs étaient «les plus grands responsables de cette pratique», et le départ de certains d'entre eux pour les champs aurifères du Klondike eut pour effet de réduire l'utilisation du poison. Cependant, cette méthode de piégeage continua d'être utilisée à l'occasion, et elle donna lieu à des plaintes de la part des Indiens jusque vers la fin des années 30.

Compte tenu de la misère et de la famine qui affligeaient fréquemment les Indiens, l'intérêt que montrait le gouvernement à protéger le gibier semblait inopportun. Constant H. Giroux, O.M.I., missionnaire catholique à Arctic Red River, écrivit à l'inspecteur Jarvis, le 1^{er} juillet 1897, et fit ressortir le contraste entre la rapidité avec laquelle le gouvernement agissait afin de protéger des animaux précieux et le peu de cas qu'il faisait manifestement de la situation des Indiens. «Par la même occasion, je vous exhorte d'inciter ce gouvernement à faire montre d'autant de zèle à protéger la vie des êtres humains qui habitent ce territoire.» Les patrouilles policières qui visitèrent ce territoire en 1897, 1898 et 1899 observèrent ces conditions et les consignèrent dans leurs rapports:

Avec la présence de la Gendarmerie à cheval du Nord-Ouest, le gouvernement ne semblait plus une présence aussi lointaine et l'aide aussi éloignée. Grâce aux patrouilles annuelles, la Gendarmerie avait gagné le respect des gens, leur donnant une impression de protection contre les intrus et de sécurité au cours des périodes agitées. Certaines personnes, à Fort Chipewyan, croyaient fermement que leurs ancêtres avaient signé le Traité n° 8 parce qu'on leur avait dit que «la Reine ne laisserait jamais ses enfants mourir de faim». Cela pourrait bien être vrai.

Quelle offre devait être faite aux Métis du district d'Athabasca-Mackenzie? Il était de toute première importance que l'«on obtienne qu'ils acceptent de renoncer à leur titre ancestral.» Enfin, on a jugé qu'il était davantage dans l'intérêt du public de conclure des traités avec les Métis plutôt que de leur délivrer des certificats, et que cette solution était par ailleurs plus propice à assurer le bien-être de ceux-ci. Les Métis qui le souhaitaient seraient ainsi autorisés à conclure des traités, dans les cas où les commissaires jugeraient que les Métis en question seraient considérés comme des Indiens. Ceux qui ne voudraient pas conclure de traités ou ne seraient pas autorisés à le faire recevraient un certificat leur donnant le droit soit de toucher 240 \$ soit de recevoir 240 acres de terre.

Il convient de signaler ici deux facteurs qui ont pu influencer le moment de la conclusion du Traité n° 8 ainsi que sur le territoire visé par celui-ci. Il est fort possible que l'agitation observée chez les Métis du Petit lac des Esclaves et de la rivière de la Paix qui réclamaient que l'on reconnaisse leurs revendications territoriales ait eu pour effet d'accélérer les plans en ce qui concerne la négociation d'un traité, étant donné que, tradi-

This theory is more credible when comparison is made with the Yukon where, at the time of Treaty 8, political, economic, and social factors were similar to those in the Athabasca-Mackenzie area, but where there was no Metis population to be pacified.

In a similar vein, the influence of a powerful Edmonton politician, in the person of Frank Oliver, could well have been a determining factor in setting boundary lines. In promoting an all-Canada route to the Klondike, with Edmonton as the gateway, Oliver would try to draw Ottawa's attention to northern Alberta.

[Treaty Commissioner James A.J.] McKenna expressed his views on the reserve system in a letter to Sifton dated April 17, 1899:

... it might be desirable to give the Commissioners a freer hand. We can scarcely rely on the experience of the past in dealing with the Indians now to be treated with. When the Government negotiated for the surrender of the Indian title to the land in the organized territories, it had to deal with Indian nations which had distinct tribal organizations. The communal idea was strong and made necessary the setting apart of reserves for the continuance of the common life until the Indians could be gradually weaned from it.

The most that can be said in favour of the reserve system, however, is that reserves made it easier for the Government to control and feed the Indians in a country where it was necessary to do so. Experience does not favour the view that the system makes for the advancement of the Indians . . .

From what I have been able to learn of the North country, it would appear that the Indians there act rather as individuals than as a nation, and that any tribal organization which may exist is very slight. They live by hunting, and by individual effort, very much as the halfbreeds in that country live. They are averse to living on reserves; and as that country is not one that will ever be settled extensively for agricultural purposes it is questionable whether it would be good policy to even suggest grouping them in the future. The reserve idea is inconsistent with the life of a hunter, and is only applicable to an agricultural country. The most the Indians are likely to require in the way of reserves are small fishing stations at certain points which they might desire to have secured to them . . .

Sifton gave the Treaty Commissioners their final instructions on the matter, on May 12, 1899. Indian people could either select reserves for their bands or hold land "in severalty". This

tionnellement, jamais il n'y avait eu de règlement des revendications des Métis avant la conclusion d'un traité avec les Indiens.

Cette thèse est autant plus crédible si on compare cette situation avec celle qui existait au Yukon où, à l'époque de la signature du Traité n° 8, les conditions politiques, économiques et sociales étaient analogues à celles de la région d'Athabasca-Mackenzie, sauf pour le fait qu'on n'y trouvait aucune population métis devant être pacifiée.

Dans la même veine, il est bien possible que le rôle joué par un influent politicien d'Edmonton, Frank Oliver, ait constitué un facteur déterminant dans la délimitation du territoire visé. En effet, il était certain que Oliver, qui encourageait l'établissement d'une route trans-canadienne en direction du Klondike, avec Edmonton comme porte d'entrée, ne manquerait pas d'attirer l'attention d'Ottawa sur le nord de l'Alberta.

[Commissaire chargé de la négociation du traité, James A.J.] McKenna a fait part de ses vues sur le système d'établissement de réserves dans une lettre datée du 17 avril 1899 et adressée à Sifton:

... il faudrait peut-être donner aux commissaires plus de pouvoirs. Nous ne pouvons guère nous fonder sur l'expérience passée pour négocier avec les Indiens auxquels nous avons maintenant affaire. Quand le gouvernement négociait l'abandon du titre des Indiens sur les terres des territoires organisés, il s'adressait à des nations indiennes qui possédaient des organisations tribales distinctes. L'idée de collectivité était forte chez eux et rendait nécessaire la création de réserves pour que les Indiens y poursuivent leur vie communautaire jusqu'à ce qu'ils puissent en être détournés progressivement.

Toutefois, la meilleure chose que l'on puisse dire à propos du régime des réserves est qu'il a permis au gouvernement de contrôler et de nourrir plus facilement les Indiens dans une région où il était nécessaire de le faire. L'expérience n'appuie pas l'opinion selon laquelle ce régime favorise l'épanouissement des Indiens . . .

D'après ce que j'ai pu apprendre au sujet du Nord, il semble que les Indiens qui y vivent agissent davantage à titre individuel qu'en tant que nation et qu'ils possèdent très peu d'organisation tribale. Ils vivent de chasse et d'efforts individuels, à peu près comme les Métis. Ils sont contre l'idée de vivre dans des réserves; et comme il est impossible que ce pays devienne jamais fortement colonisé, on peut se demander s'il serait de bonne politique de suggérer même de les grouper dans l'avenir. L'idée de réserve est incompatible avec la vie de chasseur et ne peut s'appliquer que dans un pays agricole. En ce qui concerne les réserves, les Indiens ne demanderont vraisemblablement tout au plus que certains petits postes de pêche à certains endroits . . .

Sifton a, le 12 mai 1899, donné aux commissaires chargés de négocier le traité leurs dernières instructions sur cette question. Les Indiens pouvaient soit choisir des réserves pour leurs

meant that any Indian family could have its own small reserve, apart from those of other families or bands.

The story is long and complicated. Many prominent Indians, mentioned in this case in evidence, participated in the negotiations, including Chief Keenooshayo and Councillor Moostoos. The legendary priest, Father Albert Lacombe was also prominently involved. This time, the Hon. David Laird did not show the same skill and patience which he had earlier evinced. This Treaty involved hard bargaining. The Indians appeared to have a most sophisticated appreciation of what they considered their best interests and the Commissioners appeared to be quite ill-informed and bumbling. The affidavit of James K. Cornwall (Peace River Jim) (page 74) was made to record his recollections of the negotiations. He recorded in paragraph 3 thereof that Moostoos was most persuasive in convincing the Commissioners that what was appropriate for the plains Indians, was inappropriate for the bush Indians. The Indians refused to sign the Treaty draft as read to them by Laird.

Promises were made, and it is alleged, promises were broken. It is stated that the governmental regulation of hunting and fishing was not included in the Treaty which was finally signed, but was inserted into the printed version which was later distributed.

To make a long, complicated, turbulent story concise, the chapter's summary, at page 100 serves well:

The haste of the Treaty Commissioner in securing Indian signatures on a piece of paper removes any illusions that the Treaty was a contract signed by equal partners. How to characterize it remains a question, but the fact remains that Government officials in Ottawa, who drafted the terms of the Treaty, had little knowledge or comprehension of Indians, or their way of life in the Northwest. Given the extreme physical hardships which the Indians had experienced through many winters, it is no wonder that the prospect of supplies and cash was a deciding factor for them in accepting the Treaty. The Commissioners could afford some self-satisfaction since they had overcome resistance and dispelled suspicion wherever they encountered it. They could report to Ottawa:

bandes soit des propriétés «individuelles». En conséquence, chaque famille indienne pouvait avoir sa propre petite réserve, distincte de celle des autres familles ou bandes.

Il s'agit d'une histoire longue et complexe. Bon nombre d'Indiens bien connus et dont il a été fait état dans la preuve présentée au cours de la présente action ont participé aux négociations, notamment le chef Keenooshayo et le conseiller Moostoos. Le père Albert Lacombe, prêtre célèbre, a également joué un rôle important. À cette occasion, toutefois, l'honorable David Laird n'a pas fait montre de la même habileté et de la même patience qu'au cours des négociations précédentes. Ce traité a donné lieu à des négociations serrées. En effet, il semble que les Indiens comprenaient très bien ce qui était leur meilleur intérêt et que les commissaires étaient très mal renseignés et très maladroits. L'affidavit de James K. Cornwall (Peace River Jim) (page 74) a été préparé afin qu'il y consigne son souvenir de ces négociations. Il a indiqué, au paragraphe 3 de l'affidavit, que Moostoos avait fait preuve de beaucoup de persuasion afin de convaincre les commissaires que la solution qui convenait aux Indiens des plaines ne convenait pas aux Indiens des bois. Les Indiens refusèrent de signer le projet de traité que leur avait lu Laird.

Des promesses ont été faites et, allègue-t-on, des promesses n'ont pas été tenues. On affirme que la réglementation de la chasse et de la pêche par le gouvernement n'était pas un des éléments du traité qui a ultimement été signé, mais que cet aspect a été inséré à la version imprimée qui a par la suite été distribuée.

Le résumé du chapitre, à la page 100 relate de façon concise l'historique par ailleurs long et complexe de ces événements turbulents:

[TRADUCTION] L'empressement qu'a mis le commissaire chargé de négocier le traité à recueillir les signatures des Indiens sur le document enlève toute illusion que le traité était un contrat signé par des partenaires égaux. On ne sait pas encore comment qualifier ce document, mais il n'en demeure pas moins que les représentants gouvernementaux qui ont, à Ottawa, rédigé les conditions du traité savaient peu de choses des Indiens du Nord-Ouest ou de leur mode de vie. Compte tenu des privations extrêmes qu'avaient connues les Indiens pendant de nombreux hivers, il n'est pas étonnant que la perspective d'obtenir de l'argent et des approvisionnements s'est révélée un facteur décisif dans leur décision d'accepter le traité. Les commissaires pouvaient, dans une certaine mesure, être contents d'eux-mêmes puisqu'ils étaient parvenus à vaincre la

... it was possible to eradicate any little misunderstanding that had arisen in the minds of the more intelligent, and great pains were taken to give such explanations as seemed most likely to prevent any possibility of misunderstandings in future.

Without doubt, the support of the missionaries and the presence of the North West Mounted Police encouraged the Indians to put faith in the Government representatives. The Treaty was seen by the Indians as a friendship pact, which would permit peaceful settlement of the country; land surrender or relinquishment of title were not issues for them. However, there were certain basic assurances which they wanted from the Government: freedom to hunt, trap, fish, and move freely. When promises were given that these would be protected, the Indians accepted government assistance, satisfied that their livelihood and that of their children would not be endangered. Expedient answers and facile promises were the substance of these Treaty negotiations.

The author's assertion of unequal partners is rendered very doubtful by the author's own narrative text throughout Chapter II, above referred to. In many, if not most bargains, equal partners do not achieve all their expectations. What the Indians understood was that they would receive considerable benefits from Treaty 8. Not making a treaty would have left their very survival in acute jeopardy. Hindsight always evinces 20-20 vision, but even hindsight cannot diminish the salient *quid pro quo* which inhered in Treaty 8.

The Treaties Texts

The three Treaties under consideration here (Exhibits 126, 127 and 128: also parties' books of authorities) were predicated on the use and occupation of land in western Canada. There are of course certain ramifications which have subsequently been elucidated by jurisprudence, most notably in the area of hunting, trapping and fishing. Those ramifications are of little concern here. It must be remembered that all the treaties operate in the context of, and subject to the Indian Act of the day.

résistance des Indiens et à écarter la méfiance qu'ils avaient rencontrée. Les commissaires ont effectivement pu rapporter ce qui suit à Ottawa:

... il a été possible de faire disparaître les quelques petits malentendus qui étaient survenus dans l'esprit des plus intelligents, et l'on a fait tous les efforts pour fournir toutes les explications de nature à prévenir toute possibilité de malentendu.

Il ne fait aucun doute que l'appui des missionnaires et la présence de la Gendarmerie à cheval du Nord-Ouest a encouragé les Indiens à faire confiance aux représentants du gouvernement. Le traité a été considéré par les Indiens comme un pacte d'amitié, qui permettrait la colonisation pacifique du territoire. La cession des terres ou la renonciation à leur titre n'étaient pas des questions qui les préoccupaient. Cependant, ils voulaient néanmoins obtenir certaines garanties fondamentales du gouvernement: la liberté de chasser, de piéger, de chasser et de se déplacer librement. Lorsqu'on leur a promis que cette liberté serait protégée, les Indiens acceptèrent l'aide du gouvernement, convaincus que leur subsistance et celle de leurs enfants ne seraient pas menacées. Essentiellement, les négociations ayant abouti au traité ont été caractérisées par des promesses faciles et des réponses teintées d'opportunisme.

Le bien-fondé de l'affirmation de l'auteur selon laquelle le traité a été conclu par les partenaires inégaux devient beaucoup moins certain à la lumière du récit qu'il fait lui-même des faits pertinents dans le chapitre II susmentionné. Dans bon nombre de négociations, sinon dans tous les cas, des partenaires égaux n'obtiennent pas tout ce qu'ils veulent. Ce que les Indiens comprenaient, c'est qu'ils tireraient des avantages considérables du Traité n° 8. Ne pas avoir conclu de traité aurait menacé considérablement leur survie. Le recul du temps permet toujours d'avoir une vision parfaite des événements, mais même le recul du temps ne peut réduire la valeur de la contrepartie évidente qui découlait intrinsèquement du Traité n° 8.

Le texte des traités

Les trois traités qui nous intéressent en l'espèce (les pièces 126, 127 et 128: qui se trouvent également dans les recueils de textes de loi, jurisprudence et doctrine des parties) reposent sur l'utilisation et l'occupation des terres de l'Ouest du Canada. Évidemment, certains aspects de ces traités ont par la suite été élucidés dans la jurisprudence, plus particulièrement en ce qui concerne la chasse, la pêche et le piégeage. Ces aspects nous intéressent peu dans le présent cas. Il convient de rappeler que tous ces traités s'appliquent en corrélation avec le texte pertinent de l'Acte des Sauvages.

The Treaties are too voluminous to recite here, but selected passages will be considered. All begin with similar preambular recitals, and for that purpose Treaty 6 might be taken as being generally illustrative and the most extensively quoted:

Treaty No. 6

Articles of a Treaty made and concluded near Carlton, on the twenty-third day of August, and on the twenty-eighth day of said month, respectively, and near Fort Pitt on the ninth day of September . . . [1876], between Her Most Gracious Majesty the Queen . . . by her Commissioners, the Honorable Alexander Morris, Lieutenant-Governor of the Province of Manitoba and the North-West Territories, and the Honorable James McKay and the Honorable William Joseph Christie, of the one part, and the Plain and the Wood Crees Tribes of Indians, and the other Tribes of Indians, inhabitants of the country within the limits hereinafter defined and described, by their Chiefs, chosen and named as hereinafter mentioned, of the other part.

WHEREAS the Indians inhabiting the said country have, pursuant to an appointment made by the said Commissioners, been convened at meetings at Fort Carlton, Fort Pitt and Battle River, to deliberate upon certain matters of interest to Her Most Gracious Majesty, of the one part, and the said Indians of the other;

And whereas the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commissioners that it is the desire of Her Majesty to open up for settlement, immigration and such other purposes as to Her Majesty may seem meet, a tract of country, bounded and described as hereinafter mentioned, and to obtain the consent thereto of her Indian subjects inhabiting the said tract, and to make a treaty and arrange with them, so that there may be peace and good will between them and Her Majesty, and that they may know and be assured of what allowance they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence;

And whereas the Indians of the said tract, duly convened in council as aforesaid, and being requested by Her Majesty's Commissioners to name certain Chiefs and head men, who should be authorized, on their behalf, to conduct such negotiations and sign any treaty to be founded thereon, and to become responsible to Her Majesty for the faithful performance by their respective bands of such obligation as shall be assumed by them, the said Indians have thereupon named for that purpose, that is to say:—representing the Indians who make the treaty at Carlton, the several Chiefs and Councillors who have subscribed hereto, and representing the Indians who make the treaty at Fort Pitt, the several Chiefs and Councillors who have subscribed hereto;

And thereupon, in open council, the different bands having presented their Chiefs to the said Commissioners as the Chiefs and head men, for the purposes aforesaid, of the respective bands of Indians inhabiting the district hereinafter described;

Ces traités sont trop volumineux pour qu'on les reproduise ici au complet, mais nous en examinerons certains passages. Comme chacun de ces traités comporte un préambule analogue, les plus larges extraits sont tirés du Traité n° 6 et servent d'illustrations générales:

Traité n° 6

Articles d'un traité fait et conclu près de Carlton, le vingt-troisième jour d'août, et le vingt-huitième jour du même mois, respectivement, et près du fort Pitt le neuvième jour de septembre . . . [1876], entre Sa Très Gracieuse Majesté la Reine . . . par ses Commissaires, l'honorable Alexander Morris, lieutenant-gouverneur de la province de Manitoba et des Territoires du Nord-Ouest, et l'honorable James Christie, d'une part, et les tribus des Cris des Plaines et des Bois, et les autres tribus de Sauvages, habitants du pays, dans l'étendue des limites ci-après définies et décrites, par leurs chefs, choisis et nommés, tel que ci-après mentionné, d'autre part.

CONSIDÉRANT que les Sauvages, habitant le dit pays se sont, conformément à un rendez-vous indiqué par les dits Commissaires, rendus à des conférences au Fort Carlton, au Fort Pitt et à la rivière à la Bataille, pour délibérer sur certaines affaires qui intéressent Sa Très Gracieuse Majesté, d'une part, et les dits Sauvages de l'autre;

Et considérant que les dits Sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, à l'immigration et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables, une étendue de pays, bornée et décrite, tel que ci-après mentionné, et d'obtenir à cet égard le consentement de ses sujets Sauvages habitant le dit pays, et de faire un Traité et de s'arranger avec eux, de manière que la paix et la bonne harmonie puissent exister entre eux et Sa Majesté, et qu'ils puissent connaître et savoir avec certitude quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de Sa Majesté;

Et considérant que les Sauvages de la dite étendue de pays, se sont dûment réunis en conseil comme ci-dessus, et qu'étant requis par les Commissaires de Sa Majesté de nommer certains chefs et hommes marquants, qui seraient autorisés en leur nom, à conduire ces négociations et à signer un traité d'après elles, et à devenir responsables envers Sa Majesté du fidèle accomplissement de la part de ces bandes des obligations qu'elles contracteront, les dits Sauvages ont, en conséquence, nommé à cette fin, à savoir: comme représentant les Sauvages qui ont fait le traité à Carlton, les divers chefs et conseillers qui y ont apposé leurs signatures, et comme représentant les Sauvages qui ont fait le traité au Fort Pitt, les divers chefs et conseillers qui y ont aussi apposé leur nom;

Et là-dessus, en plein conseil, les différentes bandes ayant présenté leurs chefs aux dits Commissaires comme les chefs et les hommes marquants, pour les fins susdites, des bandes respectives des Sauvages habitant le district ci-après décrit;

And whereas the said Commissioners then and there received and acknowledged the persons so represented, as Chiefs and head men, for the purposes aforesaid, of the respective bands of Indians inhabiting the said district hereinafter described;

And whereas the said Commissioners have proceeded to negotiate a treaty with the said Indians, and the same has been finally agreed upon and concluded as follows, that is to say:

The Plain and Wood Cree Tribes of Indians, and all other the Indians inhabiting the district hereinafter described and defined, do hereby cede, release, surrender and yield up to the Government of the Dominion of Canada for Her Majesty the Queen and her successors forever, all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands included within the following limits, that is to say:

And also all their rights, titles and privileges whatsoever, to all other lands, wherever situated, in the North-West Territories, or in any other Province or portion of Her Majesty's Dominions, situated and being within the Dominion of Canada;

The tract comprised within the lines above described, embracing an area of one hundred and twenty-one thousand square miles, be the same more or less;

To have and to hold the same to Her Majesty the Queen and her successors forever;

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians, and other reserves for the benefit of the said Indians, to be administered and dealt with for them by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, provided all such reserves shall not exceed in all one square mile for each family of five, or in that proportion for larger or smaller families, in manner following, that is to say:—

That the Chief Superintendent of Indian Affairs shall depute and send a suitable person to determine and set apart the reserves for each band, after consulting with the Indians thereof as to the locality which may be found to be most suitable for them;

Provided, however, that Her Majesty reserves the right to deal with any settlers within the bounds of any lands reserved for any band as she shall deem fit, and also that the aforesaid reserves of land or any interest therein may be sold or otherwise disposed of by Her Majesty's Government for the use and benefit of the said Indians entitled thereto, with their consent first had and obtained; and with a view to show the satisfaction of Her Majesty with the behavior and good conduct of her Indians, she hereby, through her Commissioners, makes them a present of twelve dollars for each man, woman and child belonging to the bands here represented, in extinguishment of all claims heretofore preferred;

Et considérant que les dits Commissaires ont alors et là reçu et reconnu les personnes ainsi présentées comme les chefs et les hommes marquants, pour les fins susdites, des bandes respectives des Sauvages habitant le dit district ci-après décrit;

^a Et considérant que les dits Commissaires ont procédé à négocier un traité avec les dits Sauvages, et que ce traité a été finalement accepté et conclu comme suit, savoir:

^b Les tribus des Sauvages Cris des Plaines et des Bois, et tous les autres Sauvages habitant le district ci-après décrit et défini, par le présent cèdent, abandonnent, remettent et rendent au gouvernement de la Puissance du Canada pour Sa Majesté la Reine et Ses Successeurs à toujours, tous droits, titres et privilèges quelconques, qu'ils peuvent avoir aux terres comprises dans les limites suivantes, savoir:

^c Et aussi tous les droits, titres et privilèges quelconques qu'ils peuvent avoir à toutes autres terres, partout où elles se trouveront, dans les Territoires du Nord-Ouest, ou dans toute autre province ou partie des possessions de Sa Majesté, sises et situées dans les limites [sic] du Canada;

^d L'étendue de pays comprise dans les lignes ci-dessus tracées, embrassant une superficie de cent vingt et un mille carrés, plus ou moins;

^e Pour par Sa Majesté la Reine et Ses Successeurs avoir et posséder la dite étendue de pays à toujours;

^f Et Sa Majesté la Reine par le présent convient et s'oblige de mettre à part des réserves propres à la culture de la terre, tout en ayant égard aux terres présentement cultivées par les dits Sauvages, et d'autres réserves pour l'avantage des dits Sauvages, lesquelles seront administrées et gérées pour eux par le gouvernement de Sa Majesté pour la Puissance du Canada, pourvu que toutes telles réserves ne devront pas excéder en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites, en la manière suivante, savoir:

^g Que le surintendant en chef des Affaires des Sauvages devra députer en [sic] envoyer une personne compétente pour déterminer et assigner les réserves pour chaque bande, après s'être consulté avec les Sauvages de telle bande quant au site que l'on pourra trouver le plus convenables par eux.

^h Pourvu, néanmoins, que Sa Majesté se réserve le droit de régler avec tous les colons établis dans les limites de toute terre réservée pour une bande de la manière qu'elle trouvera convenable, et aussi que les dites réserves de terre ou tout droit en icelles pourront être vendues et adjugées par le gouvernement de Sa Majesté pour le bénéfice et avantage des dits Sauvages, qui y auront droit, après qu'on aura au préalable obtenu leur consentement; et dans le but de faire voir la satisfaction que Sa Majesté éprouve à la vue du comportement et de la bonne conduite de ses Sauvages, elle leur accorde par le présent, en agissant par l'intermédiaire de ses commissaires, un présent de douze piastres pour chaque homme, femme et enfant appartenant aux bandes ici représentées, en satisfaction de toutes réclamations ci-devant existantes;

And further, Her Majesty agrees to maintain schools . . .

Et en outre, Sa Majesté s'engage de maintenir des écoles . . .

Her Majesty further agrees with her said Indians that within the boundary of Indian reserves, until otherwise determined by her Government of the Dominion of Canada, no intoxicating liquor shall be allowed to be introduced or sold, and all laws now in force or hereafter to be enacted to preserve her Indian subjects inhabiting the reserves or living elsewhere within her North-West Territories from the evil influence of the use of intoxicating liquors, shall be strictly enforced;

Sa Majesté, en outre, convient avec les dits Sauvages que dans l'étendue des limites des réserves des Sauvages, jusqu'à ce qu'il en ait été décidé autrement par son gouvernement de la Puissance du Canada, on ne permettra pas l'introduction ni la vente d'aucune boisson enivrante, et toutes les lois, maintenant en force ou qui pourront le devenir plus tard pour préserver ses sujets sauvages, demeurant sur les réserves ou ailleurs dans les limites des territoires du Nord-Ouest, des effets pernicieux provenant de l'usage des liqueurs enivrantes, seront observées rigoureusement;

Her Majesty further agrees with her said Indians that they, the said Indians, shall have right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as herein-before described, subject to such regulations as may from time to time be made by her Government of her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may from time to time be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by her said Government of the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof, duly authorized therefor, by the said Government;

Sa Majesté, en outre, convient avec les dits Sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse et de la pêche dans l'étendue de pays cédée, tel que ci-dessus décrite, sujets à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement de la Puissance du Canada, et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois ou autres par son dit gouvernement de la Puissance du Canada, ou par aucun de ses sujets y demeurant, et qui seront dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement.

It is further agreed between Her Majesty and her said Indians, that such sections of the reserves above indicated as may at any time be required for public works or buildings of what nature soever, may be appropriated for that purpose by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, due compensation being made for the value of any improvements thereon;

Il est de plus convenu entre Sa Majesté et les dits Sauvages que telles parties des réserves ci-dessus indiquées qui pourront de temps à autre être requises pour des travaux ou des édifices publics de quelque nature que ce soit, pourront être prises dans ce but par le gouvernement de Sa Majesté de la Puissance du Canada, et il sera accordé une indemnité convenable en compensation des améliorations qui y auront été faites;

And further, that Her Majesty's Commissioners shall, as soon as possible after the execution of this treaty, cause to be taken, an accurate census of all the Indians inhabiting the tract above described, distributing them in families, and shall in every year ensuing the date hereof, at some period in each year, to be duly notified to the Indians, and at a place or places to be appointed for that purpose, within the territories ceded, pay to each Indian person the sum of five dollars per head yearly;

Et, en outre, que les commissaires de Sa Majesté devront, aussitôt que possible après l'exécution de ce traité, faire prendre un recensement exact de tous les Sauvages habitant l'étendue de pays ci-dessus décrite, en les rangeant par familles, et ils devront, chaque année après la date de ce recensement, à une certaine époque de l'année, dont on donnera dûment avis aux Sauvages, et dans un endroit ou des endroits désignés à cet effet, dans l'étendue des limites des territoires cédés, payer à chaque personne Sauvage la somme de cinq piastres par tête annuellement;

. . .

. . .

[Provisions for agriculture and livestock raising.]

[Clauses concernant l'agriculture et l'élevage.]

It is further agreed between Her Majesty and the said Indians, that each Chief, duly recognized as such, shall receive an annual salary of twenty-five dollars per annum; and each subordinate officer, not exceeding four for each band, shall receive fifteen dollars per annum; and each such Chief and subordinate officer as aforesaid, shall also receive, once every three years, a suitable suit of clothing . . .

Il est, en outre, convenu entre Sa Majesté et les dits Sauvages que tout chef, dûment reconnu comme tel, devra recevoir un traitement annuel de vingt-cinq piastres par année; et tout officier subalterne, n'excédant pas le nombre de quatre pour chaque bande, devra recevoir quinze piastres par année; et tout tel chef et officier subalterne comme susdit devra également recevoir, une fois tous les trois ans, un habillement complet convenable . . .

[Relief of pestilence or general famine.]

[Secours contre la peste et la famine.]

. . .

. . .

[Medicine]

And the undersigned Chiefs, on their behalf, and on behalf of all other Indians inhabiting the tract within ceded, do hereby solemnly promise and engage to strictly observe this treaty, and also to conduct and behave themselves as good and loyal subjects of Her Majesty the Queen;

They promise and engage that they will in all respects obey and abide by the law, and they will maintain peace and good order between each other, and also between themselves and other tribes of Indians, and between themselves and others of Her Majesty's subjects, whether Indians or whites, now inhabiting or hereafter to inhabit any part of the said ceded tracts, and that they will not molest the person or property of any inhabitant of such ceded tracts, or the property of Her Majesty the Queen, or interfere with or trouble any person passing or travelling through the said tracts or any part thereof; and that they will aid and assist the officers of Her Majesty in bringing to justice and punishment any Indian offending against the stipulations of this treaty, or infringing the laws in force in the country so ceded.

Taken all-in-all with the Act and the negotiations, no treaty right of Indians to control their band or reserve membership can be discerned. They understood that to be so.

Treaty No. 7

Articles of a Treaty made and concluded this twenty-second day of September . . . [1877], between Her Most Gracious Majesty the Queen . . . by her Commissioners, the Honorable David Laird, Lieutenant-Governor and Indian Superintendent of the North-West Territories, and James Farquharson McLeod, C.M.G., Commissioner of the North-West Mounted Police, of the one part, and the Blackfeet, Blood, Piegan, Sarcee, Stony, and other Indians, inhabitants of the territory north of the United States boundary line, east of the central range of the Rocky Mountains, and south and west of Treaties Numbers Six and Four, by their head Chiefs and minor Chiefs or Councilors, chosen as hereinafter mentioned, of the other part:

WHEREAS . . .

And whereas the said Commissioners have proceeded to negotiate a treaty with the said Indians; and the same has been finally agreed upon and concluded as follows, that is to say: the Blackfeet, Blood, Piegan, Sarcee, Stony and other Indians inhabiting the district hereinafter more fully described and defined, do hereby cede, release, surrender, and yield up to the Government of Canada for Her Majesty the Queen and her

[Médicaments]

Et les chefs soussignés, en leur nom et au nom de tous les autres Sauvages habitant l'étendue du pays présentement cédé, déclarent solennellement par les présentes qu'ils s'engagent et promettent d'observer strictement ce traité, et aussi de se conduire et comporter comme de bons et loyaux sujets de Sa Majesté la Reine.

Ils promettent et s'engagent que sous tous les rapports ils subiront et se conformeront à la loi, et qu'ils maintiendront la paix et la bonne harmonie entre eux, et aussi entre eux et les autres tribus de Sauvages, ainsi qu'entre eux-mêmes et les autres sujets de Sa Majesté, qu'ils soient Sauvages ou blancs, habitant maintenant ou devant habiter par la suite quelque partie de la dite étendue de pays cédée, et qu'ils ne molesteront pas la personne ou la propriété d'aucun habitant de telle étendue du dit pays cédé, ni la propriété de Sa Majesté la Reine, et qu'ils n'inquiéteront pas ni ne troubleront aucune personne passant ou voyageant dans la dite étendue de pays ou aucune partie d'icelle, et qu'ils aideront et assisteront les officiers de Sa Majesté à amener à justice et à châtement tout Sauvage contrevenant aux dispositions de ce traité ou enfreignant les lois en force dans ce pays ainsi cédé.

L'examen du texte de ce traité, en corrélation avec l'Acte et les négociations, ne révèle pas l'existence, en faveur des Indiens, de quelque droit qui leur aurait été accordé par le traité et qui les aurait autorisés à décider de l'appartenance aux effectifs de leurs bandes ou réserves. C'est ce que comprenaient les Indiens.

Traité n° 7

Articles d'un traité fait et conclu, le vingt-deuxième jour de septembre . . . [1877] entre Sa Très Gracieuse Majesté la Reine . . . , par ses Commissaires, l'honorable David Laird, lieutenant-gouverneur et surintendant des Sauvages des Territoires du Nord-Ouest, et James Farquharson MacLeod, C.M.G. commissaire de la police à cheval du Nord-Ouest, d'une part, et les tribus des Pieds-Noirs, des Gens du Sang, des Piégânes, des Sarcis, des Stony, et des autres tribus de Sauvages, habitants du pays situé au nord de la ligne frontière des États-Unis et à l'est de la chaîne centrale des Montagnes-Rocheuses, et au sud et à l'ouest des traités Nos. 4 et 6 et par leurs chefs, sous-chefs ou conseillers, choisis tel que ci-après mentionné d'autre part.

CONSIDÉRANT . . .

Et considérant que les dits Sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables, une étendue de pays, bornée et décrite, tel que ci-après mentionné, et d'obtenir à cet égard le consentement de ses sujets Sauvages habitant le dit pays, et de faire un Traité et de s'arranger avec eux,

successors forever, all their rights, titles and privileges whatsoever to the lands included within the following limits, that is to say:

. . .

And Her Majesty the Queen hereby agrees with her said Indians, that they shall have right to pursue their vocations of hunting throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may, from time to time, be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty; and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, trading or other purposes by her Government of Canada, or by any of her Majesty's subjects duly authorized therefor by the said Government.

It is also agreed between Her Majesty and her said Indians that reserves shall be assigned them of sufficient area to allow one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families, and that said reserves shall be located as follows, that is to say:

First—The reserves of the Blackfeet, Blood and Sarcee bands of Indians, shall consist of . . .

Secondly—That the reserve of the Piegan band of Indians shall be on the Old Man's River, near the foot of the Porcupine Hills, at a place called "Crow's Creek."

And thirdly—The reserve of the Stony band of Indians shall be in the vicinity of Morleyville.

In view of the satisfaction of Her Majesty with the recent general good conduct of her said Indians, and in extinguishment of all their past claims, she hereby, through her Commissioners, agrees to make them a present payment of twelve dollars each in cash to each man, woman and child of the families here represented.

[Payments forever]

. . .

Further, Her Majesty agrees that the sum of two thousand dollars shall hereafter every year be expended in the purchase of ammunition for distribution among the said Indians; provided that if at any future time ammunition became comparatively unnecessary for said Indians, her Government, with the consent of said Indians, or any of the bands thereof, may expend the proportion due to such band otherwise for their benefit.

Further, Her Majesty agrees that each head Chief and minor Chief, and each Chief and Councillor duly recognized as such,

de manière que la paix et la bonne harmonie puissent exister entre eux et Sa Majesté et entre eux et les autres sujets de Sa Majesté, et qu'ils puissent connaître à savoir avec certitude quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de Sa Majesté;

a

. . .

Et Sa Majesté la Reine, convient avec les dits Sauvages qu'ils auront le droit de s'avérer [*sic*] à leurs occupations ordinaires de la chasse dans l'étendue de pays cédée, tel que ci-dessus décrite, sujet à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement du Canada agissant au nom de Sa Majesté; et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois ou autres par son dit gouvernement du Canada, ou par chacun de ses sujets y demeurant, et qui seront dûment autorisés à cet effet par le dit gouvernement;

c

Et Sa Majesté la Reine par le présent convient et s'oblige de mettre à part des réserves propres à la culture de la terre, pourvu que toutes telles réserves ne devront pas excéder en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites, et les dites réserves seront placées aux endroits suivants, savoir:—

d

Premièrement.—Les réserves des Pieds-Noirs, des Gens du Sang, et des Sarcis se composeront . . .

e

Deuxièmement—Que la réserve de la bande de Sauvages Piégânes sera sur la rivière du Vieux, à un endroit appelé «Ruisseau du Corbeau», au pied des collines du Porc-Epic.

Troisièmement—La réserve de la bande de Sauvages Stony sera dans le voisinage de Morleyville.

f

En considération du plaisir causé à Sa Majesté par la bonne conduite récente de les [*sic*] dits Sauvages, et en compensation de toutes les réclamations antérieures. Elle s'engage, par ses commissaires à leur faire présent d'un paiement de douze dollars en argent à chaque homme, femme et enfant des familles ici présentes.

g

[Paiements perpétuels]

. . .

Il est en outre convenu entre Sa Majesté et les dits Sauvages que la somme de deux mille dollars sera accordée chaque année subséquente pour l'achat de munitions devant être distribuées parmi les dits Sauvages; pourvu toutefois, que si à une époque ultérieure les munitions devenaient comparativement inutiles aux dits Sauvages, son gouvernement, du consentement des dits Sauvages ou d'aucune des bandes, dépasserait [*sic*]**** la proportion due à chaque bande à une autre fin et à leur avantage.

h

i

Il est en outre convenu que Sa Majesté donnera à chaque chef et sous-chef et à chaque chef et conseiller dûment reconnu

**** NdT: D'après le contexte et comme le terme anglais correspondant est «*expend*», on voulait sans doute dire «dépenserait».

shall, once in every three years, during the term of their office, receive a suitable suit of clothing, and each head Chief and Stony Chief, in recognition of the closing of the treaty, a suitable medal and flag, and next year, or as soon as convenient, each head Chief, and minor Chief, and Stony Chief shall receive a Winchester rifle.

[Provisions for livestock and agriculture.]

[Indians promise to be loyal subjects of the sovereign, to obey the laws of Canada and to molest no one.]

Taken all-in-all with the Act and the negotiations, no treaty right of Indians to control their band or reserve membership can be discerned. They understood that to be so.

Treaty No. 8

Articles of a Treaty made and concluded at the several dates mentioned therein, in the year of Our Lord [1899], between Her most Gracious Majesty the Queen . . . by Her Commissioners the Honourable David Laird, of Winnipeg, Manitoba, Indian Commissioner for the said Province and the Northwest Territories; James Andrew Joseph McKenna, of Ottawa, Ontario, Esquire, and the Honourable James Hamilton Ross, of Regina, in the Northwest Territories, of the one part; and the Cree, Beaver, Chipewyan, and other Indians, inhabitants of the territory within the limits hereinafter defined and described, by their Chiefs and Headmen, hereunto subscribed, of the other part:—

Whereas, the Indians inhabiting the territory hereinafter defined have pursuant to notice given by the Honourable Superintendent General of Indian Affairs in the year 1898, been convened to meet a Commission representing Her Majesty's Government of the Dominion of Canada at certain places in the said territory in this present year 1899, to deliberate upon certain matters of interest to Her Most Gracious Majesty, of the one part, and the said Indians of the other.

And whereas the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering, and such other purposes as to Her Majesty may seem meet, a tract of country bounded and described as herein-after mentioned, and to obtain the consent thereto of Her Indian subjects inhabiting the said tract, and to make a treaty, and arrange with them, so that there may be peace and good will between them and Her Majesty's other subjects, and that Her Indian people may know and be assured of what

comme tel, une fois tous les trois ans pendant la durée de leurs fonctions, un habillement complet convenable, et à chaque chef et conseiller des Stony, en reconnaissance de la signature du traité, un pavillon et une médaille convenables, et l'année prochaine ou aussitôt que la chose pourra avoir lieu commodément, chaque chef et sous-chef et chef des Stony recevra une carabine Winchester.

[Paiements pour le bétail et l'agriculture.]

[Promesses des Indiens d'être des loyaux sujets de Sa Majesté, d'observer les lois du Canada et de ne molester personne.]

L'examen du texte de ce traité, en corrélation avec l'Acte et les négociations, ne révèle pas l'existence, en faveur des Indiens, de quelque droit qui leur aurait été accordé par le traité et qui les aurait autorisés à décider de l'appartenance aux effectifs de leurs bandes ou de leurs réserves. C'est ce que comprenaient les Indiens.

Traité n° 8

Articles d'un traité fait et conclu aux différentes dates y mentionnées, [1899], entre Sa Très Gracieuse Majesté . . . par ses commissaires l'honorable David Laird, de Winnipeg, Manitoba, Commissaire des Sauvages de la dite province et des Territoires du Nord-Ouest, James Andrew Joseph McKenna, d'Ottawa, Ontario, écuyer, et l'honorable James Hamilton Ross, de Régina, dans les Territoires du Nord-Ouest, d'une part; et les sauvages Cris, Castors, Chipewyans et autres, habitant les territoires compris dans les limites ci-après définies et décrites, par leurs chefs et conseillers soussignés, d'autre part:

Considérant que les sauvages habitant le pays ci-après décrit se sont conformément à un avis donné par l'honorable Surintendant général des Affaires des Sauvages en l'année 1898, réunis en conférence pour rencontrer une commission représentant le gouvernement de Sa Majesté pour le Dominion du Canada, à certains endroits dans les dits territoires dans cette présente année 1899, pour délibérer sur certaines affaires qu'intéressent Sa Très Gracieuse Majesté, d'une part, et les dits sauvages, d'autre part;

Et considérant que les dits sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, à l'immigration, au commerce, aux opérations minières et forestières et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables, une étendue de pays, bornée et décrite, tel que ci-après mentionné, et d'obtenir à cet égard le consentement de ses sujets sauvages habitant le dit pays, et de faire un Traité et de s'arranger avec eux de manière que la paix et la bonne harmonie puissent exister entre eux et les autres sujets de Sa Majesté, et qu'ils puis-

allowances they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence.

And whereas the said Commissioners have proceeded to negotiate a treaty with the Cree, Beaver, Chipewyan and other Indians, inhabiting the district hereinafter defined and described, and the same has been agreed upon and concluded by the respective Bands at the dates mentioned hereunder, the said Indians DO HEREBY CEDE, RELEASE, SURRENDER AND YIELD UP to the Government of the Dominion of Canada, for Her Majesty the Queen and Her successors for ever, all their rights, titles and privileges whatsoever, to the lands included within the following limits, that is to say:—

And also the said Indian rights, titles and privileges whatsoever to all other lands wherever situated in the Northwest Territories, British Columbia, or in any other portion of the Dominion of Canada.

To have and to hold the same to Her Majesty the Queen and Her successors for ever.

And Her Majesty the Queen hereby agrees with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for such bands as desire reserves, the same not to exceed in all one square mile for each family of five for such number of families as may elect to reside on reserves, or in that proportion for larger or smaller families; and for such families or individual Indians as may prefer to live apart from band reserves, Her Majesty undertakes to provide land in severalty to the extent of 160 acres to each Indian, the land to be conveyed with a proviso as to non-alienation without the consent of the Governor General in Council of Canada, the selection of such reserves, and lands in severalty, to be made in the manner following, namely, the Superintendent General of Indian Affairs shall depute and send a suitable person to determine and set apart such reserves and lands, after consulting with the Indians concerned as to the locality which may be found suitable and open for selection.

Provided, however, that Her Majesty reserves the right to deal with any settlers within the bounds of any lands reserved for any band as She may see fit; and also that the aforesaid reserves of land, or any interest therein, may be sold or otherwise disposed of by Her Majesty's Government for the use and

sent connaître et savoir avec certitude quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de Sa Majesté;

Et considérant que les dits Commissaires ont procédé à négocier un traité avec les Cris, les Castors, les Chipewyans et les autres sauvages habitant le district ci-après défini et décrit, et que ce traité a été finalement accepté et conclu par les bandes respectives aux dates ci-dessous mentionnées, les dits sauvages par le présent CÈDENT, ABANDONNENT, REMETTENT ET RENDENT au gouvernement de la Puissance du Canada pour Sa Majesté la Reine et ses successeurs à toujours, tous droits, titres et privilèges quelconques qu'ils peuvent avoir aux terres comprises dans les limites suivantes, savoir:

Et aussi tous leurs droits, titres et privilèges quelconques à toutes autres terres situées dans les Territoires du Nord-Ouest, la Colombie-Britannique ou dans toute autre partie du Canada.

Pour, Sa Majesté la Reine et ses successeurs, avoir et posséder le dit pays à toujours.

Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets.

Et Sa Majesté la Reine par les présentes convient et s'oblige de mettre à part des réserves pour les bandes qui en désireront, pourvu que ces réserves n'excèdent pas en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes pour tel nombre de familles qui désireront habiter sur des réserves, ou dans la même proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites; et pour les familles ou les sauvages particuliers qui préféreront vivre séparément des réserves des bandes, Sa Majesté s'engage de fournir une telle en particulier de 160 acres à chaque sauvage, la terre devant être cédée avec une restriction quant à l'inaliénation sans le consentement du Gouverneur général du Canada en conseil, le choix de ces réserves et terres en particulier devant se faire de la manière suivante, savoir: le Surintendant général des Affaires des Sauvages devra députer et envoyer une personne compétente pour déterminer et assigner ces réserves et terres après s'être consulté avec les sauvages intéressés quant à la localité que l'on pourra trouver convenable et disponible pour le choix.

Pourvu, néanmoins, que Sa Majesté se réserve le droit de régler avec tous les colons établis dans les limites de toute terre réservée pour une bande de la manière qu'elle trouvera convenable, et aussi que les dites réserves de terre ou tout droit sur ces terres pourront être vendus et adjugés par le gouvernement

benefit of the said Indians entitled thereto, with their consent first had and obtained.

And with a view to show the satisfaction of Her Majesty with the behaviour and good conduct of Her Indians, and in extinguishment of all their past claims, She hereby, through Her Commissioners, agrees to make each Chief a present of thirty-two dollars in cash, to each Headman twenty-two dollars, and to every other Indian of whatever age, of the families represented at the time and place of payment, twelve dollars.

[Payments forever]

[Teachers]

[Agricultural implements and livestock]

[Indians promise to be loyal subjects of the sovereign, to obey the laws of Canada, and to molest no one.]

Taken all-in-all with the Act and the negotiations, no treaty right of Indians to control their band and reserve membership can be discerned. They understood that to be so. The disputed matter of hunting, trapping and fishing being subject to governmental regulation is shown in the version reported. As in Treaties 6 and 7, Treaty 8 foresees ever diminishing territory for hunting, trapping and fishing because it was agreed that such activities could be pursued there "saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes."

It was quite obvious and well understood by the Indian parties to all three Treaties that the Government of Canada was thereafter to control their band and reserve membership, because the Government was committed to pay Indians forever as an eternal charge on taxpayers. Clearly the Government was committed also to control who was to be paid individually, and who was not entitled to be paid individ-

de Sa Majesté pour le bénéfice et avantage des dits sauvages qui y auront droit, après qu'on aura au préalable obtenu leur consentement.

Et en considération du plaisir causé à Sa Majesté par la bonne conduite de ses sauvages, et en compensation de toutes les réclamations antérieures, Elle s'engage, par ses commissaires, de faire à chaque chef un présent de trente-deux dollars en argent, à chaque conseiller un présent de vingt-deux dollars, et à chaque autre sauvage, de tout âge, des familles représentées à l'époque et au lieu des paiements, un présent de douze dollars.

[Paiements perpétuels]

[Maîtres d'école]

[Instruments aratoires et bétail]

[Promesses des Indiens d'être des loyaux sujets de Sa Majesté, d'obéir aux lois du Canada et de ne molester personne.]

L'examen du texte de ce traité, en corrélation avec l'Acte et les négociations, ne révèle pas l'existence, en faveur des Indiens, de quelque droit qui leur aurait été accordé par le traité et qui les aurait autorisés à décider de l'appartenance aux effectifs de leurs bandes ou de leurs réserves. C'est ce que comprennent les Indiens. Le texte reproduit précédemment fait état de la question litigieuse concernant la réglementation, par le gouvernement, des activités de chasse, de pêche et piégeage. Tout comme dans les Traités nos 6 et 7, le Traité n° 8 prévoit la diminution constante du territoire disponible pour ces activités, puisqu'il y a été convenu que les Indiens pourront se livrer à ces activités dans le territoire visé «sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets».

Il était très évident pour les Indiens parties aux trois traités—qui le comprenaient bien d'ailleurs—que désormais ce serait le gouvernement du Canada qui déciderait de l'appartenance aux effectifs de leurs bandes et de leurs réserves, étant donné qu'il s'était engagé à payer aux Indiens pour toujours certaines sommes à titre de charges perpétuelles des contribuables. Il est clair que le gouvernement était égale-

ually. The Indians were neither simpletons nor crazy. They well understood that “money talks” and that “whoever pays the piper, calls the tune”. Playlists are exhibited here.

WOMAN FOLLOWS MAN

In their factum or statement of fact and law, the plaintiffs in support of their claim to nullify the impugned legislation wrote this:

33. In the case before this Court, the evidence also confirms that the plaintiff aboriginal communities have, since aboriginal times, determined membership in their territories through the practice of traditional customs, inter alia, whereby women followed their men upon marriage.

One is hardly surprised by this assertion and for two reasons: (a) after all the newly committed or married couple had to live somewhere; and (b) they would naturally live in the place from which the man went hunting, for it was the man who had to bring home the bison.

The witness Agnes Smallboy, an elder and one of the oral history witnesses, testified thus:

Q. MR. HEALEY: How did you come to be a member of the Ermineskin Band?

A. When I was young, I married into the reserve to a man who was named Pete Morin.

Q. What Indian band did you belong to before you married Pete Morin?

A. I was a member of the Sampson Band. In our language, we call it “the land of the willows”. [TT3, at page 270.]

Q. MR. HEALEY: Why did you leave your band and join the Ermineskin Band when you married Pete Morin?

A. I did not know the man before I married him. In our system, a woman . . . or the parents made arrangements for the marriage of their daughters. And when my parents told me that I was to go and live with this man, I obeyed my parents.

Q. Do you know what year it was that you married Pete Morin?

A. 1939 . . . or 1939, I believe, or '38.

THE INTERPRETER: She said I said “38 or 8.”

ment bien déterminé à décider qui avait, individuellement, droit à ces paiements et qui n’y avait pas droit. Les Indiens n’étaient ni naïfs ni fous. Ils comprenaient bien que l’«argent est roi» et que «celui qui a paie les violons, choisit la musique». Les listes de ceux qui reçoivent des paiements ont été produites.

QUI PREND MARI PREND PAYS

Dans leur mémoire ou exposé des faits et du droit, les demandeurs ont, au soutien de leur prétention de nullité de la mesure législative contestée, écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] 33. Dans le présent cas, la preuve confirme également que les communautés autochtones demanderesse ont, depuis les temps ancestraux, décidé qui étaient leurs membres dans leurs territoires, selon leurs coutumes traditionnelles, notamment celles voulant que la femme qui prend mari prend pays.

Cette affirmation n’a rien d’étonnant et ce pour deux raisons: a) après tout, les nouveaux fiancés ou époux doivent bien vivre à quelque part; et b) il était naturel qu’ils vivent à l’endroit où l’homme chassait, car c’était l’homme qui devait rapporter le bison à la maison.

Le témoin Agnes Smallboy, qui est une ancienne et un des témoins qui ont relaté de l’histoire orale, a fait la déposition suivante:

[TRADUCTION] Q. M. HEALEY: Comment est-vous devenue membre de la bande Ermineskin?

R. Lorsque j’étais jeune, j’ai épousé un homme nommé Pete Morin qui était membre de cette réserve.

Q. À quelle bande indienne apparteniez-vous avant d’épouser Peter Morin?

R. J’étais membre de la bande Sampson. Dans notre langue, nous l’appelons «le pays des saules». [TD3, à la page 270.]

Q. M. HEALEY: Pourquoi avez-vous quitté votre bande pour vous joindre à la bande Ermineskin lorsque vous avez épousé Pete Morin?

R. Je ne connaissais pas cet homme avant de l’épouser. Dans notre système, une femme . . . ce sont les parents qui font les arrangements en vue du mariage de leurs filles. Et lorsque mes parents m’ont dit que je devrais partir pour aller vivre avec cet homme, je leur ai obéi.

Q. Savez-vous en quelle année vous avez épousé Pete Morin?

R. 1939 . . . ou 1939 . . . je crois, ou 38.

L’INTERPRÈTE: Elle a dit, j’ai dit «38 ou 8.»

Q. MR. HEALEY: Are you an elder of the Ermineskin Band today?

A. Yes.

Q. Does the woman always go with the man as you did in the Ermineskin Band? *a*

A. Yes, that was the way it was—or has been.,

Q. Is that the Indian way today?

A. It is still the way it is today. [TT3, at page 271.] *b*

Q. MR. HEALEY: . . . Do you know about cases where Indian women leave the reserve and go with non-Indians? *c*

A. Yes, that has been the practice of women.

Q. Do you know of any women from the Ermineskin Band who left the reserve to go with non-Indians?

A. Yes, that is the way it was. When they left, they left. *d*

Q. When an Indian woman of an Indian band decides to leave the reserve and go with a non-Indian, how do the other band members deal with that woman's decision? *e*

A. Her parents would probably counsel her not to marry a person who is non-treaty.

Q. Why would that be so?

A. The band would probably counsel her parents not to marry a non-treaty person, or maybe her grandparents, either her grandfather or grandmother, would counsel her not to marry a non-treaty, but she would make her own decision if she left in spite of that advice. *f*

Q. Why would that advice be given? *g*

A. The reason she would be advised not to marry a non-treaty is because when she married she would be required to leave the reserve forever and not allowed to come back. That is why she is counselled against taking such a step. *h*

Q. Would all such women be counselled?

A. Yes, all of the women have been told that. Even I was told that. [TT3, at page 272.] *i*

Mrs. Smallboy further testified that if those native women who married non-Indians or non-treaty Indians were allowed to return with their children to the reserve, she would not agree to that, because "our reserves will be overpopulated". (TT3, page 274.) *j*

Q. M. HEALEY: Aujourd'hui, êtes-vous une ancienne de la bande Ermineskin?

R. Oui.

Q. Est-ce que la femme suit toujours son époux, comme vous avez suivi le vôtre dans la bande Ermineskin?

R. Oui, c'était comme ça que cela se passait . . . ou que ça se passe.

Q. Est-ce que les Indiens suivent encore cette coutume aujourd'hui?

R. Effectivement, c'est encore la coutume aujourd'hui. [TD3, à la page 271.]

Q. M. HEALEY: . . . Est-ce que vous connaissez des cas où des femmes indiennes quittent la réserve pour suivre des non-Indiens?

R. Oui, c'est la pratique que suivent les femmes.

Q. Connaissez-vous des femmes de la bande Ermineskin qui ont quitté la réserve pour aller vivre avec des non-Indiens?

R. Oui, c'était comme cela que ça se passait, lorsqu'elles quittaient, elles quittaient pour de bon.

Q. Lorsqu'une femme indienne appartenant à une bande indienne décide de quitter la réserve pour aller vivre avec un non-Indien, comment réagissent les autres membres de la bande face à la décision de cette femme?

R. Ses parents lui conseillent probablement de ne pas épouser une personne qui n'est pas un Indien visé par un traité.

Q. Pourquoi font-ils cela?

R. La bande dit probablement à ses parents qu'elle ne devrait pas épouser une personne qui n'est pas visée par un traité, ou encore peut-être que ses grands-parents, soit son grand-père soit sa grand-mère, lui conseillent de ne pas épouser une telle personne, mais c'est elle qui prend la décision en fin de compte, si elle décide de ne pas suivre ce conseil et de quitter la réserve. *g*

Q. Pourquoi lui donne-t-on ce conseil?

R. La raison pour laquelle on lui conseille de ne pas épouser une personne non visée par un traité est que, une fois mariée, elle est tenue de quitter la réserve pour toujours et n'a plus le droit de revenir. Voilà pourquoi on lui conseille de ne pas donner suite à ce projet.

Q. Est-ce qu'on donne ce conseil à toutes les femmes dans cette situation?

R. Oui, toutes les femmes reçoivent ce conseil. Même moi on me l'a donné. [TD3, à la page 272.]

M^{me} Smallboy a de plus déclaré, dans son témoignage, que si les femmes autochtones qui ont épousé des non-Indiens ou des Indiens qui ne sont pas visés par un traité étaient autorisées à revenir dans les réserves avec leurs enfants, elle s'y opposerait car

On cross-examination, Mrs. Smallboy testified as follows:

A. We were told that if we married a white man or a half-breed, that we would lose our status. Our parents did not want us to lose our status. We were counselled against marrying white people or half-breeds.

. . .

Q. So you allow white women to come in to the reserve, become band members, but you want to keep out someone like Miss Wildcat, who was born, bred, and raised by Indian parents in an Indian community; is that what you're telling me?

A. That is exactly what I am saying because the arrangements that were made before the agreements that were made before was that the woman would take on the status of her husband, so that if a white woman or a half-breed woman married a treaty Indian, she would take on his treaty status; and if an Indian woman married a white man or a half-breed man, she would take on his status. That's the way it was. [TT4, at pages 410-411.]

It would be impossible to reconcile Mrs. Smallboy's view with constitutional subsection 35(4), if her answer described an aboriginal or treaty right. The notion of "right" is implausible, too, if Mrs. Smallboy was describing an Aboriginal practice, for it was discriminatory on the basis of being of unequal operation as between male and female persons, since the woman took on her husband's status, but the man did not take on his wife's status, and she could not confer it on him. Whose "right" would that be? Until Bill C-31 an Indian lost band membership when he or she lost status. (There were a few whose bands had disappeared and who retained status on the general list.)

Could the successive *Indian Acts*, as recited and discussed elsewhere in these reasons, elevate Mrs. Smallboy's desired régime into an Aboriginal right? Clearly it involved no treaty right. What is the effect

[TRADUCTION] «nos réserves deviendraient surpeuplées». (TD3, page 274.)

Au cours du contre-interrogatoire, M^{me} Smallboy a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] R. On nous disait que si nous épousions un homme blanc ou un sang-mêlé, nous perdriions alors notre statut. Nos parents ne voulaient pas que nous perdions notre statut. On nous conseillait donc de ne pas épouser des Blancs ou des sang-mêlés.

. . .

Q. Ainsi, vous permettez à des femmes blanches de venir vivre dans la réserve, de devenir des membres de la bande, mais vous refusez cela à quelqu'un comme M^{lle} Wildcat, qui est née dans une communauté indienne et qui y a été élevée par des parents indiens, c'est bien ce que vous me dites?

R. C'est exactement ce que je dis car, selon les arrangements qui étaient convenus avant que les ententes aient été conclues, la femme obtenait le même statut que son époux, de sorte que si une femme blanche ou une femme sang-mêlée épousait un Indien visé par un traité, elle devenait elle-aussi visée par le traité; et si une femme indienne épousait un homme blanc ou un Sang-mêlé, son statut devenait alors le même que celui de son époux. Voilà comment ça se passait. [TD4, aux pages 410 et 411.]

Il serait impossible de concilier l'opinion de M^{me} Smallboy avec le paragraphe 35(4) de la Constitution si sa réponse décrivait un droit ancestral ou issu de traité. De plus, il n'est pas plausible d'invoquer la notion de «droit» si M^{me} Smallboy décrivait une pratique ancestrale, car il s'agissait d'une pratique discriminatoire en ce qu'elle ne s'appliquait pas également aux personnes des deux sexes, puisque la femme se voyait accorder le statut de son époux, alors que l'homme n'obtenait pas celui de son épouse et que cette dernière ne pouvait lui conférer ce statut. À qui appartiendrait ce «droit»? Jusqu'à l'adoption du projet de loi C-31, un Indien cessait d'être membre de la bande dès qu'il ou elle perdait son statut d'Indien. (Il y a eu quelques cas de personnes dont la bande a cessé d'exister, mais qui ont néanmoins conservé leur statut en restant inscrites sur la liste générale.)

Est-il possible que les diverses Lois sur les Indiens qui se sont succédées et qui sont citées et examinées ailleurs dans les présents motifs aient eu pour effet de transformer en droit ancestral le régime souhaité par

of statutory intervention into what is asserted to be a constitutional right?

It is well known that legislation enacted contrary to the Constitution's provisions is, to the extent of any inconsistency, of no force or effect. Remembering the words of Mr. Justice La Forest in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, quoted earlier above, it must be observed that a constitutional recognition and affirmation does not constitutionalize ordinary legislation such as the women's-loss-of-membership-on-marriage-out provisions of previous, successive Indian Acts. So the law was stated by Estey and Beetz, JJ. in *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148. The accurate headnote, at page 1153, states:

Section 29 [of the Charter] cannot operate to protect the rights granted by Bill 30. To be protected by s. 29, the rights referred to therein must be constitutionally guaranteed. A constitutional guarantee does not attach to rights or privileges conferred by ordinary provincial statute in that rights and privileges so granted are susceptible to legislative repeal. Since the dominant word in s. 29 was "guaranteed", it was unnecessary to resolve the meaning of "by" or "under" in that section.

That the marital régime for which the plaintiffs contend was a sometime feature of various Indian Acts does not accord it constitutional recognition or affirmation as an aboriginal or treaty right. It was always subject to repeal, and repealed it was.

Now, Mrs. Smallboy's version of the notion of woman follows man was virtually the same as Mrs. Makinaw's version as revealed in trial transcript (TT5, pages 572-573, and TT6, page 633). In TT6, Mrs. Makinaw is recorded as telling much of aboriginal society, for example: that women had no independent identity, being known only as their fathers' daughters or their husbands' wives or widows (page

M^{me} Smallboy? Il est clair qu'il ne s'agissait pas d'un droit issu de traité. Quel est l'effet de mesures législatives sur ce qu'on prétend être un droit constitutionnel?

^a

Il est notoire que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute mesure législative. À la lumière des propos du juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, cités précédemment, il convient de signaler que la reconnaissance et la confirmation des droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada par la Constitution n'a pas pour effet de constitutionnaliser des mesures législatives ordinaires telles les dispositions des anciennes Lois sur les Indiens qui retireraient aux femmes indiennes qui se mariaient avec des non-Indiens le droit d'être membres de la bande à laquelle elles appartenaient jusque là. Voilà l'état du droit tel qu'il a été énoncé les juges Estey et Beetz dans l'arrêt *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend The Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Le passage pertinent figure au sommaire, à la page 1153, et est ainsi rédigé:

^e

L'article 29 [de la Charte] ne saurait jouer de façon à protéger les droits conférés par le projet de loi 30. Pour recevoir la protection de l'art. 29, les droits qui y sont mentionnés doivent être garantis constitutionnellement. Une garantie constitutionnelle ne s'attache pas aux droits ou privilèges conférés par une loi provinciale ordinaire, car ces droits et privilèges sont susceptibles d'être abrogés par voie législative. Comme le terme dominant de l'art. 29 est le terme «garantis», il n'est pas nécessaire d'élucider le sens des termes «by» ou «under» de la version anglaise de cet article.

^g

Le fait que ce régime matrimonial a, de prétendre les demandeurs, constitué, à l'occasion, un élément de diverses versions de la Loi sur les Indiens n'a pas pour effet de faire de ce régime un droit ancestral ou issu de traité reconnu ou confirmé par la Constitution. En effet, ce régime était toujours sujet à abrogation et, de fait, il a été abrogé.

^h

L'explication que donne M^{me} Smallboy du principe voulant que la femme qui prend mari prend pays est virtuellement la même que celle qu'a donnée M^{me} Makinaw, comme on peut le constater à la lecture des pages 572 et 573 (TD5) et de la page 633 (TD6). Dans TD6, les propos y rapportés de M^{me} Makinaw nous renseignent beaucoup sur la société autochtone, on peut y lire, par exemple: que les femmes n'avaient

602); that chiefs were hereditary leaders, members of a sort of royal family (page 605); that she spoke for the chief and elder of her reserve (pages 644-645); what she observes about white men and Métis men being too aggressive (pages 636-637); how the decisions to make treaties were taken not just by the chiefs alone but by the people in council (pages 593 and 650), meaning only the men (page 603) in pre-treaty times. It was a surprise to learn that Mrs. Makinaw could read English and write a bit, and probably did not need the services of the interpreter, (to which no one objected) as recorded on page 625, and indeed, she objects to the English (and French) language use of "Indian" (*Indien*) to describe aboriginals because "we are not from India" (page 626).

The plaintiffs assert that the marital régime for which they contend is an Aboriginal right; and that Aboriginal rights are collective rights. Surely, however, the notion of "woman follows man", and is unable to confer her status upon her non-Indian husband, represent a collective right only for men. It was and is not a right for women. If one is going to elevate Aboriginal practices into constitutional imperatives, then the Aboriginal practices of no individual identity for women, and no voice in the encampments' affairs should need constitutional recognition and affirmation, too! It is nonsense to try to keep women silent and invisible. The utterly merciless, mutilating punishment for adultery inflicted on women, compared with the trivial punishment levied against men, will be mentioned later herein. One may well ask if that terrible inequality should be recognized and affirmed as an Aboriginal right, too? Whose right would that be? The collectivity's?

aucune identité propre, qu'elles n'étaient connues que comme les filles de leur père ou comme les épouses ou veuves de leur mari (page 602); que les chefs étaient des dirigeants héréditaires, qu'ils étaient les membres d'une sorte de famille royale (page 605); qu'elle parlait pour le chef et ancien de sa réserve (pages 644 et 645); qu'elles considèrent que les hommes blancs et les Métis ont une attitude trop agressive (pages 636 et 637); que les décisions relatives à la conclusion des traités n'étaient pas prises uniquement par les chefs mais également par la population réunie en conseil (pages 593 et 650), c'est-à-dire uniquement les hommes (page 603) au cours de la période qui a précédé la conclusion des traités. C'est avec surprise que l'on a appris que M^{me} Makinaw pouvait lire l'anglais et l'écrire un peu, et qu'elle n'avait probablement pas besoin des services de l'interprète (ce à quoi, toutefois, personne ne s'est opposé) comme l'indique la page 625; et, de fait, elle s'oppose à l'utilisation du mot «*Indian*» en anglais et du mot «*Indien*» en français pour désigner les Autochtones puisque, d'affirmer celle-ci, [TRADUCTION] «nous ne sommes pas originaires de l'Inde» (page 626).

Les demandeurs prétendent, d'une part, que le régime matrimonial qu'ils invoquent est un droit ancestral et, d'autre part, que les droits ancestraux sont des droits collectifs. Toutefois, il est certain que le principe voulant que la femme «qui prend mari prend pays» et ne peut conférer son statut d'Indien à son époux non-indien n'est un droit collectif que pour les hommes. Ce n'était pas et ce n'est pas un droit dont jouissent les femmes. S'il faut élever les pratiques ancestrales au rang des obligations constitutionnelles, il faudrait alors reconnaître et confirmer dans la Constitution les pratiques ancestrales qui consistaient à ne reconnaître aucune identité propre aux femmes et à leur refuser voix au chapitre dans les affaires des campements! Il est absurde de tenter de maintenir les femmes dans le silence et dans l'ombre. Il sera fait état, plus loin, du châtement tout à fait impitoyable qui était infligé aux femmes qui avaient commis l'adultère, en regard de la peine insignifiante qui était appliquée aux hommes qui avaient fait la même chose. On pourrait fort bien se demander si cette terrible inégalité de traitement ne devrait pas elle aussi être reconnue et confirmée comme un droit

One of the plaintiffs, Wayne Roan was fascinating in his testimony. He too accepted Agnes Smallboy's version of that adage "woman follows man", TT8, pages 889-890, pages 897-898, pages 899-902. Mr. Roan, on cross-examination, made this cute, crafty and, in the circumstances of this case, apparently unresponsive answer:

Q. And the second law you enunciated was that the woman follows the man?

A. That's true, that's the Indian way.

Q. And the explanation you gave for that was because the man was strong enough to clear the land, that's what you said?

A. That's the way I said it, yes.

Q. Yes. By clearing the land, what do you mean?

A. I mean by—he leads the woman. If there's any hardships—I use land because you're not going to see a woman cutting down big timbers, big trees, or handling all these things a man—that man does, that God created that man specifically to do. He created a woman to do specific things and a man to do specific things.

Q. Okay.

A. And a woman was not, was not made, created, to go chasing a buffalo 60 miles an hour, a man done that. The woman, he [*sic*] didn't follow the man on a horseback, but he [*sic*] waited out there when the man was finished what he done, and it's the woman that followed that man and finished what he started as a balance for survival. [TT8, at pages 932-933.]

Now the foregoing testimony truly has a poetic quality, but it says absolutely nothing about where the described activities had to be performed. The answers could well mean that the man and woman—the blissful couple could remain at her home, not his. He said that it would be preferred that Crees marry Crees (TT8, page 931). The ironic part of Mr. Roan's testimony on this score resides in the undenied fact that he himself had breached the rule he postulated by marrying a Sarcee woman whom he met at a pow-wow. Of course, Mr. Roan did not preclude Cree marriage outside the Cree people and he gave a good account of himself in testimony on this subject.

ancestral? À qui appartiendrait ce droit? À la collectivité?

Un des demandeurs, Wayne Roan, a donné un témoignage fascinant. Il a lui aussi souscrit à l'interprétation faite par Agnes Smallboy de l'adage «qui prend mari prend pays», TD8, pages 889 et 890, 897 et 898 et 899 à 902. Au cours du contre-interrogatoire, M. Roan a formulé une réponse habile et astucieuse qui, en l'occurrence, ne répondait manifestement pas à la question qui lui avait été posée:

[TRADUCTION] Q. Et la deuxième loi que vous avez énoncée, était que la femme qui prend mari prend également pays?

R. C'est exact, c'est la façon de faire des Indiens.

Q. Et l'explication que vous avez donnée pour justifier cette pratique, c'était que l'homme était celui qui avait la force nécessaire pour défricher la terre, c'est bien ce que vous avez dit?

R. C'est bien la façon dont je l'ai dit, oui.

Q. Oui, que voulez-vous dire par défricher la terre?

R. Je veux dire par là—c'est lui qui ouvre la voie à la femme. C'est-à-dire qu'en cas de difficultés—j'utilise l'exemple de la terre parce que vous ne verrez pas une femme abattre de gros arbres ou s'occuper de toutes les choses qu'un homme—que l'homme fait, que l'homme a été créé spécifiquement par Dieu pour accomplir. Dieu a créé la femme pour accomplir certaines choses précises et l'homme pour certaines autres.

Q. O.K.

R. Et la femme n'a pas été créée pour poursuivre un bison à 60 milles à l'heure, c'est l'homme qui le faisait. La femme, il [*sic*] ne suivait pas l'homme à dos de cheval, mais il [*sic*] attendait que l'homme ait terminé ce qu'il avait à accomplir, et c'est la femme qui venait ensuite compléter ce qu'il avait commencé pour assurer leur survie. [TD8, aux pages 932 et 933.]

Évidemment, le témoignage qui précède a vraiment une saveur poétique, mais il ne renseigne d'aucune façon sur l'endroit où les activités décrites devaient être accomplies. On pourrait fort bien déduire des réponses que l'homme et la femme—habitaient chez cette dernière plutôt que chez l'homme. Le témoin a affirmé que l'on préférerait que les Cris se marient entre eux (TD8, à la page 931). L'aspect ironique du témoignage de M. Roan à cet égard est le fait—non contredit—qu'il a lui-même enfreint la règle qu'il a énoncée en mariant une femme sarcee qu'il a rencontrée à un pow-wow. Évidemment, M. Roan ne s'est pas opposé à ce que des

Indeed Mr. Roan allowed that he would not be shocked to learn that between the late 1970s and 1985, half the marriages were between status and non-status Indians and of those 60% consisted of Indian men marrying non-Indian women. He was inconsistent, as will be shown.

Mr. Roan at first denied that his father applied to the Government for permission to transfer to the Ermineskin Band so that he could marry an Ermineskin woman. But he recanted when shown Exhibit 30(253) which, he had to admit, showed that precisely. However, he tried, unsuccessfully, in this Court's opinion, to make out that his father Lazarus Shortback was really dissembling in his reason for transfer. It did nothing for Mr. Roan's credibility:

A. That's my dad.

Q. Yeah. So . . . your mother didn't follow him the Indian way, he followed your mother to the Ermineskin Band, isn't that right?

A. Well, why did he want to transfer in to the Ermineskin Band?

Q. Beg your pardon?

A. Why did he want to transfer in to the Ermineskin Band? That is one of the reasons he gave.

Q. That's right.

A. It was the more appropriate reason at that time because you can transfer a band if you had relations, and if you had people that will say that you're a good person, that you can make contributions, and this is how my dad was approached in the band. He had some relatives in there that said he's a man, he's a carpenter, he can make contributions.

Q. Mr. . . .

A. And it was—and then these, these band members agreed that he would be a benefit to Ermineskin. But before this happened, he had problems with the Samson Band for his farming. He did not get—he felt he did not get enough help from the Samson Band, so this is one of the reasons he put on here to transfer into the Ermineskin Band. It was easy because his wife was from there, but also he had relations in Ermineskin Band.

Cris marient des non-Cris et il a bien expliqué son propre cas au cours de son témoignage sur la question. De fait, M. Roan a admis qu'il ne serait pas étonné si on lui disait que, de la fin des années 1970 jusqu'à 1985, la moitié des personnes ayant le statut d'Indien qui se sont mariées l'ont fait avec des personnes n'ayant pas ce statut et que, dans 60 % de ces cas, il s'agissait d'Indiens ayant marié des femmes non-indiennes. Comme on le verra, M. Roan n'a pas été cohérent dans son témoignage.

M. Roan a, au départ, nié que son père avait demandé au gouvernement d'autoriser son transfert au sein de la Bande Ermineskin pour qu'il puisse épouser une femme appartenant à cette bande. Toutefois, il s'est rétracté lorsqu'on lui a montré la pièce 30(253) qui, comme il a dû le reconnaître, établissait précisément ce fait. Cependant, il a tenté, sans succès de l'avis de la Cour, de démontrer que son père, Lazarus Shortback, avait invoqué ce motif pour dissimuler la véritable raison de son transfert. Cela n'a rien fait pour renforcer sa crédibilité:

[TRADUCTION] R. C'est mon père.

Q. Ouais. Ainsi . . . votre mère ne l'a pas suivi suivant la coutume indienne, il a plutôt suivi votre mère au sein de la Bande Ermineskin, n'est-ce pas?

R. Bien, pourquoi voulait-il son transfert au sein de la Bande Ermineskin?

Q. Je vous demande pardon?

R. Pourquoi voulait-il son transfert au sein de la Bande Ermineskin? C'est une des raisons qu'il a donné.

Q. C'est exact.

R. C'était la raison la plus indiquée à l'époque, car il était possible d'obtenir son transfert dans une autre bande si on y avait des parents, et si des gens pouvaient affirmer que vous étiez quelqu'un de bien, qui avait quelque chose à apporter, c'est ainsi que mon père est devenu membre de cette bande. Il y avait des parents, qui ont affirmé qu'il était un bon homme, un charpentier, qui avait quelque chose à apporter à la bande.

Q. M. . . .

R. Et ce sont—alors ces, ces membres de la bande ont convenu qu'il serait avantageux pour la Bande Ermineskin de l'accueillir. Mais avant que cela se produise, il éprouvait des problèmes à cultiver la terre au sein de la Bande de Samson. Il ne recevait pas—il estimait qu'il ne recevait pas suffisamment d'aide de la part de la Bande de Samson, c'est une des raisons pour lesquelles il a demandé son transfert au sein de la Bande Ermineskin. Ce fut facile parce que sa femme venait de la Bande

- Q. So he followed his wife, his wife didn't follow him; isn't that right?
- A. He made the choice to do what was best for his wife. *a*
- Q. So I take it that your custom is not that the man follows his wife, but the man does what is best for his wife?
- A. That's why his wife follows him, she trusts him. *b*
- Q. I see. But your father was the exception to that rule?
- A. No. He was no exception to that rule.
- Q. I see. *c*
- A. He did not get along on another reserve, so he tried another reserve where his relatives was.
- Q. In fact, Mr. Roan, would you dispute the fact that many men transferred in to the Ermineskin Band to marry Ermineskin women? *d*
- A. I haven't—I've never heard of elders talk about sincerely, unless you know, but to marry, they're people that stayed together that did not marry. *e*
- Q. I see. I'm talking about marriage, now. I'm talking about men following Ermineskin women to the Ermineskin Reserve. Are you saying to me that this, your father's case, was the only one? *f*
- A. That's the one—that's the only one I know of right now.
- Q. And there may be others?
- A. There could be. *g*
- Q. Yes. Why is it that you know some things and you don't know other things, even though these other things are so important according to your own customs? Why is it that your elders don't talk about man following woman and only talking about woman following man? *h*
- A. Because that was their law.
- Q. I see.
- A. That was their custom, that was their tradition. *i*
- Q. I suggest to you, Mr. Roan, that there is no such law.
- A. Why is it that you know so much on this end, you don't know anything on this side? That's what you just asked me. I can't know everything. It's the same that you can't know everything, the same as you. You can't understand everything that I say here. You're not trying to under-
- Ermineskin, mais également parce qu'il avait des parents au sein de cette bande.
- Q. Il a donc suivi son épouse, ce n'est elle qui l'a suivi; n'est-ce pas?
- R. Il a choisi de faire ce qu'il était le mieux pour son épouse.
- Q. Ainsi, j'en déduis que votre coutume n'est pas que l'homme suit son épouse, mais que l'homme fait ce qu'il y a de mieux pour celle-ci?
- R. C'est pourquoi la femme suit son mari, elle lui fait confiance.
- Q. Je vois. Mais votre père était l'exception à cette règle?
- R. Non. Il n'était pas une exception à cette règle.
- Q. Je vois.
- R. Comme il ne s'entendait pas avec la bande dans l'autre réserve, il allé vivre dans une autre réserve où il avait des parents.
- Q. De fait, M. Roan, contesteriez-vous le fait que bon nombre d'hommes ont demandé leur transfert au sein de la Bande Ermineskin pour épouser des femmes de cette bande?
- R. Je n'ai pas—je n'ai jamais entendu les anciens en parler vraiment, à moins que, vous savez, mais pour ce qui est du mariage, il y a des gens qui sont restés ensemble sans se marier.
- Q. Je vois. Ce dont je vous parle maintenant c'est du mariage. Je vous parle d'hommes qui ont suivi des femmes dans la réserve ermineskin. Êtes-vous en train de me dire que le cas de votre père fut le seul de ce genre?
- R. C'est le seul—c'est le seul que je connais à l'heure actuelle.
- Q. Mais il pourrait y en avoir eu d'autres?
- R. C'est possible.
- Q. Oui. Comme se fait-il que vous sachiez certaines choses mais que vous n'en sachiez pas d'autres, alors que ces autres choses revêtent tant d'importance selon vos propres coutumes? Comment se fait-il que vos anciens ne parlent pas des hommes qui suivent les femmes, mais uniquement des femmes qui suivent les hommes?
- R. Parce que c'était leur loi.
- Q. Je vois.
- R. C'était leur coutume, c'était leur tradition.
- Q. Eh bien moi! M. Roan, j'affirme qu'une telle loi n'existe pas.
- R. Comment se fait-il que vous en sachiez tant sur un point, mais que vous ne sachiez rien du tout sur un autre? Voilà la question que vous venez tout juste de me poser. Je ne peux pas tout savoir. Tout comme vous ne connaissez pas tout vous mêmes. Vous ne pouvez pas comprendre

stand. You're looking for a lie, but I prayed I will not lie. The best of my knowledge of what the elders have taught me, I will tell you. But anything documented that is legal, my lawyers will take care of that. [TT8, at pages 938-941.]

There are a few other aspects of Mr. Roan's fascinating testimony which will be considered later herein.

As to the proposition, "woman follows man", one can appreciate from Mr. Roan's earlier above almost poetic testimony that the proposition, by him, did not take the ever-following woman away from her family's encampment, nor did it have the effect of revoking her membership therein. This final example, still on cross-examination, confirms the observation:

- A. It's just one of the laws that the woman follows—a woman doesn't just as much as a man. It's just that when she's carrying a baby on her back, it's one of the things again that the man leads the way. It's not the man that's more important, it's not the man that's, you know, much more important, you know, than the woman, that's not, that's not it. It's just the way things were. If you use common sense, you look at it, that's the way it works, that's the way he created it.

What are you trying to say? That's the—what I believe in God, that led the—the supreme being that gave me the language to identify these things. That's the way he said it. That's the way I believe it, that's the way I recognize it, and nothing you're going to say is going to change that. It is part of my way of life. It is not yours, it is my way. All I'm doing here is for you to try and understand I put into place, that's the way things worked. [TT9, at pages 993-994.]

One notes that Mr. Roan's testimony contains some allegorical almost poetic passages (TT9, page 993). He gives examples of women following their men through swamps and rough terrain so that the man can help the woman by making her terrestrial path smoother or safer. In testimony recorded just above the last-recited passage he did seem to acknowledge that the saying could involve a change of residence, too, (TT9, page 993), but it is not clear whether he referred to pre-statutory, and post-treaty times, or to Aboriginal times. In all talk about contacts between

tout ce que je dis maintenant. Vous ne cherchez pas à comprendre. Vous cherchez plutôt un mensonge, mais j'ai juré que je ne mentirais pas. Je vais vous dire tout ce que les anciens m'ont enseigné. Mais pour tout ce qui est documenté, qui est juridique, mes avocats vont s'en occuper. [TD8, aux pages 938 à 941.]

Quelques autres aspects du fascinant témoignage de M. Roan seront examinés plus loin.

Pour ce qui est de l'argument voulant que «qui prend mari prend pays», il est possible de constater, à la lumière des extraits précités du témoignage quasiment poétique de M. Roan, que, pour ce dernier, la mise en application de cette pratique n'avait pas pour effet d'éloigner l'épouse toujours soumise du campement de sa famille, ni de révoquer le droit de l'époux de demeurer membre de sa bande d'origine. Ce dernier exemple, tiré lui aussi du contre-interrogatoire, confirme cette observation:

- [TRADUCTION] R. Il s'agit d'une seule des lois que les femmes suivent—une femme ne fait pas autant qu'un homme. C'est tout simplement que lorsqu'elle porte un bébé sur son dos, c'est encore un autre cas où l'homme ouvre la marche. Ce n'est pas que l'homme est plus important, ce n'est pas que l'homme, vous savez, est beaucoup plus important, vous savez, que la femme, ce n'est pas, ce n'est pas cela. C'est simplement la façon dont les choses se passaient. Si on regarde les choses raisonnablement, c'est ainsi que les choses fonctionnent, c'est ainsi qu'il les a créées.

Qu'essayez-vous de dire? C'est le—ma croyance en Dieu, qui a guidé le—l'être suprême qui m'a donné les mots pour décrire ces choses. C'est de cette façon qu'il les a décrites. C'est ce en quoi je crois, c'est ainsi que je les vois, et rien de ce que vous pourrez dire ne changera les choses. Cela fait partie de mon mode de vie. Ça ne fait pas partie du vôtre, c'est ma façon de voir les choses. Tout ce que j'essaie de faire ici c'est de vous faire comprendre que je vous explique, c'est ainsi que les choses se passaient. [TD9, aux pages 993 et 994.]

On ne manque pas de constater que le témoignage de M. Roan renferme certains passages allégoriques, quasiment poétiques (TD9, page 993). Il donne des exemples de cas où des femmes suivent leurs époux à travers les marécages et d'autres terrains difficiles, de sorte que l'homme est en mesure d'aider la femme et ainsi de rendre plus facile ou plus sûr le passage de cette dernière en ce monde. Dans la partie de son témoignage consigné tout juste avant le dernier passage cité, il a semblé admettre que l'adage pouvait également comporter un changement du lieu de rési-

Indians and Europeans, verb tenses are most important. Present-day Indians, and present-day non-Indians cannot be held responsible for the sins, nor beatified for the virtues, of their ancestors, nor of those who merely look like their ancestors. “Sufficient unto the day is the evil” (and one might add “the virtue” or “custom”) “thereof”. One’s ancestors’ virtues or guilt, if any, was theirs, and it lies in the past, unless one wants one’s future to be a dismal, continuous, resolute march back into the past. It appears that in that slightly previous testimony, Mr. Roan was speaking to the recent statutory régime when he testified in terms of the non-Indian woman following her husband to his reserve. But that testimony is far from conclusive.

Elder George Ermineskin testified on the notion of “woman follows man”. He was quite vague and even gave answers in chief contrary to the plaintiffs’ contentions, but the Court, despite objection, permitted the witness to clarify his answers, (TT10, pages 1319-1323). He confirmed that he had heard that in pre-treaty times the Indian “lived together” (and, therefore apart) “because of” (disparate) “language groups”, (TT10, page 1311). As has been seen, the Cree and the Blackfoot were mortal enemies. That enmity simply reinforced their separate existence founded on language disparity. From this evidence one cannot find “control” of membership. The disparity of language appears to have been beyond anyone’s control, then as now. Until the Treaty of Wetaskawin, long after the assertion of British (and latterly Canadian) sovereignty when the Cree, Blackfoot and Sarcees ended hostilities, this evidence discloses on a balance of probabilities that, aside from myth, no one knew why there were hostilities; and without any means of keeping a written record the probabilities lead to the conclusion that myth or oral history would not yield any objectively reliable reason or knowledge of the beginning of hostilities. That surely is the trouble with oral history. It just does not lie easily in the mouth of the folk who transmit oral history to

dence (TD9, page 993), mais on ne peut dire avec certitude s’il faisait référence à l’époque qui a précédé l’adoption des lois, et à celle qui a suivi la conclusion des traités, ou encore aux temps ancestraux. Dans toutes les discussions concernant les contacts entre les Indiens et les Européens, le temps des verbes est un facteur des plus importants. Autant on ne peut reprocher aux Indiens et aux non-Indiens d’aujourd’hui les fautes de leurs ancêtres ou de ceux qui tout au plus ressemblent à leurs ancêtres, autant on ne peut leur attribuer les vertus de ceux-ci. «À chaque jour suffit sa peine» (et on pourrait ajouter «sa vertu» ou «sa coutume»), les fautes ou les vertus des ancêtres d’un individu appartiennent à ses ancêtres et sont chose du passé, à moins que cet individu soit bien déterminé à faire de son futur un lugubre et continu retour en arrière. Il semble que, dans le témoignage consigné un peu avant, M. Roan visait le régime législatif récent lorsqu’il parlait des femmes non-indiennes qui suivent leurs époux dans la réserve habitée par ces derniers. Toutefois, ce témoignage est loin d’être déterminant.

George Ermineskin, un ancien, a déposé en ce qui concerne l’adage «qui prend mari prend pays». Il a témoigné de façon très vague et a même, au cours de l’interrogatoire principal, donné des réponses contraires aux prétentions des demandeurs, mais la Cour, malgré les objections formulées à cet égard, a permis à ce témoin de préciser ses réponses (TD10, aux pages 1319 à 1323). Il a confirmé avoir entendu dire que, avant l’existence des traités, les Indiens [TRADUCTION] «vivaient ensemble en raison de l’existence de groupes linguistiques» (distincts) (et on peut dire qu’ils vivaient séparés pour la même raison.) (TD10, page 1311). Comme on l’a vu plus tôt, les Cris et les Pieds-Noirs étaient des ennemis mortels. Cette animosité ne faisait que renforcer le caractère distinct des existences séparées qu’ils menaient déjà pour des raisons linguistiques. Cette preuve ne permet pas de conclure à l’existence d’un «pouvoir de décision» sur l’appartenance à la bande. Tout comme c’est le cas aujourd’hui, il semble que les différences linguistiques étaient, autant à cette époque qu’aujourd’hui, une situation à l’égard de laquelle personne ne pouvait rien. Jusqu’à la conclusion du Traité de Wetaskawin, longtemps après l’affirmation de la souveraineté britannique (et par la suite canadienne), lorsque les Cris, les Pieds-Noirs et les Sarcis mirent fin à leurs

relate that their ancestors were ever venal, criminal, cruel, mean-spirited, unjust, cowardly, perfidious, bigoted or indeed, aught but noble, brave, fair and generous, etc. etc.

In no time at all historical stories, if ever accurate, soon become mortally skewed propaganda, without objective verity. Since the above-mentioned pejorative characteristics, and more, are alas common to humanity they must have been verily evinced by everybody's ancestors, as they are by the present-day descendants, but no one, including oral historians wants to admit that. Each tribe or ethnicity in the whole human species raises its young to believe that they are "better" than everyone else. Hence, the wars which have blighted human history. So ancestor advocacy or ancestor worship is one of the most counter-productive, racist, hateful and backward-looking of all human characteristics, or religion, or what passes for thought. People are of course free to indulge in it—perhaps it is an aspect of human nature—but it is that aspect which renders oral history highly unreliable. So saying, the Court is most emphatically not mocking or belittling those who assert that, because their ancestors never developed writing, oral history is their only means of keeping their history alive. It would always be best to put the stories into writing at the earliest possible time in order to avoid some of the embellishments which render oral history so unreliable.

hostilités, la preuve révèle, selon la prépondérance des probabilités, que, abstraction faite des mythes, personne ne connaissait la raison des hostilités. De plus, en l'absence de tout moyen de consigner par écrit l'historique des événements, la prépondérance des probabilités amène à conclure que ni les mythes ni l'histoire orale n'apporteraient de justifications ou de témoignages objectivement fiables concernant le début des hostilités. Voilà certes le problème que pose l'histoire orale. En effet, il ne vient pas facilement aux individus qui transmettent l'histoire orale de rapporter que leurs ancêtres ont pu être des personnes vénales, criminelles, cruelles, abjectes, injustes, lâches, perfides, intolérantes ou quoi que ce soit d'autre que des personnes nobles, braves, équitables, généreuses et ainsi de suite.

En un rien de temps, les récits historiques, même s'ils ont pu, à quelque moment, être fidèles, se transforment rapidement en propagande irrémédiablement partielle, sans vérité objective. Comme les caractéristiques péjoratives susmentionnées—et malheureusement bien d'autres encore—sont communes à l'ensemble de l'humanité, elles étaient sûrement présentes chez tous nos ancêtres, comme ils le sont chez leurs descendants actuels, mais personne, y compris les rapporteurs de l'histoire orale, ne veut l'admettre. Chaque tribu ou ethnique de toute l'espèce humaine inculque à ces enfants qu'ils sont «meilleurs» que tous les autres. Voilà l'origine des guerres qui ont affligé l'histoire de l'humanité. En conséquence, la défense ou le culte des ancêtres est l'une des plus contreproductives, des plus racistes, des plus haineuses et des plus rétrogrades de toutes les caractéristiques humaines, religions ou autres attitudes qui passent pour une manifestation de l'intelligence. Évidemment, les gens sont bien libres de s'y adonner—peut-être est-ce un trait de la nature humaine, mais c'est précisément ce trait qui fait de l'histoire orale une source si peu fiable. Cela dit, la Cour ne déprécie absolument pas ceux qui affirment que, comme leurs ancêtres n'ont jamais établi de langage écrit, l'histoire orale est leur seul moyen d'assurer la survivance de leur histoire. Il est toujours préférable de consigner les récits par écrit et ce le plus tôt possible après les faits, de façon à éviter que leur soient apportés certains des enjolivements qui font de l'histoire orale une source si peu fiable.

Aboriginal practices, upon which the plaintiffs would build Aboriginal rights, go out of the window, at least in one case which the plaintiffs' witness George Ermineskin did not call atypical, when money talks. His testimony was this on cross-examination, less the interjections of counsel and the interpreter:

Q. According to your practices, I take it you mean they're not married in the church or under the laws of Alberta. Is that right? *b*

A. That's right.

Q. How long have they been living together?

A. Four years. *c*

Q. According to your ancestors' practices, would you, in your eyes, consider them to be married according to Cree practices?

A. Yes, I would say that's how it is, because there are so many people that live that way. *d*

Q. I take it that, according to your understanding of your ancestors' way of life, that when a woman went to live with another man in a band, she became a member of his band. Is that right? *e*

A. When they are legally married, that's the way it is.

Q. And when they are not legally married, like his daughter, would she become a member of the man's band where she lived? *f*

A. If she transferred and if the leaders accepted her, then that's the way it would be. *g*

Q. Your daughter didn't transfer to the Samson band, did she?

A. No.

Q. Your daughter is still a member of the Ermineskin Band? *h*

A. Yes.

Q. And she shares the per capita distributions or what other benefits are available to Ermineskin Band members? *i*

A. Yes.

Q. So would you agree with me that even though she lives with a man from Samson Band she has not lost anything from Ermineskin Band? She is still a member of the Ermineskin Band? *j*

A. Yes.

Les pratiques ancestrales sur lesquelles les demandeurs fondent les droits ancestraux qu'ils invoquent sont rapidement abandonnées, à tout le moins dans la situation que le témoin des demandeurs, George Ermineskin, n'a pas qualifié d'inhabituelle, c'est-à-dire les cas où l'argent est roi. Voici ce qu'il a déclaré à cet égard, en contre-interrogatoire, abstraction faite des interventions des avocats et de l'interprète:

[TRADUCTION] Q. Si je comprends bien, conformément à vos pratiques, ils ne se sont pas mariés à l'église ou en vertu des lois de l'Alberta. Est-ce exact?

R. C'est bien cela.

Q. Depuis combien de temps vivent-ils ensemble?

R. Quatre ans. *c*

Q. Conformément aux pratiques de vos ancêtres, à vos yeux, sont-ils mariés conformément aux pratiques des Cris?

R. Oui, je dirais que c'est le cas, étant donné qu'il y a tellement de gens qui vivent ainsi. *d*

Q. J'en déduis que, selon ce que vous estimez être le mode de vie de vos ancêtres, lorsqu'une femme s'en allait vivre avec un homme dans une bande, elle devenait membre de la bande de celui-ci. Est-ce exact?

R. Lorsqu'ils sont mariés légalement, c'est le cas.

Q. Mais lorsqu'ils ne sont pas mariés légalement, comme dans le cas de sa fille, celle-ci devient-elle un membre de la bande à laquelle appartenait son compagnon ou où elle vivait?

R. Si elle a demandé son transfert dans cette bande et que les dirigeants ont accepté de la recevoir, c'est exactement ce qui se passait. *g*

Q. Votre fille n'a pas demandé son transfert au sein de la Bande de Samson, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. Votre fille est donc encore membre de la Bande Ermineskin? *h*

R. Oui.

Q. Et elle reçoit donc les sommes qui sont versées à chaque membre de la Bande Ermineskin, en plus de profiter des autres avantages qui leur échoient? *i*

R. Oui.

Q. Par conséquent, vous conviendrez avec moi que, même si elle vit avec un homme de la Bande de Samson, elle n'a perdu aucun des avantages de la Bande Ermineskin? Elle est toujours membre de cette bande? *j*

R. Oui.

Q. So I take it that, in your own eyes, according to your practices, even though she lives with a man in the Samson Band, she has not lost her membership in the Ermineskin Band.

A. Yes.

Q. So a woman, according to your practices, can follow a man to his house, but she doesn't need to lose the membership of the band where her parents live?

A. No, she has not lost anything because they're not legally married.

. . .

Q. In his forefathers' days, before white man came, did a woman who went to live with a man in another band lose her membership with her family?

A. In those days, they had no problems of that kind. Like, today—I will mention that money is involved today. In the old days, people did not legally marry each other; they just took one another to live together.

. . .

Q. I take it that in the days of your forefathers, before the white man came, a man and a woman could live together wherever they wanted. Is that right?

A. Yes.

Q. Regardless of where they chose to live, either one of them could go back to the family from whence they came?

A. At that time, there was no marriage, and there was no vow, sacred vow to—involved in marriage, and people always had that freedom.

Q. In fact, Mr. Ermineskin, your forefathers were very free people, were they not?

A. Yes.

. . .

Q. There were no reserves before the white man came. Isn't that right?

A. That's right.

Q. So they travelled with whoever they wanted to travel and hunt?

A. Yes. At the time, the Cree people had their territory; the Stonys had their territory; and the Blackfoot had their territory.

Q. But within their territory.

A. No. They remained in their own territory.

Q. If he was to apply his forefathers' practices today with his daughter, could his daughter come back today and live with him?

Q. J'en déduis donc que, à votre avis, conformément à vos pratiques, même si elle vit avec un homme au sein de la Bande de Samson, elle n'a pas cessé d'être membre de la Bande Ermineskin.

R. Oui.

Q. Ainsi, conformément à vos pratiques, une femme peut suivre un homme dans la maison de celui-ci, mais elle ne cesse pas nécessairement d'être membre de la bande au sein de laquelle vivent ses parents à elle?

R. Non, elle n'a rien perdu du tout, puisqu'elle n'est pas légalement mariée.

. . .

Q. À l'époque de ses ancêtres, avant la venue de l'homme blanc, est-ce que la femme qui s'en allait vivre avec un homme dans une autre bande cessait de faire partie de la bande à laquelle appartenait sa famille à elle?

R. À cette époque, il n'y avait pas de problème de ce genre. Par exemple, aujourd'hui—je tiens à mentionner qu'aujourd'hui il y a la question de l'argent. À l'époque, les gens ne se mariaient pas légalement, ils vivaient tout simplement ensemble.

. . .

Q. J'en déduis que, à l'époque de vos ancêtres, avant la venue de l'homme blanc, un homme et une femme pouvaient, à leur gré, décider de vivre ensemble. Est-ce exact?

R. Oui.

Q. Peu importe où ils avaient décidé de vivre, l'un et l'autre pouvaient retourner dans sa famille d'origine?

R. À cette époque, il n'y avait pas de mariage, les vœux, les vœux sacrés—du mariage n'existaient pas, et les gens disposaient toujours de cette liberté.

Q. De fait, M. Ermineskin, vos ancêtres étaient des gens très libres, n'est-ce pas?

R. Oui.

. . .

Q. Il n'y avait pas de réserves avant la venue des hommes blancs. N'est-ce pas?

R. C'est vrai.

Q. En conséquence, ils se déplaçaient avec qui ils voulaient pour aller à la chasse?

R. Oui. À cette époque, les Cris avaient leur territoire, les Stonys avaient leur territoire et les Pieds-Noirs avaient le leur.

Q. Mais à l'intérieur de leur territoire.

R. Non. Ils restaient dans leur propre territoire.

Q. Si un homme appliquait aujourd'hui à sa fille les pratiques de ses ancêtres, est-ce que sa fille pourrait revenir vivre avec lui?

A. If that's what she decided, then she could do that. She's just living somewhere else now. She's not legally married. [TT10, at pages 1326-1331.]

So Elder Ermineskin's view of woman follows man was that "legal" or "formal" marriage was not an Aboriginal practice (although some mutual commitment appears to have been inferred as a result of co-habitation); and that the woman, as a result, did not lose her membership in her natal group of followers of a particular chief, but could return and live with her own family. What one can infer from this testimony is that the non-aboriginal institution of "legal" marriage (requiring, no doubt, "formal" dissolution to break the commitment) presented an obstacle to the aboriginal freedom to return and resume membership, along with, in turn, statutory constraints already earlier herein examined.

The raiding for and kidnapping of women for wives was a not-infrequent habit or practice between the Blackfoot and the Cree was mentioned in oral testimony. Elder Ermineskin spoke of a Blackfoot woman taken into a Cree group of followers of a particular chief. He was read some of Agnes Smallboy's testimony:

A. Well, in the old days any [Blackfoot] woman that married, she figured it was all right not to learn the Cree language. [TT11, at page 1366.]

In regard to Elder Agnes Smallboy's testimony, Elder George Ermineskin then testified, during cross-examination by the NCC's counsel:

Q. Elder Ermineskin, do you agree that if there were Blackfoot women in a Cree camp that they, because they did not speak the Cree language, probably did not lead the Indian way of the Cree?

A. Yes, she would have a hard time.

Q. So the Blackfoot women who married them would tend to stay—live the Blackfoot Indian way?

A. Probably.

R. Si c'est ce qu'elle veut, elle pourrait alors le faire. Pour l'instant, elle vit uniquement ailleurs. Elle n'est pas légalement mariée. [TD10, aux pages 1326 à 1331.]

Ainsi, selon l'interprétation que donne l'ancien Ermineskin de l'adage qui prend mari prend pays, le mariage «légal» ou «formel» n'était pas une pratique ancestrale (bien que l'on semble avoir inféré de la cohabitation une certaine forme d'engagement mutuel), et la femme qui accompagnait l'homme ne cessait pas d'être membre du groupe de partisans d'un chef donné et au sein duquel elle était née, et elle pouvait y retourner pour vivre avec sa propre famille. Ce qu'il est possible de déduire de ce témoignage, c'est que l'institution non-autochtone que constitue le mariage «légal» (qui exige sans aucun doute une dissolution «formelle» pour rompre l'engagement) faisait obstacle à la liberté dont jouissaient les Autochtones de retourner dans leur bande d'origine et d'en redevenir membres, en plus de soulever certaines entraves de nature législative dont il a été question plus tôt dans les présents motifs.

Les témoins ont indiqué qu'il n'était pas rare que les Pieds-Noirs effectuent des incursions chez les Cris, et vice versa, afin d'aller y kidnapper des femmes destinées à devenir leurs épouses. L'ancien Ermineskin a parlé du cas d'une femme pied-noire qui avait été amenée dans un groupe de Cris qui étaient des partisans d'un certain chef. On lui a fait lecture d'un extrait du témoignage de Agnes Smallboy:

[TRADUCTION] R. Bien, anciennement, les femmes [pieds-noires] qui se mariaient estimaient qu'il n'y avait aucun problème à ne pas apprendre la langue crie. [TD11, à la page 1366.]

Relativement au témoignage de l'ancienne Agnes Smallboy, l'ancien George Ermineskin a, durant le contre-interrogatoire des avocats du NCC, déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Q. Ancien Ermineskin, êtes-vous d'accord avec le fait que si des femmes pieds-noires vivaient dans un camp cri et qu'elles ne parlaient pas la langue crie, elles ne pratiquaient probablement pas le mode de vie des Cris?

R. Oui, elles auraient eu de la difficulté à le faire.

Q. Aussi, les femmes pieds-noires qui se mariaient avec des Cris tendaient à rester—à vivre comme les Pieds-Noirs?

R. Probablement.

Q. And is it probably the case that would cause problems within the Cree camp?

A. Yes. [TT11, at page 1368.]

Those disruptive problems caused by women who spoke no Cree in a Cree encampment, one infers, were tolerable enough, for, it appears that the practice was never stamped out, nor were the Blackfoot women expelled.

Also on the adage of “woman follows man”, the plaintiffs called Elder David Jacobs to testify. He was 79 years of age, and a native of eastern Canada, and the Six Nations Reserve near Brantford, Ontario, a Cayuga. He came to Alberta in the 1930s. When, after he was working on the Sarcee (now called Tsuu T’ina) reserve, Alex Bull said his daughter Elsie wanted to know if David Jacobs wanted to marry her, Jacobs assented and later on they got married. This witness’ giving of oral history was objected to by the defendant’s counsel because the witness was not of the lineage whose ancestors lived on the western prairies and signed the treaties in issue. The Court received Mr. Jacobs’ testimony because he had lived among the Sarcee for 63 years which could well be the age of a witness giving oral history, and Mr. Jacobs’ 63 years was not diminished by any period of want of understanding such as infancy and childhood.

Elder Jacobs’ understanding of what this case is all about, is “who decides of [*sic*] these people to come back, coming back to the reserves.” (TT16, at page 2280).

A. They are the ladies that married out [to] the white man and signed off the reserve and took a share of money at the time.

Q. Do you know any of these people?

A. I know some.

Q. Who [*sic*] do you know?

A. I know Ruby Starlight and I know Sophia Many Horses. And I know Marjorie Henderson.

Q. Well, these people that you know, Elder Jacobs, do they have husbands and children and grandchildren?

Q. Et est-il probable que, dans un tel cas, cela créait des problèmes au sein du camp des Cris?

R. Oui. [TD11, à la page 1368.]

Il est possible de déduire que les inconvénients que causait la présence, dans un campement cri, de personnes qui ne parlaient pas la langue criée était tolérable, car il ne semble pas que l’on ait jamais éliminé cette situation ou que des femmes pieds-noires aient été expulsées.

Relativement à l’adage «qui prend mari prend pays», les demandeurs ont appelé à la barre un ancien, David Jacobs. Ce dernier, qui est âgé de 79 ans et était natif de l’Est du Canada, était un Cayuga de la réserve des Six Nations près de Brantford en Ontario. Il s’est rendu en Alberta au cours des années 1930. Pendant que David Jacobs travaillait dans la réserve des Sarcis (aujourd’hui appelée Tsuu T’ina), Alex Bull lui annonça que sa fille Elsie voulait savoir s’il désirait l’épouser, Jacobs accepta et ils se marièrent. L’avocat de la défenderesse s’est opposé à ce que ce témoin relate de l’histoire orale, étant donné qu’il n’était pas un descendant d’ancêtres qui avaient vécu dans les prairies de l’Ouest et signé les traités en cause. La Cour a néanmoins reçu le témoignage de M. Jacobs, car ce dernier avait vécu parmi les Sarcis pendant 63 ans et que cette période pourrait fort bien correspondre à l’âge d’un témoin qui rapporterait de l’histoire orale, d’autant plus qu’il n’était pas nécessaire de soustraire de ces 63 années quelque période que ce soit, telle l’enfance, au cours de laquelle M. Jacobs n’aurait pas compris ce qui se passait.

Selon l’ancien Jacobs, l’enjeu du présent litige consiste à déterminer [TRADUCTION] «qui décide si ces personnes reviennent dans les réserves» (TD16, à la page 2280).

[TRADUCTION] R. Il s’agit de femmes qui n’ont pas marié des Indiens mais plutôt des Blancs, qui ont quitté la réserve et qui ont reçu une part des sommes versées à l’époque.

Q. Connaissez-vous de telles personnes?

R. J’en connais quelques-unes.

Q. Qui connaissez-vous?

A. Je connais Ruby Starlight ainsi que Sophia Many Horses. Je connais également Marjorie Henderson.

Q. Bien, ces personnes que vous connaissez, ancien Jacobs, ont-elles des maris, des enfants et des petits enfants?

- A. They have husbands and many grandchildren that I know of.
- Q. Well, when these Indian women decided to leave the reserve and marry men from the city, how would their families react to that decision?
- A. They would say no. If you leave, you're gonna be gone forever. You'll lose your treaty rights forever.
- Q. Why did these women leave the reserve?
- A. Because the reserve is so poor at the time and they got paper to sign, collect the share. Demand their share that the band had at the time. She was paid off.
- Q. Who were paid off, Mr. Jacobs?
- A. They were paid off and after they signed the paper.
- Q. Why were they paid off?
- A. To leave the reserve, to sign off the reserve.
- Q. Now do you agree that all of these people should come back to the reserve?
- A. I would but I'm only one. I would only take the women that signed off. I wouldn't vote for all of them, only the one. But I'm only one. There are others.
- Q. Well, who do you say, sir, should decide about these people?
- A. I think the band should decide.
- Q. And why do you say the band should decide?
- A. Because the treaty says the money, the land is ours. And we have the privilege of saying yes or no. And we have all the say on it. [TT16, at pages 2280-2282.]
- R. Je sais qu'elles ont des maris et de nombreux petits enfants.
- Q. Bon, lorsque ces femmes indiennes ont décidé de quitter la réserve et de marier des hommes de la ville, comment réagissaient leurs familles à cette décision?
- R. Elles disaient non. Si vous quittez, vous quitterez pour toujours. Vous perdrez à jamais vos droits issus de traité.
- Q. Pourquoi ces femmes quittaient-elles la réserve?
- R. Parce qu'il y avait beaucoup de pauvreté dans la réserve à l'époque, et elles signaient un document et empochaient leur part. Elles demandaient leur part, que la bande détenait à l'époque. Elles étaient payées.
- Q. Qui était payé M. Jacobs?
- R. Elles étaient payées et après elles signaient le document.
- Q. Pourquoi étaient-elles payées?
- R. Pour quitter la réserve.
- Q. Accepteriez-vous que toutes ces personnes reviennent dans la réserve?
- R. Je serais d'accord, mais je ne suis pas le seul intéressé. Je n'accepterais que les femmes qui ont signé le document. Je ne voterais pas pour toutes les femmes, mais uniquement pour celles qui ont signé. Cependant, je ne suis pas le seul intéressé. Il y en a d'autres.
- Q. Bien, à votre avis, Monsieur, qui devrait décider du sort de ces personnes?
- R. Je pense que c'est la bande qui devrait décider.
- Q. Et pourquoi la bande devrait-elle le faire?
- R. Parce que le traité dit que l'argent et le territoire nous appartiennent. Et nous avons le privilège de dire oui ou non, nous avons tous notre mot à dire à cet égard. [TD16, aux pages 2280 à 2282.]

Once again the dependants' eternally received payouts are linked to the treaty in Elder Jacobs' mind. If the band could still control its own membership, and if the Government were, as it is, obliged to make payments and confer all of today's further benefits on all members, then notionally, bands could bring the taxpayers to their knees by expanding membership exponentially, without the limits even of Bill C-31. That is, of course, most unlikely, but Elder Jacobs' testimony shows how revised or forgotten is the treaty's original *quid pro quo*. Whoever pays the piper calls the tune. The taxpayers are the eternal payers and the government, at least somewhat on their behalf, has since treaty-time called the tune of absolute, all-extinguishing control of band membership, and of who is an Indian entitled to the payments and other benefits. Elder Jacobs got it wrong, like so

Dans l'esprit de l'ancien Jacobs, il y a un lien entre le traité et les paiements versés à perpétuité aux personnes dépendantes. Si, d'une part, la bande pouvait encore décider qui sont ses membres et si, d'autre part, le gouvernement était appelé, comme il est obligé de le faire, à verser les sommes prévues à tous les membres et à leur accorder tous les autres avantages existants aujourd'hui, les bandes pourraient alors, hypothétiquement, ruiner les contribuables en élargissant de façon exponentielle le nombre de leurs membres, sans aucune limite, même celles prévues par le projet de loi C-31. Évidemment, il est peu probable que cela se produise, mais le témoignage de l'ancien Jacobs montre bien de quelle façon on a oublié ou dénaturé la contrepartie originale prévue par le traité, c'est-à-dire qui paie les violons, choisit la musique. Les contribuables sont les éternels

many others with their wished-for, or thoughtlessly accepted, historically incorrect revisions.

Each generation “inherited” its enemies. Elder Jacobs testified thus:

Q. Before the white man came, Elder Jacobs, when the Sarcee battled with the Cree, would the Sarcee allow Cree men who were defeated in battle to join their camps?

A. No.

Q. What would they do with these man?

A. Somebody would kill him. [TT16, at page 2298.]

This has nothing to do with control of membership, or “woman follows man”. It is more a re-statement of Mr. Roan’s macabre mutual Aboriginal “population control” by killing, not contraception. The plaintiffs get no solace from this, for it was not within their control: they were all willy-nilly pawns of inter-Aboriginal enmity.

Elder Jacobs was cross-examined not by the defendant’s counsel who waived his right but by NCC’s counsel:

Q. And the Six Nations are Iroquois, isn’t that right?

A. Yeah, I am Iroquois.

Q. In the Iroquois traditions, isn’t it the case that the mother is the one who decides blood lines, who decides who of the descendants are also Iroquois. Is that the case?

A. . . . I mean the men did all the council from many years back. The women had never been in council before that.

payeurs et le gouvernement, à tout le moins pour leur compte, a, depuis l’époque des traités, choisi la musique en exerçant, de manière absolue, le pouvoir de décider qui sont les membres des bandes et les Indiens qui ont droit aux paiements et aux autres avantages. L’ancien Jacobs est dans l’erreur, comme bien d’autres qui souscrivent sans réflexion à un révisionnisme historique non fondé ou qui souhaite une telle relecture incorrecte de l’histoire.

Chaque génération «héritait» des ennemis de la bande. L’ancien Jacobs a déclaré ce qui suit dans son témoignage:

[TRADUCTION] Q. Avant la venue de l’homme blanc, ancien Jacobs, lorsque les Sarcis livraient bataille aux Cris, est-ce que les Sarcis permettaient aux hommes cris vaincus au cours des batailles de rejoindre leurs rangs?

R. Non.

Q. Que faisaient-ils avec ces hommes?

R. Quelqu’un les tuait. [TD16, à la page 2298.]

Cela n’a rien à voir avec la détermination de l’appartenance à la bande, ni avec l’adage «qui prend mari prend pays». Il s’agit davantage d’une reformulation de l’affirmation de M. Roan selon laquelle les Autochtones pratiquaient un macabre «contrôle démographique» mutuel, fondé non pas sur la contrôle des naissances mais sur l’élimination des individus. Cet argument n’est d’aucun secours aux demandeurs, car cette situation était indépendante de leur volonté: en effet, bien malgré eux, ils étaient tous des pions involontaires sur l’échiquier des rivalités autochtones.

L’ancien Jacobs a été contre-interrogé, non pas par l’avocat de la défenderesse, qui a renoncé à ce droit, mais plutôt par celui du CNAC:

[TRADUCTION] Q. Les membres de la bande des Six-Nations sont bien des Iroquois, n’est-ce pas?

R. Ouais, je suis un Iroquois.

Q. Selon les tradition iroquoises, n’est-il pas vrai que c’est la mère qui transmet la filiation, qui détermine lesquels des descendants sont également des Iroquois. N’est-ce pas le cas?

R. . . . voyez-vous, il y a de cela bon nombre d’années, le conseil était formé uniquement d’hommes. Avant cela, les femmes n’avaient jamais fait partie du conseil.

Q. Okay. And when an Iroquois woman married someone from another band [sic], that man joined the Iroquois band. Isn't that right? . . . The Six Nations? . . . Before the white man?

A. Before the white man came, there was not Iroquois. [TT16, at pages 2305-2306.]

A. I believe that a treaty is always, as long as the water run and the grass grow.

Q. And you have a very good memory, Elder Jacobs, because on October the 16th, 1986, at a meeting at the Westgate Hotel, you used almost the same words?

A. Yes. [TT16, at page 2308.]

(Reference was made to Exhibit 38, starting at page 008317, which ought to be minutes dated October 16, 1985 (not 1986) of a Tsuu T'ina membership code workshop at the Westgate Hotel. In attendance, No. 11 is Dave Jacobs.) Exhibit 38 in the passages cited is most interesting, even although it is not without its fondly hopeful historical and legal revisionism. NCC's counsel continued:

MR. MEEHAN:

"Mr. Starlight [a plaintiff herein] stressed to the group that he was not against the reinstatement of women." [Pursuant to Bill C-31].

Now, you have already told us that you are the same. In other words, you came to the Sarcee as a stranger. You came as an Iroquois, You came without knowing the language. You came without knowing much about the customs. And what you are telling us is that women who are Sarcee, who have Sarcee customs, who have Sarcee language, who want to stay on the reserve, that they can stay. You are in agreement with Starlight, is that right?

A. I never talked to him.

Q. But do you remember him saying that at the meeting?

A. Yes.

Q. You do?

A. Yes.

Q. And do you agree with his point-of-view?

A. Yes. In fact, we love them people.

Q. And so you agree with Mr. Starlight?

A. But we want to be the one to have the say.

Q. O.K. Et lorsqu'une femme iroquoise mariait quelqu'un d'une autre bande [sic], l'homme en question joignait les rangs de la bande iroquoise. N'est-ce pas vrai? . . . La bande des Six-Nations? . . . Avant l'arrivée de l'homme blanc?

R. Avant l'arrivée de l'homme blanc, il n'y avait pas d'Iroquois. [TD16, aux pages 2305 et 2306.]

R. Je crois qu'un traité est éternel, qu'il s'applique tant que les rivières coulent et que l'herbe pousse.

Q. Vous avez une très bonne mémoire, M. Jacobs, car le 16 octobre 1986, au cours d'une réunion à l'hôtel Westgate, vous avez utilisé pratiquement les mêmes mots?

R. Oui. [TD16, à la page 2308.]

(On a fait référence à la pièce 38, à compter de la page 008317, qui constitue le procès-verbal, daté du 16 octobre 1985 (et non 1986), d'une séance d'information concernant le code d'appartenance de la Bande Tsuu T'ina qui s'est tenue à l'hôtel Westgate. Le nom de David Jacobs figure sur la liste des personnes présentes, au n° 11. Les extraits cités de la pièce 38 sont des plus intéressants, même s'ils ne sont pas dénués d'un certain révisionnisme historique et juridique teinté d'un optimisme naïf. L'avocat du CNAC a poursuivi ainsi:

[TRADUCTION] M. MEEHAN:

«M. Starlight [un des demandeurs en l'espèce] a souligné au groupe qu'il n'était pas contre le rétablissement des femmes dans leurs droits.» [Conformément au projet de loi C-31].

Bon, vous nous avez déjà dit que vous pensez la même chose. En d'autres mots, vous êtes venus chez les Sarcis en tant qu'étranger. Vous êtes venus en tant d'Iroquois. Vous êtes venus sans connaître leur langue. Vous saviez peu de choses sur leurs coutumes à votre arrivée. Et vous nous dites que les femmes qui sont des Sarcis, connaissent les coutumes des Sarcis et parlent leur langue, qui veulent demeurer dans la réserve, qu'elles peuvent y rester. Vous êtes d'accord avec M. Starlight, n'est-ce pas?

R. Je ne lui ai jamais parlé.

Q. Mais vous vous rappelez qu'il a dit cela au cours de la réunion?

R. Oui.

Q. Vous vous en rappelez?

R. Oui.

Q. Êtes-vous d'accord avec ce point de vue?

R. Oui. De fait, nous aimons ces personnes.

Q. Donc vous êtes d'accord avec M. Starlight?

R. Mais nous voulons que ce soit nous qui tranchions la question.

Q. I realize that. But you love these people and you are in agreement with Mr. Starlight?

A. But not her children and husbands.

Q. But you're in favour of the women themselves, is that right? Just the women? *a*

A. The husband and children—

Q. I'm not asking about the husbands and the children. I'm just asking about the women, the women that you love?

A. Yeah, only the women. *b*

Q. Okay. Thank you. Elder Jacobs, you also mentioned that some ladies who married out signed off the reserve and took money?

A. Yes. *c*

Q. Do you know that some of them were actually told to leave and actually forced to leave? Do you know that?

A. When they marry, they're supposed to follow the husband. And then they were kicked out if they didn't. *d*

Q. So they were in fact kicked out?

A. Yeah. They were kicked out, police, Mounties come [*sic*] and took them out. *e*

Q. 30 days in jail?

A. Yeah.

Q. In the white man's jail?

A. No, only her. White man never came in. He stayed away. *f*
Just one or two occasions where the white man went too.

Q. Okay. And they were taken off the reserve by the police?

A. Yes. *g*

Q. Okay. Did you know—do you know that some of the ones that took money to leave, that took money to leave, that the *Indian Act* says that for them to come back, they have to repay that money to you? [section 64.1] Did you know that? *h*

A. I heard that. [TT16, at pages 2311-2314.]

Elder Jacobs said that some women married out because the Band was poor (one, at least, voluntarily enfranchised) although now with oil and natural gas, and housing partly subsidized by the federal government, and new capital assets, a sportsplex, an agriplex for rodeos and a school the Band “became richer a few years back now.” *i*

Q. Je suis conscient de ça. Mais vous aimez ces personnes et vous êtes d'accord avec M. Starlight?

R. Mais non en ce qui concerne leurs enfants et leur mari.

Q. Mais vous êtes favorables aux femmes elles-mêmes, n'est-ce pas? Uniquement les femmes?

R. Le mari et les enfants—

Q. Je ne vous parle pas des maris et des enfants. Je vous demande uniquement votre avis à propos des femmes, les femmes sont les personnes que vous aimez?

R. Ouais, uniquement les femmes.

Q. O.K. Merci. M. Jacobs, vous avez également mentionné que certaines femmes qui se sont mariées avec des non-Indiens ont quitté la réserve et reçu de l'argent?

R. Oui.

Q. Savez-vous que certaines d'entre elles se sont, dans les faits, fait dire de partir et ont effectivement été contraintes de le faire? Saviez-vous cela?

R. Lorsqu'elles se marient, elles sont censées suivre leur mari. Elles étaient expulsées si elles ne le faisaient pas.

Q. Ainsi, elles étaient effectivement expulsées?

R. Ouais. Elles étaient expulsées, la police, la police montée venait et les amenait.

Q. 30 jours en prison?

R. Ouais.

Q. Dans la prison de l'homme blanc?

R. Non, seulement elle. L'homme blanc n'est jamais venu. Il est resté en dehors. L'homme blanc n'est venu lui aussi qu'à une ou deux occasions seulement.

Q. O.K. Et elles ont été amenées en dehors de la réserve par la police?

R. Oui. *j*

Q. OK. Saviez-vous—saviez-vous que certaines de celles qui ont accepté de l'argent pour partir, qui ont reçu de l'argent pour partir, que, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, pour qu'elles puissent revenir, elles doivent vous rembourser cet argent? [article 64.1], Saviez-vous cela?

R. Je l'ai entendu dire. [TD16, aux pages 2311 à 2314.]

L'ancien Jacobs a affirmé que certaines femmes se sont mariées avec des non-Indiens parce que la bande était pauvre, (l'une d'elle, à tout le moins, ayant volontairement choisi l'émancipation), quoique, aujourd'hui, grâce au pétrole et au gaz naturel, au fait que le logement est en partie subventionné par le gouvernement fédéral et au fait qu'elles possèdent de

Q. And things are better now?

A. And that's why everybody wants to come in. And there's a lot of . . . people are looking for their . . . birth right. [TT16, at page 2317.]

A. There are thousands—about six weeks ago I heard there were about 500,000 people that are ready to come in and get that paper that says, you know, treaty Indian and tax exempt, the tax exemption for gas and oil, cigarettes and oil I guess. And it seems like they're all coming for that plus if they want to, if they want to come back and get all that, there's that many, that's six weeks ago, but a lot of them, a lot of them want to come out on the reserve. [TT16, at page 2318.]

Elder Jacobs complained that the pressure of people who want to get in on the benefits given to Indians will grossly overcrowd the reserve.

It was then demonstrated to Elder Jacobs that, in Exhibit 32, the Band's request or consent to receiving new members was always in vain, unless the Government approved—docs. 863-869.

Elder Hilda Big Crow testified on the issue of woman follows man. She is a Sarcee (Tsuu T'ina). She, at the age of 84, has so many female descendants that she had lost count, even of how many are married. About her daughters, however, she testified:

A. . . . one's married to a Blood Indian, one's married to a Blackfoot, and one is Stony, and they're all with their husbands.

Q. Elder Big Crow, is it part of the Indian custom that the woman follows the man when she marries?

A. Yes. [TT18, at page 2626.]

Q. How do you know about how Indians lived in these days before the white man?

nouveaux biens immobiliers, un centre sportif, un centre agricole pour la tenue de rodéos ainsi qu'une école, la bande [TRADUCTION] «est devenue plus riche, il y a de cela quelques années».

^a [TRADUCTION] Q. La situation est meilleure aujourd'hui?

R. Voilà pourquoi, les gens veulent venir. Il y a un grand nombre de . . . personnes qui cherchent à obtenir leur . . . droit du sang. [TD16, à la page 2317.]

^b R. Il y a des milliers—il y a six semaines de cela, j'ai entendu dire qu'il y avait 500 000 personnes prêtes à venir et à obtenir ce document qui dit, vous savez, maintenant vous êtes un Indien visé par un traité, vous êtes dispensé du paiement de l'impôt, vous bénéficiez d'une exemption des taxes sur le gaz, le pétrole et les cigarettes. Il semble qu'ils viennent tous pour cette raison, et que s'ils veulent, s'ils veulent revenir pour profiter de tout cela, il y a autant de personnes que cela, c'était il y a six semaines, mais un grand nombre de ces personnes veulent venir dans les réserves. [TD16, à la page 2318.]

^d M. Jacobs s'est plaint que le fait qu'un grand nombre de personnes veulent profiter des avantages accordés aux Indiens entraînera une surpopulation excessive des réserves.

^e On a alors démontré à M. Jacobs, au moyen de la pièce 32, que la demande présentée par la bande afin de recevoir de nouveaux membres ou le consentement donné par celle-ci à cet égard étaient toujours ^f infructueux, à moins que le gouvernement ne donne son approbation—doc. 863-869.

^g L'ancienne Hilda Big Crow a déposé relativement à l'adage qui prend mari prend pays. Femme sarciee (Tsuu T'ina) âgée de 84 ans, elle a tellement de descendantes de sexe féminin qu'elle ne sait plus exactement combien elle en a, elle ne sait même plus combien d'entre elles sont mariées. Toutefois, en ce qui concerne ses filles, elle a déclaré ceci:

^h [TRADUCTION] R. . . . Une est mariée avec un membre de la tribu des Gens-du-Sang, une autre avec un Pied-Noir, une autre est une Stony, et elles vivent toutes avec leur mari.

ⁱ Q. M^{me} Big Crow, est-ce que c'est une coutume indienne que la femme aille vivre avec son époux lorsqu'elle se marie?

R. Oui. [TD18, à la page 2626.]

^j Q. Comment savez-vous ces choses sur la façon dont les Indiens vivaient avant la venue de l'homme blanc?

A. My grandfathers and my grandmothers told us these— told me these stories, and that's how I know those stories. [TT18, at page 2627.]

Q. Before the white man came, do you know what kinds of Indians lived in western part of Canada? *a*

A. I know one tribe was our tribe, Sarcees, and maybe there was many other tribes.

Q. Do you know the names of any other tribes that were here before the white man came? *b*

A. Stonys I know.

Q. Before the white man came, did these different Indians or different tribes speak the same language? *c*

A. No. [TT18, at page 2628.]

Q. What would the Tsuu T'ina people do to an Indian man they captured in battle? *d*

A. They will, they will kill him.

Q. What would the Tsuu T'ina people do to an Indian woman captured in battle?

A. Sometimes we keep them as slaves, sometimes as wives. [TT18, at page 2630.] *e*

Elder Big Crow was in favour of only some of the women who married out returning as members of the Sarcee reserve, but she was adamant against receiving their children, grandchildren, husbands and the husbands and wives of their children and grandchildren. She said that the Tsuu T'ina nation and not the Government should decide who is to be received or not. (TT18, at pages 2656-2657.) *f*

She told of knowing Ruby Starlight who married Sam Fraser in 1932, and "they had about four children. They stayed and brought up their children in Ruby's father's house on the reserve for a number of years." Cross-examining counsel for the NIAA suggested that the couple were told to leave the reserve by the Indian agent, Dr. Murray, in 1951, but Mrs. Big Crow could not verify that. *g*

The plaintiff Chief (now also, Senator) Walter Twinn testified on the theme of woman follows man. He led up to that in his direct testimony, thus: *h*

R. Mes grand-pères et mes grand-mères nous ont raconté ces histoires, voilà pourquoi je les connais. [TD18, à la page 2627.]

Q. Avant la venue de l'homme blanc, savez-vous qu'elles étaient les tribus d'Indiens qui vivaient dans l'Ouest du Canada?

R. Je sais qu'une de ces tribus était la nôtre, les Sarcis, il est possible qu'il y en ait eu bien d'autres.

Q. Connaissez-vous le nom d'autres tribus qui vivaient ici avant la venue de l'homme blanc?

R. Je sais qu'il y avait les Stonys.

Q. Avant la venue de l'homme blanc, est-ce que ces différents Indiens, ces différentes tribus parlaient la même langue?

R. Non. [TD18, à la page 2628.]

Q. Que faisaient les Tsuu T'ina aux hommes indiens qu'ils capturaient au cours d'une bataille? *d*

R. Ils les tuaient.

Q. Que faisaient les Tsuu T'ina des femmes indiennes qu'ils capturaient au cours d'une bataille?

R. Parfois ils les gardaient comme esclaves, parfois comme épouses. [TD18, à la page 2630.] *e*

L'ancienne Big Crow n'était en faveur du retour— en tant que membres de la réserve des Sarcis—que de certaines seulement des femmes qui s'étaient mariées avec des non-Indiens, mais elle s'opposait absolument à l'idée de recevoir leurs enfants, petits enfants, maris ainsi que les époux et les femmes de leurs enfants et de leurs petits enfants. Elle a affirmé qu'il appartenait à la nation Tsuu T'ina et non au gouvernement de décider qui devait être reçu dans la réserve ou non. (TD18, aux pages 2656 et 2657.) *f*

Elle a dit avoir connu Ruby Starlight qui avait épousé Sam Fraser en 1932, et elle a affirmé qu'[TRANSDUCTION] «ils avaient eu environ quatre enfants. Ils sont restés, pendant un certain nombre d'années, dans la maison du père de Ruby dans la réserve et ils y ont élevé leurs enfants.» En contre-interrogatoire, l'avocat de la NIAA a prétendu que, en 1951, l'agent des Indiens, le D^r Murray, avait dit au couple de quitter la réserve, mais M^{me} Big Crow n'a pu confirmer cette affirmation. *g*

Un des demandeurs, le chef Walter Twinn (qui est également sénateur aujourd'hui) a témoigné à l'égard de l'adage qui prend mari prend pays. C'est d'ailleurs *h*

Q. Now, these things that you're describing, were you told about these things as a boy?

A. That's right.

Q. And who would have told you most of the things you know about the history or traditions of your people?

A. I used to listen to my uncles and my father speak about them. And later on, my father started to tell me a lot of things.

Q. What would have happened if a bush Cree camp was successful and grew to be too large?

A. Well, sometimes if it was crowded, depending on the crowds, could vary probably depending on the exact area whether there was a lake or whatever, how plentiful the food was. But they would separate I understand and the chief would name someone to be the new leader or chief of it, of the other band.

Q. And that group would leave with the new chief?

A. That's right.

Q. And where would they go to live?

A. Wherever they chose where there was food.

Q. Were you told by your father about the custom of your people respecting where a couple would live after their marriage? If you had a couple from—

A. The woman always followed the man.

Q. Was that ever explained to you why that was?

A. Because of I think a territory. If I'll take for an instance a bush Cree woman married a prairie Indian, it would be difficult for that prairie Indian to make a living in the bush. It was a strange environment or vice versa. That was one of the reasonings for it. [TT22, at pages. 3402-3404.]

At the end of the direct examination, the Court was referred by plaintiffs' counsel to Exhibit 68, documents 438, 439, Exhibit 25, document 627.

In cross-examination by the defendant's counsel, Chief Twinn was referred to the Sawridge Band's membership rules, made in response to Bill C-31, Exhibit 16 (353), pages 18-21. He testified:

lui qui a mentionné cet adage au cours de son interrogatoire principal:

[TRADUCTION] Q. Ces choses que vous décrivez, est-ce qu'on vous en a parlé pendant votre enfance?

R. C'est cela.

Q. Et qui vous a raconté la majeure partie de ce que vous savez sur l'histoire ou les traditions de votre peuple?

R. J'écoutais ce que disaient mes oncles et mon père à cet égard. Plus tard, mon père a commencé à me donner pas mal d'information.

Q. Que se passait-il si un camp de brousse cri était prospère et devenait trop gros?

R. Bien, parfois il y avait trop d'habitants, cela dépendait du nombre d'habitants, ce nombre variait probablement en fonction de l'endroit où il était situé, de la présence d'un lac, de l'abondance de la nourriture. Mais, si je me rappelle bien, le groupe se scindait alors et le chef nommait quelqu'un qui devenait le nouveau leader ou chef de l'autre groupe, de l'autre bande.

Q. Et ce groupe quittait alors avec le nouveau chef?

R. C'est exact.

Q. Et où allait-il vivre?

R. À l'endroit qu'ils choisissaient et où il y avait de la nourriture.

Q. Est-ce que votre père vous a parlé des coutumes de votre peuple en ce qui concerne l'endroit où le couple vivait après le mariage? Par exemple, si le couple venait—

R. La femme suivait toujours son mari.

Q. Est-ce qu'on a déjà expliqué pourquoi cela se passait ainsi?

R. C'était à cause du territoire je crois. Par exemple, si une Crie des bois mariait un Indien de la prairie, il aurait été difficile pour cet Indien de la prairie d'assurer sa subsistance dans les bois. C'était un environnement qu'il ne connaissait pas, l'inverse aurait été également vrai. C'était une des raisons de cette coutume. [TD22, aux pages 3402 à 3404.]

À la fin de l'interrogatoire principal, l'avocat des demandeurs a dit à la Cour de se référer à la pièce 68, documents 438 et 439, ainsi qu'à la pièce 25, document 627.

Au cours du contre-interrogatoire de ce témoin, l'avocat de la défenderesse a dit au chef Twinn de se référer aux règles d'appartenance de la Bande de Sawridge, préparées par suite de l'adoption du projet de loi C-31, pièce 16 (353), pages 18 à 21. L'échange rapporté ci-après a suivi:

Q. Now, would you tell the Court if in your view this particular band membership rules, these rules reflect your aboriginal rights and practices as you understand them?

A. Somewhat. [TT23, at page 3670.]

Q. Not all of it?

A. No.

Q. Well, what part of it, of these rules are [*sic*] in accordance with your aboriginal practices as you understand and which part is not? Could you tell the Court?

A. I think the aboriginal rules were—I said earlier were where woman followed the man for the reasons that I have stated before. That's not the case anymore.

Q. No. Why not?

A. Hmm? We cannot discriminate by sex, by other degrees with any membership codes. [TT23, at page 3671.]

Q. Chief, I'll put it to you very bluntly. I'll say to you that all the so-called alleged membership rules, aboriginal membership rules and practices that you talk about never existed.

A. That's your opinion. You're right to your opinion.

Q. Good. Then would you please tell the Court what those rules were and practices were?

A. I think I said earlier those rules were on membership for obvious reasons on a marriage. Those people, women that followed the man and consent of a band for anyone else coming in. Those were the aboriginal rules. [TT23, at page 3677.]

Chief Twinn then referred to the plaintiffs' expert, Dr. John Moore, who conducted tape-recorded interviews with elders, which were transcribed into Exhibit 78. The elders are recorded as not really supporting the plaintiffs' contentions, as seen in trial transcript (TT23, at pages 3681-3682, 3685). (Chief Twinn averred not being present, despite being listed: he had to depart for other business.) This is discussed on page 3685, then pages 3687-3693; 3694-3701.

[TRANUCTION] Q. Pouvez-vous indiquer à la Cour si, à votre avis, les règles d'appartenance de cette bande, si ces règles reflètent vos pratiques et droits ancestraux, selon l'interprétation que vous en donnez vous même?

R. Dans une certaine mesure. [TD23, à la page 3670.]

Q. Pas complètement?

R. Non.

Q. Dans ce cas, quelles parties de ces règles sont conformes à vos pratiques ancestrales, selon l'interprétation que vous en donnez, et quelles parties ne le sont pas? Pourriez-vous l'indiquer à la Cour?

R. Je crois que les règles ancestrales étaient—j'ai dit plus tôt que les règles prévoyaient que la femme allait vivre avec son mari, pour les raisons que j'ai énoncées plus tôt. Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

Q. Non. Pourquoi n'est-ce plus le cas?

R. Hem! Nous ne pouvons faire de discrimination fondée sur le sexe, sur d'autres motifs dans d'autres codes d'appartenance. [TD23, à la page 3671.]

Q. Chef, je vais vous dire franchement ce que je pense, je vous affirme que les soi-disant règles d'appartenance que vous alléguiez, que les règles et pratiques ancestrales en matière d'appartenance dont vous parlez n'ont jamais existé.

R. C'est votre avis. Vous avez le droit à votre opinion.

Q. Bon. Dans ce cas, pourriez-vous dire à la Cour quelles étaient ces règles et ces pratiques?

R. Je crois que j'ai affirmé plus tôt que ces règles concernaient l'appartenance à la bande et s'appliquaient, pour des raisons évidentes, en cas de mariage. Elles concernaient ces personnes, les femmes qui suivaient leur mari et le consentement que devait donner la bande à l'égard de quiconque venait vivre dans la réserve. Voilà quelles étaient les règles ancestrales. [TD23, à la page 3677.]

Le chef Twinn a ensuite fait référence à l'expert des demandeurs, le Dr John Moore, qui a enregistré sur ruban magnétique les entrevues avec des anciens, entrevues qui ont par la suite été transcrites et figurées dans la pièce 78. Le témoignage des anciens qui y est consigné n'appuie pas vraiment les prétentions des demandeurs, comme le démontre la transcription des débats (TD23, pages 3681 et 3682 et 3685). (Le chef Twinn a affirmé qu'il n'était pas présent, même si son nom figure sur la liste; qu'il avait dû quitter pour vaquer à d'autres affaires.) Cet aspect est exa-

Now no matter who testifies to the adage “woman follows man” the meaning of it still seems uncertain. For example, it is far from certain that the woman who followed the man thereby lost her membership in her Aboriginal natal group, her chief’s people. Elder Ermineskin thought not.

Most salient was the testimony given on discovery on behalf of the plaintiffs by Wayne Roan. It contradicted the testimony of Elder Agnes Smallboy, but then Mr. Roan, as a teacher of culture at Smallboy Camp, which receives and educates the Sarcee and some Sawridge and Blackfoot as well as Ermineskin Band members, was regarded as just as knowledgeable as she. Moreover, Mr. Roan was produced by the plaintiffs to give authoritative answers on discovery of their case.

Here are those authoritative answers as recorded in the discovery transcripts (DTs) Exhibit 133(1):

97. Q. According to your customs what is the meaning of the word “Band”?

A. According to my customs—

98. Q. Yes.

A. . . . there’s no meaning. We don’t understand the word “Band” from my customs, no.

99. Q. According to your customs, what is the meaning of the word “tribe”?

A. From my customs, we don’t have no word “tribe”.

100. Q. According to your customs, what do you understand by the word “nation”?

A. There’s no word “nation” in my customs—meaning of the word “nation”.

253. Q. But if he was of the same tribe, if he was a Cree, there was no reason why a woman could not bring her husband and there would be no problems becoming members of the Band [*sic*—meaning a pre-treaty group or camp]?

miné aux pages 3685, puis aux pages 3687 à 3693 et 3694 à 3701.

Peu importe qui a témoigné à l’égard de l’adage «qui prend mari prend pays», le sens de cet adage demeure encore incertain. Par exemple, il est loin d’être certain que la femme qui s’en allait vivre avec son mari cessait, de ce fait, d’être membre du groupe autochtone au sein duquel elle était née, d’être membre des partisans de son chef. L’ancien Ermineskin estimait qu’elle ne cessait pas d’être membre.

Le témoignage le plus marquant fut celui donné pour les demandeurs, en interrogatoire préalable, par Wayne Roan. Ce témoignage a contredit celui de l’ancienne Agnes Smallboy. Toutefois, il faut signaler que M. Roan, qui enseigne la culture autochtone au Camp Smallboy, camp qui accueille et éduque les Sarcis, certains Sawridge et Pieds-Noirs ainsi que des membres de la Bande Ermineskin, était considéré comme étant tout aussi bien informé que M^{me} Smallboy. Qui plus est, les demandeurs ont fait venir Roan pour qu’il donne, au cours de l’interrogatoire préalable, des réponses faisant autorité.

Voici ces réponses faisant autorité, telles qu’elles ont été consignées dans la transcription de l’interrogatoire préalable (TIP) pièce 133(1):

[TRADUCTION] 97. Q. Selon vos coutumes, quel est le sens du mot «Bande»?

R. Selon mes coutumes—

98. Q. Oui.

R. . . . ce mot n’a pas de signification. Suivant mes coutumes, le mot «bande» n’a pas de signification pour nous, non.

99. Q. Selon vos coutumes, quel est le sens du mot «tribu»?

R. Suivant mes coutumes, nous n’avons pas de mot «tribu».

100. Q. Conformément à vos coutumes, quel sens donnez-vous au mot «nation»?

R. Il n’y a pas de mot «nation» dans mes coutumes—il n’y a pas de mot ayant le sens du mot «nation».

253. Q. Mais si l’homme était de la même tribu, s’il était un Cri, il n’y avait aucune raison empêchant la femme d’amener son mari avec elle et il n’y aurait pas eu de problème à ce qu’il devienne membre de la bande [*sic*—ce mot est utilisé ici au sens de groupe ou camp existant avant la conclusion des traités]?

A. There would be no problems.

The defendant (with the interveners) is quite entitled to rely on the answers elicited on discovery. Given the vaguely disparate answers given by some of the plaintiffs' witnesses and given the fluidity of membership in a chief's people in Aboriginal times, the Court is satisfied that Mr. Roan's answer on discovery is quite consonant with the balance of probabilities on all the evidence before the Court. The oral history presenters mostly disapproved of the return of women who "married out" in the present post-treaty times and added to the adage "woman follows man", a corollary to the effect that she was out forever and must not return. The Court finds that if there ever had been any substance in general to the adage, the corollary, not being proved on a balance of probabilities, was not true and is not proved for the purpose of this litigation, if at all.

"Woman follows man" as understood by the plaintiffs, but not so established, is according to the plaintiffs' statement of fact and law, tab 2D, page 74, an aspect of how "the plaintiff's aboriginal communities have, since aboriginal times, determined membership in their territories through the practice of traditional customs". The defendant traverses the plaintiffs' assertion. Mr. Roan spoke of instances of the reverse, the man going to reside with his wife in her community. If the asserted adage were the inflexible rule, then legend would inevitably yield some cases of dramatic conflict with that rule, but none was cited. Of course the *Indian Act* after 1869, forced the Aboriginal women into that exile and loss of membership, which the plaintiffs' witnesses wished had been the norm in Aboriginal times. Poor Aboriginal women! Neither their own Aboriginal societies, nor Parliament, treated them well, as may be seen in the "red ticket" system's development and demise, for example.

R. Il n'y aurait pas eu de problème.

La défenderesse (ainsi que les intervenants) a parfaitement le droit de s'appuyer sur les réponses données à l'interrogatoire préalable. Compte tenu des réponses vaguement divergentes données par certains des témoins des demandeurs et des fluctuations que connaissait le groupe des partisans d'un chef donné durant les temps ancestraux, la Cour est convaincue que les réponses données par M. Roan au cours de l'interrogatoire préalable satisfont à la norme de la prépondérance des probabilités, eu égard à l'ensemble de la preuve qui a été présentée à la Cour. Les témoins qui ont présenté de l'histoire orale ont, pour la plupart, indiqué qu'ils s'opposent au retour des femmes qui «ont marié des non-Indiens» dans la période qui a suivi la conclusion des traités, et ils ont ajouté à l'adage «qui prend mari prend pays» le corollaire voulant que la personne qui contractait ainsi mariage quittait à jamais la réserve et ne pouvait plus y retourner. La Cour statue que, même si l'adage a pu avoir de façon générale une existence concrète dans la réalité, pour ce qui est du corollaire—dont la preuve n'a pas été faite selon la prépondérance des probabilités—n'est pas vrai et son existence n'a pas été établie pour les fins du présent litige, à supposer même qu'elle ait été établie pour quelque fin que ce soit.

L'adage «qui prend mari prend pays», selon l'interprétation que les demandeurs en donnent, mais dont ils n'ont pu faire la preuve, est, suivant l'exposé des faits et du droit des demandeurs, ongllet 2D, page 74, un aspect de la manière dont [TRADUCTION] «les communautés autochtones des demandeurs ont, depuis les temps ancestraux, décidé qui sont leurs membres dans leurs territoires au moyen des coutumes traditionnelles». La défenderesse nie la prétention des demandeurs. M. Roan a fait état de situations inverses, de cas où le mari est allé rester avec son épouse, au sein de la collectivité de cette dernière. Si l'adage invoqué était la règle inflexible que l'on prétend, on trouverait alors inmanquablement dans la légende des cas de conflits sérieux relativement à son application, pourtant, aucun cas de ce genre n'a été cité. Évidemment, après 1869, l'*Acte des Sauvages* puis la *Loi sur les Indiens* ont contraint les femmes à l'exil en leur retirant leur qualité de membre. Les témoins des demandeurs auraient bien aimé que cette

situation ait été la norme durant les temps ancestraux. Pauvres femmes autochtones! Ni leurs propres sociétés autochtones, ni le Parlement ne les ont traitées convenablement, comme en témoigne, par exemple, l'établissement et l'abolition du régime du «billet rouge» («*Red Ticket*» system).

“Red Ticket” System

History

The “institution”, or category of women called “red ticket holders” originated with the enactment of paragraph 3(3)(c) of *The Indian Act*, 1876, S.C. 1876, c. 18 (39 Vict.) (plaintiffs’ statutory materials, Vol. 1, tab 11, or alternatively, defendant’s book of authorities, Vol. 1, tab 9, page 25), and was further clarified by sections 12 and 13 of *The Indian Act*, 1880, S.C. 1880, c. 28 (43 Vict.) (plaintiffs’ statutory materials, Vol. 1, tab 13, or alternatively, defendant’s book of authorities, Vol. 1, tab 10). That régime, and its operation, was amply described by several former “red ticket” holders, namely Ruby Fraser and Joyce Runge, and also in great detail by Crown witness Sandra Dolores Ginnish (read-in of Ruby Fraser’s evidence in TT48, pages 106-113; Joyce Runge’s oral testimony in TT30, pages 4705-4713; and Sandra Dolores Ginnish’s oral testimony in TT31, pages 159-161 and TT32, pages 60-63; also the pay list references to both Fraser and Runge, in TT73, pages 84-85 and Exhibit 19, Vol. 4-4, pages 493-494 under Band #217).

The “red ticket holder” régime resulted from a number of growing pains in the early Indian Act legislation, as will be noted herein. In particular, 1869 marked the landmark year in which Parliament first imposed a statutory excommunication from reserve lands and benefits on Indian women marrying non-Indians (Indian Act of 1869, S.C. 1869, c. 6 (32-33 Vict.), as contained in the defendant’s book of authorities, Vol. 1, tab 7, section 6). The 1869 Act was quite harsh; upon marriage to a non-Indian, an

Le régime du «billet rouge»

Historique

Le «régime» des «titulaires de billet rouge» ou la catégorie de femmes qui étaient désignées ainsi a pris naissance par l’édiction de l’alinéa 3(3)c de l’*Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, ch. 18 (39 Vict.) (voir les textes législatifs produits par les demandeurs, vol. 1, onglet 11, ou le recueil de textes de loi, jurisprudence et doctrine de la défenderesse, vol. 1, onglet 9, page 25), et il a par la suite été précisé par les articles 12 et 13 de l’*Acte relatif aux Sauvages*, 1880, S.C. 1880, ch. 28 (43 Vict.) (voir les textes législatifs produits par les demandeurs, vol. 1, onglet 13, ou le recueil de textes de loi, jurisprudence et doctrine de la défenderesse, vol. 1, onglet 10). Ce régime ainsi que son application ont été abondamment décrits par plusieurs anciennes titulaires de «billet rouge», notamment Ruby Fraser et Joyce Runge, et ils ont de plus été décrits de façon très détaillée par un des témoins de la Couronne, Sandra Dolores Ginnish (lecture du témoignage de Ruby Fraser dans TD48, pages 106 à 113; témoignage de vive voix de Joyce Runge dans TD30, pages 4705 à 4713; et témoignage de vive voix de Sandra Dolores Ginnish dans TD31, pages 159 à 161 et TD32, pages 60 à 63; voir également, sur les listes de paiement, la mention des noms de Fraser et de Runge dans TD73, pages 84 et 85 et à la pièce 19, vol. 4-4, pages 493 et 494 sous la rubrique Bande #217).

Le régime des «titulaires de billet rouge» était le résultat d’un certain nombre d’étapes difficiles de l’évolution des premières versions de la *Loi sur les Indiens*, comme il sera indiqué ci-après. De façon plus particulière, 1869 est une date déterminante puisque c’est l’année au cours de laquelle le Parlement a, pour la première fois, imposé par voie législative aux femmes indiennes qui mariaient des non-Indiens, l’excommunication des terres réservées aux Indiens et des droits aux autres avantages

Indian woman's ties to her natal reserve were completely and irrevocably severed. This particular amendment would, much later in time and history, come to be paragraph 12(1)(b) of the *Indian Act*. Why did Parliament impose such harsh conditions on Indian women? The answer, say the plaintiffs, is simple. Parliament was simply recognizing, in legislative form, the Indian custom or practice whereby a woman, upon her marriage, always followed her man and thereby lost forever her ties to her natal band (for example, TT52, pages 9-10, TT53, pages 94, 98, 112, and 130-138, as well as the famous "Drummond Memo" and related correspondence contained in Exhibit 73, tabs 11-14 and 15-16). The purpose of this custom or practice (as allegedly encoded in the legislation), say the plaintiffs, was to allow Indian communities to control their own membership, as well as land use, and to prevent outsiders from coming into the community through marriage, especially where such outsiders would be a dangerous influence.

To the contrary, the defendant and interveners assert a different purpose behind the 1869 amendment. A number of possibilities, or reasons, were presented, including: a) to protect the reserve communities from the "marriage-in" of aggressive white males, who would take up an inordinate amount of reserve lands and resources, or were engaging in unscrupulous practices such as bootlegging liquor to the Indians or robbing them of their timber; b) to promote enfranchisement and assimilation of Indian persons; or, finally c) simply because the *Indian Act* was amended to correspond with the sexism then rampant in European law, wherein women, of all ages and status, except a "feme sole" were treated as wards or dependants of the men closest to them, be it their fathers or husbands. (Debates preceding the 1869 Act, in the defendant's book of authorities, Vol. 1, tab 6; also: TT61, pages 98-101, and 106; interveners

accordés à ceux-ci (Acte des Sauvages de 1869, S.C. 1869, ch. 6 (32-33 Vict.), texte qui figure dans le recueil de textes de loi, jurisprudence et doctrine de la défenderesse, vol. 1, onglet 7, article 6). L'Acte de 1869 était très sévère; en effet, dès qu'une femme indienne mariait un non-Indien, tous les liens rattachant celle-ci à sa réserve natale étaient complètement et irrévocablement rompus. Cette modification est devenue, beaucoup plus tard dans le temps et dans l'histoire, l'alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*. Pourquoi le Parlement a-t-il imposé un traitement aussi sévère aux femmes indiennes; la réponse à cette question est simple, de dire les demandeurs. Le Parlement ne faisait que reconnaître, dans la loi, la coutume ou pratique indienne selon laquelle la femme, dès son mariage, s'en allait toujours vivre avec son mari et rompait de ce fait à jamais les liens qui la rattachaient à sa bande natale (par exemple, TD52, pages 9 et 10, TD53, pages 94, 98, 112 et 130 à 138, ainsi que le célèbre «*Drummond Memo*» et la correspondance connexe figurant dans la pièce 73, onglets 14 et 15 et 16). Cette coutume ou pratique (qui aurait été codifiée dans la loi) avait pour objet, d'affirmer les demandeurs, de permettre aux communautés indiennes de décider qui étaient leurs membres, de contrôler l'utilisation des terres et d'empêcher des étrangers de venir s'installer dans la communauté par suite de mariages, particulièrement lorsqu'il s'agissait d'étrangers susceptibles d'avoir une influence néfaste.

À l'opposé, la défenderesse et les intervenants prétendent que la modification apportée par la loi de 1869 visait un tout autre objet. Ils ont proposé un certain nombre de possibilités ou de raisons, notamment: a) protéger les communautés habitant des réserves contre la venue dans celles-ci, «par voie de mariages», d'hommes blancs affichant une attitude agressive, qui accapareraient des terres et des ressources de la réserve en quantités excessives ou qui s'adonneraient à des activités malhonnêtes, comme le fait de vendre illégalement des boissons enivrantes aux Indiens ou de leur voler leur bois; b) favoriser l'émancipation et l'assimilation des Indiens; ou, enfin, c) l'*Acte des Sauvages* aurait tout simplement été modifié pour y intégrer le sexisme, par ailleurs répandu dans les lois européennes où les femmes, de tous âges et de tout statut à l'exception de la «feme sole», étaient traitées comme des personnes à charge

NSIAA's factum, page 23; TT74, pages 119-121 and 163; Exhibit 42, tab 20; intervenier NCC(A)'s factum, pages 5, 10, 35, and 38; and TT54, page 106.) As other evidence considered herein indicates, "woman follows man" was the least plausible motive.

Whatever be the reason behind the 1869 amendment, clearly, not all were happy with the change, as demonstrated by the number of complaints which resulted (for example Exhibit 44, tabs 93-94, 119 and 147; Exhibit 43, tab 67; Exhibit 42, tab 20; TT69, pages 85-100; and TT70, pages 2-3, 6-7 and 11). Parliament, however, apparently was listening to the grassroots rumblings, as noted by the Debates preceding *The Indian Act*, 1876 (as found in the defendant's book of authorities, Vol. 1, tab 8), and took action in the corresponding Act of 1876, S.C. 1876, c. 18 (39 Vict.), the result of which, as noted above, was the creation of the "red ticket holder" system.

Operation of the System

The operation of the "red ticket" régime can perhaps best be described in the words of witness Sandra Dolores Ginnish. She stated, in TT31, at pages 159-160:

Q. Now, in what connection did you come across this phrase "red ticket holder"?

A. "Red ticket holder" is a phrase that I've come across in terms of my work in the Indian registration and band list directorate. It refers to an Indian woman who had married a non-Indian man prior to 1951, who as a result of that marriage had lost her Indian status and her band membership.

des hommes qui avaient les liens les plus étroits avec elles, qu'il s'agisse de leur père ou de leur mari. (Débats ayant précédé l'adoption de la loi de 1869, cités dans le recueil de textes de loi, jurisprudence et doctrine de la défenderesse, vol. 1, onglet 6; voir également: TD61, pages 98 à 101, et 106; mémoire de l'intervenante NSIAA, pages 23; TD74, pages 119 à 121 et 163; pièce 42, onglet 20; mémoire de l'intervenant CNAC(A), pages 5, 10, 35 et 38; et TD54, page 106.) Comme l'indiquent d'autres éléments de preuve examinés dans les présents motifs, l'adage «qui prend mari prend pays» était le moins plausible des motifs.

Quelle que soit la raison justifiant la modification de 1869, il va soi que tous n'étaient pas heureux de ce changement, comme en témoigne le nombre de plaintes auxquelles il a donné lieu (par exemple, pièces 44, onglets 93 et 94, 119 et 147; pièce 43, onglet 67; pièce 42, onglet 20; TD69, pages 85 à 100; et TD70, pages 2 et 3, 6 et 7 et 11). Toutefois, le Parlement a manifestement tenu compte du mécontentement de la base, comme en témoignent les débats qui ont précédé l'adoption de l'*Acte des Sauvages*, 1876 (débat reproduits dans le recueil de textes de loi, jurisprudence et doctrine de la défenderesse, vol. 1, onglet 8), et il a agi en conséquence dans le texte de l'*Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, ch. 18 (39 Vict.), qui a entraîné, comme nous l'avons indiqué précédemment, la création du régime des «titulaires de billet rouge».

g Application du régime

C'est peut-être le témoin Sandra Dolores Ginnish qui a le mieux décrit, dans son témoignage, l'application du régime du «billet rouge». Celle-ci a déclaré ce qui suit, propos qui sont reproduits dans TD31, aux pages 159 et 160:

[TRADUCTION] Q. Dans quelles circonstances avez-vous rencontré l'expression «titulaire de billet rouge»?

R. J'ai rencontré l'expression «titulaire de billet rouge» dans le cadre de mon travail au sein de la direction de l'inscription et des listes de bande. Cette expression vise les femmes indiennes qui avaient épousé des non-Indiens avant 1951 et qui, par suite de ce mariage, avaient perdu leur statut d'Indien et avaient cessé d'être membres de la bande à laquelle elles appartenaient jusque-là.

However, because she was a member of a band that paid— that collected treaty annuity or interest monies, women in those circumstances had an option of either receiving a lump sum payment equalling ten years of their treaty annuities or choosing to continue to collect their treaty annuity on an annual basis.

A red ticket holder is a woman who chose to continue to receive that treaty annuity on an annual basis rather than receiving the lump sum payment.

Q. And was this option available to women who married out of the band and lost their band membership and Indian status after 1951 *Indian Act* was implemented?

A. No, it was not.

In TT32, at page 60, she indicated further:

A. The red ticket itself?

Q. Yes.

A. It would have been a card that would have been issued to a woman who had married a non-Indian and lost her Indian status and band membership, and originally it would have been red to indicate that she was no longer a member of the band but was entitled to collect treaty at the time that the treaty payment was made.

Ms. Ginnish is the Director of the Indian Registration & Band List Directorate of the Department of Indian Affairs & Northern Development. She was a wholly credible witness. (The “red ticket” system’s further descriptions: TT74, pages 172-175; TT73, pages 79-80; TT44B, pages. 53-56; TT31, pages. 159-161; TT32, pages 60-63; intervenor NCC’s factum, at page 35; Exhibit 34, page 1141; Exhibit 54, tab 157; TT70, pages 2-12; and Exhibit 74)

Termination of the System

The “red ticket” system was terminated through section 15 of *The Indian Act* of 1951, S.C. 1951, c. 29 (15 Geo. VI). (defendant’s book of authorities, Vol. 2, tab 3, page 320). This amendment, while not affecting the status of current red ticket holders (i.e. those red ticket holders who were still alive in 1951 would have continued to collect treaty), prevented that same régime from further perpetuating itself

Cependant, comme ces femmes étaient membres de bandes qui payaient—qui recevaient, en vertu d’un traité, des annuités ou des intérêts produits par certaines sommes d’argent, les femmes qui se trouvaient dans cette situation avaient la possibilité soit de se faire verser une somme forfaitaire égale à dix fois le montant de l’annuité prévue par le traité, soit de choisir de continuer à recevoir chaque année cette annuité.

Étaient considérées comme des titulaires de billet rouge les femmes qui avaient choisi de continuer à recevoir chaque année l’annuité prévue par le traité plutôt que de se faire verser une somme forfaitaire.

Q. Cette possibilité était-elle offerte aux femmes qui avaient, après l’entrée en vigueur de la *Loi sur les Indiens* de 1951, marié des non-Indiens et, de ce fait, perdu leur statut d’Indien et cessé d’être membres de la bande à laquelle elles appartenaient jusque-là?

R. Non, cette possibilité ne leur était pas offerte.

Le témoin a de plus indiqué ce qui suit, propos qui sont reproduits dans TD32, à la page 60:

[TRADUCTION] R. Le billet rouge lui-même?

Q. Oui.

R. Il s’agissait d’une carte qui était remise à la femme qui avait marié un non-Indien, avait perdu son statut d’Indien et avait cessé d’être membre de la bande à laquelle elle appartenait jusque-là. À l’origine, cette carte était rouge et elle indiquait que la femme en question n’était plus membre de la bande, mais qu’elle avait néanmoins droit aux paiements prévus par le traité, lorsque ceux-ci étaient effectués.

M^{me} Ginnish est la directrice de la Direction de l’inscription et des listes de bande du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Elle s’est révélée un témoin parfaitement crédible. (Le régime du «billet rouge» est également décrit dans: TD74, pages 172 à 175; TD73, pages 79 et 80; TD44B, pages 53 à 56; TD31, pages 159 à 161; TD32, pages 60 à 63; mémoire de l’intervenant CNAC, page 35; pièce 34, page 1141; pièce 54, onglet 157; TD70, pages 2 à 12; et pièce 74.)

Abolition du régime

Le régime du «billet rouge» a été aboli par l’article 15 de la *Loi sur les Indiens* de 1951, S.C. 1951, ch. 29 (15 Geo. VI) (recueil de textes de loi, jurisprudence et doctrine de la défenderesse) vol. 2, onglet 3, page 320). Cette modification, même si elle ne portait pas atteinte aux droits des personnes qui étaient alors titulaires de billet rouge (autrement dit, les titulaires de billet rouge qui étaient toujours vivantes en 1951

amongst future generations of Indian women marrying non-Indians. (Further details, also: TT44B, pages 53-56; TT65, pages 34-35; TT73, pages 79-82, and 90; and Ginnish's testimony, as noted above.)

At every turn one sees Parliament imposing statutory measures in order to assert control of membership of Aboriginal groups or a chief's people even before the three Treaties Nos. 6, 7 and 8 were negotiated: the legislation of 1869 was an instance in point, statutorily excommunicating Indian women who married non-Indians from all benefits, and leading up to the proper and/or notorious paragraph 12(1)(b) of the *Indian Act*. The Court finds that the plaintiffs have *ex post facto* adopted the harshness of the 1869 statute, and in true revisionist fashion, asserted that that Act of Parliament in 1869 expressed the Aboriginal "rule" of membership control from time immemorial. The "red ticket" accorded some compensation to the excluded women, but only until and not after 1951.

ANTHROPOLOGICAL EVIDENCE

This evidence is voluminous, coming in the main from the plaintiffs' expert, Prof. John Hartwell Moore, Professor of Anthropology, University of Florida, and the defendant's expert, Dr. Alexander von Gernet, Assistant Professor of Anthropology, Erindale College, University of Toronto. Dr. von Gernet was retained by the defendant to perform a close and scholarly critique or review of Professor Moore's *The Ethnology of Traditional Law Among Native Peoples of Canada* hereinafter called Professor Moore's "report". Did that mandate ever infuriate Prof. Moore! He blustered and made dire threats against von Gernet's professional standing at the beginning of his testimony on cross-examination

continuaient de recevoir les paiements prévus par les traités), empêchait ce régime de se perpétuer et de toucher les femmes indiennes des générations futures qui marieraient des non-Indiens. (Pour plus de détails, voir également: TD44B, pages 53 à 56; TD65, pages 34 et 35; TD73, pages 79 à 82 et 90; ainsi que le témoignage de M^{me} Ginnish, mentionné précédemment.)

b On constate que, à tout propos, le Parlement a édicté des dispositions législatives afin de prendre en charge la responsabilité de décider qui étaient les membres des groupes autochtones ou des partisans d'un chef donné, et ce avant même la négociation des Traités n^{os} 6, 7 et 8: qu'il suffise de mentionner la disposition édictée par la loi de 1869—un exemple parfait de cette situation—, disposition qui avait pour effet de dépouiller, par voie législative, de tous les avantages auxquelles elles avaient droit jusque-là les femmes indiennes qui mariaient des non-Indiens, et qui est éventuellement devenue le fameux alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* qui nous intéresse en l'espèce. La Cour statue que les demandeurs ont, *ex post facto*, adopté la sévérité de la loi de 1869 et, en véritables révisionnistes, affirment que, en 1869, cette Loi du Parlement exprimait la «règle» ancestrale selon laquelle, de temps immémorial, ce sont les groupes autochtones qui décident qui sont leurs membres. Le régime du «billet rouge» a permis d'accorder—mais jusqu'en 1951 seulement—une certaine forme d'indemnisation aux femmes qui étaient exclues.

g PREUVE ANTHROPOLOGIQUE

Une preuve volumineuse a été produite à l'égard de cette question, preuve émanant principalement de l'expert des demandeurs, le professeur John Hartwell Moore, professeur d'anthropologie à la University of Florida, et de l'expert de la défenderesse, M. Alexander von Gernet, professeur adjoint d'anthropologie au Erindale College, University of Toronto. La défenderesse a retenu les services de M. von Gernet et lui a demandé de faire, en sa qualité d'expert, un examen critique du document préparé par le professeur Moore et intitulé *The Ethnology of Traditional Law Among Native Peoples of Canada*, appelé ci-après le «rapport» du professeur Moore. Mais que ce mandat a rendu le professeur Moore

(TT36B, pages 7 and 8) and immediately gave the Court a most unfavourable impression and assessment of his own (Professor Moore's) credibility in terms of professional objectivity and professional competence. In fact, the depth and care of Professor Moore's field work and conclusions left much to be desired in the Court's view of his work.

Professor Moore's report comprehends Exhibits 110, his curriculum vitae, 111(1) *The Ethnology of Traditional Law Among Native Peoples of Canada* and especially the *Response of Certain Patrilocal Peoples to the Passage of the Indian Act of 1985*, a summary of Professor Moore's analysis and conclusions, 111(2) Appendix B comprising *Supplemental Reports on the Ermineskin Band 1879 to 1950*, 111(3) *Complete Data Set*, 111(2) (A) *Supplementary Report by Janis E. Campbell*, and 111(4) *Transcripts of Meetings with Plaintiff Bands*. Also are various addenda marked A through E.

Dr. von Gernet's main report is exhibit 122 with five supplementary tomes Exhibits 122(A) through (E). Of the two experts Doctor von Gernet was the more impressive witness, the more careful and organized professional, and the more resilient and reasoned in cross-examination. The Court prefers his testimony wherever it conflicts with Professor Moore's report and testimony and with other witness' expression. That is far from finding that Professor Moore was all wrong.

Having perused both expert's reports and testimonies, the Court concludes that Doctor von Gernet has correctly described the pertinent custom and is supported to some extent by Mr. Roan's testimony. Doctor von Gernet mentions the Blackfoot people in his analysis only because they were originally plaintiffs

furieux! En effet, dès le début de sa déposition en contre-interrogatoire (TD36B, pages 7 et 8), ce dernier s'est emporté et s'est lancé dans des attaques terribles contre la réputation professionnelle de M. von Gernet, donnant ainsi à la Cour, dès le départ, une impression des plus défavorable de sa propre (professeur Moore) crédibilité sur le plan de l'objectivité et de la compétence professionnelle. De fait, la Cour est d'avis que le rapport du professeur Moore laisse beaucoup à désirer pour ce qui est du caractère soigné et approfondi des recherches sur le terrain et des conclusions.

Le rapport du professeur Moore se compose des pièces suivantes: pièce 110—son curriculum vitae, pièce 111(1)—*The Ethnology of Traditional Law Among Native People of Canada* et particulièrement *Response of Certain Patrilocal Peoples to the Passage of the Indian Act of 1985*, un résumé de l'analyse et des conclusions du professeur Moore, pièce 111(2)—*Appendix B comprenant Supplemental Reports on the Ermineskin Band 1879 to 1950*, pièce 111(3)—*Complete Data Set*, pièce 111(2)(A)—*Supplementary Report by Janis E. Campbell* et pièce 111(4)—*Transcripts of Meetings with Plaintiff Bands*. Le rapport compte également divers addendas cotés A à E.

Le rapport principal de M. von Gernet est la pièce 122, à laquelle sont joints cinq documents supplémentaires qui constituent les pièces 122(A) à (E). Des deux experts qui ont déposé, M. von Gernet s'est révélé le témoin le plus impressionnant, le professionnel le plus méticuleux et le mieux organisé et, enfin, celui qui a fait montre de la plus grande assurance et de la plus grande pondération en contre-interrogatoire. La Cour préfère son témoignage, chaque fois que celui-ci contredit le rapport et le témoignage du professeur Moore ainsi que l'opinion des autres témoins. Cependant, cela ne revient pas à conclure que le professeur Moore avait entièrement tort, loin de là.

Après avoir examiné attentivement les rapports et les témoignages des deux experts, la Cour conclut que M. von Gernet a correctement décrit la coutume pertinente et que sa description est, dans une certaine mesure, étayée par le témoignage de M. Roan. La raison pour laquelle M. von Gernet fait mention des

herein. Part 6 of his report, Exhibit 122, is the most important and is to be read for its inherent worth and attention to detail.

In an organized society there may be, must be, various customs which impart order, regularity and consistency to daily life. One such vicious custom was described by Wayne Roan as the punishment for adultery in aboriginal times among the Cree:

These are the two words that were the ultimate words that people feared because these are the words that explain the kind of life you live, and you will be punished, either by the people, the membership, or by the natural law, itself.

THE COURT:

Was it an offence to have anything to do with someone else's husband or wife?

A. It was a serious offence. When a woman—let's start with the woman. When she went and done these things, she was married, she had a family, that embarrassed the family, the father, the brothers, and also the community or the tribe or the camp has been disgraced that something like this would happen, if it was found out, brought out in the open. And if it was—resulted in somebody getting killed or resulted in family feuds because a woman done this, the punishment was a little more severe. Her ear or nose were cut off, or one of her ears or her breast, depending on how far he [*sic*] went to go against the laws of the membership of the camp and the people of the camp.

And the man also, if he done this, he was a laughing stock. He was named—he was called names. And also most cases, the woman herself punished her man, or the different—or her relations. But it was an embarrassment in the end, the man became a laughing stock if it was continued.

THE COURT:

Very different punishments for the same offence.,

A. At times if a man went after another woman, then depending on the man himself, the husband of the woman would put the punishment on the man.

THE COURT:

And what would that be?

Pieds-Noirs dans son analyse est que ceux-ci étaient l'une des parties demandresses au début de la présente action. La partie 6 de son rapport, la pièce 122, en est l'élément le plus important, qu'il faut lire pour sa valeur intrinsèque et la minutie avec laquelle elle a été rédigée.

Dans une société organisée, il peut exister, de fait il doit exister diverses coutumes propres à assurer le caractère ordonné, régulier et uniforme de la vie de tous les jours. Une coutume, qui se caractérisait par son caractère vindicatif, a été décrite par Wayne Roan. Il s'agissait de la peine qui, durant les temps ancestraux, était infligée par les Cris à ceux parmi eux qui se rendaient coupables d'adultère:

[TRADUCTION] Ces deux mots sont les mots que les gens craignaient le plus, car ce sont des mots qui définissent le genre de vie que l'on mène, et l'on est puni soit par les gens eux-mêmes, soit par les membres ou encore en vertu du droit naturel.

LA COUR:

Est-ce que c'était une infraction d'entretenir des rapports avec l'époux ou l'épouse de quelqu'un d'autre?

R. Il s'agissait d'une infraction grave. Lorsqu'une femme— commençons d'abord par les femmes. La femme qui avait de tels rapports était une femme mariée, qui avait une famille, et cela embarrassait sa famille, son père, ses frères, et la communauté, la tribu ou le camp était déshonorée du fait qu'une telle chose survienne, si la situation était découverte, devenait publique. Si c'était le cas—si quelqu'un perdait la vie ou si des querelles familiales éclataient parce qu'une femme avait commis de tels gestes, la peine était un peu plus sévère. On lui coupait le nez ou une oreille, ou encore une oreille ou un sein, compte tenu de l'étendue de l'infraction qu'il [*sic*] avait commis contre les lois régissant l'appartenance au camp et contre les gens habitant celui-ci.

Par ailleurs, si c'était un homme qui avait commis l'adultère, il devenait la risée du camp. On le pointait du doigt— on l'affublait de sobriquets. De plus, dans presque tous les cas, son épouse elle-même le punissait, ou le différent—ou les parents de l'épouse. Mais ultimement, cela constituait une situation gênante, l'homme devenait la risée [du camp] si la situation se poursuivait.

LA COUR:

Il s'agissait de châtiments vraiment différents pour la même infraction.

R. Dans certains cas, si un homme courtisait une autre femme, compte tenu de l'identité de l'homme, c'était l'époux de la femme qui infligeait lui-même la peine.

LA COUR:

Et quelle était cette peine?

A. It could lead to death. (TT8, at page 880-881.)

The agony of the woman's punishment including bleeding, infection and a slow gangrenous death as the probable result, appears worse than what "could" happen to the man. According to other witnesses, including Harley Crowchild, mutilation was the unfaithful female mate's lot. He mentioned the cutting off of the tip of her nose among the Sarcees (TT15, page 2231). Pity the male adulterer. He was mocked! So, there, among other customs, was the organization of punishment for transgression of marital fidelity.

Organizing the hunt, and organizing the security of encampments are also the characteristics of an organized society. There may be certain customs and not others. The plaintiffs assert that there must naturally have been rules to control membership *ipso facto* in an organized society such as the aboriginal encampments were. Yet, the evidence in fact does not support that seemingly logical contention. Moreover, even if that contention were factual, the profile and structure of the treaties' *quid pro quo* absolutely extinguished the vaunted custom or right to control Indian membership. Such a "right", if it ever existed, was mortally wounded by the Indian Act, and then utterly extinguished by the treaties, whereby the government paid annuities to Indians, and naturally arrogated the power to specify who the paid Indians were going to be. Although the Government appeared to be very short-sighted and improvident to make payments in eternity to treaty Indians, it was not so thick-skulled as to permit the treaty Indians and friends to decide how many treaty-paid Indians would be admitted to status. The natural incidence of procreation presented enough risk to the taxpayers without vastly increasing it through Indian self-determined "naturalization". Half-breeds and Métis in significant numbers had attached themselves to Aboriginal encampments (apparently without having to be voted in, or complying with any membership control rules) and by the time Treaties 6, 7 and 8 were made, the chiefs and their people were willing to try to have the half-breeds and Métis admitted to payments, reserve lands and membership under the treaties. The Government's Treaty Commissioners had no instruc-

R. Ça pouvait même aller jusqu'à la mort. [TD8, aux pages 880 et 881.]

Les souffrances que causait à la femme la peine qui lui était infligée, notamment la probabilité qu'elle soit victime d'une hémorragie, d'une infection et de la gangrène causant sa mort étaient bien pires que celles que «pouvaient» subir l'homme. Selon d'autres témoins, par exemple Harley Crowchild, la mutilation était le lot des femmes infidèles. Ce témoin a indiqué que, chez les Sarcis, on leur coupait le bout du nez (TD15, page 2231). Le mari infidèle était bien à plaindre. Imaginez, on se moquait de lui! Ainsi, une des coutumes était un régime de peines applicables aux époux infidèles.

L'organisation de la chasse et la mise en place des mesures de sécurité des campements sont d'autres caractéristiques d'une société organisée. Une telle société peut comporter certaines coutumes et non d'autres. Les demandeurs affirment que les sociétés organisées qu'étaient les campements autochtones devaient naturellement avoir *ipso facto* des règles visant à déterminer qui en étaient membres. Pourtant, les faits présentés en preuve n'appuient pas cette affirmation en apparence logique. Qui plus est, même si cette affirmation reposait sur des faits, la nature et la teneur de la contrepartie prévue par les traités ont eu pour effet d'éteindre de manière absolue la coutume ou le droit dont on vante tant l'existence et qui aurait permis aux bandes indiennes de décider qui étaient leurs membres. Un tel «droit», s'il a jamais existé, a subi un coup mortel par suite de l'adoption de l'Acte des Sauvages, et il a par la suite été complètement éteint par les traités, aux termes desquels le gouvernement, qui versait des annuités aux Indiens, s'était naturellement arrogé le pouvoir de déterminer quels seraient les Indiens qui y auraient droit. Même si le gouvernement a semblé faire preuve de très peu de prévoyance et a agi de manière irréfléchie en décidant de verser à perpétuité des sommes aux Indiens visés par les traités, il n'a pas été obtus au point de laisser ceux-ci et leurs amis décider combien de personnes auraient droit au statut d'Indien visé par un traité et aux paiements en découlant. Comme les effets naturels de la procréation présentaient déjà suffisamment de risques pour les contribuables, il était inutile de les accroître de façon significative en accordant aux Indiens le droit de décider eux-mêmes

tions to agree to a bigger toll on the public purse, and refused the inclusion of those non-Indians. So, it is utterly unreasonable—indeed impossible—to hold that the notional Aboriginal right to control reserves’ membership, that is, band membership, survived in whole or in part, unextinguished. If it ever existed, it had to be extinguished at latest by the Treaties, for absolute Government assurance of reserve lands, and concomitant Government control of band membership on the reserves were both of the essence of those Treaties.

Whether the plaintiffs’ asserted right existed, is one of the issues to be resolved in this litigation. As already mentioned, the plaintiffs and the defendant have called expert witnesses on this very issue, and they have treated it most seriously.

Doctor von Gernet’s report in Part 6 is most pertinent. It is replete with end-noted references to various authorities, as is the rest of his report. Here are some persuasive passages (with end-note references deleted) which the Court finds convincing.

6.5 DETERMINATION OF GROUP “MEMBERSHIP”

The plaintiffs have stated that they regard an aboriginal right as “the right of members of the said bands, under their respective customary laws, to determine membership in the bands

qui avaient droit à la «naturalisation». De nombreux sang-mêlés et Métis avaient joint les rangs de campements autochtones (apparemment sans que leur adhésion ait été soumise à un vote ou qu’ils aient eu à se conformer à quelque règle régissant l’appartenance aux bandes) et, au moment où les Traités nos 6, 7 et 8 ont été conclus, les chefs et leurs partisans étaient disposés à tenter d’obtenir que les sang-mêlés et les Métis se voient reconnaître, en vertu des traités, le droit d’être membres ainsi que le droit aux paiements prévus et aux terres faisant partie des réserves. Les commissaires chargés de négocier les traités pour le gouvernement n’avaient pas reçu d’instructions les autorisant à convenir de prélèvements sur les deniers publics et ils refusèrent d’inclure ces non-Indiens dans les traités. En conséquence, il est carrément déraisonnable—voire impossible—de prétendre qu’un hypothétique droit ancestral de décider qui était membre des réserves, c’est-à-dire de décider de l’appartenance à l’effectif de la bande, ait survécu pour tout ou partie sans être éteint. Si ce droit a jamais existé, il n’a pas manqué d’être éteint, et ce au plus tard au moment de la conclusion des traités, car la garantie absolue offerte par le gouvernement à l’égard des terres constituant les réserves et le pouvoir de décision concomitant du gouvernement sur la détermination de l’effectif des bandes dans les réserves étaient deux des conditions essentielles de ces traités.

La question de savoir si le droit invoqué par les demandeurs a existé est l’un des points litigieux qui doit être tranché dans la présente action. Comme il a été mentionné précédemment, les demandeurs et la défenderesse ont, à cet égard, fait témoigner des experts qui ont examiné cette question de manière très sérieuse.

La partie 6 du rapport de M. von Gernet est des plus pertinente. Elle fourmille de notes en fin de texte renvoyant à diverses sources, comme le reste de son rapport d’ailleurs. Voici quelques passages persuasifs (après suppression des renvois aux notes en fin de texte) que la Cour juge convaincants.

[TRANSCRIPTION] 6.5 DÉTERMINATION DE L’«APPARTENANCE» À L’EFFECTIF DU GROUPE

Les demandeurs ont affirmé qu’ils considèrent comme un droit ancestral «le droit des membres de leurs bandes, en vertu de leurs lois coutumières respectives, de déterminer qui sont les

and to veto the admission of any persons to membership in the bands". [Particulars provided pursuant to paragraph 4(b) of Mr. Justice Strayer's order dated October 31, 1986.] Having explored notions such as "custom" and "band", I now turn to a consideration of "membership". Dr. Moore's research casts no light whatsoever on how membership was determined among the Plains Cree, Woods Cree, Sarcee, and Blackfoot. While his report specifies the content of the alleged "traditional law", it conceptualizes such law in terms of the logic of a cultural system, and not in terms of decision-making processes. As I have indicated elsewhere (*Section 3.5 supra*) [Environmental adaptations determining variations in cultural systems.], the report begs the question: if "laws" about membership are generated by non-human constraints, how can membership be determined by "members" who sit in council and say yea or nay? It is one thing to suggest that someone is excluded from a group because of the way a (anthropologically-conceived) system worked, but quite another to assert that such a person is excluded through power of veto.

The identification of decision-maker(s) or an adjudicating authority is essential, not only in light of the allegations about "membership" made in the statement of claim, but also if the term "law" is to be regarded as an acceptable description of the alleged tribal regulations (see *Section 3.4 supra*). While I have suggested that it is inappropriate for an anthropologist to decide which one of a profusion of practices should serve as the "traditional" culture of a twentieth-century society, and although I have strong reservations about whether one can ascertain which one of these was practised at the date(s) the treaties were signed, I will, for purposes of argument, review the literature to ferret out any evidence on how humans (as opposed to a system) determined "membership" in a group during the pre-treaty period.

6.5.1 Ethnographic Evidence

One need not venture beyond the ethnographic literature cited in and/or appended to Dr. Moore's report to find evidence of group formation processes. Among the Blackfoot, the relatives of a male member's mother and wife, and indeed any person irrespective of gender, consanguinity or affinity, could camp with the group and affiliate themselves with a particular leader. Conversely, any member could move away to assume membership among another chief's following. At times, entire families changed group affiliation. On the whole, membership appears to have been primarily a function of economics and not blood relationships. There are no indications that the leadership made decisions about the exclusion of new or returning members. In fact, in what has been described as the "anarchistic individualism of the Plains", the leader had relatively little power; it was

membres de leurs bandes et de mettre leur veto à l'admission de toutes personnes comme membres de celles-ci». [Détails tirés de l'alinéa 4b) de l'ordonnance du juge Strayer datée du 31 octobre 1986.] Après avoir examiné les notions de «coutume» et «bande», je vais maintenant m'attacher à la notion de «qualité de membre». Les recherches de M. Moore ne donnent aucun renseignement que se soit sur la façon dont les Cris des plaines, les Cris des bois, les Sarcis et les Pieds-Noirs décidaient qui avaient droit à cette qualité. Même si, dans son rapport, il précise la teneur du «droit traditionnel» allégué, il conceptualise ce droit en fonction non pas des mécanismes décisionnels appliqués, mais plutôt de la logique du système culturel. Comme je l'ai indiqué précédemment (*Article 3.5 qui précède*) [l'adaptation au milieu détermine les variations dans les systèmes culturels], le rapport fait une pétition de principe: si les «lois» régissant la qualité de membre découlent de contraintes qui ne sont pas le fait des hommes, comment la qualité de membre peut-elle être alors déterminée par des «membres» qui, réunis en conseil, votent pour ou contre? C'est une chose de prétendre que quelqu'un est exclu d'un groupe en raison de la manière dont un système (de conception anthropologique) fonctionnait, mais c'est une toute autre chose d'affirmer qu'une telle personne est exclue par l'exercice d'un droit de veto.

Il est essentiel d'identifier des décideurs ou une instance décisionnaire, non seulement au regard des allégations concernant la «qualité de membre» formulées dans la déclaration, mais également pour déterminer si le mot «loi» peut être considéré comme une description acceptable de la réglementation tribale alléguée (voir l'*article 3.4 qui précède*). Même si j'ai prétendu qu'il n'est pas indiqué pour un anthropologue de décider laquelle parmi une multitude de pratiques devrait constituer la culture «traditionnelle» d'une société du vingtième siècle, et même si j'éprouve de sérieuses réserves quant à la capacité de quiconque de pouvoir vérifier si l'une ou l'autre de ces pratiques étaient en vigueur à la date ou aux dates de la signature des traités, je vais néanmoins, pour les fins de la discussion, passer en revue la littérature afin de voir s'il n'est pas possible d'y trouver quelque élément de preuve concernant la façon dont les hommes (par opposition à un système) décidaient, au cours de la période qui a précédé la signature des traités, qui avait droit à la «qualité de membre» d'un groupe.

6.5.1 Preuve ethnographique

Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la littérature ethnographique qui est citée dans le rapport de M. Moore, annexée à celui-ci, ou les deux, pour recueillir des éléments de preuve concernant les mécanismes de formation des groupes. Chez les Pieds-Noirs, les parents de la mère ou de l'épouse d'un membre du sexe masculin, et de fait toute personne, indépendamment de son sexe, de son degré de consanguinité ou de parenté par alliance, pouvaient camper avec le groupe et s'affilier à un leader donné. À l'inverse, tout membre pouvait décider de prendre la qualité de membre au sein des partisans d'un autre chef. Parfois, des familles entières s'affiliaient à un nouveau groupe. Dans l'ensemble, la qualité de membre semble avoir été principalement fonction de la situation économique plutôt que des liens du sang. Il n'y a aucune indication que les diri-

only after treaty that the government invested the chief with a local authority he did not previously enjoy.

A similar situation prevailed among the Sarcee. Families could either temporarily or permanently affiliate themselves with any group, and new social units could arise whenever a leader drew into his orbit several families. Leaders had no formal authority and had no means of enforcing personal wishes, except by popular support. The paylists relating to the Sarcee show that, between 1877 and 1891, there were significant inter-band movements and realignments.

According to Mandelbaum, among the Plains Cree “acceptance into band membership was a simple matter. Any person who lives in the encampment for some time and who travelled with the group soon came to be known as one of its members.” There is no evidence that members executed formal decisions on inclusion or exclusion, based on some prescribed criteria. Rather, those who wished to affiliate themselves made decisions based on the prestige of the leader, or his ability to provide sufficient food.

Several independent authorities on various Cree groups confirm that there were no formal or institutionalized leaders who were charged with executive or judicial functions. While information specifically on the Woods Cree was not provided by Dr. Moore, other sources suggest that their leaders lacked coercive power. Furthermore,

Membership in the local and regional bands was flexible, varying according to the leaders’ abilities, supply of game and other environmental conditions, and family realignments. There is no indication that the regional or local bands had definite territorial boundaries, and families were free to leave one and join another, permanently or temporarily, in which they had kinsmen. The flexibility of band size and composition was directly related to the environmental exploitation and seasonal adaptations.

6.5.2 Implications

The concept of “membership” is difficult to discuss in the absence of any reference to the type of group in which individuals are included or excluded. Clearly, any individual can be simultaneously a “member” of several groups representing dif-

gents des groupes prenaient quelque décision que ce soit relativement à l’exclusion de nouveaux membres ou de membres désirant revenir au sein d’un groupe. De fait, dans ce qu’on a décrit comme étant l’«individualisme anarchique des habitants des plaines», le chef avait relativement peu de pouvoirs; ce n’est qu’après la conclusion des traités que le gouvernement a conféré au chef un pouvoir qu’il ne possédait pas auparavant à l’échelle locale.

Une situation analogue existait au sein des Sarcis. Les familles pouvaient s’affilier soit temporairement soit de façon permanente avec tout groupe, et de nouvelles unités sociales pouvaient prendre forme chaque fois qu’un chef attirait plusieurs familles dans sa sphère d’influence. Les chefs ne possédaient pas de pouvoir formel et ils n’avaient aucun moyen de faire respecter leurs souhaits personnels autrement qu’en se gagnant l’appui de la population. L’examen des listes de paiements concernant les Sarcis révèle que, entre 1877 et 1891, il y a eu d’importants mouvements et réalignements de population entre les bandes.

Selon Mandelbaum, chez les Cris des plaines, [TRADUCTION] «la reconnaissance de la qualité de membre au sein de la bande était une affaire simple. Toute personne qui vivait dans le campement depuis un certain temps et qui se déplaçait avec le groupe était rapidement reconnue comme étant un membre de celui-ci.» Il n’y a aucune preuve indiquant que les membres prenaient—suivant un certain formalisme et à la lumière de critères particuliers—quelque décision que ce soit relativement à l’inclusion de nouveaux membres au sein du groupe ou à l’exclusion de personnes qui en faisaient partie. Au contraire, ceux qui souhaitaient s’affilier à un groupe prenaient leur décision en fonction du prestige du chef ou de l’aptitude de celui-ci à nourrir ses partisans.

Plusieurs sources indépendantes concernant divers groupes cris confirment qu’il n’y avait pas de dirigeants—institutionnalisés ou établis de manière formaliste—qui étaient chargés de fonctions exécutives ou judiciaires. Même si M. Moore n’a pas fourni d’information visant spécifiquement les Cris des bois, d’autres sources tendent à indiquer que les dirigeants de ces Indiens ne disposaient pas de pouvoirs de coercition. Qui plus est:

[l]’effectif des bandes locales et régionales fluctuait, en fonction des talents de leurs chefs, de facteurs environnementaux, notamment de l’abondance du gibier, et des réorganisations familiales. Il n’y a aucun indice que les bandes régionales ou locales respectaient des frontières territoriales bien définies. Les familles étaient libres de quitter une bande pour en rejoindre—de façon permanente ou temporaire—une autre où elles comptaient des parents. Les variations dans la taille et la composition des bandes étaient directement fonction de l’exploitation des ressources naturelles et de l’adaptation aux saisons.

6.5.2 Répercussions

Le concept de «qualité de membre» est difficile à examiner en l’absence de toute référence au type de groupe au sein duquel les individus sont inclus ou dont ils sont exclus. Il est clair qu’un individu peut être simultanément «membre» de plusieurs

ferent orders of social organization . . . each with a different basis for "membership". Moreover, if an outsider enters a group through marriage or any other social bond, they [*sic*] *de facto* become "members" of the new group by virtue of their presence in and/or contribution to the new social context, irrespective of any rules of exclusion which restrict specific "rights". . . . Furthermore, contrary to the impression left by Dr. Moore, the notion of "citizenship" is not found in anthropological discussions of the status of individuals belonging to forager groups, but is generally reserved for complex state-organized societies.

For these reasons, Dr. Moore's focus on lineality as a criteria [*sic*] for group membership is merely an artificial construct that confines the notion of "membership" to a particular theoretical abstraction. The ethnographic sources indicate that an ideal patrilineal system was not an important consideration in decisions made about group affiliation. I suggest that this also holds for the native groups which signed treaties in the 1870s. . . . I suggest that a treaty, "membership" was conceived by the Indians in terms of who was actually part of a functioning group (e.g., the social aggregates which combined in the summer around specific lakes), and not in terms of the consanguinal and affinal status of each individual.

If the ethnographic evidence cited in and/or appended to Dr. Moore's report is accepted as an accurate characterization of pre-treaty "traditions", then the Blackfoot, Sarcee, Plains Cree, and Woods Cree all had remarkably flexible social organizations, in which formal rules governing "membership" were either non-existent or seldom operationalized. Leaders certainly had far less power and local authority than they enjoyed after treaty. Furthermore, what strikes anyone who reads the ethnographic sources, is that there is little mention of decisions made by those who were already in a group. Rather, the focus is on determinations made by individuals or families who were contemplating becoming part of a social aggregate. Hence, it seems it was up to the candidates to decide whether a particular group was suitable, or whether a certain leader had the necessary qualifications to serve their interests. This may be an indication that there were more advantages to inclusion than exclusion. These findings are in accord with what anthropologists have concluded about foraging societies in general. To reiterate Leacock & Lee's statement: such societies are characterized by "egalitarian patterns of sharing; strong anti-authoritarianism; an emphasis on the importance of cooperation in conjunction with great respect for individuality; marked flexibility in band membership and in living arrangements generally."

groupes représentant différents ordres de l'organisation sociale . . . la «qualité de membre» dans chacun de ces groupes reposant sur un fondement différent. Qui plus est, si un étranger intègre un groupe par le mariage ou par quelque autre lien social, ils [*sic*] deviennent *de facto* «membres» du nouveau groupe du fait de leur présence dans le nouveau milieu social, de leur apport à celui-ci, ou des deux, indépendamment de toute règle d'exclusion ayant pour effet de restreindre certains «droits». . . . En outre, contrairement à l'impression que crée M. Moore, la notion de «citoyenneté» n'est pas invoquée dans les discussions anthropologiques concernant le statut des individus qui appartiennent à des groupes pratiquant une économie de prédation, cette notion étant généralement réservée aux sociétés organisées complexes de type étatique.

Pour ces raisons, l'importance qu'accorde M. Moore à la linéarité en tant que critère de détermination de l'appartenance à un groupe est uniquement une vision arbitraire, qui a pour effet de confiner la notion de «qualité de membre» à une certaine abstraction théorique. Les sources ethnographiques indiquent que le régime patrilineaire idéal n'était pas un facteur important dans la prise des décisions concernant l'affiliation à un groupe. À mon avis, cela s'applique également aux groupes autochtones qui ont signé des traités au cours des années 1870. . . . Je prétends que, pour les Indiens, dans le cadre des traités, la notion de «qualité de membre» concernait l'identité de ceux qui appartenaient concrètement à un groupe fonctionnel (par exemple, les regroupements sociaux qui se mêlaient, au cours de l'été, autour de certains lacs) et non pas les liens de consanguinité et de parenté par alliance de chaque individu.

Si la preuve ethnographique qui est citée dans le rapport de M. Moore, annexée à celui-ci, ou les deux, est considérée comme une description fidèle des «traditions» qui existaient avant la signature des traités, on peut alors affirmer que les Pieds-Noirs, les Sarcis, les Cris des plaines et les Cris des bois avaient tous des organisations sociales remarquablement souples, au sein desquelles on ne suivait pas de règles formelles régissant la «qualité de membre», ou que si de telles règles existaient, elles étaient rarement appliquées. Les chefs y avaient certainement moins de pouvoir et une autorité beaucoup moins grande à l'échelle locale que les pouvoirs et l'autorité dont ils commencèrent à jouir après la signature des traités. Qui plus est, quiconque lit les sources ethnographiques ne manque pas d'être étonné par le fait qu'on y fait peu mention de décisions prises par ceux qui appartenaient déjà à un groupe. Au contraire, on y insiste sur les décisions des individus et des familles qui envisageaient de joindre un regroupement social. En conséquence, il semble que c'était plutôt les candidats qui décidaient si un groupe donné leur convenait ou si un chef particulier avait les compétences nécessaires pour bien servir leurs intérêts. Il est possible d'y voir un indice que l'inclusion comportait plus d'avantages que l'exclusion. Ces constatations sont conformes aux conclusions qu'ont formulées les anthropologues, de façon générale, à l'égard des sociétés pratiquant une économie de prédation. Pour reprendre les propos de Leacock et Lee, ces sociétés se caractérisent par [TRA-DUCTION] «des pratiques de partage de type égalitariste, un antiautoritarisme poussé, un attachement important à la coopération conjugué à un grand respect de l'individualisme et,

This flexibility proved to be an asset... since it facilitated regrouping to accommodate demographic upheavals and changes in subsistence. I dare say, that had leaders invoked a right to veto the admission of persons based on their gender and some type of *jus sanguinis* (law of the blood), it would not only have militated against their principles of kindness, generosity, and sharing, but may even have led to the demise of many an unfortunate straggler.

6.6 FATE OF NATIVE WOMEN WHO MARRIED EUROPEAN MEN

What impresses me as peculiar about Dr. Moore's report, is the complete absence of any discussion of marital unions between native women and European men. I say peculiar because the restoration of such women to band membership through the 1985 amendments to the *Indian Act* appears to have been one of the main reasons why the plaintiffs brought the present matter before the Court.

In this section, I turn away from "customary laws" which allegedly were "retained notwithstanding the European colonization of North America", [statement of claim, para. 9] to practices which developed because of the European presence in North America. While it may never be possible to know, for example, how Ermine Skin's followers in 1878 regarded the status of a woman who married a "white" man (or whether such a union had, in fact, ever occurred among them), documentary sources do offer some general insights into such marriages among native and newcomers in Protohistoric and Historic Period Western Canada.

Given that the overwhelming preponderance of ethnohistorical documentation was produced by European men, researchers have found it a challenge to chronicle the experiences of native women. The most successful effort has been Sylvia Van Kirk's Ph.D. thesis, revised and published as *Many Tender Ties*. Van Kirk studied virtually all relevant primary sources in order to explore the role of native women in fur-trade society in Western Canada (as found in the documentary record for 1670-1870); in my opinion her work is highly relevant, and I have referred to it in the following section.

6.6.1 Mariage à la façon du pays

The success of the fur trade depended in large part on inter-marriage between European traders and native women. Unlike culture contact in other parts of the world, most sexual relationships were not merely casual encounters, but involved a

enfin, une souplesse considérable pour ce qui était de leur effectif et du mode de vie en général.»

Cette souplesse se révéla un atout... car elle facilitait des regroupements propres à permettre l'adaptation aux bouleversements démographiques et aux changements dans la disponibilité de la nourriture. J'irais même jusqu'à affirmer que, si les chefs avaient invoqué un droit de veto pour s'opposer à l'admission de personnes en fonction de leur sexe et d'une certaine forme de *jus sanguinis* (droit du sang), non seulement une telle attitude aurait-elle été contraire aux principes de bienveillance, de générosité et de partage qu'ils prênaient, mais elle aurait même entraîné la mort de plusieurs pauvres individus isolés.

6.6 SORT DES FEMMES AUTOCHTONES QUI MARIAIENT DES EUROPÉENS

Un des aspects du rapport de M. Moore qui m'apparaît singulier est l'absence complète dans celui-ci de tout examen de la question des mariages entre les femmes autochtones et les Européens. Je considère ce fait singulier étant donné que le rétablissement de ces femmes dans leur droit d'être membre des bandes, rétablissement qui a découlé des modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens*, semble avoir été l'une des principales raisons pour lesquelles les demandeurs ont intenté la présente action devant la Cour.

Dans la présente section, je m'écarte des «lois coutumières» qui, prétend-on, ont été [TRADUCTION] «conservées en dépit de la colonisation de l'Amérique du Nord par les Européens», [déclaration, paragraphe 9] pour m'attacher aux pratiques qui se sont établies en raison de la présence européenne en Amérique du Nord. Bien qu'il ne puisse jamais être possible de découvrir, par exemple, quel statut les partisans de Ermine Skin reconnaissait, en 1878, aux femmes qui épousaient des hommes «blancs» (ou si, de fait, de tels mariages se sont jamais produits), certaines sources documentaires nous donnent un aperçu général des mariages, dans l'Ouest du Canada, entre des autochtones et des nouveaux venus au cours des périodes protohistorique et historique.

Compte tenu du fait que la vaste majorité des documents ethnohistoriques ont été produits par des Européens, il a toujours été ardu pour les chercheurs de relater les expériences des femmes autochtones. Sylvia Van Kirk est celle qui s'est le mieux acquittée de cette tâche dans sa thèse de doctorat, thèse qui a été révisée et publiée sous le titre *Many Tender Ties*. M^{me} Van Kirk a étudié pratiquement toutes les sources d'information pertinentes les plus anciennes afin d'examiner le rôle qu'ont joué, dans l'Ouest canadien, les femmes autochtones au sein d'une société qui reposait sur le commerce des fourrures (sources d'information qui se trouvent dans le fonds documentaire pour la période de 1670 à 1870). À mon avis, ces travaux sont éminemment pertinents et je m'y suis référé pour rédiger la section qui suit.

6.6.1 Mariage à la façon du pays

Le succès du commerce des fourrures a été, dans une large mesure, le fruit des mariages entre des commerçants européens et des femmes autochtones. Contrairement aux contacts inter-culturels qui se produisaient dans d'autres parties du monde,

distinctive marriage *à la façon du pays* ("after the custom of the country").

Among the Western Cree a marriage was seen less as a union of individuals, as a contract between two kin groups; hence, the practise of bride service, in which the couple moved to the vicinity of the wife's relations prior to the birth of the first child, so that the husband could furnish provisions for his in-laws and prove himself worthy of the new responsibilities. In its early stages, marriage *à la façon du pays* was primarily an adaptation (not a wholesale imitation) of these native practices. The natives insisted that a European trader desiring a native wife had to obtain the consent of her parents and pay whatever bride price had been determined by the girl's relations. Even the practice of polygamy was appropriated by the newcomers, since there are numerous examples of Hudson's Bay Company officials who had more than one native wife.

Van Kirk argues that these marriage bonds "helped to advance trade relations with a new tribe, placing the Indian wife in the role of cultural liaison between the traders and her kin." This was a logical extension of the important indigenous role of women in inter-group relations.

It is important to emphasize that the Indians initially encouraged the formation of marriage alliances between their women and the European traders. The Indian viewed marriage in an integrated social and economic context; a marital alliance created a reciprocal social bond which served to consolidate his economic relationship with a stranger. Thus, through marriage, the trader was drawn into the Indian's kinship circle. And in return for giving the traders sexual and domestic rights to their women, the Indians expected reciprocal privileges such as free access to the posts and provisions. The marriage of a daughter to a fur trader brought prestige and the promise of security to an Indian family. Among the Cree it became customary to reserve one or more of their daughters specifically to offer as wives "for the white People".

In light of these practices and expectations, it would make no sense whatsoever for the wife's natal group to ostracize or formally sever ties with her. In fact, maintaining such relationships are highly desirable, if not essential in a barter economy.

There is evidence that consanguinal links were maintained even after the economic advantages of the affinal ties were lost or diminished upon the separation of the mixed-marriage couple. Observers from both the Hudson's Bay Company and

dans la plupart des cas, les relations de nature sexuelle qu'avaient les commerçants avec des femmes autochtones n'étaient pas de simples aventures passagères, mais elles se caractérisaient par un mariage à la façon du pays.

a Chez les Cris de l'Ouest du pays, le mariage était considéré moins comme une union entre des individus que comme un contrat entre deux groupes familiaux; d'où la pratique qui consistait à offrir des services à la famille de l'épouse, pratique dans le cadre de laquelle le couple allait vivre près des parents de l'épouse, avant la naissance du premier enfant, pour que l'époux puisse fournir des provisions à ses beaux-parents et démontrer qu'il était digne de s'acquitter de ses nouvelles responsabilités. Dans les premiers temps, le mariage à la façon du pays était essentiellement une adaptation (et non pas une simple imitation) de ces pratiques autochtones. Les Autochtones insistaient pour que le commerçant européen qui désirait épouser une des leurs obtienne le consentement du père et de la mère de celle-ci et verse le «prix de l'épouse» fixé par la famille de cette dernière. Les nouveaux arrivants adoptèrent même la pratique de la polygamie. En effet, il existe de nombreux exemples de représentants de la Compagnie de la Baie d'Hudson qui avaient plus d'une femme autochtone.

b *c* *d* *e* M^{me} Van Kirk prétend que les liens ainsi créés par ces mariage [TRADUCTION] «contribuaient à améliorer les relations avec une nouvelle tribu, donnant à l'Indienne le rôle d'agent de liaison culturelle entre les Blancs et son peuple.» Il s'agissait là d'un prolongement logique du rôle intrinsèque important que jouent les femmes dans les rapports qu'entretiennent des groupes distincts.

f *g* *h* [TRADUCTION] Il est important de souligner que, au départ, les Indiens ont encouragé la conclusion d'alliances, par le mariage, entre leurs femmes et les commerçants européens. L'Indien envisageait le mariage comme une mesure d'intégration socio-économique. En effet, l'alliance établie par le mariage créait un lien social réciproque qui servait à consolider ces rapports économiques avec l'étranger. Ainsi, par le mariage, le commerçant entrait dans le cercle familial de l'Indien. En contrepartie des faveurs sexuelles et autres droits matrimoniaux qu'ils accordaient aux commerçants en les laissant épouser des femmes indiennes, les Indiens attendaient en retour des privilèges réciproques, tel le libre accès aux postes de traite et aux provisions. Le fait pour une famille indienne de marier une de ses filles à un commerçant de fourrures était source de prestige ainsi que promesse de sécurité. Chez les familles cries, cela devint une coutume de réserver au moins une de leurs filles pour l'offrir comme épouse aux «hommes blancs».

i Compte tenu de ces pratiques et attentes, il aurait été tout à fait illogique pour le groupe au sein duquel était née l'épouse d'ostraciser celle-ci ou de rompre formellement les liens qui la rattachaient à lui. De fait, le maintien de tels rapports était éminemment souhaitable, voire essentiel dans une économie de troc.

j Il existe des preuves du maintien des liens consanguins et ce même après que les avantages économiques découlant des liens de parenté par alliance avaient cessé d'exister ou avaient diminué par suite de la séparation du couple mixte. Des repré-

the North West Company reported that native women who married white men and had borne children were welcomed back into their own groups. In some cases, marriages were regarded almost as long-term loans. Husbands even deemed it proper to lend wives for periods of time ranging from a night to several years, after which the women could return, together with any children that had been born during their absence.

It is difficult to judge the repercussions of this miscegenation on native social organization. *Métissage* is perhaps the best known of the consequences. The offspring of French *Canadiens* in the North West Company and their Indian wives led a distinctive way of life as buffalo hunters on the Plains. While the Métis purposefully distinguished themselves from both Indians and Europeans, many were linguistically and culturally identical to the Cree. Other mixed-marriages formed the foundations of new Indian groups. Indeed, one of the eight, late nineteenth-century, Plain Cree groups, identified by Mandelbaum as the Parklands People, was comprised primarily of the descendants of a Scotch trader. In the majority of cases, the effects were probably less dramatic, with periodic marital unions serving as kinship ties between autonomous native and trading post communities.

The influx of European women in the Canadian West, the first of whom arrived disguised as a boy in 1806, led to the rise of prejudices toward native females, and a reduction in the number of marriages *à la façon du pays*. More importantly, after 1870, the goals of Europeans were related primarily to the establishment of an agrarian, British society. Under these circumstances, there would have been little need for the socio-economic ties between native women and European men. Consequently, it may be assumed that, by the time of the numbered treaties, marriage *à la façon du pays*, which had characterized marital relationships between natives and newcomers for two centuries, was on the wane. Nevertheless, the frequency of these unions was still high enough to warrant specific regulation by the Canadian government.

6.6.2 Women and the *Indian Act*

The Enfranchisement Act of 1869 was the first Canadian statute to address the status of a native women who had married a non-Indian. It stipulated that such a woman was neither an "Indian" within the meaning of the Act, nor any longer a member of her band. In 1872, Ontario and Quebec Indians lobbied to have this clause amended so that "Indian women may have the privilege of marrying when and whom they please without subjecting themselves to exclusion or expulsion from the tribe. [Chairman, General Indian Council (Napanee) to Minister of the Interior, June 16, 1872.] These pleadings were

sentants de la Compagnie de la Baie d'Hudson et de la Compagnie du Nord-Ouest qui avaient été témoins de la chose ont rapporté que des femmes autochtones qui avaient marié des hommes blancs et eu des enfants avec eux étaient retournées dans leur groupe d'origine. Dans certains cas, les mariages étaient considérés presque comme des prêts à long terme. Certains époux jugeaient même convenables de prêter leurs épouses pendant des périodes allant d'une nuit à plusieurs années, périodes au terme desquelles les femmes pouvaient revenir, accompagnées des enfants auxquels elles avaient donné naissance pendant leur absence.

Il est difficile d'apprécier les répercussions de ces unions interraciales sur l'organisation sociale des autochtones. Le *métissage* en est peut-être la conséquence la mieux connue. La progéniture des *Canadiens* français qui travaillaient pour la Compagnie du Nord-Ouest et de leurs femmes indiennes menant la vie de chasseurs de bisons dans les plaines. Même si les Métis se dissociaient, à dessein, et des Indiens et des Européens, dans bon nombre de cas il n'y avait aucune différence entre eux et les Cris sur les plans linguistique et culturel. D'autres mariages mixtes furent à l'origine de nouveaux groupes d'Indiens. De fait, un des huit groupes de Cris des plaines de la fin du dix-neuvième siècle, que Mandelbaum désigne comme étant les Gens de Parklands, était principalement composé de descendants d'un commerçant écossais. Dans la majorité des cas, les répercussions furent vraisemblablement moins importantes. En effet, les mariages qui servaient périodiquement servaient à établir des rapports étroits entre des communautés autochtones autonomes et des postes de traite.

L'arrivée de femmes européennes dans l'Ouest canadien, les premières déguisées en garçons en 1806, fit naître des préjugés envers les femmes autochtones et entraîna la réduction du nombre de mariages à la façon du pays. Fait plus important encore, après 1870, l'objectif des Européens, en l'occurrence les Britanniques, consistait principalement à établir une société agraire. Dans ces circonstances, on avait peu besoin de liens socio-économiques entre des femmes autochtones et des hommes européens. En conséquence, on peut supposer que, lorsque les traités numérotés furent conclus, le phénomène des mariages à la façon du pays qui avait caractérisé les rapports matrimoniaux entre les Autochtones et les nouveaux venus pendant deux siècles, était en déclin. Néanmoins, ces unions demeuraient suffisamment fréquentes pour que le gouvernement canadien décide de les réglementer.

6.6.2 Les femmes et la *Loi sur les Indiens*

L'Acte d'émancipation de 1869 a été la première loi canadienne portant sur le statut des femmes autochtones qui avaient marié des non-Indiens. Le texte de loi disposait que ces femmes n'étaient pas des «Sauvages» au sens de l'Acte en question et qu'elles cessaient d'être membres de la bande à laquelle elles appartenaient jusque là. En 1872, les Indiens de l'Ontario et du Québec firent des pressions pour que cette disposition soit modifiée de sorte que [TRADUCTION] «les femmes indiennes aient le privilège d'épouser qui elles voulaient et quand elles le voulaient, sans être exclues ou expulsées de la

to no avail, and the consolidated Indian Act of 1876 reiterated the disqualifying provisions.

It is noteworthy that outrage over these provisions has not been confined to Indian women like Sandra Lovelace, who took the issue to the Human Rights Committee of the United Nations. Even professional anthropologists and historians have waived scientific detachment in their descriptions of the "blatant sexual discrimination" that was the Act's "most infamous feature". This is not merely a reaction within the context of a post-Charter of Rights and Freedoms understanding of gender equality and aboriginal rights. Rather, those who appreciate that a marriage *à la façon du pays* involved no diminution of a woman's status in her natal group, recognize that the disqualifying provisions of the 1869 and 1876 Acts were impositions of a society dominated by men. . . .

Dr. Moore's rash assertion that the disqualifying provisions of the 1869 Enfranchisement Act "might easily have been written by a Chief or Headman of one of the plaintiff bands" are generally "consistent with the body of traditional law" is, frankly, absurd. The statute was formulated before Canada acquired Rupert's Land and the North-western Territory from the Hudson's Bay Company, and before the first of the numbered treaties were [*sic*] signed with western Indians. Surely Dr. Moore would not suggest that Chiefs of the Six Nations Iroquois, who were under Canadian jurisdiction at the time, might easily have drafted such a document. As University of Saskatchewan historian J.R. Miller has observed:

The Indian Act's tracing of Indian descent and identity through the father was the unthinking application of European patrilineal assumptions by a patriarchal society; but it accorded ill with those Indian societies, such as the Iroquoian, in which identity and authority flowed through the female side of the family. All these attempts at cultural remodelling also illustrated how the first step on the path of protection seemed always to lead to the depths of coercion.

Besides, to believe that by some inexplicable historical coincidence a state-organized society introduced legislation that was virtually indistinguishable from the "laws" of the tribal cultures they were attempting to "civilize", would swell credulity to the extreme.

6.6.3 Implications

My understanding of the statement of claim is that the plaintiffs are, among other things, contesting the restoration of band membership to women, who (under the disqualifying provisions of an earlier version of the Indian Act) had been deprived

tribu. [Envoi du président du *General Indian Council* (Napance) au ministre de l'Intérieur, daté du 16 juin 1872.] Leurs appels restèrent lettre morte et les dispositions portant exclusion furent reprises dans l'Acte des Sauvages, 1876.

Il convient de signaler que l'indignation que soulevaient ces dispositions ne se limitait pas aux femmes indiennes comme Sandra Lovelace, qui porta l'affaire devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Même des anthropologues et des historiens professionnels abandonnèrent leur réserve habituelle d'hommes de sciences dans la description qu'ils faisaient de la [TRADUCTION] «discrimination sexuelle flagrante» qui était la «caractéristique la plus infâme» de l'Acte. Il ne s'agit pas là d'une simple réaction découlant de la sensibilisation à l'égalité des sexes et aux droits ancestraux qu'a entraînée l'adoption de la Charte des droits et libertés. Au contraire, ceux qui estiment que les mariages à la façon du pays n'avaient pas pour effet de diminuer le statut de l'épouse au sein de son groupe d'origine reconnaissent que les dispositions portant exclusion des lois de 1869 et de 1876 étaient des conditions injustes imposées par une société dominée par les hommes. . . .

L'affirmation téméraire de M. Moore selon laquelle les dispositions portant exclusion de l'Acte d'émancipation de 1869 [TRADUCTION] «auraient facilement pu être rédigées par un chef ou un sous-chef de l'une des bandes demandresses» et sont généralement [TRADUCTION] «compatibles avec l'ensemble des lois traditionnelles» est, à franchement parler, absurde. En effet, la loi a été édictée avant que le Canada ne fasse l'acquisition de la Terre de Rupert et du territoire du Nord-Ouest de la Compagnie de la Baie d'Hudson et avant la signature des premiers traités numérotés avec les Indiens de l'Ouest. M. Moore ne prétend sûrement pas que les chefs des Six Nations Iroquoises, Nations qui relevaient de l'autorité du Canada à l'époque, auraient pu facilement rédiger un tel document. Comme l'a fait observer J.R. Miller, historien de la University of Saskatchewan:

[TRADUCTION] Le fait de rattacher, dans la Loi sur les Indiens, la filiation et l'identité indiennes au père était l'application irréflectée, par une société patriarcale, des vues patriarcales européennes; mais ces vues cadraient mal avec celles des sociétés indiennes, telle la société iroquoise, où l'identité et l'autorité étaient transmises par la branche maternelle de la famille. Tous ces efforts de réaménagement culturel illustrent également de quelle façon et de quelle manière les premières mesures prises en vue de protéger les gens semblaient toujours conduire aux abîmes de la coercition.

En outre, ce serait pousser la crédibilité à l'extrême que de croire que, par quelque coïncidence inexplicable de l'histoire, une société organisée de type étatique ait pu édicter un texte de loi vituellement identique aux «lois» des sociétés tribales qu'elle tentait de «civiliser».

6.6.3 Répercussions

Si j'ai bien compris leur déclaration, les demandeurs contestent notamment le fait qu'on ait rétabli dans leur droit d'être membres de la bande des femmes qui, (en vertu des dispositions portant exclusion d'un texte antérieur de la Loi sur les

of their band membership because they married non-Indians. If Dr. Moore is correct in concluding that, after a woman marries and practices patrilocality, “she is still a member of her father’s band, where she was born”, then I must conclude that the rest of the report has been supererogatory, since this particular issue is for the most part resolved by this one admission. The statement of claim states that “aboriginal rights” include “customary laws” of aboriginal peoples. Such customary laws presumably include the hypothesized “traditional law” concerning women and band membership. Hence, Indian women who had their rights to membership (under the alleged “traditional law”) in their natal bands extinguished by the provisions of the Indian Act, have had these rights restored under the 1985 amendments to the Act. Under these circumstances, the only outstanding issue would be whether the alleged rights of the plaintiffs (under “traditional law”) to determine band membership has “aboriginal” supersedence over the right of women to maintain membership in their natal bands (under the same “traditional law”).

Dr. Moore has failed to cite documentary support for the contention that a woman retained “membership” in her natal group; nevertheless, in light of the evidence I have found, I am persuaded that the contention can be accepted as plausible. I cannot be certain that this had always been the case in marriages during the Prehistoric period. What I can say with confidence, however, is that during the two centuries prior to the signing of the numbered treaties, there is no evidence that native women who married European men *à la façon du pays* were ever banished from the groups in which they were born. As “women in between” they were “members” of their husband’s society as well as their native group. It was the Indian Act and not “tradition” which precluded an affiliation with the latter.

When it comes to the marriage of Indians and non-Indians, there can be no recourse to prehistoric (i.e., pre-European-contact) “traditions”. By definition, such unions were confined to the Protohistoric and Historic periods. Hence, this particular practice, which originated as an adaptive response to the economic potential afforded by the contact of two groups who had surpluses of desirable trade goods, became the shared “tradition” of both natives and newcomers. While this tradition served to forge links between Indians and Europeans, the Enfranchisement Act of 1869 was intended to turn Indians into Europeans.

6.7 SUMMARY

In my opinion Dr. Moore’s conclusions, which are summarized on pages 32-33 of his report, are supported neither by the documentation he provides, nor by the anthropological and his-

Indiens), avaient été dépouillées de ce droit parce qu’elles avaient épousé des non-Indiens. Si M. Moore a raison de conclure que, après qu’une femme s’est mariée et respecte la patrilocalité, [TRADUCTION] «elle demeure néanmoins membre de la bande à laquelle appartient son père et au sein de laquelle elle est née», il me faut alors conclure que le reste de son rapport est superfluetatoire, étant donné que, à elle seule, cette admission règle, pour l’essentiel, cette question particulière. Dans la déclaration, les demandeurs affirment que sont compris parmi les «droits ancestraux» les «lois coutumières» des peuples autochtones. Il est possible de présumer que ces lois coutumières incluent l’hypothétique «loi traditionnelle» régissant les droits des femmes et l’appartenance à la bande. En conséquence, les femmes—dont le droit d’être membre de leur bande d’origine (en vertu de la «loi traditionnelle») a été éteint par les dispositions de la *Loi sur les Indiens* se sont vues rétablir dans leurs droits par les modifications apportées à cette loi en 1985. Dans ces circonstances, la seule question qui demeure est celle de savoir si le droit qu’invoquent les demandeurs (en vertu de la «loi traditionnelle») de décider qui sont les membres des bandes a, du point de vue «ancestral», préséance sur le droit des femmes de rester membres de leurs bandes d’origine (en vertu de cette même «loi traditionnelle»).

M. Moore n’a pas cité d’éléments de preuve documentaire au soutien de l’affirmation selon laquelle les femmes restaient «membres» de leurs groupes d’origine. Néanmoins, à la lumière de la preuve que j’ai moi-même pu trouver, je suis convaincu que cette affirmation peut être considérée comme plausible. Je ne peux affirmer avec certitude que cela a été le cas dans tous les mariages au cours de la période préhistorique. Cependant, ce que je suis en mesure d’affirmer avec confiance, c’est que durant les deux siècles qui ont précédé la signature des traités numérotés, il n’y a aucun élément de preuve indiquant que des femmes autochtones ayant marié des Européens à la façon du pays ont été chassées des groupes au sein desquels elles étaient nées. En tant qu’«intermédiaires féminins», elles étaient «membres» à la fois de la société de leurs époux et de celle de leurs groupes d’origine. C’est la *Loi sur les Indiens* et non la «tradition» qui les empêchaient de s’affilier avec ce dernier groupe.

Pour ce qui est des mariages entre Indiens et non-Indiens, il est impossible de se référer aux «traditions» préhistoriques (c’est-à-dire à la période antérieure au contact avec les Européens). En effet, par définition, ces unions se limitent aux périodes protohistorique et historique. En conséquence, cette pratique plus particulière, qui était le fruit d’une mesure d’adaptation au potentiel économique qu’offrait l’établissement de rapports entre deux groupes qui disposaient chacun d’excédents de biens à échanger qui intéressaient l’autre, devint une «tradition» commune des autochtones et des nouveaux venus. Bien que cette tradition ait servi à forger des liens entre les Indiens et les Européens, l’Acte d’émancipation de 1869 visait à faire des Indiens des Européens.

6.7 RÉSUMÉ

À mon avis, les conclusions de M. Moore, qui sont résumées aux pages 32 et 33 de son rapport, ne trouvent appui ni dans la documentation qu’il fournit ni dans la littérature anthropolo-

torical literature I have been able to locate. He has not illuminated native cultures "at the time they were first encountered by European colonists"; he has not shown that the plaintiff groups had "traditional laws" reflecting a patrilineal-patrilocal system; and he has not shown that this system "continued" among the Ermineskin during the 1879 to 1950 period. . . .

In contrast to the rigidity and long-term persistence of Dr. Moore's hypothesized corpus of "law", the ethnographic and historical records point to flexibility in native social organization. This flexibility enabled Amerindian foraging societies to adapt to changing conditions over the course of at least 11,500 years. I suggest that what might be regarded as "traditional" or "aboriginal" is not the "custom" of a particular time during the Prehistoric, Protohistoric, or Historic periods, but, rather, this rich legacy of successful adaptation to new challenges.

The fluidity in the size and composition of foraging groups, and the lack of abstract constraints on "membership", meant that the ancestors of the plaintiff bands were able to cope with the upheavals of European contact throughout the eighteenth and nineteenth centuries. Practical realities of everyday survival displaced any ideal systems of kinship and prescribed marriage practices which, after all, are rarely found outside the anthropological imagination. If such ideal systems and concomitant "laws" had ever existed in the first place (and evidence has not been forthcoming), then, in a sense, any "aboriginal right" to operationalize them had been squelched by pragmatic necessity on numerous occasions long before the 1870s.

Among the most salient responses to the presence of Europeans was transcultural marriage. This important social bond permitted natives and newcomers to strengthen links between their respective groups. Throughout the Protohistoric and much of the Historic period, such unions invariably involved native women and European men. The native women who married out retained "membership" in their natal groups—a fact conceded by Dr. Moore, and perhaps the only important issue on which our research is in agreement. The legal provisions which disqualified such women from band membership were written during an era in which EuroCanadian society reflected patriarchal values, made little effort to learn and understand native traditions, was anxious to "civilize" Indians, and intent on transforming "Indian" from a racial to a legal category. In my opinion, the rescinding of these provisions through the 1985 amendments to the Indian Act was the correcting of an historical misconception of native practices, rather than an interference with "traditions" or "customs".

gique et historique que j'ai été en mesure de trouver. Il n'a pas fait la lumière sur la culture des sociétés autochtones [TRADUCTION] «à l'époque où celles-ci sont entrées pour la première fois en contact avec les colons européens», il n'a pas établi que les groupes demandeurs possédaient des «lois traditionnelles» témoignant de l'existence d'un régime patrilinéaire—patrilocal et, enfin, il n'a pas démontré que ce régime «a continué» d'être appliqué par la Bande Ermineskin au cours de la période de 1879 à 1950. . . .

Contrairement à la rigidité et à la persistance du corpus de «lois» dont M. Moore suppose l'existence, la preuve ethnologique et historique témoigne davantage de la souplesse de l'organisation sociale autochtone. Cette souplesse a permis aux sociétés amérindiennes qui pratiquaient une économie de prédation de s'adapter à l'évolution des conditions, au cours d'une période qui a duré au moins 11 500 ans. Je prétends que ce qui pourrait être qualifié de «traditionnel» ou d'«ancestral», ce n'est pas «la coutume» qui a existé à une époque donnée des périodes préhistorique, protohistorique ou historique, mais plutôt ce riche héritage d'adaptations fructueuses aux défis qui se présentaient.

La variation de la taille et de la composition des groupes qui pratiquaient une économie de prédation, ainsi que l'absence de restrictions abstraites applicables à la notion de «membre» ont fait en sorte que les ancêtres des bandes demandereses ont été en mesure de faire face aux bouleversements créés par les contacts avec les Européens au cours des dix-huitième et dix-neuvième siècles. Les réalités pratiques de l'obligation d'assurer quotidiennement sa survie avaient pour effet d'écartier l'application de tout régime idéal de liens de parenté et de pratiques matrimoniales formelles, régimes et pratiques qui, après tout, existent rarement ailleurs que dans l'imagination des anthropologues. Si de tels régimes idéaux et les «lois» correspondantes ont existé à quelque moment que ce soit (existence dont la preuve se fait toujours attendre), alors, dans un sens, tout «droit ancestral» de les mettre en œuvre a, de nombreuses occasions et ce bien avant les années 1870, été éliminé par des nécessités d'ordre pratique.

Une des réactions les plus caractéristiques à la présence des Européens fut le phénomène des mariages transculturels. Ce lien social important a permis aux autochtones et aux nouveaux venus de raffermir les liens entre leurs groupes respectifs. Tout au long de la protohistoire et pendant une bonne partie de la période historique, ces mariages unissaient des femmes autochtones à des Européens. Les femmes autochtones qui mariaient des non-Indiens conservaient la «qualité de membre» au sein de leur groupe d'origine—fait qu'a admis M. Moore et qui constitue peut-être le seul point important sur lequel nos recherches concordent. Les dispositions législatives qui avaient pour effet de dépouiller ces femmes de leur droit d'être membre des bandes ont été rédigées à une époque où la société euro-canadienne, qui se caractérisait par des valeurs patriarcales, faisaient peu d'efforts pour découvrir et comprendre les traditions autochtones, étaient pressées de «civiliser» les Indiens et étaient résolues à transformer ceux-ci pour les traiter non plus comme une race mais comme une catégorie juridique. À mon avis, l'abrogation de ces dispositions par les

This Court adopts and ratifies the above-quoted passages from Doctor von Gernet's opinion, exhibit 122. As above noted, it is thoroughly bolstered by end-note references to support all its own internal quotations and virtually all its assertions.

The Court finds that in Aboriginal times and up to the making of the Treaties, all of the plaintiffs' predecessors had no custom of controlling their groups' or chiefs' peoples' membership. Quite the contrary. The chiefs' stature depended on how many individuals or families attached themselves to the respective chiefs. Even those born into a chief's people were free simply to walk out of the chief's encampment and attach themselves to another. No questions asked. One chief's loss was another's gain. If this freedom to join and depart were an Aboriginal custom, it was the diametric opposite of "control" of membership.

Truly, such was the plaintiffs' position on discovery according to Wayne Roan (DT, Vol. II, January 17, 1989) as recorded in Exhibit 133(2), page 224, question 891 *et seq.* to end of page 225. On this Mr. Roan and Dr. von Gernet were of one mind. There was no "veto" on joining. Even those who misconducted themselves were never expelled. Sophie Makinaw, giving her version of oral history, on direct examination, testified in answer to the question of dealing with someone who would not respect the camp's customs and traditions:

I have never heard of any situation where people were asked to leave or expelled from the camp because they wouldn't conform with the camp because the process [of counselling, and public mockery or ridicule] that was in place ensured that they eventually complied with the requirements or the rules of the camp. [TT6, at page 597.]

modifications apportées en 1985 à la Loi sur les Indiens visait à corriger un malentendu historique en ce qui concerne les pratiques autochtones, plutôt qu'une atteinte à des «traditions» ou «coutumes».

^a La Cour fait siens les passages précités du rapport de M. von Gernet (pièce 122). Comme nous l'avons indiqué précédemment, le rapport est solidement étayé de renvois à des notes en fin de texte appuyant toutes les citations qui s'y trouvent et pratiquement toutes les affirmations qui y sont faites.

^b La Cour statue que, durant les temps ancestraux et ce jusqu'à la signature des traités, aucun des prédécesseurs des demandeurs ne possédait de coutume ayant pour objet de leur permettre de décider qui étaient leurs membres ou qui étaient les partisans de leurs chefs. C'était tout le contraire. En effet, l'importance du chef dépendait du nombre d'individus ou de familles qui choisissaient de le suivre. Même les gens nés de partisans d'un chef donné étaient libres de quitter le campement de ce dernier et d'aller en rejoindre un autre. On ne leur posait aucune question. Leur départ faisait le malheur d'un chef et le bonheur d'un autre. Si cette liberté de quitter un groupe pour en rejoindre un autre était une coutume ancestrale, elle était diamétralement à l'opposé du principe de la «détermination» de l'effectif de la bande.

^c À vrai dire, c'était là la position des demandeurs au cours de l'interrogatoire préalable de Wayne Roan (TIP, vol. II, 17 janvier 1989), qui figure à la pièce 133(2), page 224, question 891 et s., jusqu'à la fin de la page 225. Sur ce point, M. Roan et M. von Gernet étaient d'accord. Il n'existait aucun droit de «veto» relativement à l'adhésion. Même les personnes qui ne se comportaient pas convenablement n'étaient pas expulsées. Voici la réponse qu'a donnée Sophie Makinaw, dans sa version de l'histoire orale, en interrogatoire principal, lorsqu'on lui a demandé quel était le traitement réservé aux personnes qui ne respectaient pas les coutumes et les traditions du camp:

[TRADUCTION] Je n'ai jamais entendu parler de cas où soit on a dit aux gens de quitter le camp, soit on les en a expulsés parce qu'ils ne se conformaient pas aux exigences ou aux règles du camp, car le mécanisme qui existait [en vertu duquel on conseillait les intéressés et on se moquait d'eux en public, on les tournait en ridicule] faisait en sorte que, éventuellement, les fautifs rentraient dans le droit chemin. [TD6, à la page 597.]

On all of this evidence, including Doctor von Gernet's opinion, this Court finds that there was no "aboriginal", (and certainly no treaty) "right of members of the said bands [or camps or chiefs' peoples], under their respective customary laws, to determine membership in the bands [camps, chiefs' peoples] and to veto the admission of any persons to membership in the said bands [camps, chiefs' peoples]". The Court holds that there were no such rights and no such customary laws as pleaded by the plaintiffs in the particulars given by virtue of Mr. Justice Strayer's order dated October 31, 1986. Those particulars express a fictitious revisionism.

"The status of an Indian and the conditions upon which an Indian is deemed to be a member of a particular band were in 1881, and still are, defined by Parliament, not by the will of a band council." So held Mr. Justice Mahoney in the case of *Bay v. Registrar of Indians* (1976), 9 CNLC 36 (F.C.T.D.), at page 42. Such was the law in 1976 and so it is today, even if Parliament, by statute, delegates powers of definition and membership criteria to band councils, as, for example, in making a membership by-law.

The foregoing being the case, there was and is no Aboriginal right to control membership which engages subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. If there were, of course, it would be subject to subsection 35(4) and would be of no force and effect to the extent it failed (as it did, if it existed) to guarantee membership and marital status equally to male and female persons.

The "custom" was entirely *laissez faire* in regard to membership in camps or chiefs' peoples with regard to all of the plaintiffs' predecessors. There was no positive custom of law or rules or veto asserted by the Aboriginal peoples. What transpired was a vac-

À la lumière de l'ensemble de la preuve, y compris de l'opinion formulée par M. von Gernet, la Cour juge qu'il n'existait aucun [TRADUCTION] «droit ancestral», (et certainement aucun droit issu de traité) «[autorisant] les membres desdites bandes [ou des camps ou des groupes de partisans d'un chef], à décider, en vertu de leurs lois coutumières respectives, de l'appartenance aux effectifs des bandes [camps ou groupes de partisans] et de mettre leur veto à l'admission de toute personne en tant que membre des bandes [camps ou groupes de partisans d'un chef]». La Cour statue qu'il n'existait ni droit ni loi coutumière de cette nature, contrairement à ce qu'ont plaidé les demandeurs dans les précisions fournies en application de l'ordonnance du juge Strayer datée du 31 octobre 1986. Ces précisions sont l'expression d'un révisionnisme fictif.

«Le statut d'Indien et les conditions selon lesquelles un Indien est considéré comme membre d'une bande particulière étaient définis en 1981, et ils le sont encore, par le Parlement et non par le Conseil de la bande.» Le juge Mahoney a formulé ces propos dans l'affaire *Bay c. Registrar des Indiens* (1976), 9 CNLC 36 (C.F. 1^{re} inst.). C'était là l'état du droit en 1976, et la situation n'a pas changé, même si le Parlement, par la loi, délègue aux conseils de bande le pouvoir de définir, au moyen de critères d'appartenance, qui sont ses membres en prenant un règlement administratif établissant les règles d'appartenance.

Compte tenu de ce qui précède, il n'existait pas dans le passé et il n'existe pas aujourd'hui de droit ancestral autorisant une bande à décider de l'appartenance à son effectif, droit qui donnerait ouverture à l'application du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par ailleurs, si un tel droit existait, il serait évidemment assujéti au paragraphe 35(4) et serait, de ce fait, inopérant dans la mesure où il ne garantirait pas (ce qui était effectivement le cas, s'il avait existé) également aux personnes des deux sexes les mêmes droits en ce qui concerne l'appartenance à la bande et l'état matrimonial.

La «coutume» était entièrement une attitude de laisser-faire pour ce qui était de l'appartenance aux camps ou aux groupes de partisans d'un chef, et ce pour tous les prédécesseurs des demandeurs. Les peuples autochtones n'ont fait valoir ni loi coutu-

uum compared with membership control: there was freedom to join a camp or a chief's people and no one was ever expelled. With the liberty to join a camp was the concomitant liberty to leave a camp. Clearly the plaintiffs can demonstrate no Aboriginal right, and no treaty right to engage subsection 35(1). Perhaps that custom being the utter absence of a customary law could engage subsection 35(1). Whether it be one or the other, rules or the freedom of no rules, it was no longer extant in 1982, or indeed after the treaties were made. "It" was clearly, unequivocally and necessarily extinguished by the treaties' exigencies. "It" whether customary rules or customary freedom from any rule, or any asserted "control" was utterly annihilated by the treaties, if not by the earlier enacted *Indian Act*. Whether rules or absence of rules, no Aboriginal right either to discriminate against Aboriginal women, or to control membership at large, ever survived to enjoy the protection of subsection 35(1).

mière, ni règle, ni droit de veto positifs. Au contraire, ce qui ressort de l'examen, c'est l'existence d'un vide plutôt que d'un pouvoir de décision sur l'appartenance à la bande: en effet, les intéressés avaient plutôt la liberté de joindre un camp ou le groupe de partisans d'un chef donné, et personne n'était jamais expulsé. La liberté de joindre un camp était assortie de la liberté concomitante de quitter celui-ci. De toute évidence, les demandeurs ne sont pas en mesure d'établir l'existence d'un droit—ancestral ou issu de traité—donnant ouverture à l'application du paragraphe 35(1). Peut-être que la coutume même que constitue l'absence complète de loi coutumière à cet égard pourrait, elle, donner ouverture à l'application de ce paragraphe. Qu'il y ait eu coutume ou absence de coutume, règle ou absence de règle, la situation n'existait plus en 1982, ni même après la conclusion des traités. Les traités, de par leurs exigences, ont nécessairement éliminé de façon claire et nette cet «état de fait». En effet, cet «état de fait», qu'il s'agisse soit de l'existence de règles coutumières, soit de l'absence—situation qui aurait elle-même constitué une coutume—de toute règle ou encore de tout «pouvoir décisionnel» qui aurait été exercé concrètement, a été complètement annihilé par les traités, voire par une version antérieure à ceux-ci de la *Loi sur les Indiens*. Qu'il ait été fondé sur des règles ou sur l'absence de règles, aucun droit ancestral—qui aurait permis aux bandes soit de faire de la discrimination à l'endroit des femmes autochtones, soit de décider de façon générale qui étaient leurs membres—n'a survécu et ne jouit de la protection prévue par le paragraphe 35(1).

In the case of *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, a unanimous decision of the Supreme Court of Canada, there are many principles to guide a court adjudicating cases of asserted Aboriginal rights. That case dealt with a clearly unextinguished Aboriginal right to fish and it is therefore factually and legally far removed from the present litigation, except for the general principles stated there.

L'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, décision unanime de la Cour suprême du Canada, renferme de nombreux principes guidant les tribunaux qui sont appelés à statuer sur les affaires où l'on invoque l'existence de droits ancestraux. Cet arrêt portait sur un droit ancestral de pêche qui n'avait manifestement pas été éteint, il est par conséquent très différent, tant en fait qu'en droit, de la présente affaire, sauf pour ce qui est des principes généraux qui y ont été énoncés.

The Supreme Court in *Sparrow* referred to the case of *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.),

Dans *Sparrow*, la Cour suprême s'est référée à l'affaire *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518

a decision of Mr. Justice Mahoney. The Supreme Court wrote, at page 1098:

In the context of aboriginal rights, it could be argued that, before 1982, an aboriginal right was automatically extinguished to the extent that it was inconsistent with a statute. As Mahoney J. stated in *Baker Lake*, *supra*, at p. 568:

Once a statute has been validly enacted, it must be given effect. If its necessary effect is to abridge or entirely abrogate a common law right, then that is the effect that the courts must give it. That is as true of an aboriginal title as of any other common law right.

The plaintiffs' counsel in argument emphasized the principles enunciated in that *Sparrow* case. The Supreme Court noted, at page 1079 that in the case of *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, Mr. Justice Hall stated (at page 404) that

"the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent [i.e. the Government] and that intention must be 'clear and plain'. (Emphasis added.) The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right.

There is nothing in the *Fisheries Act* or its detailed regulations that demonstrates a clear and plain intention to extinguish the Indian aboriginal right to fish.

Amen. The question might well be posed however, how to apply that principle in these circumstances.

Some considerable help in interpretation and application was given by Mr. Justice Wallace, with the concurrence of Messrs. Justices Taggart and Macfarlane, a majority of the bench, in *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1993] 5 W.W.R. 542 (B.C.C.A.), another case of a conviction related to fishing. After quoting from his own reasons in *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (B.C.C.A.), at page 571 and with analysis of *Sparrow* at pages 571-572, Wallace J.A. wrote, at pages 557-558:

These passages reflect the principles of the common law which determine the criteria which activities must satisfy in order to constitute aboriginal rights. Whether, in all the cir-

(1^{re} inst.), décision du juge Mahoney. La Cour suprême a écrit ce qui suit, à la page 1098:

Dans le contexte des droits ancestraux, on pourrait faire valoir qu'avant 1982 un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi. Comme le juge Mahoney l'a affirmé dans l'arrêt *Baker Lake*, précité, aux pp. 568 et 569:

Une fois qu'une loi a été régulièrement adoptée, il faut lui donner effet; s'il est nécessaire pour lui donner effet d'altérer voire d'abroger entièrement un droit de *common law* alors c'est l'effet que les tribunaux doivent lui donner. Cela est tout aussi vrai d'un titre aborigène que de tout autre droit de *common law*.

Au cours de l'argumentation, les avocats des demandeurs ont insisté sur les principes énoncés dans l'arrêt *Sparrow*, où la Cour suprême a fait observer, à la page 1099 que, dans l'arrêt *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, le juge Hall avait affirmé (à la page 404):

... qu'il incombe à l'intimé [c'est-à-dire le gouvernement] d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être «claire et expresse». (Nous soulignons.) Le critère de l'extinction qui doit être adoptée, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse.

La *Loi sur les pêcheries* ou ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher.

Amen. Cependant, on pourrait fort bien se demander comment faire pour appliquer ce principe en l'occurrence.

Dans ses motifs, dans l'affaire *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1993] 5 W.W.R. 542 (C.A.C.-B.), autre affaire concernant une déclaration de culpabilité en matière de pêche, motifs auxquels ont souscrit les juges Taggart et Macfarlane, qui constituaient la majorité de la formation ayant entendu cette affaire, le juge Wallace a fait des observations qui sont d'une utilité considérable en matière d'interprétation et d'application. Après avoir cité ses propres motifs dans l'affaire *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (C.A.C.-B.), à la page 571, et après avoir analysé l'arrêt *Sparrow*, aux pages 571 et 572, le juge d'appel Wallace a écrit ce qui suit, aux pages 557 et 558:

[TRADUCTION] Ces passages traduisent les principes de la common law qui établissent les critères auxquels doivent satisfaire les activités en cause pour constituer des droits ances-

cumstances, a particular activity meets the criteria is a question of fact.

In view of my conclusions about the scope of the aboriginal fishing rights of these claimants, it is not necessary to decide the question of whether any fishing regulations, particularly those prohibiting the sale of Indian food fish, extinguished any commercial aspect of aboriginal fishing rights in British Columbia. Nevertheless, I should respectfully say I do not agree with my colleague Justice Lambert that this question was decided in *Sparrow*. In that case, the Supreme Court of Canada confronted the argument that fishing regulations had extinguished aboriginal rights wherever, and to the extent that, they were inconsistent with the exercise of aboriginal rights. The Court rejected that argument at p. 1097:

It is this progressive restriction and detailed regulation of the fisheries which, respondent's counsel maintained, have had the effect of extinguishing any aboriginal right to fish

At bottom, the respondent's argument confuses regulation with extinguishment. That the right is controlled in great detail by the regulation does not mean that the right is thereby extinguished.

Of course, it does not follow from this that a legislative provision, made by executive act and embodied in an instrument known as "regulations", must always be taken as "regulating" and never extinguishing rights. The test for extinguishment adopted by the Court in *Sparrow* at p. 1099 was that, "the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right." The Court did not deny that regulations could evince the requisite clear and plain intention to extinguish rights; indeed, the Court specifically referred to the regulations in saying that the legislation did not indicate a clear and plain intention of the Sovereign to extinguish the aboriginal right to fish.

Here, it is the cumulative effect of the legislation dating back to 1868, before the making of the treaties, in which legislation Parliament demonstrated a clear and plain intention to extinguish any Aboriginal right or custom by which the identity and definition of Indians is established, as far back as sections 6, 15 and 17 of S.C. 1868, c. 42 (31 Vict.) quoted earlier above. The clear and plain intention was clearly to establish a racist apartheid, which would be completely repulsive today, but which was clearly and plainly within the legislative jurisdiction of Parliament. So also it was the very next year in section 6

traux. La question de savoir si, dans toutes les circonstances de l'espèce, une activité donnée respecte ces critères est une question de fait.

a À la lumière de mes conclusions quant à la portée des droits de pêche ancestraux des demandeurs, il n'est pas nécessaire de décider si quelque règlement de pêche, particulièrement le règlement interdisant la vente de poissons pêchés par les Indiens à des fins de subsistance, a eu pour effet d'éteindre quelque aspect commercial des droits de pêche ancestraux en Colombie-Britannique. Néanmoins, avec égards, je ne suis pas d'accord avec les propos de mon collègue le juge Lambert voulant que cette question ait été décidée dans *Sparrow*. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a examiné l'argument selon lequel les règlements régissant la pêche avaient éteint les droits ancestraux dans tous les cas où ces règlements étaient incompatibles avec l'exercice de ces droits. La Cour a rejeté cet argument à la p. 1097:

Selon l'avocat de l'intimée, ce sont ces restrictions progressives et la réglementation détaillée du droit de pêche qui ont eu pour effet d'éteindre tout droit de pêche ancestral . . .

En réalité, l'intimé confond dans son argumentation la réglementation et l'extinction. Que l'exercice du droit fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, cela ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint.

Évidemment, il ne découle pas de ce qui précède qu'une disposition législative, établie par un acte de l'exécutif et exprimée dans un instrument appelé «règlement», doit toujours être considérée comme ayant pour effet de «réglementer» l'exercice des droits visés et jamais pour effet de les éteindre. Le critère qu'a retenu la Cour en matière d'extinction dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1099, est le suivant: «l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse». La Cour n'a pas nié le fait qu'un règlement pouvait indiquer l'intention claire et expresse requise pour justifier l'extinction des droits visés; de fait, la Cour a spécifiquement mentionné les règlements d'application de la loi en question en affirmant que cette dernière ne faisait état d'aucune intention claire et expresse du Souverain d'éteindre le droit de pêche ancestral en cause.

En l'espèce, cette intention ressort de l'effet cumulatif de textes de loi remontant jusqu'à 1868, c'est-à-dire avant la conclusion des traités, dans lesquels le Parlement a démontré son intention claire et expresse d'éteindre tout droit ancestral ou toute coutume ancestrale et dans lesquels l'identité des Indiens est définie aussi loin en arrière que dans les articles 6, 15 et 17 des S.C. 1868, ch. 42 (31 Vict.), qui sont cités plus tôt dans le texte. L'intention claire et expresse du législateur était d'établir un apartheid, objectif qui serait tout à fait répugnant aujourd'hui, mais qui relevait clairement et expressément de la compétence

(amending section 15, above) in S.C. 1869, c. 6 (32-33 Vict.), also quoted earlier above. And so, again, Parliament's intention clearly and plainly to subsume Indian custom regarding the introduction to and the veto of membership (if such there ever was) was demonstrated. Indeed, Parliament empowered its official, the Superintendent-General, in subsection 3(10) *et seq.* of the next statute, *The Indian Act*, 1876, to regulate who might enjoy occupation of a reserve (Indians, as defined), to regulate and to veto membership. That was in 1876 before the first of the three Treaties herein was made.

Then came the Treaties, with the further safeguarding of the reserves, the surrender of vast areas of land for settlement, industry and commerce, and the eternal payment of treaty money, which has, with collateral benefits, increased considerably until the present. The salient passages of those Treaties, 6, 7 and 8, are also quoted earlier above. It will be remembered that in order to limit the new bands' membership, the Government refused to permit half-breeds and Métis to participate in the Treaties, as the Morris record and the other historical writings amply disclose. In other words Parliament and the Government of Canada purposefully, clearly and plainly took over by statute and by treaty all control of Indian bands' membership including the admission to membership and the veto of applied-for membership. Nothing could be clearer and plainer. These facts and factors easily meet the exigencies of the principles judicially proclaimed in the *Sparrow* and the *Smokehouse* cases.

Despite all of the foregoing, that is, the legislation and the jurisprudence, the plaintiffs' counsel ada-

légitimative du Parlement. C'était également là son intention dans l'article 6 des S.C. 1869, ch. 6 (32-33 Vict.) (qui modifiait l'article 15 susmentionné), disposition également citée plus tôt dans les présents motifs. Cette disposition a une fois de plus démontré l'intention claire et expresse du Parlement de subsumer la coutume indienne concernant l'adhésion à la bande et le droit de veto à cet égard (si une telle coutume a jamais existé). De fait, le Parlement a confié à son représentant, le Surintendant-Général, aux articles 3(10) et s. de la loi qui a suivi, l'*Acte des Sauvages*, 1876, le pouvoir de décider qui pouvait occuper une réserve (en l'occurrence les Sauvages au sens de l'Acte), le pouvoir de régir qui était membre de la réserve ainsi qu'un droit de veto à cet égard. Voilà quelle était la situation en 1876, avant que le premier des trois traités qui nous intéressent ait été signé.

Survinrent ensuite les traités, qui eurent pour effet de protéger davantage les réserves et d'entraîner la cession de vastes territoires à des fins de colonisation et d'activités industrielles et commerciales, ainsi que le paiement à perpétuité de sommes y prévues, sommes qui, en plus des autres avantages connexes, se sont accrues considérablement depuis. Les passages importants des Traités nos 6, 7 et 8 ont également été cités précédemment dans les présents motifs. Il convient de rappeler que, afin de limiter les effectifs des nouvelles bandes, le gouvernement refusa de permettre aux sang-mêlés et aux Métis d'être parties aux traités, comme le révèlent abondamment les dossiers de Morris ainsi que les autres documents historiques pertinents. En d'autres mots, le Parlement et le gouvernement du Canada ont, à dessein, clairement et expressément pris à leur charge, par voie législative et par traité, l'entière responsabilité de décider de l'appartenance aux effectifs des bandes indiennes, y compris le pouvoir d'autoriser l'adhésion à une bande et celui de mettre leur veto aux demandes présentées à cette fin. Les choses n'auraient pu être faites plus clairement et plus expressément. Ces faits ainsi que les divers facteurs pertinents satisfont facilement les exigences prévues par les principes énoncés par les tribunaux dans les affaires *Sparrow* et *Smokehouse*.

Malgré tout ce qui précède, c'est-à-dire les textes de loi et la jurisprudence, l'avocat des demandeurs a,

manly contended (TT79, page 31, line 6) that “you” (Parliament, the Government, the Crown) “can interfere with, but not extinguish treaty rights”. Such might be unthinkable, but not impossible at least by agreement, in any event, prior to April, 1982. The submission, of course, does not take into account the extinguishment of alleged Aboriginal “rights”, if any, prior to, by and because of, the Treaties themselves, as is the case here.

Because of early extinguishment of the claimed Aboriginal right, if any, the question of justification does not arrive in this litigation.

REPUTE

The plaintiffs argued however that the non-existent, or at least thoroughly extinguished Aboriginal custom or alleged right of the bands to discriminate against their own women in their marital status, has been nurtured and kept alive by the early statutory definitions of who is an Indian, and particularly this ingredient:

Any male person of Indian blood reputed to belong to a particular band. [Emphasis added.]

Whatever was to be made of that provision in past, the plaintiffs have nevertheless failed to identify any provision of the Act, or of the treaties which, prior to April 17, 1982, or later, provides for the survival, protection or enforcement of the alleged Aboriginal and treaty rights or “customary laws” in issue, if such claimed rights ever existed at all. The testimony of Sandra Ginnish and particularly her consistency on cross-examination makes an end to the question of “repute”. Nowadays the bands receive and accept what the Government says and finds on who is an Indian, and of which band, according to Ms. Ginnish. Parliament has over the years enacted comprehensive statutory, codified provisions about Indian band membership to the exclusion of all else.

opiniâtremment, affirmé (TD79, page 31, ligne 6) que [TRADUCTION] «vous» (le Parlement, le gouvernement, la Couronne) «pouvez porter atteinte aux droits issus de traités mais non les éteindre». Une telle mesure serait impensable, mais pas impossible, à tout le moins par voie d'accord, en tout cas avant avril 1982. Eh bien! Cet argument ne tient pas compte de l'extinction du supposé «droit» ancestral avant la conclusion des traités, par ces traités et en raison de ceux-ci, comme c'est le cas en l'espèce.

Vu l'extinction, il y a de cela très longtemps, du droit ancestral revendiqué, si un tel droit a jamais existé, la question de la justification ne se pose pas en l'espèce.

NOTORIÉTÉ

Toutefois, les demandeurs ont prétendu que la coutume ancestrale ou le supposé droit—par ailleurs inexistant ou à tout le moins entièrement éteint—des bandes de faire, à l'endroit de leurs propres membres du sexe féminin, de la discrimination fondée sur l'état matrimonial de celles-ci, a été maintenu par les premières définitions législatives des mots Sauvage ou Indien, particulièrement par l'élément suivant d'une de ces définitions:

Tout individu du sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière. [Soulignement ajouté.]

Peu importe l'intérêt qu'a pu avoir cette disposition dans le passé, les demandeurs n'en ont pas moins été incapables d'indiquer quelque disposition de la loi ou des traités pertinents qui, avant le 17 avril 1982 ou par la suite, pourvoyait à la survie, à la protection ou à l'application des «lois coutumières» ou droits ancestraux et issus de traités qu'ils allèguent en l'espèce, si ces droits ont jamais existé. Le témoignage de Sandra Ginnish et, de façon plus particulière, la cohérence dont elle a fait montre en contre-interrogatoire ont pour effet d'écarter cet argument fondé sur la «notoriété». Aujourd'hui, suivant M^{me} Ginnish, les bandes acceptent les décisions du gouvernement en ce qui a trait à l'identité des personnes qui sont des Indiens et des bandes auxquelles ces personnes appartiennent. Au fil des ans, le Parlement a édicté un ensemble exhaustif de dispositions législatives régis-

Here, again the failure of the plaintiffs to prove, on a balance of probabilities, that which they pleaded: “customary laws to determine membership in the bands and to veto the admission of any persons to membership in the bands” brings down their not so convincing arguments on the question of *repute*. In practice, *repute* appears to have been *repute* in the eyes of a succession of Government officials such as the Superintendent-General and latterly the Indian Registrar. In any event this line of argument if ever valid, is now a dead letter.

If the bands with membership codes think that provisions about “blood quantum” will do what they think “*repute*” should have done for them, they are calling down untold agonies on themselves and their people. In the first place there is human verity in the old adage: “It’s a wise child who knows his own father.” There was a sad afternoon at trial herein when one of the plaintiffs’ counsel insensitively sought to enlist a witness in his effort to prove that the witness was a so-called illegitimate child. As if any human being can be considered illegitimate! The person being conceived, after all, does not know who are doing it. “Blood quantum” is a highly fascist and racist notion, and puts its practitioners on the path of the Nazi Party led by the late, most unlamented Adolf Hitler. It will bring heartache, for example, to the mother of children sired by different fathers, say an Indian and a non-Indian, who may be required to go into exile rather than to exile some of her children from their siblings. The Court heard testimony to the effect that the Sarcee (Tsuu T’ina) are conjuring with the practice of “blood quantum”. One hopes that people who characterize themselves as generous, hospitable and living in tune with Mother Earth and all nature, will not set out to turn some unfortunates among their number against their own grandparents.

sant de façon exclusive l’appartenance aux bandes indiennes.

Ici encore, la capacité des demandeurs d’établir, selon la prépondérance des probabilités, leur prétention selon laquelle il existe [TRADUCTION] «[des] lois coutumières [les autorisant] à décider de l’appartenance aux effectifs des bandes et de mettre leur veto à l’admission de toute personne en tant que membre des bandes» invalide leurs arguments—qui ne sont d’ailleurs déjà pas tellement convaincants—sur la question de la notoriété. En pratique, la notoriété semble avoir été l’idée qu’ont eu de cette notion divers représentants gouvernementaux tels le Surintendant-Général et, plus récemment, le registraire des Indiens. Quoi qu’il en soit, cet argument, s’il a déjà eu quelque validité, est désormais lettre morte.

Si les bandes qui possèdent des codes d’appartenance s’imaginent que les dispositions relatives au «degré de sang indien» leur apporteront ce que, à leur avis, la notion de «notoriété» aurait dû leur apporter, ils s’exposent eux-mêmes ainsi que leurs membres à d’indicibles malheurs. Premièrement, il y a une vérité humaine dans le vieil adage suivant: [TRADUCTION] «Sage est l’enfant qui connaît son père.» Le procès a connu un bien triste épisode lorsque, au cours d’un après-midi, un des avocats des demandeurs a fait montre d’indélicatesse et tenté de rallier un témoin à sa cause en cherchant à établir que ce témoin était un enfant soi-disant illégitime. Comme si un être humain peut être considéré comme illégitime! Après tout, la personne qui est conçue ne sait pas qui sont ses auteurs. La notion de «degré de sang indien» est un concept éminemment faciste et raciste, et ceux qui l’appliquent empruntent la voie qu’a suivi le Parti nazi sous la direction d’Adolf Hitler, individu dont bien peu de gens regrettent la mort. Par exemple, la mère qui a eu des enfants de pères différents, disons d’un Indien et d’un non-Indien, ne manquera pas d’être déchirée si elle est contrainte de s’exiler pour éviter que certains de ses enfants vivent loin de leurs frères et sœurs. La Cour a entendu des témoignages selon lesquels on appliquerait, chez les Sarceis (Tsuu T’ina), la pratique fondée sur le «degré de sang indien». Il est à souhaiter que des gens qui se qualifient eux-mêmes de peuple généreux et accueillant, vivant en harmonie avec notre Mère la Terre et toutes

So much for repute.

PARAGRAPH 2(d) OF THE CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

In the plaintiffs' amended st. of cl., they claim in the alternative, for

... a declaration that the imposition of additional members on the plaintiff bands pursuant to the said sections [8 to 14.3, both inclusive of the *Indian Act* as amended by section 4 of Bill C-31] without the consent of the bands is an interference with the right guaranteed by subsection 2(d) of the ... Charter ... of the bands and their individual members to freely associate with other individuals.

The provision which is 2(d) of the Charter in fact expresses the following:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

Counsel for the plaintiffs very candidly informed the Court in oral argument that he was not pressing this point nor spending much time on it "because this truly is an alternative position". His presentation gained some interest only because of his mention of subsection 35(4) of the *Constitution Act, 1982*, earlier considered to be conclusive herein, if the plaintiffs succeeded in engaging subsection 35(1). Here is what counsel said:

This only arises, ... at all if you determine ... that the aboriginal right was either an individual right and not a collective right, which runs counter to everything that the law says, or if you determine that 35(4) transformed aboriginal rights into individual rights for all purposes, then only in that context would this argument come to bear. ... But in that circumstance we were dealing on the plane of individual rights and competing individual interests only, which I submit we could not be but if we were ... you could have to reconcile any disposition in that respect with section 2(d) for we say in effect that that would mean that reserves were in effect consensual associations, and we say that the freedom to associate must clearly include the freedom not to associate.

les créatures qui l'habitent ne monteront pas quelques malheureux parmi eux contre leurs propres grands-parents.

^a Et voilà pour la notoriété.

ALINÉA 2d) DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

^b Dans leur déclaration modifiée, les demandeurs demandent subsidiairement:

[TRADUCTION] ... une déclaration portant que le fait qu'on impose des membres supplémentaires aux bandes demanderesses conformément auxdits articles [8 à 14.3 de la *Loi sur les Indiens*, modifiés par l'article 4 du projet de loi C-31] et sans leur consentement porte atteinte au droit qui est garanti par l'alinéa 2d) de la ... *Charte* ... à ces bandes et à chacun de leurs membres de s'associer librement avec d'autres individus.

^d Voici le texte de l'alinéa 2d) de la Charte:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

^e d) liberté d'association.

^f L'avocat des demandeurs a très franchement indiqué à la Cour, au cours des plaidoiries, qu'il n'insisterait pas sur ce point et qu'il n'y consacrerait pas beaucoup de temps, [TRADUCTION] «car il ne s'agit vraiment que d'un argument subsidiaire». Son argumentation n'a soulevé un certain intérêt qu'en raison du fait qu'il y a fait état du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, disposition qui, plus tôt dans les présents motifs, a été jugée comme ayant un effet déterminant, si les demandeurs parvenaient à donner ouverture à l'application du paragraphe 35(1). Voilà ce qu'a dit l'avocat:

^g [TRADUCTION] Cette question se soulève uniquement, ... si vous jugez ... soit que le droit ancestral était un droit individuel et non un droit collectif, ce qui irait tout à fait l'encontre de l'état du droit, soit que le paragraphe 35(4) a eu pour effet de transformer, à toute fin que ce soit, les droits ancestraux en droits individuels, ce n'est que dans un tel contexte que le présent argument s'appliquerait. ... Mais dans ce cas, il n'était question que de droits individuels et d'intérêts individuels opposés, ce qui, à mon avis, n'est le pas cas ici, mais si c'était le cas ... vous pourriez devoir concilier toute décision à cet égard avec les dispositions de l'alinéa 2d), car nous affirmons que, dans les faits, cela voudrait dire que les réserves sont effectivement des associations consensuelles, et nous affirmons que la liberté qu'ont les individus de s'associer emporte nécessairement la liberté de ne pas le faire.

If we go through the logic of that position, . . . , and there is no case precisely on point where I can say to you, ah ha, this has been dealt with here. . . .

In my event . . . we say this proposition in effect proves the point because once you would permit section 35(4) or section 15 to in effect intrude upon the nature of the aboriginal right as a collective right then you are, you have undermined it . . . and you are dealing with competing purely individual interests. And then what's the point of having a part 2 dealing with aboriginal rights? . . . If you went that route . . . I'm not saying you should, you can say, well, don't we have a right to not associate with individuals? Why should someone be able to force themselves upon you as an individual? We say that argument properly doesn't arise . . . because it can't arise unless you've already made a determination which is at odds. . . . I say you couldn't do this, only the Supreme Court could do it and it would involve a change in the law and you would have to make a determination at odds with the very nature of what an aboriginal right is. [TT57, at pages 166-168.]

It sounded very much like the next posture to abandoning the pleading without formally saying so.

Nevertheless, the Court is struck and persuaded by the defendant's counsel's well-researched written argument on this matter of paragraph 2(d) of the Charter. The Court adopts the defendant's submissions expressed in Part P of that party's memorandum of fact and law, pages 121-130. Fairness is one of the foundations of the Charter and if the plaintiffs invoke it, they cannot choose only paragraph 2(d). They must also accept that Bill C-31 finds section 1 justification in sections 15 and especially 28, which carries within the Charter the very same thrust as does subsection 35(4) outside the Charter.

Counsel for the intervener, the NCC, made also some very cogent arguments on this 2(d) matter. Commencing in TT75, page 16 through to page 24, there are recorded some important passages of counsel's oral argument:

. . . Native Council of Canada says, yes, there is a freedom of association, but not a freedom of association to exclude one's kin from statutory benefits, from Charter protection.

Si nous allons jusqu'au bout de la logique de cet argument . . . et il n'existe pas de jurisprudence portant précisément sur ce point et qui me permettrait de vous dire ah ah! cette question a déjà été examinée dans telle ou telle décision . . .

a Quoi qu'il en soit . . . nous affirmons que cet argument prouve effectivement ce point, car à partir du moment où l'on accepte que le paragraphe 35(4) ou l'article 15 porte effectivement atteinte à la nature du droit ancestral en tant que droit collectif, on mine alors, on a miné ce droit . . . et il est alors question d'intérêts opposés, de nature purement individuelle.

b Dans un tel cas, pourquoi aurait-on rédigé la partie 2 qui concerne les droits ancestraux? . . . Si vous empruntez cette voie . . . je ne dis pas que vous devriez le faire, on peut se demander, eh bien! n'avons-nous pas le droit de ne pas nous associer avec des individus? Pourquoi quelqu'un devrait-il être en mesure de s'imposer à nous en tant qu'individu? Nous vous affirmons que cet argument ne se soulève pas vraiment . . . car il ne peut se soulever que si vous rendez une décision incompatible . . . J'affirme que vous ne pouvez pas le faire, que seule la Cour suprême le peut, car cela entraînerait une modification du droit et vous auriez à rendre une décision incompatible avec la nature même de ce qu'est un droit ancestral. [TD57, aux pages 166 à 168.]

Cela revenait presque à abandonner cette prétention sans le dire ouvertement.

e Néanmoins, la Cour est impressionnée et convaincue par l'argumentation écrite étoffée qu'a présentée l'avocat de la défenderesse en ce qui concerne l'alinéa 2d) de la Charte. La Cour fait siennes les observations formulées par la défenderesse dans la partie P de son exposé des faits et du droit, aux pages 121 à 130. L'équité est une des pierres d'assise de la Charte et si les demandeurs l'invoquent, ils ne peuvent invoquer uniquement l'alinéa 2d). Ils doivent également reconnaître que le projet de loi C-31 est justifié, au regard de l'article premier, par les articles 15 et, plus particulièrement, par l'article 28, qui produit dans la Charte le même effet que le paragraphe 35(4) en dehors de celle-ci.

h L'avocat de l'intervenant CNAC a lui aussi formulé certains arguments très solides en ce qui concerne l'alinéa 2d). On trouve, aux pages 16 à 24 de TD75, certains passages importants de l'argumentation orale de l'avocat du CNAC:

i [TRADUCTION] . . . Le Conseil national des autochtones du Canada affirme que oui, la liberté d'association existe, mais pas une liberté d'association qui permettrait de priver les gens de sa propre race des avantages prévus par la loi, de la protection offerte par la Charte.

The Native Council of Canada is more or less a racially based organization. I say more or less because they accept people who are non-aboriginal, but more or less it is. But to take it one stage further and to say that freedom of association means you can also exclude people from statutory benefits is in this counsel's submission going one step too far. And that should be the point with regard to freedom of association.

... Discrimination is often cross-cultural and for a discriminating minority to discriminate further and internally against a small minority within itself it's still discrimination. Even if self-regulated. And even if done under the approval of freedom of association.

But once you take that into the public situation, indeed, once you take it into a statutory construct of Parliament that's a different kettle of fish. Once you get into statutory benefits that's different. That's a different situation. Freedom of association doesn't extend to freedom of disassociation from statutory benefits, particularly where you're dealing with a statutory concern.

That's our submission ... with regard to freedom of association.

... what has occurred to date up until Bill C-31 the *Indian Act* discriminated. It was a private club for men only, and their white wives and their aboriginal wives. It's not even like the Ritz that is open to everyone (with money). It's a private club, a statutory private club that is open to men only, aboriginal men only, and their spouses.

Bill C-31 is a compromise to a complex problem. It's not a happy compromise. Practically no one if anybody was happy with it fully. But what it does represent ... is a valid exercise of legislative power and legislative judgment. And it's a compromise, it's a compromise between the individual rights of Bill C-31 and the collective rights of the Indian bands. And part of that balancing ... is section 10 of the Act, which gives membership control to the Indian bands. And they can bring into the band whomsoever they wish according to their membership code. That's part of the balancing.

Mary Two-Axe Early ... had a piece of paper by the minister and signed by the minister of Indian and Northern Affairs representing in the letter and speaking on behalf of the Govern-

Le Conseil national des autochtones du Canada est une organisation fondée plus ou moins sur la race. Je dis plus ou moins car le conseil accepte des gens qui ne sont pas des autochtones, mais il n'en demeure pas moins une organisation fondée sur la race. Mais pousser l'argument un peu plus loin et affirmer que la liberté d'association permet également de priver des gens des avantages prévus par la loi constituée, à mon avis, un pas de trop, et c'est là le point en ce qui concerne la liberté d'association.

... la discrimination est souvent un phénomène interculturel et le fait pour une minorité qui fait de la discrimination d'exercer, dans ses propres rangs, de la discrimination à l'endroit d'un petit groupe minoritaire n'en demeure pas moins de la discrimination. Même si cette discrimination est auto-réglémentée. Et même si elle exercée sur le fondement de la liberté d'association.

Mais dès que l'on se transporte sur la place publique, de fait, dès qu'on intègre cela dans un ouvrage législatif du Parlement, alors là c'est une toute autre affaire. Dès que l'on touche aux avantages prévus par la loi, la situation change. La situation est différente. La liberté d'association n'emporte pas la liberté de priver quelqu'un des avantages prévus par la loi, particulièrement lorsqu'on est en présence d'un ouvrage législatif.

Voilà notre argumentation ... en ce qui concerne la liberté d'association.

... jusqu'à maintenant, jusqu'au projet de loi C-31, la *Loi sur les Indiens* créait de la discrimination. Elle établissait un club privé, réservé aux hommes, ainsi qu'à leurs épouses blanches et à leurs épouses autochtones. Ce n'était même pas un établissement comme le Ritz, qui est ouvert à tout le monde (à tous ceux qui ont de l'argent). Il s'agissait d'un club privé, un club privé créé par la loi et qui était ouvert aux hommes seulement, aux hommes autochtones seulement, ainsi qu'à leurs épouses.

Le projet de loi C-31 est un compromis visant à régler un problème complexe. Ce n'est pas un compromis parfait. Personne ou presque n'est entièrement satisfait. Mais il constitue néanmoins ... l'exercice valide par le législateur de sa compétence législative et de son pouvoir de discernement en la matière. De plus, il s'agit d'un compromis, il s'agit d'un compromis entre les droits individuels visés par le projet de loi C-31 et les droits collectifs des bandes indiennes. Et l'équilibre qu'il établit découle en partie ... de l'article 10 de la Loi, qui accorde aux bandes le pouvoir de décider de l'appartenance à leurs effectifs. Celles-ci peuvent donc intégrer dans leurs rangs qui elles désirent, conformément à leurs codes d'appartenance. Il s'agit là d'un élément de cette mise en équilibre.

Mary Two-Axe Early ... possédait un document émanant du ministre, signé par le ministre des Affaires indiennes et du Nord qui représentait, dans la lettre, le gouvernement du

ment of the Canada . . . She is still not a band member. They won't register her on the rolls. She has no benefits. She's lucky she has a daughter who is married into the band.

The other matter that is relevant to this being a complex issue is the Crown has provided significant funds and follow-up support and follow-up study. Not everybody may be happy with the amount of money provided or the follow-up, but at least significant effort has been made. At least significant effort has been made in that regard. [TT75, at pages 16-24.]

The Court finds that if there be any infringement of the plaintiffs' freedom of association under paragraph 2(d) in Bill C-31, it is quite justified on the grounds of equality in section 15; and the assertion that the Charter's rights and freedoms are guaranteed equally to male and female persons, in section 28. Moreover, the Court finds no infringement for the reasons expressed by counsel aforesaid.

RETROACTIVITY

This question engaged counsels' efforts inordinately. One must first recognize that Parliament may enact retroactive and retrospective laws if it so chooses. To venture into this topic is to venture into a semantic minefield.

The impugned legislation, called Bill C-31, operates in regard to people in whatever plight the legislation is designed to affect, who were living on the day, at the time upon which it, Bill C-31, came into force. It does nothing for those who had died before that moment. It does not compensate anyone for the past exclusion and it does not purport to change anyone's status or plight as of a past time in the past. It purports to cure the plight of those mentioned, living people as they were on the day, at the time the legislation came into force. It is of course prospective in effect. It is nothing more, and nothing less than this, and so it must be construed.

IMPACT AND COSTS

As to the impact of the legislation no precise evidence was tendered by the plaintiffs except for some

Canada et parlait au nom de celui-ci . . . Elle n'est pas encore membre de la bande. On ne l'inscrit pas sur les listes. Elle ne profite d'aucun avantage. Elle est chanceuse d'avoir une fille qui est mariée à quelqu'un de la bande.

L'autre aspect pertinent à cette question complexe est le fait que la Couronne a versé des sommes importantes en plus d'assurer le suivi grâce à des mesures d'appui et à une étude complémentaire. Les sommes fournies et les mesures visant à assurer le suivi ne font pas le bonheur de tous, mais, au moins, des efforts importants ont été déployés. Au moins des efforts importants l'ont été à cet égard. [TD75, aux pages 16 à 24.]

La Cour statue que, si le projet de loi C-31 a eu pour effet de porter atteinte à la liberté d'association garantie aux demandeurs par l'alinéa 2d), cette atteinte est tout à fait justifiée pour assurer le respect des principes d'égalité prévus à l'article 15 et par le fait que, en vertu de l'article 28 de la Charte, les droits et libertés mentionnés dans celle-ci sont garantis également aux personnes des deux sexes. Qui plus est, la Cour juge, pour les raisons énoncées ci-dessus par l'avocat, qu'il n'y a pas eu atteinte à la liberté susmentionnée.

RÉTROACTIVITÉ

Les avocats ont consacré des efforts démesurés à cette question. Il convient d'abord de reconnaître que le Parlement peut, s'il décide de le faire, édicter des lois rétroactives ou rétrospectives. Aborder ce sujet c'est s'aventurer dans un champ de mines sémantiques.

Le texte législatif contesté, le projet de loi C-31, s'applique aux gens qui se trouvent dans les situations difficiles que le texte vise à corriger et qui vivaient à la date à laquelle celui-ci est entré en vigueur. Le texte de loi ne peut rien à l'égard de ceux qui sont décédés avant cette date. Il ne compense personne pour l'exclusion passée et il n'est pas censé modifier rétroactivement le statut ou la situation de quiconque. Il vise à corriger la situation des personnes qui y sont mentionnées et qui étaient vivantes à la date de son entrée en vigueur. Le texte de loi a évidemment un effet prospectif. Il n'est rien de plus et rien de moins, et c'est ainsi qu'il doit être interprété.

RÉPERCUSSIONS ET COÛTS

En ce qui concerne les répercussions du texte de loi, les demandeurs n'ont produit aucune preuve pré-

of their witnesses' speculative, generalized, dire warnings. Because the Court has held in the first instance that, in regard to plaintiffs' expressed claims, they had and have no aboriginal or treaty rights of band membership control to engage subsection 35(1), impact is no concern of the Court, Parliament is free to legislate pursuant to section 91, head 24, as it has done.

As to the respective plaintiffs' resources, the submissions of their counsel (TT78, pages 53-54) raise an implication not only about impact but also about costs of this action, that the plaintiffs are not poor. Certainly, it seems that the Sawridge Band is affluent.

DISPOSITIONS AND DIRECTIONS

The sheer volume of paper generated by this 79-day trial has made it somewhat difficult for the Court to pick and choose a critical path through that much read-over mass of written materials in order to come to the Court's conclusions without doing even more injustice to Canada's forests from which came the paper on which these reasons are typed. Counsel for the parties and the interveners who principally or wholly argued their clients' cases are to be congratulated, even although inevitably there must be a winner and a loser. The Court derived a tangible benefit, even if not much mentioned herein from the interveners' witnesses and their presentations.

It was agreed by all at trial that only those exhibits mentioned specifically during the trial should be part of record on appeal, the rest would be simply kept on file.

For all the reasons expressed herein the Court makes the following dispositions of the plaintiffs' stated claims:

cise à cet égard, à l'exclusion des sombres mises en garde de nature générale et hypothétique formulées par certains de leurs témoins. Comme la Cour a jugé, dans un premier temps, que, en ce qui concerne les conclusions expresses des demandeurs, ceux-ci ne sont pas et n'ont jamais été titulaires de droits ancestraux ou issus de traités autorisant les bandes à décider de l'appartenance à leurs effectifs, droits qui auraient donné ouverture à l'application du paragraphe 35(1), la Cour n'a pas à se préoccuper de la question des répercussions, le Parlement est libre de légiférer en vertu du paragraphe 91.24, comme il l'a fait.

Pour ce qui est des ressources de chacun des demandeurs, il ressort des observations formulées par leurs avocats (TD78, pages 53 et 54), non seulement en ce qui concerne les répercussions de la présente action mais également des coûts de celle-ci, que les demandeurs ne sont pas sans ressources. La Bande de Sawridge semble certainement à l'aise.

DÉCISIONS ET DIRECTIVES

Vu l'énorme quantité de papier que les 79 jours de procès ont générée, il n'a pas été facile pour la Cour —sans faire encore plus de tort aux forêts canadiennes qui ont fourni le papier sur lequel sont rédigés les présents motifs—de choisir soigneusement la bonne direction au travers de la masse de documents qu'elle a dû relire et relire afin d'en arriver à ses conclusions. Les avocats des parties et des intervenants qui ont plaidé la majeure partie ou l'ensemble de la cause de leurs clients respectifs ont droit à des félicitations, même s'il faut inévitablement un gagnant et un perdant. La Cour a profité de manière tangible, même s'il n'en a pas été fait beaucoup mention dans les présents motifs, de l'apport des témoins des intervenants.

Tous ont convenu, au procès, que seules les pièces mentionnées spécifiquement à l'audience feraient partie du dossier en cas d'appel, et que les autres seraient simplement conservées dans les archives de la Cour.

Pour tous les motifs qui précèdent, la Cour rend les décisions suivantes à l'égard des conclusions figurant dans la déclaration des demandeurs:

(a) the plaintiffs' claim for a declaration that sections 8 to 14.3, both inclusive, of the *Indian Act*, as amended by section 4 of an Act entitled *An Act to Amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27, are inconsistent with the provisions of section 35 of the *Constitution Act, 1982* to the extent that they infringe or deny the right of Indian bands to determine their own membership and therefore to that extent are of no force or effect, is dismissed;

(b) the plaintiffs' alternative claim for a declaration that the imposition of additional members on the plaintiff bands pursuant to the said sections without the consent of the bands is an interference with the right guaranteed by paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of the bands and their individual members to freely associate with other individuals, is dismissed; and

(c) the plaintiffs' claim for their costs in this action, is dismissed; and

(d) costs shall follow the event such that the plaintiffs or any one or two of them shall pay to the defendant and the interveners all their respective proper costs of this action as taxed or agreed to, the said plaintiffs, as between themselves only being liable each to the other for his or their proportionate share of such costs.

The Court directs that the defendant's solicitors prepare a draft form of judgment pursuant to paragraph 337(2)(b) of the Rules, giving effect to the above reasons. The defendant's solicitors shall first circulate the draft and solicit comments from the solicitors of the plaintiffs and the interveners. This will have two salutary effects:

i) the opportunity will be presented to obtain the most felicitous expression of the judgment to be pronounced; and

ii) the parties and the interveners will have an opportunity to make any last-minute suggestions on the subject of costs.

a) la Cour rejette la conclusion des demandeurs dans laquelle ceux-ci sollicitent un jugement déclaratoire portant, d'une part, que les articles 8 à 14.3 de la *Loi sur les Indiens*, modifiée par l'article 4 de la loi intitulée «*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*», L.C. 1985, ch. 27, sont incompatible avec les dispositions de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où ces articles dénie aux bandes indiennes le droit de décider qui sont leurs membres

b) ou dans la mesure où elles portent atteintes à ce droit, et portant, d'autre part, que, de ce fait, ces articles sont inopérants;

b) la Cour rejette la conclusion subsidiaire des demandeurs dans laquelle ceux-ci sollicitent un jugement déclaratoire portant que le fait que l'application des articles en question a pour effet d'imposer aux bandes demanderesse, sans leur consentement, des membres supplémentaires constitue une atteinte aux droits que garantit à ces dernières ainsi qu'à chacun de leurs membres l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* de s'associer librement avec d'autres individus;

c) la Cour rejette la conclusion des demandeurs dans laquelle ceux-ci réclament leurs frais d'action;

d) les frais suivent le sort de l'affaire, de sorte que les demandeurs sont tenus, individuellement ou ensemble, de payer à la défenderesse et aux intervenants leurs frais d'action respectifs—taxés ou convenus—; par ailleurs, chaque demandeur n'est tenu envers les autres demandeurs que de sa part respective des frais en question.

La Cour ordonne aux procureurs de la défenderesse de préparer, conformément à l'alinéa 337(2)b) des Règles, un projet de jugement visant à donner effet aux motifs qui précèdent. Les procureurs de la défenderesse remettront d'abord ce projet de jugement aux procureurs des demandeurs et des intervenants afin de recueillir leurs commentaires. Cette mesure aura les effets salutaires suivants:

i) elle permettra d'obtenir le texte le plus approprié pour le jugement qui doit être prononcé;

ii) les parties et les intervenants auront ainsi la possibilité de faire des suggestions de dernière minute en ce qui a trait aux dépenses.

TAB 3

A-779-95
A-807-95

A-779-95
A-807-95

Walter Patrick Twinn suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sawridge Band, Wayne Roan, suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Ermineskin Band; and Bruce Starlight, suing on his own behalf and on behalf of all other members of the Sarcee Band, now known as the Tsuu T'ina First Nation (*Appellants*)

Walter Patrick Twinn agissant en son nom et en celui de tous les autres membres de la Bande de Sawridge, Wayne Roan, agissant en son nom et en celui de tous les autres membres de la Bande d'Ermineskin; et Bruce Starlight, agissant en son nom et en celui de tous les autres membres de la Bande de Sarcee, maintenant connue sous le nom de Première Nation Tsuu T'ina (*appelants*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

and

et

Native Council of Canada, Native Council of Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta, Horse Lake Indian Band and Native Women's Association of Canada (*Interveners*)

Le Conseil national des autochtones du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), Non-Status Indian Association of Alberta, la Bande indienne de Horse Lake et Native Women's Association of Canada (*intervenants*)

INDEXED AS: SAWRIDGE BAND v. CANADA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: BANDE DE SAWRIDGE c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Isaac C.J., Strayer and Linden J.J.A.—Edmonton, June 2 and 3, 1997.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Strayer et Linden, J.C.A.—Edmonton, 2 et 3 juin 1997.

Judges and Courts — F.C.T.D. decision appealed for reasonable apprehension of bias based on Judge's colourful remarks during 75-day trial, repeated in considered reasons for judgment — Appellate court to approach such allegations with great caution — Wide margin of discretion accorded Trial Judges in conduct of cases — Remarks not to be taken out of context — Case involving claim by Indians aboriginal, treaty, Charter rights infringed by 1985 Indian Act amendments — Judge expressing view s. 35 Constitution Act, 1982, Indian Act racist legislation — Reasonable observer would have formed opinion Judge biased against special status for Indians — Not for Judge to go against Constitution — New trial ordered.

Juges et tribunaux — Appel contre une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale au motif d'une crainte raisonnable de partialité fondée sur les propos colorés tenus par le juge au cours des 75 jours d'audience, repris dans les motifs de son jugement — La Cour d'appel doit aborder de telles allégations avec beaucoup de circonspection — Une grande marge de manœuvre est laissée aux juges de première instance dans la conduite des procès — Les propos ne doivent pas être cités hors de leur contexte — Allégation par des Indiens que les modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 empiètent sur leurs droits ancestraux, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Le juge a exprimé l'opinion que l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et que la Loi sur les Indiens étaient des lois racistes — Un observateur raisonnable aurait eu l'impression que le juge était contre un statut spécial pour les Indiens — Il n'appartenait pas au juge de contester la Constitution — Un nouveau procès est ordonné.

Practice — Appeals and new trials — Appeal allowed, new trial ordered for reasonable apprehension of bias on part of F.C.T.D. Judge — Case involving claim by Indians

Pratique — Appels et nouveaux procès — L'appel est accueilli, un nouveau procès est ordonné en raison de la crainte raisonnable que le juge de la Section de première

amendments to Indian Act infringing aboriginal, treaty, Charter rights — Judge's colourful remarks at trial, repeated in considered reasons for judgment, giving rise to reasonable apprehension of bias against special status for Indians.

Native peoples — Registration — F.C.T.D. Judge denying declarations 1985 Indian Act amendments regarding control of band membership lists infringing Indians' aboriginal, treaty, Charter rights — Judge characterizing s. 35 Constitution Act, 1982, Indian Act as racist legislation similar to apartheid in South Africa — Opposed to special status for Indians — Reluctant to accept oral history of Indians as "historical stories . . . become mortally skewed propaganda" — Judgment set aside for reasonable apprehension of bias.

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — F.C.T.D. Judge dismissing action for declaration 1985 amendments to Indian Act concerning registration in band lists infringing rights recognized by s. 35, Constitution Act, 1982 — Judge revealing bias against special status for Indians — Characterizing s. 35 as racist — Not for Judge to oppose Constitution — New trial ordered as reasonable apprehension of bias.

Plaintiffs, suing on behalf of themselves and certain Indian bands, appealed the decision of Muldoon J., reported at [1996] 1 F.C. 3, denying declarations that provisions added to the *Indian Act* in 1985 concerning membership in band lists were invalid as abridging aboriginal or treaty rights guaranteed by *Constitution Act*, section 35 as well as their Charter section 2 paragraph (d) right to freedom of association. The impugned legislative amendment forced bands to include on their membership lists such people as: women who had become disentitled to Indian status by marriage to non-Indians and the children of such women and the illegitimate children of an Indian woman and a non-Indian man. The Indians' argument was that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the Trial Division Judge. Counsel for the Crown, after hearing the Indians' submissions as to bias and upon taking instructions, put forward no argument.

instance de la Cour fédérale ait pu juger avec partialité — Allégation par des Indiens que les modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 empiètent sur leurs droits ancestraux, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Les propos colorés tenus par le juge au cours de l'audience, repris dans les motifs de son jugement, ont donné lieu à une crainte raisonnable d'un préjugé contre un statut spécial pour les Indiens.

Peuples autochtones — Inscription — Le juge de la Section de première instance de la Cour fédérale n'a pas accordé les déclarations selon lesquelles les modifications apportées en 1985 à la Loi sur les Indiens concernant l'inscription sur la liste de bande empiètent sur les droits ancestraux des Indiens, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte — Le juge a qualifié l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la Loi sur les Indiens de lois racistes semblables à l'apartheid en Afrique du Sud — Opposition à un statut spécial pour les Indiens — Hésitation à accepter l'histoire orale des Indiens étant donné que «les récits historiques . . . se transforment rapidement en propagande irrémédiablement partielle» — Jugement annulé en raison d'une crainte raisonnable de partialité.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou droits issus de traités — Juge de la Section de première instance de la Cour fédérale qui a rejeté une demande de déclaration que les modifications apportées en 1985 à la Loi sur les Indiens concernant l'inscription sur la liste de bande empiètent sur les droits reconnus par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le juge a montré un préjugé contre un statut spécial pour les Indiens — Il a qualifié l'art. 35 de raciste — Il n'appartenait pas au juge de contester la Constitution — Un nouveau procès est ordonné en raison de la crainte raisonnable de partialité.

Les demandeurs, agissant en leur propre nom et au nom de certaines bandes indiennes, ont interjeté appel contre une décision du juge Muldoon ([1996] 1 C.F. 3), qui a rejeté leur demande de déclarations que les dispositions ajoutées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* concernant leur droit d'établir leurs propres listes de membres étaient invalides parce qu'elles empiètent sur leurs droits ancestraux ou leurs droits issus de traités garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*, de même que sur leur liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte. Les dispositions contestées obligeaient les bandes à inclure dans leur liste des personnes comme: les femmes qui avaient perdu leur droit au statut d'Indienne en raison de leur mariage avec des non-Indiens, et les enfants de ces femmes, et les personnes qui étaient les enfants illégitimes d'une Indienne et d'un non-Indien. Les Indiens ont allégué qu'ils avaient une crainte raisonnable que le juge de première instance ait jugé avec partialité. L'avocat de la Couronne, après avoir entendu les arguments des Indiens sur la partialité et obtenu des directives, n'a présenté aucune conclusion.

Held, the appeal should be allowed and a new trial ordered.

First of all, it was important to note that there was no allegation of actual bias on the Judge's part. Rather, a reasonable apprehension of bias was asserted based upon certain remarks made by His Lordship during the 75-day trial and in his reasons for judgment. Such assertions by unsuccessful litigants were to be approached with great caution by an appellate court. Trial Judges are to be accorded a wide margin of discretion in conducting cases. In a lengthy trial, comments may be made in a variety of contexts which, taken in isolation, might appear to be tendentious.

While it was true that in the instant case it did not appear that counsel, during the trial, had objected to the Judge's interventions or conduct of the case, fairness required the observation that the bias complaint was, to a great extent, based upon what was said in the reasons for judgment.

The test for a reasonable apprehension of bias is the opinion that would be formed by a reasonably well informed person, viewing the matter realistically and practically. On that test, a reasonable observer would not have understood the Trial Judge to harbour negative views of the native peoples as such, given his many expressions of respect for Indian witnesses and culture. The reasonable observer would, however, have formed the impression that the Judge was strongly opposed to any special regime for native peoples differing from the rights and duties of other Canadians and that this attitude would have influenced his decision that the bands had no aboriginal right to control their own membership or, if they had, it was extinguished prior to the adoption of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Judge's views on the matter were revealed by his use of such terms as "racism" and "apartheid" concerning the Indians' claims to distinctiveness. Unfortunately, His Lordship's colourful references such as to "Nazis", "Adolf Hitler" and "jackboots" were not limited to the trial but were repeated in his considered reasons for judgment. The Trial Division Judge explained his reluctance to accept oral history as evidence as follows: "historical stories, if ever accurate, soon became mortally skewed propaganda". He also characterized section 35 of the *Constitution Act, 1982* as racist legislation and suggested that the *Indian Act*, in giving special status to the native peoples, "sounds like that which South Africa is . . . trying to abolish; apartheid". The fact is that special status for aboriginal peoples is enshrined in our Constitution and it was not for the Judge to dispute that.

Arrêt: l'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Il importe d'abord de souligner qu'aucune partialité effective n'a été imputée au juge de première instance. Ce qui a plutôt été allégué, c'est une crainte raisonnable de partialité fondée sur certaines remarques faites par le juge au cours des 75 jours de procès et dans ses motifs de jugement. De telles allégations par des plaideurs déboutés doivent être abordées avec beaucoup de circonspection par une cour d'appel. Une grande marge de manœuvre doit être laissée au juge de première instance dans la conduite d'un procès. Dans un long procès, des commentaires peuvent être faits dans une diversité de contextes, commentaires qui, pris isolément, pourront sembler tendancieux.

Bien qu'il soit vrai que, en l'espèce, les avocats ne se soient pas, durant le procès, opposés aux interventions du juge ou à sa manière de conduire l'affaire, l'équité exige l'observation que la plainte de partialité se rapporte plutôt à ce que le juge a dit dans ses motifs.

Le critère permettant de conclure à une crainte raisonnable de partialité, c'est l'opinion que pourrait se faire de la situation une personne suffisamment renseignée qui étudierait la question de façon réaliste et pratique. Appliquant ce critère, la Cour d'appel ne croit pas qu'un observateur raisonnable serait arrivé à la conclusion que le juge du procès nourrissait des sentiments hostiles envers les peuples autochtones comme tels, compte tenu de ses nombreuses expressions de respect à l'endroit des témoins indiens et de la culture indienne. Cependant, un observateur raisonnable aurait eu l'impression que le juge du procès était fortement opposé à un régime spécial pour les peuples autochtones, distinct du régime des droits et responsabilités appliqué aux autres Canadiens et que cette opposition l'avait influencé dans sa conclusion selon laquelle aucun droit ancestral n'avait existé pour les bandes d'établir elles-mêmes leurs listes de membres, ou dans sa conclusion selon laquelle le droit en question avait de toute façon été éteint avant l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ses opinions sur cette question ressortent de l'utilisation de certains termes tels que «racisme» et «apartheid», employés à l'égard des revendications d'un régime distinct pour les Indiens. Malheureusement, le juge n'a pas limité au procès ses expressions colorées telles que «Nazis», «Adolf Hitler» et «soldats», mais les a répétées dans ses motifs. Son hésitation à accepter l'histoire orale comme élément de preuve est expliquée de la façon suivante: «des récits historiques, même s'ils ont pu, à quelque moment, être fidèles, se transforment rapidement en propagande irrémédiablement partielle». Il a aussi qualifié l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de loi raciste et a donné à entendre que la *Loi sur les Indiens*, en accordant un statut spécial aux peuples autochtones, «ressemble à ce que l'Afrique du

It was therefore necessary that the judgment below be set aside and a new trial ordered, the great cost and inconvenience notwithstanding.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to Amend the Indian Act, S.C. 1985, c. 27, s. 4.
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].
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], s. 35 (as am. by SI/84-102, s. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Public Utilities), [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; (1997), 144 D.L.R. (4th) 614; 113 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (5th) 291; 209 N.R. 252; *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; (1973), 36 D.L.R. (3d) 561; [1973] 5 W.W.R. 547; [1973] I.L.R. 1-532; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

CONSIDERED:

Canada (Human Rights Comm.) v. Canada (Dept. of Indian Affairs and Northern Development) (1994), 25 C.H.R.R. D/386; 25 C.R.R. (2d) 230; 89 F.T.R. 249 (F.C.T.D.).

APPEAL from the Trial Division decision reported at [1996] 1 F.C. 3 denying declarations that certain 1985 amendments to the *Indian Act* infringed the Indians' aboriginal, treaty and Charter rights.

Sud tente . . . d'abolir, c'est-à-dire l'apartheid». L'existence d'un statut spécial pour les peuples autochtones est inscrite dans notre Constitution et il n'appartenait pas au juge du procès de contester cela.

La Cour a par conséquent conclu qu'il était nécessaire d'annuler le jugement de la Section de première instance et d'ordonner un nouveau procès, nonobstant les coûts et inconvénients considérables qui pourraient en résulter.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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].
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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35 (mod. par TR/84-102, art. 2).
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1985, ch. 27, art. 4.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Public Utilities), [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; (1997), 144 D.L.R. (4th) 614; 113 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (5th) 291; 209 N.R. 252; *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; (1973), 36 D.L.R. (3d) 561; [1973] 5 W.W.R. 547; [1973] I.L.R. 1-532; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien) (1994), 25 C.H.R.R. D/386; 25 C.R.R. (2d) 230; 89 F.T.R. 249 (C.F. 1^{re} inst.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1996] 1 C.F. 3), qui a refusé de déclarer que certaines modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* empiètent sur les droits ances-

Appeal allowed and new trial ordered for a reasonable apprehension of bias on the part of the Judge at trial.

traux des Indiens, leurs droits issus de traités et leurs droits garantis par la Charte. Appel accueilli et nouveau procès ordonné en raison d'une crainte raisonnable de partialité de la part du juge de première instance.

COUNSEL:

Martin J. Henderson, Philip P. Healey, Catherine M. Twinn for Sawridge/Tsuu T'ina (Walter P. Twinn et al., Bruce Starlight et al.), appellants.

Marvin R. Storrow, Q.C., Josiah Wood, Q.C., Heather M. Caswell for Wayne Roan et al., appellants.

Terrence P. Glancy for Non-Status Indian Association of Alberta, intervenor.

P. Jonathan Faulds for Native Council of Canada (Alberta), intervenor.

H. Derek Lloyd, Heather L. Treacy for Horse Lake Indian Band, intervenor.

Lucy K. McSweeney, Mary Eberts for Native Women's Association of Canada, intervenor.

Patrick G. Hodgkinson, Mary King for Her Majesty the Queen, respondent.

AVOCATS:

Martin J. Henderson, Philip P. Healey, Catherine M. Twinn pour Sawridge/Tsuu T'ina (Walter P. Twinn et autres, Bruce Starlight et autres), appellants.

Marvin R. Storrow, c.r., Josiah Wood, c.r., Heather M. Caswell pour Wayne Roan et autres, appellants.

Terrence P. Glancy pour Non-Status Indian Association of Alberta, intervenante.

P. Jonathan Faulds pour le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), intervenant.

H. Derek Lloyd, Heather L. Treacy pour la Bande indienne de Horse Lake, intervenante.

Lucy K. McSweeney, Mary Eberts pour Native Women's Association of Canada, intervenante.

Patrick G. Hodgkinson, Mary King pour Sa Majesté la Reine, intimée.

SOLICITORS:

Aird & Berlis, Toronto, *Twinn Law Office*, Slave Lake (Alberta), for Sawridge/Tsuu T'ina (Walter P. Twinn et al., Bruce Starlight et al.), appellants.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for Wayne Roan et al., appellants.

Milner Fenerty, Calgary, for Horse Lake Indian Band, intervenor.

Royal, McCrum, Duckett & Clancy, Edmonton, for Non-Status Indian Association of Alberta, intervenor.

Field Atkinson, Edmonton, for Native Council of Canada (Alberta), intervenor.

Eberts Symes Street & Corbett, Toronto, for Native Women's Association of Canada, intervenor.

Deputy Attorney General of Canada for Her Majesty the Queen, respondent.

PROCUREURS:

Aird & Berlis, Toronto, *Twinn Law Office*, Slave Lake (Alberta), pour Sawridge/Tsuu T'ina (Walter P. Twinn et autres, Bruce Starlight et autres), appelants.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour Wayne Roan et autres, appelants.

Milner Fenerty, Calgary, pour la Bande indienne de Horse Lake, intervenante.

Royal, McCrum, Duckett & Clancy, Edmonton, pour Non-Status Indian Association of Alberta, intervenante.

Field Atkinson, Edmonton, pour le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta), intervenant.

Eberts Symes Street & Corbett, Toronto, pour Native Women's Association of Canada, intervenante.

Le sous-procureur général du Canada pour Sa Majesté la Reine, intimée.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

THE COURT

LA COUR

Introduction

1 On June 3, 1997 this Court, having heard argument on the first ground of appeal that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the Trial Judge, was obliged to dispose of that ground before hearing the remainder of the argument. As a result the Court allowed the appeal on that ground, for reasons to follow. These are those reasons. As will be apparent, they do not address the substance of the Judge's decision.

Introduction

1 Le 3 juin 1997, après avoir entendu l'argumentation concernant le premier moyen d'appel, selon lequel il existait une crainte raisonnable que le juge de première instance ait pu juger avec partialité, la Cour d'appel fédérale dût disposer de ce moyen avant d'entendre le reste de l'argumentation. La Cour a alors accueilli l'appel fondé sur ce moyen, les motifs devant suivre. Voici les motifs en question. Comme on le verra, ils ne concernent pas le fond de la décision du juge du procès.

Facts

2 This appeal involves an action commenced in 1986 for declarations that certain sections of the *Indian Act*¹ are invalid. These sections were added by an amendment in 1985.² Briefly put, this legislation, while conferring on Indian bands the right to control their own band lists, obliged bands to include in their membership certain persons who became entitled to Indian status by virtue of the 1985 legislation. Such persons included: women who had become disentitled to Indian status through marriage to non-Indian men and the children of such women; those who had lost status because their mother and paternal grandmother were non-Indian and had gained Indian status through marriage to an Indian; and those who had lost status on the basis that they were illegitimate offspring of an Indian woman and a non-Indian man. Bands assuming control of their band lists would be obliged to accept all these people as members. Such bands would also be allowed, if they chose, to accept certain other categories of persons previously excluded from Indian status.

Les faits

2 Le présent appel concerne une action introduite en 1986 en vue de faire déclarer invalides certains articles de la *Loi sur les Indiens*¹. Ces articles ont été ajoutés au moyen d'une modification en 1985². En résumé, ce texte, tout en conférant aux bandes indiennes le droit d'établir leurs propres listes de membres, obligeait les bandes à inclure certaines personnes ayant acquis le droit au statut d'Indien en vertu de ses dispositions. Il s'agissait des personnes suivantes: les femmes qui avaient perdu leur droit au statut d'Indienne en raison de leur mariage avec des non-Indiens, et les enfants de ces femmes, les personnes qui avaient perdu leur statut d'Indien parce que leur mère et leur grand-mère paternelle n'étaient pas Indiennes et avaient acquis le statut d'Indienne par leur mariage avec des Indiens, enfin les personnes qui avaient perdu leur statut d'Indien parce qu'elles étaient les enfants illégitimes d'une Indienne et d'un non-Indien. Les bandes qui recevaient le pouvoir d'établir leurs listes seraient tenues d'accueillir toutes ces personnes dans leurs rangs. Elles seraient également autorisées, si elles le voulaient, à accepter certaines autres catégories de personnes auparavant exclues du statut d'Indien.

3 The plaintiffs, appellants in this appeal, are members of three Indian bands in Alberta. They sought

3 Les demandeurs, appelants dans le présent appel, sont membres de trois bandes indiennes de l'Alberta.

the declarations of invalidity on two bases.

- 4 The first basis was that these provisions abridge existing Aboriginal or treaty rights of the plaintiffs, guaranteed by section 35 of the *Constitution Act, 1982*³ as amended by the *Constitution Amendment Proclamation, 1983*⁴ which provides as follows:

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

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

The plaintiffs contended that among their Aboriginal rights, as confirmed by treaty, is the right of each band to control its own membership, and that the 1985 legislation infringes upon that right.

- 5 Further, they contended at trial that the action of Parliament in requiring them to accept, as members of their band, certain people previously disentitled, is a denial of their "freedom of association" as guaranteed by paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.⁵ This ground was not pursued on appeal.

- 6 The trial of this action occupied some seventy-five days commencing September 20, 1993 and ending April 25, 1994. Reasons were issued on July 6, 1995 [[1996] 1 F.C. 3]. The three trial interveners, namely the Native Council of Canada, the Native Council of Canada (Alberta), and the Non-Status Indian Association of Alberta, participated actively at trial in the examination and cross-examination of witnesses. The Trial Judge dismissed the action for the declarations and awarded costs to

Ils sollicitaient les déclarations d'invalidité en se fondant sur deux moyens.

4 Selon le premier moyen, ces dispositions réduisent les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des demandeurs, droits qui sont garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³, modifiée par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*⁴. L'article 35 est ainsi formulé:

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

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits—ancestraux ou issus de traités—visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Les demandeurs prétendaient que, parmi leurs droits ancestraux, confirmés par traité, figure le droit de chaque bande de déterminer sa composition et que la loi de 1985 porte atteinte à ce droit.

5 Ils ont aussi prétendu au procès que la décision du législateur de les obliger à accueillir dans les rangs de leurs bandes certaines personnes qui n'avaient pas auparavant le statut d'Indien constituait un déni de leur «liberté d'association», une liberté garantie par l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵. Ce moyen n'a pas été invoqué en appel.

6 Il a fallu environ soixante-quinze jours pour juger cette action, entre le 20 septembre 1993 et le 25 avril 1994. Les motifs ont été communiqués le 6 juillet 1995 [[1996] 1 C.F. 3]. Les trois intervenants au procès, savoir le Conseil national des autochtones du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta) et la Non-Status Indian Association of Alberta, ont participé activement, durant le procès, à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire des témoins. Le juge de première instance a rejeté l'ac-

be paid by the plaintiffs to the defendant and to the interveners, on a lump sum basis fixed by him. He directed that the payments in respect of the interveners costs should be made to the Receiver General of Canada on the basis that these interventions were funded under the Test Case Funding Program of the Department of Indian and Northern Affairs.

7 The plaintiffs appealed this judgment. The two appeals A-779-95 and A-807-95 filed in respect of this matter (the former on behalf of the Ermineskin Band and the latter on behalf of the Sawridge Band and the Sarcee Band, now known as the Tsuu T'ina First Nation) were ordered joined for the hearing of the appeal. These reasons apply to both appeals.

8 As noted earlier, the first ground of appeal raised by the appellants Sawridge and Sarcee bands was that the record disclosed the basis for a reasonable apprehension of bias on the part of the Trial Judge against the appellants. This position was supported at the hearing by counsel for the Ermineskin Band. At the outset the Court drew to the attention of counsel for the Sawridge and Sarcee bands the decision of the Supreme Court of Canada in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland Board of Public Utilities*⁶ in which it was stated by Cory J., writing for the Court, that if a reasonable apprehension of bias is found to exist on the part of a tribunal its decision must be treated as void. While counsel for the Sawridge and Sarcee bands submitted that this Court could nevertheless hear the appeal and substitute its own conclusions of fact and law for those of the Trial Judge, counsel for the other appellant agreed with the Court's view that if a reasonable apprehension of bias were found the appeal must be allowed and a new trial ordered. Counsel for the respondent also agreed with this position.

9 Counsel for all of the appellants then proceeded to present to the Court, from the trial record, comments or conduct during the trial by the Trial Judge, and passages in his reasons, to support their asser-

tion et a condamné les demandeurs aux dépens en faveur de la défenderesse et des intervenants, selon une somme forfaitaire fixée par lui. Il a ordonné que les dépens des intervenants soient payés au receveur général du Canada pour le motif que les interventions avaient été financées par le Programme de financement des causes types du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien.

7 Les demandeurs ont fait appel de ce jugement. La jonction des deux appels A-779-95 et A-807-95 déposés dans cette affaire (le premier au nom de la bande d'Ermineskin et le deuxième au nom de la bande de Sawridge et de la bande de Sarcee, maintenant connue sous le nom de Première Nation Tsuu T'ina) a été ordonnée pour l'instruction de l'appel. Les présents motifs s'appliquent aux deux appels.

8 Comme il a déjà été dit, le premier moyen d'appel soulevé par la bande de Sawridge et la bande de Sarcee était que le dossier renfermait des éléments laissant craindre que le juge de première instance ait pu rendre une décision partielle à l'endroit des appelants. Ce point de vue a été partagé durant l'audience par l'avocat de la bande d'Ermineskin. La Cour a d'emblée attiré l'attention des avocats des bandes de Sawridge et de Sarcee sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Public Utilities)*⁶, dans lequel le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour, affirmait que, s'il est jugé qu'un tribunal donne prise à une crainte raisonnable de partialité, sa décision doit être tenue pour nulle. Les avocats des bandes de Sawridge et de Sarcee ont soutenu que la Cour pouvait néanmoins juger l'appel et substituer ses propres conclusions de fait et de droit à celles du juge de première instance, mais l'avocat de l'autre appelante s'est rangé à l'avis de la Cour selon lequel, si l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est admise, l'appel doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. L'avocat de l'intimée partageait lui aussi ce point de vue.

9 Les avocats de toutes les appelantes ont alors entrepris de présenter à la Cour, en puisant dans le dossier de première instance, des commentaires ou des agissements du juge de première instance durant

tion of a reasonable apprehension of bias. We will highlight some of these comments and passages later. Counsel on behalf of the respondent, after hearing the argument of the appellants and after taking instructions, made no submissions on this issue. Counsel for the Native Council of Canada (Alberta) made a number of submissions in opposition to those of the appellants. He submitted that the Trial Judge was motivated by several legitimate purposes: to allow “everyone to have a say on everything”, not to conceal his reactions to evidence or submissions, to allow vigorous cross-examination on both sides, and to ensure by his questioning that a balanced version of the evidence was presented. In particular, he asserted that it would be unreasonable to interpret the Trial Judge’s comments as critical of Aboriginal peoples in general: indeed the reality was, in counsel’s view, that this was more a dispute between various elements of the Aboriginal community whose interests differ. He believed that the Judge was legitimately exercising a discretion in his conduct of the trial and in particular in reference to ordering an RCMP investigation of alleged wrongful communication with a witness. In general, he observed that the Trial Judge’s “colourful language” should not be taken as an indication of bias.

le procès, ainsi que des extraits de ses motifs, pour soutenir le bien-fondé de leur crainte de partialité. Nous mettrons en relief plus loin certains de ces commentaires et extraits. L’avocat de l’intimée, après avoir entendu les arguments des appelantes et obtenu des directives, n’a pas présenté de conclusions sur ce point. L’avocat du Conseil national des autochtones du Canada (Alberta) a présenté plusieurs conclusions qui s’opposaient à celles des appelantes. Il a affirmé que le juge de première instance était motivé par plusieurs objectifs légitimes: permettre à tout le monde de s’exprimer sur toutes choses, ne pas dissimuler ses réactions à l’égard des éléments de preuve ou des conclusions, permettre un vigoureux contre-interrogatoire aux deux parties et garantir par ses questions la production d’une version équilibrée de la preuve. Plus précisément, l’avocat du Conseil national des autochtones du Canada (Alberta) a affirmé qu’il serait excessif de voir dans les observations du juge de première instance une critique dirigée contre les peuples autochtones en général. À son avis, il s’agissait davantage d’un différend entre divers éléments de la collectivité autochtone dont les intérêts diffèrent. Selon lui, le juge exerçait légitimement un pouvoir discrétionnaire dans sa manière de conduire le procès et en particulier lorsqu’il a ordonné une enquête de la GRC sur une prétendue communication illicite avec un témoin. D’une manière générale, il a fait observer que le «langage coloré» du juge de première instance ne devrait pas être vu comme un signe de partialité.

10 The Court was obliged to dispose of this ground of appeal before proceeding. In allowing the appeal on this basis, with reasons to be delivered later, the Court indicated that it had concluded that there was material in the record upon which a reasonable apprehension of bias could be found.

La Cour a été obligée de disposer de ce moyen d’appel avant d’aller plus loin. En accueillant l’appel sur ce chef, avec communication ultérieure des motifs, la Cour indiquait que, selon elle, le dossier autorisait une crainte raisonnable de partialité. 10

Analysis

Analyse

11 It is first important to underline that no actual bias has been alleged on the part of the Trial Judge, nor does this Court find such bias.

Il importe d’abord de souligner qu’aucune partialité effective n’a été imputée au juge de première instance, et la Cour ne dit pas, elle non plus, qu’il y a eu effectivement partialité de sa part. 11

12 It should also be observed that, when faced with an appeal based in part on reasonable apprehension

Il convient aussi d’observer que, lorsqu’une juridiction d’appel est saisie d’un appel fondé en partie 12

of bias in the Trial Judge, an appellate court must approach such assertions with great caution. It is not uncommon for unsuccessful litigants, in reflecting on their loss, to attribute it to bias or an appearance of bias on the part of the trial judge. An appeal court, without very good justification, must not use the route of apprehended bias to nullify decisions of a trial judge which it could not otherwise review. A wide margin of discretion must be left to a trial judge in his conduct of a case, and his procedural decisions should not be interfered with unless there is a clear error of principle. Findings of fact should not be set aside in the absence of “palpable and overriding” error. It must further be kept in mind that in a trial of this length, many comments will be made in a variety of contexts which, when isolated, may appear to be tendentious. Some judges will engage in Socratic dialogue which may seem to the uninitiated to reveal a predisposition.

sur une crainte raisonnable que le juge du procès ait pu juger avec partialité, elle doit considérer ce moyen avec beaucoup de circonspection. Il n’est pas rare que des plaideurs déboutés, réfléchissant à leur échec, l’attribuent à la partialité ou à la supposée partialité du juge. Sauf si elle a de très bonnes raisons de le faire, la juridiction d’appel doit s’abstenir d’emprunter la voie de la crainte de partialité pour annuler les décisions d’un juge de première instance qu’elle ne pourrait pas autrement réformer. Une grande marge de manœuvre doit être laissée au juge de première instance dans la conduite d’un procès, et ses décisions en matière de procédure ne doivent pas être modifiées sauf si une erreur de principe a été manifestement commise. Les conclusions de fait ne doivent pas être annulées s’il n’y a pas erreur «évidente et absolue». Il faut garder à l’esprit aussi que, dans un procès de cette durée, il sera fait de nombreux commentaires dans une diversité de contextes, des commentaires qui, pris isolément, pourront sembler tendancieux. Certains juges s’engageront dans un dialogue socratique qui pourra être, aux yeux du profane, le signe d’une prévention.

13 It must also be observed in respect of this case that there were few if any instances brought to our attention where counsel made any objection during the trial, on the basis of apprehended bias, to the Judge’s interventions or his conduct of the case. It is also fair to observe, however, that many of the complaints of apparent bias are based on the mode of expression of the Judge’s reasons when considered against the background of the trial. The reasons were not, of course, available to counsel for comment prior to judgment.

Il faut dire d’ailleurs, en ce qui concerne la présente affaire, que l’on a porté à notre attention peu d’exemples, voire aucun, où les avocats se soient, durant le procès et en alléguant une crainte de partialité, opposés aux interventions du juge ou à sa manière de conduire l’affaire. On doit reconnaître aussi cependant que nombre des plaintes de partialité apparente participent de la manière du juge d’exposer ses motifs, considérées dans le contexte du procès. Les avocats ne pouvaient évidemment réagir aux motifs avant que jugement ne soit rendu.

14 According to the jurisprudence, a reasonable apprehension of bias may be said to exist where there is a reasonable apprehension “that the judge might not act in an entirely impartial manner”.⁷ What is required is not a “possible” apprehension but a “reasonable” apprehension; that is, the opinion that a reasonably well informed person, viewing the matter realistically and practically, might form of the situation.⁸

Selon la jurisprudence, on peut dire qu’il existe une crainte raisonnable de partialité lorsqu’on est fondé à croire «que le juge pourrait ne pas agir d’une façon complètement impartiale»⁷. Ce qu’il faut, ce n’est pas une crainte «possible», mais une crainte «raisonnable», c’est-à-dire l’opinion que pourrait se faire de la situation une personne suffisamment renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique⁸.

15 Using this test and reading many of the Judge’s interventions in context we do not suppose that a

Applicant ce critère, et après avoir lu dans leur contexte bon nombre des interventions du juge, nous

reasonable observer would have understood the learned Trial Judge to harbour negative views about Aboriginal people as such. Indeed, as noted earlier, the dispute before him involved in reality conflicting claims among various segments of the Aboriginal community to control or to claim membership in Indian bands. Critical comments must also be read in association with his many expressions of respect for Indian witnesses and culture.

16 We do think, however, that a reasonable observer would have formed the impression that the Trial Judge was strongly opposed to a special regime for some or all Aboriginal peoples different from the system of rights and responsibilities applying to other Canadians. If this apprehension were formed, it could have led such an observer to think that the Trial Judge was thereby influenced in his conclusion that no Aboriginal right had existed for the plaintiff bands to control their own membership or if it had, the right had been extinguished prior to the adoption of section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

17 Such an observer might well have reflected on the fact that, ever since the adoption 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']], section 91(24) thereof has given Parliament the power and responsibility to make special laws for Indians in distinction from other persons. This power and responsibility, of necessity, has always required some criteria for defining Indians in order to distinguish them from other Canadians as subjects of legislation. He would further recall that other constitutional documents, treaties and court decisions have distinguished between Aboriginal peoples and others, and section 35 of the *Constitution Act, 1982* has now guaranteed existing Aboriginal rights as rights pertaining to Indians, Inuit, and Métis. The existence of special

ne croyons pas qu'un observateur raisonnable serait arrivé à la conclusion que le juge du procès nourrissait des sentiments hostiles envers les peuples autochtones. Comme on l'a déjà dit, le différend dont il était saisi portait plutôt en réalité sur les prétentions opposées de diverses parties de la collectivité autochtone en ce qui concerne l'établissement des conditions d'appartenance aux bandes indiennes. Les remontrances du juge doivent également être lues en même temps que ses nombreuses expressions de respect à l'endroit des témoins indiens et de la culture indienne.

Nous croyons cependant qu'un observateur raisonnable aurait eu l'impression que le juge du procès était fortement opposé à un régime spécial pour quelques-uns ou la totalité des peuples autochtones, c'est-à-dire à un régime distinct du régime des droits et responsabilités appliqué aux autres Canadiens. Si une telle crainte était venue à l'esprit de cet observateur, elle aurait pu le conduire à croire que le juge du procès était par là même influencé dans sa conclusion selon laquelle aucun droit ancestral n'avait existé pour les bandes demanderesse d'établir elles-mêmes leurs listes de membres, ou sa conclusion selon laquelle le droit en question avait de toute façon été éteint avant l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Un tel observateur aurait bien pu se dire que, depuis l'adoption 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]] le paragraphe 91(24) de cette Loi confère au Parlement le pouvoir et la charge de faire des lois destinées spécialement aux Indiens. Ce pouvoir requiert nécessairement certains critères permettant de définir les Indiens, afin de pouvoir les distinguer des autres Canadiens comme sujets des lois spéciales en question. Il se rappellerait aussi que d'autres textes constitutionnels, traités ou précédents ont établi une distinction entre les peuples autochtones et les autres citoyens, et que, selon l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux existants sont garantis comme des droits se rapportant aux Indiens, aux Inuit et aux

status for Aboriginal peoples is, therefore, enshrined in our Constitution. It was not for the Trial Judge to dispute this aspect of Canada's constitutional law.

18 Regrettably, there are a number of passages in the trial transcript and in the Judge's reasons which convey a very negative view of Aboriginal rights or special status for all or some Aboriginal peoples.

19 A cause for reasonable apprehension of bias is perhaps most vividly raised by the Judge's use of terms such as "racism" and "apartheid" in association with references to any claims—at least, legally supported claims—to distinctiveness or exclusiveness on the part of Indians. For example, while Mr. Roan, a Cree, was testifying on behalf of the Ermineskin Band concerning the traditions and attitudes of the Cree, the Trial Judge observed:

There is another way of looking at what he is saying. He can be advocating racism and apartheid, as well as what he is saying from his testimony. And I just want to say that that's another way of looking at it. It's not a very happy way, but it's another way of looking at what Mr. Roan's testimony has been all about.

Later during examination of the same witness he expressed satisfaction that the witness was speaking only of such restraints on intermarriage as would amount to incest. He observed of the witness:

But today he's expressed what is, may I say, if I can take judicial notice of it, almost everyone's view, except perhaps some of the Nazis and haters in the country, and that is that racial intermating usually produces very beautiful, superior people, not inferior people. That's even known in animal husbandry, for heaven's sake.⁹

At one point, the Trial Judge questioned how having a separate justice system for Indians would be different from apartheid in South Africa.¹⁰ In discussion with an expert witness called by the plaintiffs, he seemed to regard Aboriginal communities which could exclude others as "the segregation

Métis. L'existence d'un statut spécial pour les peuples autochtones est par conséquent inscrite dans notre constitution. Il n'appartenait pas au juge du procès de contester cet aspect du droit constitutionnel canadien.

Il est dommage que plusieurs passages de la transcription du procès et des motifs du juge transmettent une idée très négative des droits ancestraux ou du statut spécial attribué à l'ensemble ou à quelques-uns des peuples autochtones.

Certains termes employés par le juge semblent donner particulièrement prise à une crainte raisonnable de partialité: des mots tels que «racisme» et «apartheid», employés à l'égard des revendications—du moins des revendications juridiquement valides—d'un régime distinct ou exclusif pour les Indiens. Par exemple, lorsque M. Roan, un Cri, témoignait au nom de la bande d'Ermineskin à propos des traditions et des attitudes des Cris, le juge du procès s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Il y a une autre manière de voir ce qu'il dit. Il peut être en train de prôner le racisme et l'apartheid, tout aussi bien que ce qu'il dit dans son témoignage. Et je voudrais simplement dire que c'est là une autre manière de voir la chose. Ce n'est pas une manière très heureuse, mais c'est une autre manière de considérer le témoignage de M. Roan.

Plus tard, durant l'interrogatoire du même témoin, le juge s'est dit satisfait de voir que le témoin ne parlait que des limites aux intermariages équivalant à l'inceste. Voici ce qu'il a dit à propos du témoin:

[TRADUCTION] Mais aujourd'hui, il a exprimé ce qui, on me permettra d'en prendre connaissance d'office, constitue presque l'avis général, sauf peut-être celui des Nazis et autres propagateurs de haine dans le pays, et c'est le fait que les mariages entre gens de races différentes produisent en général des gens très beaux, des gens supérieurs, non inférieurs. On sait même cela chez les éleveurs, pour l'amour du ciel.⁹

À un certain moment, le juge du procès s'est demandé en quoi l'instauration d'un système de justice séparé pour les Indiens pouvait se distinguer de l'apartheid pratiqué en Afrique du Sud¹⁰. Dans une discussion avec un témoin expert appelé par les demandeurs, il a semblé considérer le pouvoir d'ex-

of people on a racial basis into racial enclaves with racist laws . . . it is apartheid".¹¹ He returned to this theme with another expert, although the latter explained the difference between apartheid—where the majority was confined in its movements—and our system of areas reserved for the exclusive use of a minority who may leave there at any time.¹² When counsel for one of the interveners was discussing historical material in the report of another expert concerning the post-contact interaction between whites and Native groups, the Trial Judge observed:

That would be a natural consequence—if it weren't for the racist leaders and the Nazis, it would be a natural consequence of people living in the same country together.¹³

During argument some mention was made of a membership code that one band was considering, which would include some requirement of blood relationship for membership in the band. The Trial Judge speculated that it was because of such matters that the law requires the Minister to approve such codes. He went on to say:

There must be some reason though for the minister having to approve. You know, some people, myself included, when I hear about racial purity and blood purity, I think of jackboots and Nazis, and so that may be one of the reasons why the Minister would be required to approve, so that such virulence wouldn't raise its head again.¹⁴

20 These and other similar references by the Trial Judge during the trial, if they might be viewed by some as simply rhetorical or "colourful" language or simply provocative, were unfortunately repeated in his considered reasons. He referred there to the case as "this dismally racist subject of litigation".¹⁵ In reference to possible membership codes containing a "blood quantum" requirement for membership, he observed:

clusion d'autres personnes par les collectivités autochtones comme «la séparation de personnes, pour des motifs de race, en des enclaves raciales, avec des lois racistes . . . c'est l'apartheid»¹¹. Il est revenu sur ce sujet avec un autre expert, mais celui-ci expliqua la différence entre l'apartheid—où la majorité est limitée dans ses mouvements—et notre système consistant à réserver des zones pour l'utilisation exclusive d'une minorité, qui peut quitter n'importe quand les zones en question¹². Lorsque l'avocat de l'un des intervenants examinait le contenu historique du rapport d'un autre expert concernant l'interaction des Blancs et des groupes autochtones après l'arrivée des Blancs, le juge du procès s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] Ce serait là une conséquence naturelle—si l'on oublie les instigateurs du racisme et les Nazis, ce serait là une conséquence naturelle de la cohabitation de peuples différents dans le même pays¹³.

Durant l'argumentation, mention fut faite d'un code d'appartenance qu'une bande envisageait d'adopter, un code qui renfermerait la nécessité d'une parenté par le sang comme condition d'appartenance à la bande. Le juge du procès a laissé entendre que c'était à cause de questions de ce genre que la loi requiert l'approbation de tels codes par le ministre. Puis il a déclaré:

[TRADUCTION] Si l'approbation du ministre est requise, ce doit être pour une bonne raison. Vous savez, lorsque des gens, y compris moi-même, entendent parler de pureté de race et de pureté de sang, ils pensent aux soldats et aux Nazis, et c'est sans doute là une des raisons pour lesquelles l'approbation du ministre est requise, pour empêcher la réapparition de la tyrannie¹⁴.

Sans doute ces remarques du juge durant le procès, ainsi que d'autres semblables, pourraient être considérées par certains comme de simples figures de rhétorique, comme des expressions colorées ou comme des idées destinées à provoquer des réactions, mais elles sont malheureusement répétées dans ses motifs. Il parle du procès comme d'un «litige à saveur tristement raciste»¹⁵. En ce qui concerne les éventuels codes d'appartenance subordonnant la qualité de membre à l'existence d'un certain degré de sang indien, il a tenu les propos suivants:

“Blood quantum” is a highly fascist and racist notion, and puts its practitioners on the path of the Nazi Party led by the late, most unlamented Adolf Hitler.¹⁶

His reluctance to accept oral history was explained, in his reasons, in the context of his opposition to racism.

That surely is the trouble with oral history. It just does not lie easily in the mouth of the folk who transmit oral history to relate that their ancestors were ever venal, criminal, cruel, mean-spirited, unjust, cowardly, perfidious, bigoted or indeed, aught but noble, brave, fair and generous, etc. etc.

In no time at all historical stories, if ever accurate, soon become mortally skewed propaganda, without objective verity. Since the above mentioned pejorative characteristics, and more, are alas common to humanity they must have been verily evinced by everybody’s ancestors, as they are by the present day descendants, but no one, including oral historians wants to admit that. Each tribe or ethnicity in the whole human species raises its young to believe that they are “better” than everyone else. Hence, the wars which have blighted human history. So ancestor advocacy or ancestor worship is one of the most counter-productive, racist, hateful and backward-looking of all human characteristics, or religion, or what passes for thought. People are of course free to indulge in it—perhaps it is an aspect of human nature—but it is that aspect which renders oral history highly unreliable. So saying, the Court is most emphatically not mocking or belittling those who assert that, because their ancestors never developed writing, oral history is their only means of keeping their history alive. It would always be best to put the stories into writing at the earliest possible time in order to avoid some of the embellishments which render oral history so unreliable.¹⁷

21 In his reasons, the Trial Judge also used critical, pejorative language about the relevant constitutional and statutory provisions. He referred to section 35 of the *Constitution Act, 1982* as

... in effect an “Indian provision” in an otherwise largely anti-racist Constitution.¹⁸

La notion de «degré de sang indien» est un concept éminemment fasciste et raciste, et ceux qui l’appliquent empruntent la voie qu’a suivie le Parti nazi sous la direction d’Adolf Hitler, individu dont bien peu de gens regrettent la mort¹⁶.

Son hésitation à accepter l’histoire orale est expliquée dans ses motifs, dans le contexte de son opposition au racisme.

Voilà certes le problème que pose l’histoire orale. En effet, il ne vient pas facilement aux individus qui transmettent l’histoire orale de rapporter que leurs ancêtres ont pu être des personnes vénales, criminelles, cruelles, abjectes, injustes, lâches, perfides, intolérantes ou quoi que ce soit d’autre que des personnes nobles, braves, équitables, généreuses et ainsi de suite.

En un rien de temps, les récits historiques, même s’ils ont pu, à quelque moment, être fidèles, se transforment rapidement en propagande irrémédiablement partielle, sans vérité objective. Comme les caractéristiques péjoratives susmentionnées—et malheureusement bien d’autres encore—sont communes à l’ensemble de l’humanité, elles étaient sûrement présentes chez tous nos ancêtres, comme ils le sont chez leurs descendants actuels, mais personne, y compris les rapporteurs de l’histoire orale, ne veut l’admettre. Chaque tribu ou ethnie de toute l’espèce humaine inculque à ces enfants qu’ils sont «meilleurs» que tous les autres. Voilà l’origine des guerres qui ont affligé l’histoire de l’humanité. En conséquence, la défense ou le culte des ancêtres est l’une des plus contreproductives, des plus racistes, des plus haineuses et des plus rétrogrades de toutes les caractéristiques humaines, religions ou autres attitudes qui passent pour une manifestation de l’intelligence. Évidemment, les gens sont bien libres de s’y adonner—peut-être est-ce un trait de la nature humaine, mais c’est précisément ce trait qui fait de l’histoire orale une source si peu fiable. Cela dit, la Cour ne déprécie absolument pas ceux qui affirment que, comme leurs ancêtres n’ont jamais établi de langage écrit, l’histoire orale est leur seul moyen d’assurer la survivance de leur histoire. Il est toujours préférable de consigner les récits par écrit et ce le plus tôt possible après les faits, de façon à éviter que leur soient apportés certains des enjolivements qui font de l’histoire orale une source si peu fiable¹⁷.

Dans ses motifs, le juge de première instance 21 utilise également un langage critique et péjoratif à propos des dispositions constitutionnelles et législatives applicables. Il considère l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* comme

dans les faits, une «disposition visant spécifiquement les Indiens», dans une Constitution par ailleurs largement antiraciste¹⁸.

That is, he regards section 35 as racist. At least twice, he expressed specific disapproval of subsection 35(2) because it includes in the definition of "aboriginal peoples of Canada" the "Métis peoples of Canada".¹⁹ This view that persons with only partial Aboriginal ancestry should not be regarded as Aboriginals was, at best, irrelevant to the matters for decision, and its reiteration could certainly leave an impression that the Trial Judge further disapproved of section 35.

22 He also offered pejorative views of the *Indian Act*; the legislation which underwrites the special status of Aboriginal peoples. During the trial, he observed:

THE COURT: I say with some confidence "racist laws" because, so far as I know, the only statute of Canada which is not subject to the *Canadian Human Rights Act* is the *Indian Act*. That gives me some thought that perhaps it is indeed racist, even though that sounds pejorative.

So if we are on the same track, if not by the lights of people in the 1870s, then by today's lights, segregating people by race into racial enclaves with racist laws sounds like that which South Africa is in the process of trying to abolish; apartheid, does it not, or what do you say about that?²⁰

Counsel for the Horse Lake Band pointed to another source to suggest that this was not simply an isolated or tentative comment by the learned Judge. While this case was under reserve, he had expressed the following view on the *Indian Act* in another case:

Section 67 of the *Canadian Human Rights Act* runs thus:

67. Nothing in this Act affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.

The need, if such there be, for such legislation is obvious. The *Indian Act* is racist. It countenances the segregation of people by race, into racist enclaves according to racially discriminatory laws. It makes financial dependents of those who pay no taxes as an eternal charge on those who

Il considère donc l'article 35 comme une disposition raciste. Au moins deux fois, il dit sa désapprobation à l'égard du paragraphe 35(2), parce que ce paragraphe englobe dans la définition de «peuples autochtones du Canada» les «Métis du Canada»¹⁹. Cette opinion selon laquelle des personnes d'ascendance autochtone seulement partielle ne devraient pas être considérées comme des Autochtones était au mieux sans rapport avec les questions à trancher, et, en la réitérant, le juge pouvait certainement donner l'impression qu'il désapprouvait véritablement l'article 35.

Il a aussi exprimé une opinion défavorable à 22 propos de la *Loi sur les Indiens* (le texte législatif qui confère un statut spécial aux peuples autochtones). Durant le procès, le juge s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] LA COUR: Je dis avec une certaine assurance «lois racistes» parce que, autant que je sache, la seule loi du Canada qui ne soit pas subordonnée à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est la *Loi sur les Indiens*. Cela me conduit à croire que cette loi est peut-être une loi raciste, même si ce mot peut paraître péjoratif.

Donc, si nous sommes sur la même voie, sinon d'après la façon de voir les choses dans les années 1870, alors selon la façon de les voir aujourd'hui, la séparation de personnes selon leur race en enclaves raciales dotées de lois racistes ressemble à ce que l'Afrique du Sud tente aujourd'hui d'abolir, c'est-à-dire l'apartheid, n'est-ce pas, qu'en pensez-vous?²⁰

L'avocat de la bande de Horse Lake a signalé une autre source pour me montrer qu'il ne s'agissait pas là simplement d'une observation isolée ou indicative de la part du juge. Durant la période qui avait précédé le prononcé de sa décision, il avait exprimé dans une autre affaire l'opinion suivante concernant la *Loi sur les Indiens*:

L'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* porte:

67. La présente loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi.

La nécessité, si nécessité il y a, d'une telle loi est évidente. La *Loi sur les Indiens* est une loi raciste. Elle tolère la ségrégation des gens selon leur race, dans des enclaves raciales et selon des règles discriminatoires racistes. Elle fait des parasites de gens qui ne paient aucun impôt et qui

are taxed to meet the expense of such dependency. The *Indian Act* fosters (along with the Aboriginal treaties) an establishment of apartheid in Canada.²¹

23 It is reasonably apparent from the record that one reason the Trial Judge deplores the existence of a separate regime of any sort for Indians is that he feels it wrongly keeps them in a state of dependence. His views on such matters were offered in his reasons as follows:

Peoples found to be in a more primitive (i.e. hunting) state of development than the others' state (i.e. industrial or post-industrial) are emphatically not inferior peoples. Their state of development might be likened by analogy to "adolescent" compared with the others' (non-Indians') "adult" state of development. But the law and treaties have protected Indians from "spreading their wings" as may non-Indian adolescents who do and always have made "improvident transactions" until a majority learned not to do so, but to conduct themselves prudently.

...

It is surely apparent that it is not eternal dependence with apartheid, but equal self-reliance, (including Canada's so-called "social safety net" for such as it is and will be) which promote the equal human dignity of all Canadians. It is difficult to understand why the Courts in recent years have promoted dependence. The so-called "honour of the Crown" is surely nothing more than a transparent semantic membrane for wrapping together Indian reserve apartheid and perpetual dependence on Canadian taxpayers. This melancholy situation, being authentically historic, does nothing to support the plaintiffs' claim to control their own membership as is already demonstrated herein. It has contributed to the depression and poverty of many Indians over time.²²

The learned Judge also deplored the corollary of such dependence, namely the burden as he perceived it on Canadian taxpayers.

(The corrosive effects of a whole people's dependence on governmental hand-outs are illustrated by documents found in Exhibit 41(18). The Government's payments

sont ainsi éternellement à la charge de ceux dont l'impôt sert à satisfaire cette dépendance. Elle institue (avec les traités avec les autochtones) une sorte d'apartheid au Canada²¹.

Il ressort assez du dossier que l'une des raisons pour lesquelles le juge du procès déplore l'existence d'un quelconque régime distinct pour les Indiens est que, selon lui, un tel régime présente l'inconvénient de les maintenir dans un état de dépendance. Ses vues sur la question sont exprimées ainsi dans ses motifs:

Les peuples qui sont à un stade d'évolution plus primitif (c'est-à-dire qui vivent de la chasse) que les autres (ceux qui sont rendus à l'ère industrielle ou post-industrielle) ne sont carrément pas des peuples inférieurs. On pourrait comparer leur stade de développement à celui de l'«adolescent» par rapport au stade de développement des «adultes» («non-Indiens»). Cependant, tant la loi que les traités ont empêché les Indiens de «voler de leurs propres ailes», comme peuvent le faire les adolescents non-indiens qui ont depuis toujours conclu des «transactions irréflechies», jusqu'à ce que la majorité d'entre eux apprennent à s'abstenir de le faire et à se conduire prudemment.

...

Il est évident que ce n'est pas un état de dépendance perpétuelle accompagné d'une situation d'apartheid, mais plutôt l'égalité et l'autosuffisance (y compris ce qu'on appelle le «filet de sécurité sociale» du Canada, pour ce qu'il est aujourd'hui et ce qu'il deviendra) qui favorisent la dignité humaine et l'égalité de tous les Canadiens. Il est difficile de comprendre pourquoi les tribunaux ont, au cours des dernières années, favorisé cet état de dépendance. Ce qu'on appelle l'«honneur de Sa Majesté» n'est certes rien de plus qu'une membrane sémantique transparente, qui sert à envelopper ensemble la situation d'apartheid que créent les réserves indiennes et l'état de dépendance perpétuelle par rapport aux contribuables canadiens. Cette situation déplorable, même si elle est historiquement authentique, n'appuie d'aucune façon, ainsi qu'il a déjà été démontré en l'espèce, la prétention des demandeurs selon laquelle ils décidaient qui appartenaient aux bandes. Cette situation a plutôt contribué à l'état de pauvreté et de marasme économique dans lequel vivent bon nombre d'Indiens²².

Le juge déplore aussi le corollaire d'une telle dépendance, savoir le fardeau qui pèse, selon lui, sur les contribuables canadiens.

(Les effets dévastateurs de la dépendance de tout un peuple aux largesses de l'État sont illustrés par les documents figurant à la pièce 41(18). Les sommes ainsi ver-

23

work another evil, too. They are an eternal charge on the country's taxpayers, even although the dolorous conditions of the last century lie dead in the past along with its glory, if any, which cannot be now restored.)²³

...

Once again the dependants' eternally received pay-outs are linked to the treaty in Elder Jacobs' mind. If the band could still control its own membership, and if the Government were, as it is, obliged to make payments and confer all of today's further benefits on all members, then notionally, bands could bring the taxpayers to their knees by expanding membership exponentially, without the limits even of Bill C-31. That is, of course, most unlikely, but Elder Jacobs' testimony shows how revised or forgotten is the treaty's original *quid pro quo*. Whoever pays the piper calls the tune. The taxpayers are the eternal payers and the government, at least somewhat on their behalf, has since treaty-time called the tune of absolute, all-extinguishing control of band membership, and of who is an Indian entitled to the payments and other benefits. Elder Jacobs got it wrong, like so many others with their wished-for, or thoughtlessly accepted, historically incorrect revisions.²⁴

...

Although the Government appeared to be very short-sighted and improvident to make payments in eternity to treaty Indians, it was not so thick-skulled as to permit the treaty Indians and friends to decide how many treaty-paid Indians would be admitted to status. The natural incidence of procreation presented enough risk to the taxpayers without vastly increasing it through Indian self-determined "naturalization".²⁵

The Judge perhaps best expresses his disapproval of special status for Indians in a passage which, it is fair to observe, also emphasizes his respect for them as persons.

There is an underlying, sometimes articulated premise in the jurisprudence and among certain cynical activists that the "pitiable Indians" were easy dupes for superior Euro-Canadians and needing protections which applied not

sées par l'État ont un autre effet pervers. En effet, elles constituent un fardeau perpétuel pour les contribuables du pays, même si les conditions pénibles du siècle dernier sont maintenant choses du passé tout autant que les moments glorieux, s'il en est, de cette époque, qu'il est impossible aujourd'hui de faire revivre)²³.

...

Dans l'esprit de l'ancien Jacobs, il y a un lien entre le traité et les paiements versés à perpétuité aux personnes dépendantes. Si, d'une part, la bande pouvait encore décider qui sont ses membres et si, d'autre part, le gouvernement était appelé, comme il est obligé de le faire, à verser les sommes prévues à tous les membres et à leur accorder tous les autres avantages existants aujourd'hui, les bandes pourraient alors, hypothétiquement, ruiner les contribuables en élargissant de façon exponentielle le nombre de leurs membres, sans aucune limite, même celles prévues par le projet de loi C-31. Évidemment, il est peu probable que cela se produise, mais le témoignage de l'ancien Jacobs montre bien de quelle façon on a oublié ou dénaturé la contrepartie originale prévue par le traité, c'est-à-dire qui paie les violons choisit la musique. Les contribuables sont les éternels payeurs et le gouvernement, à tout le moins pour leur compte, a, depuis l'époque des traités, choisi la musique en exerçant, de manière absolue, le pouvoir de décider qui sont les membres des bandes et les Indiens qui ont droit aux paiements et aux autres avantages. L'ancien Jacobs est dans l'erreur, comme bien d'autres qui souscrivent sans réflexion à un révisionnisme historique non fondé ou qui souhaite une telle relecture incorrecte de l'histoire.²⁴

...

Même si le gouvernement a semblé faire preuve de très peu de prévoyance et a agi de manière irréflectée en décidant de verser à perpétuité des sommes aux Indiens visés par les traités, il n'a pas été obtus au point de laisser ceux-ci et leurs amis décider combien de personnes auraient droit au statut d'Indien visé par un traité et aux paiements en découlant. Comme les effets naturels de la procréation présentaient déjà suffisamment de risques pour les contribuables, il était inutile de les accroître de façon significative en accordant aux Indiens le droit de décider eux-mêmes qui avaient droit à la «naturalisation»²⁵.

Le juge exprime sans doute le mieux sa désapprobation à l'égard du statut spécial des Indiens dans un passage qui, il convient de le mentionner, fait aussi ressortir son respect à l'égard des Indiens comme personnes.

Selon une prémisse sous-jacente, parfois exprimée dans la jurisprudence et par certains activistes cyniques, les «pauvres Indiens» se laissaient facilement duper par les êtres supérieurs qu'étaient les Euro-canadiens, et ils

only to 19th Century Indians, but also to contemporary Indians, born in the mid-20th Century. This Court finds nothing inferior, genetic, social or intellectual *inter alia* about those Indians who entered into the treaties, nor their descendants today. This Court rejects all stated or implied notions of any inferiority of Indians, whatever. That is why the Court leans against the alleged need, over a century later, of special state protection of Indians, which protection often appears to be excessive and degrading to Indians in comparison with all the other “visible” (and not so “visible”) peoples who make up the tax-paying and general population of Canada.²⁶

avaient besoin de mesures de protection, mesures applicables non seulement aux Indiens du 19^e siècle, mais également à ceux nés au milieu du 20^e siècle. La Cour estime que ni les Indiens qui ont conclu ces traités, ni leurs descendants actuels ne sont des êtres inférieurs, notamment sur les plans génétique, social ou intellectuel. La Cour rejette toute proposition—clairement exprimée ou sous-entendue—voulant que les Indiens soient des êtres inférieurs. Voilà pourquoi, la Cour est portée à rejeter l’idée que les Indiens ont, un siècle plus tard, besoin de la protection spéciale de l’État, protection qui semble souvent excessive et avilissante pour les Indiens, si on compare leur situation à celle des autres groupes «visibles» (et pas si «visibles» que cela) qui constituent la population générale du Canada et les contribuables de ce pays²⁶.

24 Among the many aspects of the record brought to our attention perhaps one other should be mentioned without going into detail. Contributing to the impression which a reasonable observer might have gained as to the Judge’s opposition to special status for Indians was his frequent comparison to the experience of different European societies when they have commingled, either historically or in modern times.²⁷

24 Parmi les nombreux aspects du dossier qui ont été portés à notre attention, il faudrait peut-être en mentionner un autre, sans entrer dans le détail. Cet autre aspect aurait pu conduire un observateur raisonnable à penser que le juge du procès était opposé à l’octroi d’un statut spécial pour les Indiens. Il s’agit de la comparaison qu’il fait souvent avec le brassage passé ou actuel des diverses populations européennes²⁷.

Conclusions

Conclusions

25 We believe the foregoing would indeed create in the mind of a fair-minded and reasonably well-informed observer the belief that the Trial Judge held certain views during the trial, which were confirmed in his reasons, that Aboriginal rights are “racist” and a form of “apartheid”. Having ascribed these pejorative terms to a system which is recognized in the history, the common law, and the Constitution of Canada, he might well be expected to give the narrowest possible interpretation to, or reject, any newly claimed Aboriginal right asserted by the plaintiffs to have existed in 1982. He might also be taken to assume that this alleged right—the right of bands to control their own membership—would be used to promote racism and apartheid and should therefore not be recognized.

25 Nous croyons que ce qui précède pourrait effectivement porter un observateur impartial et raisonnablement bien renseigné à croire que le juge de première instance a exprimé durant le procès des vues, confirmées dans ses motifs, selon lesquelles les droits autochtones sont des droits «racistes» et sont une forme d’apartheid. Puisqu’il a attribué ces termes péjoratifs à un système qui est consacré dans l’histoire, la common law et la Constitution du Canada, on pouvait bien imaginer qu’il interpréterait le plus étroitement possible, ou qu’il rejeterait, toute affirmation nouvelle des demandresses selon laquelle tel ou tel droit autochtone existait en 1982. On pouvait aussi penser qu’il présumait que ce prétendu droit—le droit des bandes d’établir elles-mêmes leurs listes de membres—serait utilisé pour promouvoir le racisme et l’apartheid et ne devrait donc pas être reconnu.

26 We are unable to characterize complaints by the appellants as to the general conduct of the trial as giving rise to such a reasonable apprehension of

26 Il nous est impossible de dire que les plaintes des appelantes à l’égard de la conduite générale du procès autorisent une crainte raisonnable de partialité.

bias. The Judge's unwillingness to grant the plaintiffs an adjournment at the beginning, and to make them pay a sum into Court because they were not prepared to begin, appears to us to have been within his discretion in the circumstances. His decision to order an RCMP investigation of a possible contact with a witness yet to be heard from was open to him even though it apparently caused bad publicity for the plaintiffs. Such a situation could have been fairly assessed by him as different from a situation where an earlier complaint was made to him as to the conduct of Crown counsel in speaking to a witness during intermission where counsel, as an officer of the Court, assured the Court that there was no impropriety. As we understand it, in connection with the matter investigated by the RCMP, the Judge accepted the explanation by counsel for the plaintiffs as to their role. But there was no counsel able to say to their direct knowledge whether one witness had contacted another witness contrary to the Judge's order excluding witnesses. Thus it involved persons who were not officers of the Court and the Judge could well have concluded that a police investigation was warranted. Similarly we are unwilling to find fault in the manner in which the Judge allowed cross-examinations to be conducted by the Crown: such matters are very hard to assess without a complete review of the whole record and, given our other conclusions, we find it unnecessary to undertake such a review.

27 Nevertheless, for the reasons indicated earlier we found it necessary to set aside the judgment and order a new trial notwithstanding the great cost and inconvenience which this may cause. It is possible that this situation might have been avoided had counsel for the plaintiffs objected in a clear and timely manner to the Trial Judge's interventions, to make him aware of the unfortunate impression he seems to have given that he had some fixed views on the matters in dispute.

28 Needless to say, this disposition is in no way a finding that the conclusions of the Judge on the

Le juge n'était pas disposé à accorder au début un ajournement aux demandeurs ni à leur ordonner de consigner une somme à la Cour parce qu'elles n'étaient pas prêtes à commencer, mais il nous semble que cela relevait de son pouvoir d'appréciation, eu égard aux circonstances. Sa décision d'ordonner une enquête de la GRC sur une communication possible avec un témoin qui n'avait pas encore été entendu entré dans ses attributions même si cette décision semble avoir causé une mauvaise publicité aux demandeurs. Il pouvait très bien considérer cette situation comme une situation différente de celle où une plainte antérieure lui avait été faite à propos de la conduite de l'avocat de la Couronne qui avait parlé à un témoin durant l'interruption, lorsque l'avocat, en tant qu'officier de justice, avait assuré la Cour qu'il n'y avait aucune irrégularité. Selon ce que nous croyons comprendre, en ce qui concerne l'affaire examinée par la GRC, le juge a accepté l'explication des avocats des demandeurs à propos de leur rôle. Mais aucun avocat n'a pu dire, en faisant appel à sa connaissance directe, si un témoin avait communiqué avec un autre témoin contrairement à l'ordonnance d'exclusion de témoins prononcée par le juge. L'affaire concernait donc des personnes qui n'étaient pas des officiers de justice, et le juge pouvait bien conclure qu'une enquête policière était justifiée. De la même façon, nous ne sommes pas prêts à voir une faute dans la manière dont le juge a permis que des contre-interrogatoires soient effectués par la Couronne. De tels aspects sont très difficiles à évaluer sans un examen complet du dossier tout entier et, étant donné nos autres conclusions, nous croyons qu'il est inutile d'entreprendre un tel examen.

Néanmoins, pour les motifs indiqués précédemment, nous avons trouvé nécessaire d'annuler le jugement et d'ordonner un nouveau procès, nonobstant les coûts et inconvénients considérables qui pourraient en résulter. Sans doute cette situation aurait-elle pu être évitée si les avocats des demandeurs s'étaient opposés clairement et à temps aux interventions du juge de première instance, pour l'informer qu'il donnait l'impression regrettable qu'il avait des vues bien arrêtées sur les points en litige.

Inutile de le dire, cette décision ne signifie nullement que les conclusions du juge sur les faits et sur

facts and the law were incorrect. These matters remain for determination at the new trial if it proceeds.

Disposition

- 29 It is for these reasons that the Court held that the record disclosed a basis for finding a reasonable apprehension of bias, the appeal was allowed, and a new trial ordered with costs to the appellants both here and below and no costs to the interveners either here or below.

¹ R.S.C., 1985, c. I-5.

² [*An Act to Amend the Indian Act*] S.C. 1985, c. 27, s. 4.

³ Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

⁴ SI/84-102, s. 2.

⁵ 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].

⁶ [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 645. See also *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, at pp. 543-544.

⁷ *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833, at pp. 842-843.

⁸ See e.g. *Committee for Justice and Liberty et al v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at pp. 386, 394.

⁹ Transcript 8, at p. 839.

¹⁰ Transcript 36B, at p. 99.

¹¹ Transcript 38, at pp. 157-158.

¹² Transcript 46B, at pp. 40-42.

¹³ Transcript 73, at p. 38.

¹⁴ Transcript 73, at p. 60.

¹⁵ [1996] 1 F.C. 3 (T.D.), at p. 41.

¹⁶ *Ibid.*, at p. 142.

¹⁷ *Ibid.*, at pp. 101-102.

¹⁸ *Ibid.*, at p. 33.

¹⁹ *Ibid.*, at pp. 32, 40-41.

²⁰ Transcript 46B, at p. 38.

²¹ *Canada (Human Rights Comm.) v. Canada (Dept. of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 25 C.H.R.R. D/386 (F.C.T.D.), at p. D/399.

²² *Supra*, note 15, at pp. 73, 75.

²³ *Ibid.*, at pp. 52-53.

²⁴ *Ibid.*, at pp. 107-108.

le droit sont erronées. Les points en litige restent à décider, et ils le seront dans le nouveau procès, s'il a lieu.

Décision

- 29 C'est pour ces motifs que la Cour a décidé que le dossier donnait prise à une crainte raisonnable de partialité, que l'appel a été accueilli et qu'un nouveau procès a été ordonné, avec dépens pour les appelantes devant la Section d'appel et devant la Section de première instance, et sans dépens pour les intervenants, que ce soit devant la Section d'appel ou devant la Section de première instance.

¹ L.R.C. (1985), ch. I-5.

² [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*] S.C. 1985, ch. 27, art. 4.

³ Annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

⁴ TR/84-102, art. 2.

⁵ 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].

⁶ [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 645. Voir aussi *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, aux p. 543 et 544.

⁷ *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833, à la p. 843.

⁸ Voir par ex. *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, aux p. 386 et 394.

⁹ Transcription 8, à la p. 839.

¹⁰ Transcription 36B, à la p. 99.

¹¹ Transcription 38, aux p. 157 et 158.

¹² Transcription 46B, aux p. 40 à 42.

¹³ Transcription 73, à la p. 38.

¹⁴ Transcription 73, à la p. 60.

¹⁵ [1996] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.), à la p. 41.

¹⁶ *Ibid.*, à la p. 142.

¹⁷ *Ibid.*, à la p. 102.

¹⁸ *Ibid.*, à la p. 33.

¹⁹ *Ibid.*, aux p. 32, 40 et 41.

²⁰ Transcription 46B, à la p. 38.

²¹ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1994), 25 C.H.R.R. D/386 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. D/399.

²² *Supra*, note 15, aux p. 73 et 75.

²³ *Ibid.*, aux p. 52 et 53.

²⁴ *Ibid.*, aux p. 107 et 108.

²⁵ *Ibid.*, at p. 124.

²⁶ *Ibid.*, at p. 72.

²⁷ See e.g. transcript 8, at pp. 856-857; transcript 12, at pp. 1520-1521; transcript 44B, at pp. 13-14.

²⁵ *Ibid.*, à la p. 124.

²⁶ *Ibid.*, à la p. 72.

²⁷ Voir aussi transcription 8, aux p. 856 et 857; transcription 12, aux p. 1520 et 1521; transcription 44B, aux p. 13 et 14.

TAB 4

Date: 20080307

Docket: T-66-86A

Citation: 2008 FC 322

Ottawa, Ontario, this 7th day of March, 2008

PRESENT: The Honourable Mr. Justice Russell

BETWEEN:

SAWRIDGE BAND

Plaintiff

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

Defendant

- and -

**CONGRESS OF ABORIGINAL PEOPLES,
NATIVE COUNCIL OF CANADA (ALBERTA),
NON-STATUS INDIAN ASSOCIATION OF ALBERTA
and NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA**

Interveners

Docket: T-66-86-B

BETWEEN:

TSUU T'INA FIRST NATION

Plaintiff

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

Defendant

- and -

**CONGRESS OF ABORIGINAL PEOPLES,
NATIVE COUNCIL OF CANADA (ALBERTA),
NON-STATUS INDIAN ASSOCIATION OF ALBERTA
and NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA**

Interveners

Table of Contents

INTRODUCTION.....	4
THE FULL CONTEXT	12
THE GENERAL SITUATION.....	12
PROCEDURE, NOT MERITS	13
THE PROCEDURAL DISPUTE BETWEEN THE PARTIES.....	14
THE PLAINTIFFS’ PREFERRED PROCEDURE	19
ABUSE ISSUES.....	21
PROVING AND STATING THEIR CASE	24
THE REAL ISSUE	24
SUMMARY.....	27
TIMING AND OTHER CONCESSIONS.....	32
THE OFFERED EXPLANATION	38
UNPRECEDENTED	40
IMPACT	45
GROUND OF APPEAL.....	76
APPREHENSION OF BIAS.....	76
AVOIDANCE OF TRIAL JUDGE NOT A NECESSITY	77
EXTENSIVE RECORD	78
CONDUCT ISSUES	78
CONDUCT ISSUES AND THE PROCESS OF THE TRIAL.....	79
THE REAL PROBLEM.....	122
OUTSTANDING ISSUES.....	133

REASONS FOR JUDGMENT

INTRODUCTION

[1] On January 7, 2008, the Plaintiffs informed the Court that “the Plaintiffs shall not be calling any further evidence before your Lordship, and as a result we are closing our case.”

[2] This abrupt end to the Plaintiffs’ presentation of their case before the Court was preceded by a brief written notification to the Crown and the other participants of December 28, 2007, a copy of which was provided to the Court and is now marked as PL40.

[3] In that notification the Plaintiffs said that “after consideration of a number of factors, the Plaintiffs ... have come to a decision during the past two days that they wish to proceed with an Appeal to the Federal Court of Appeal at this time.”

[4] The PL40 notification came at the end of a two-month adjournment granted at the Plaintiffs’ request on October 15, 2007, which they said was required to allow them to prepare their expert witnesses to give evidence at trial.

[5] It also came at the end of a difficult year of a severely disrupted trial that was, by and large, waylaid by one major procedural issue: the Plaintiffs’ attempts to avoid compliance with, and the

consequences of, Court decisions and rulings that lay down the conditions under which all participants may call new lay witnesses and, in particular, the will-say disclosure requirements and their connection to evidence at trial that bind all participants. The will-say requirement was imposed by Justice Hugessen, the case management judge, on March 26, 2004, and, in various decisions and rulings, the Court has explained and established its significance for the calling of lay evidence at trial for all participants.

[6] The full impact upon the proceedings of the Plaintiffs' non-compliance with, and repudiation of, the will-say rules finally became known on September 11, 2007, when, the Court ruled upon the Plaintiffs' decision not to provide the Court with the reassurances of compliance with Court decisions on will-say disclosure which the Court had ordered on August 9, 2007. In effect, this amounted to a decision by the Plaintiffs not to retain or call their lay witnesses in accordance with the will-say rules so that those witnesses were either struck or remained struck in accordance with my August 9, 2007 decision.

[7] The Plaintiffs' decision to close their case and proceed with an appeal also follows a significant period of additional preparation time that was extended to them before the trial finally commenced in January 2007. During that period of time, the Plaintiffs were given a further opportunity to examine their will-says against Court decisions and rulings and to bring forward any problems they might have in a timely manner.

[8] The granting of additional time to the Plaintiffs to ready themselves for trial followed approximately seven years of case management, under Justice Hugessen as case management judge, after these actions were returned by the Federal Court of Appeal for re-trial in 1997.

[9] So three years after the re-trial was originally scheduled to commence in January 2005 – years during which the Plaintiffs were given significant amounts of time to set their house in order so that the trial could be handled efficiently and free of major procedural disputes that have plagued these proceedings in the past –the Plaintiffs have now closed their case because, ostensibly at least, they have not been allowed by the Court to conduct these actions in ways that breach Court decisions and rulings regarding will-says, and in ways that are totally at odds with the representations and assurances that the Plaintiffs gave to the Court and the other participants that they accepted the rules related to will-says and wanted to proceed with these actions on the basis of those rules. Having been given large extensions of time to prepare for trial on the basis of representations that they understood and accepted the will-say rules that were devised to meet the particular exigencies of these actions, the Plaintiffs have now chosen not to proceed further after they were ordered to keep their assurances and respect Court orders and rulings regarding will-says.

[10] The Plaintiffs now say they agree with the Crown that, as a result of their decision to now close their case, the Court “should dismiss this action based upon their request as clearly there is no evidence before you in relation to this matter.”

[11] The Plaintiffs and the Crown agree that both actions should be dismissed because there is no evidence before the Court on either action, and the Crown, therefore, has no case to answer. This is indeed a strange conclusion to what has been a difficult and irregular trial process hampered by inconsistency, obfuscation and obstruction on the part of the Plaintiffs.

[12] The Plaintiffs say that their decision to close their case at this time is the result of “unprecedented actions on the part of the Court,” and they have put the Court on notice that they plan to lay reasonable apprehension of bias allegations before the Federal Court of Appeal.

[13] They have not, however, chosen to bring such allegations before the trial judge and, in bringing their case to an abrupt close in the way they have, they have not provided this Court with any cogent explanation or justification for their decision other than a bald and unsubstantiated assertion that the Court has prevented them “from adducing relevant, probative and corroborative evidence” and that this will have “a detrimental effect on the Plaintiffs’ ability to prove their case” and will also “prevent the Plaintiffs from adequately stating their case” and this “will result in an unfair trial.” Hence the Plaintiffs have offered as a reason for closing their case a position that does not accord with how the Plaintiffs’ lay witnesses came to be struck, and which their own actions have now ensured cannot be substantiated or objectively assessed.

[14] The Plaintiffs’ decision to close their case at this time deprives the Court of any means of assessing the impact that the loss of their lay witnesses might have upon the Plaintiffs’ ability to present their case before the Court, and this is even more troubling when it is born in mind that the

decision not to retain or call lay witnesses in accordance with the will-say rules that bind all participants was made by the Plaintiffs themselves. The Court has made it clear in its rulings that the Plaintiffs were free to retain and call any or all of their lay witnesses provided they would confirm to the Court that they were doing so in accordance with the will-say rules. Having declined to retain or adduce evidence in accordance with the will-say rules, they are now saying that it was the Court who prevented them from leading that evidence. But the record shows that the striking of the Plaintiffs' lay-witnesses was something that the Plaintiffs' compliance with the will-say rules would have prevented.

[15] Having revealed themselves to be, again, in breach of the will-say disclosure requirements that bind all participants who wish to call lay witnesses, and having repudiated any connection between will-say disclosure and evidence at trial, the Plaintiffs were given a further opportunity to retain and call all of their lay witnesses. They elected not to confirm or meet the will-say disclosure requirements that are mandated by Court decisions and rulings which the Plaintiffs have themselves affirmed and used to their own advantage and, as a consequence, lost the right to retain and call their lay witnesses.

[16] The Court has not prevented the Plaintiffs from calling any, or all, of the lay witnesses they may wish to call. The Court has simply told the Plaintiffs that they cannot breach Court decisions and rulings that bind all participants and retain and call their lay witnesses regardless of this fact.

[17] Quite apart from the fact that the striking of their lay witnesses was something the Plaintiffs could have prevented through a simple notification of compliance in the ways directed by the Court, there is nothing before the Court that would allow it to assess in any objective way why the Plaintiffs have chosen to close their case at this time. The Plaintiffs have disrupted the trial process to such an extent through inconsistency, obfuscation and obstruction, that it is not possible for the Court to accept or rely upon the reasons they now put forward, or to ascertain and assess what impact the loss of their lay witnesses might have upon the case they wish to present to the Court.

[18] Obviously, the Plaintiffs' decision to conclude their case at this point so early in the proceedings, and their notifying the Court about the apprehended bias allegations they plan to bring before the Federal Court of Appeal, bespeak a sense of grievance and a strong desire on the part of the Plaintiffs to terminate the present proceedings and start over afresh. However, the Plaintiffs are entirely responsible for any difficulties they are facing at this point in the proceedings. They are seeking a re-trial at a time when they are in breach of Court orders to produce standard-compliant will-says and, as a result of that breach, have found themselves constrained at trial in ways they do not wish to accept. But their problems are entirely of their own making and they have been given all the time and encouragement necessary to ensure it did not occur. They seek to blame others for their own breaches of Court decisions and rulings and their failure to keep their earlier commitments to the court and the other participants.

[19] In bringing their case to a close at this time, the Plaintiffs have not provided any explanation for their earlier decision not to retain or call their lay witnesses in accordance with the will-say rules,

and they have left the Court with no means of assessing whether, indeed, the exclusion of lay witnesses has deprived them of “relevant, probative and corroborative evidence.” This is significant because the Plaintiffs’ earlier obstructed the Court’s attempts to obtain objective and material information that would have allowed it to assess the Plaintiffs’ assertion that the Court had foreclosed on the Plaintiffs’ ability to adequately state their case, and the Plaintiffs defied a Court direction that required them to provide such information.

[20] Consequently, at this point in the proceedings, the Court has no consistent and cogent explanation, and certainly no substantiated rationale, that can be relied upon as to why the Plaintiffs would elect to lose their lay witnesses rather than calling them in accordance with the will-say rules, or what, indeed, should be made of their latest assertion that the loss of those witnesses means the loss of relevant, probative and corroborative evidence that impacts in any material way the case they want to present to the Court.

[21] The decision not to proceed further with their case is a decision made by the Plaintiffs. The Court has refused a request from the Crown to dismiss the Plaintiffs’ actions for abuse of process and has asked the Plaintiffs to proceed with calling their evidence in a non-abusive way so that the Court can hear the merits of the case they wish to present. The decision not to proceed in this fashion is one that the Plaintiffs, and the Plaintiffs alone, have made. On August 9, 2007, the Court ordered the Plaintiffs to proceed as follows:

12. Subject to satisfying the Court concerning the compliance of their will-says as indicated, the Plaintiffs will proceed to call their witnesses or conclude their case and shall conduct the balance of the trial in accordance with all relevant Court decisions, findings,

rulings, and orders and directions made to date and will desist from the conduct that the Court has identified as abusive.

[22] As these words make clear, the Court wanted to retain the Plaintiffs' lay evidence and hear their remaining lay witnesses. All the Plaintiffs had to do was confirm compliance with the will-say disclosure requirements in the way requested by the Court and proceed to call their witnesses.

[23] Following this order, the Plaintiffs chose not to provide the reassurances the Court ordered regarding the compliance of their will-says with previous Court decisions and rulings, and they chose, instead, in their response to continue to conduct the trial in an abusive manner. Satisfying the Court concerning compliance would have preserved all of the Plaintiffs' witnesses called to date and would have allowed them to call any future lay witnesses they wanted to call in accordance with the will-say rules.

[24] The Plaintiffs' decision not to retain or call their lay witnesses in accordance with the will-say rules, and their subsequent decision to close their case and to ask the Court to dismiss their actions because there is no evidence before me upon which I could reach a conclusion favourable to the Plaintiffs, require a context that the Plaintiffs have not provided.

THE FULL CONTEXT

The General Situation

[25] It is extremely important to place the Plaintiffs' decision to close their case in its full context. That context reveals that the Court has not, in fact, merely struck the Plaintiffs' lay witnesses as they now allege. The Court has permitted the Plaintiffs to retain and call any or all of their lay witnesses, but it has told them they must do so in a non-abusive way and in accordance with the will-say rules established in these proceedings for the lay witnesses of all participants. Those will-say rules are laid down in Court decisions and rulings that the Plaintiffs have not successfully challenged. The rules have also been confirmed earlier in the proceedings by the Plaintiffs themselves, and they have been used by the Plaintiffs at trial to exclude the evidence of another participant that the Plaintiffs did not want on the record. Notwithstanding such earlier confirmation and use of the will-say rules, the Plaintiffs have elected not to retain and/or call any of their lay witnesses under those rules.

[26] The Plaintiffs' inconsistent position on the use of will-says at trial, their failure to comply with the disclosure requirement, and their repudiation of any connection between will-say disclosure and evidence at trial, have been the subject of numerous motions, reasons, decisions and rulings made during the course of these proceedings.

[27] Those reasons, decisions and rulings do not need to be repeated here and they are part of the record that reveals how and why the Plaintiffs and the Crown now agree that these actions must be dismissed.

[28] Notwithstanding that record, however, the Plaintiffs' decision to close their case in such a manner at this stage in the proceedings casts a significant light on what has occurred to date and places the Court's previous reasons, decisions and rulings in a context that, until the decision to close their case was made, was not entirely understood.

Procedure, Not Merits

[29] It is also important to bear in mind that the Plaintiffs' decision to close their case at this point means that the Court has had no opportunity to assess the merits of their claims. The points of contention between the parties have been entirely procedural in nature, and it is necessary to be precise about what those points are because they are extremely narrow.

[30] As the full record makes clear, the Plaintiffs have been free to lead any lay evidence they want to lead that is relevant to the pleadings, and the Plaintiffs have not contended in any convincing way that the will-say requirements were unachievable or prevented them from bringing forward the lay witnesses they needed to present their case. The real dispute has been over what function will-says should play at trial when lay evidence was actually called.

The Procedural Dispute Between the Parties

[31] The will-say requirements have only impacted evidence at trial in two ways:

- a. First of all, in order to bring a new lay witness forward, the Plaintiffs, as well as all other participants, had to provide a synoptic account of what that witness will say that meets the standards of disclosure set by the Court and accepted by the Plaintiffs and the other participants. This disclosure requirement is contained in several Court decisions, and the Plaintiffs have continued to acknowledge it throughout the trial. They have argued and asserted that they have met this threshold requirement and that they have produced will-says for each of their lay witnesses that meet all disclosure requirements set by the Court. Unfortunately, the Plaintiffs have also revealed that, notwithstanding their “position” that they have met the threshold disclosure requirement, they have, in fact, not done so. But they have refused to explain or reveal why they have not met the threshold requirement set out in Court decisions and previously affirmed by the Plaintiffs. The Plaintiffs have revealed their breach of the disclosure requirement in several ways I have referred to in previous decisions. However, even the Plaintiffs’ own legal counsel has confirmed to the Court that the Plaintiffs have produced will-says that do not disclose what a witness will say in accordance with the synoptic standards. The Court has both asked and directed the Plaintiffs to explain the discrepancy between their “position” on disclosure compliance and what their legal counsel has confirmed; but they have simply refused

to even address the issue. It is a blatant inconsistency they have chosen to leave, unexplained, on the record. As found in previous decisions and rulings, the best evidence available to the Court on the issue of will-say disclosure compliance by the Plaintiffs is that the Plaintiffs have not met the threshold requirement for any of their lay witnesses. Notwithstanding this breach, the Court has made it clear to the Plaintiffs that they can retain any or all lay witnesses already called, and call any future lay witnesses they wish to call, if they will treat the actual disclosure in their will-says as disclosure in accordance with the synoptic standards, so that the Crown can prepare for trial on that basis. In the end, the Plaintiffs have refused to either retain witnesses or call further witnesses on the basis that what their will-says disclose in accordance with the disclosure standards is what their witnesses will say for purposes of trial preparation and cross-examination by the Crown and the Interveners. Their stand on this issue remains entirely inconsistent. They insist on a “position” that they have met the synoptic standards of disclosure for all of their will-says, but they will not confirm that what their will-says disclose in accordance with the standards is what a witness will say. They merely insist, in the face of all evidence to the contrary (including advice to the Court by their own legal counsel), that the Court must accept without question a “position” that is simply untenable;

- b. Secondly, the only other way that will-says have been relevant to evidence at trial has arisen in the context of ambush claims by either side. The Court’s rulings on ambush have been purely factual in nature and the whole record is available to either

side to demonstrate to the Court whether, reasonably speaking and as a matter of common sense, real ambush has or has not occurred. The relevance of a will-say statement to a claim for ambush is inherent in the will-say requirement to produce will-says for any new lay witness who is called. The purpose of the will-say is to allow the other side to prepare for trial and to avoid ambush at trial that would prevent effective cross-examination. The Plaintiffs were the first party to argue and apply these principles in the case of an actual witness at trial. This occurred at the *de bene esse* hearing for Ms. Florence Peshee (an Intervener witness) when the Plaintiffs sought the Court's protection from ambush and used Ms. Peshee's will-say to demonstrate that ambush had occurred. In the course of doing so they forcefully asserted the general principle that is an inherent and inevitable part of the will-say rules devised to meet the particular exigencies of these actions: "The question for the Court is: Does the other side have notice of what it is you're going to be dealing with? And the answer to that question is guided by the standard in the will-say. And it's important that both sides have notice, the same kind of notice." Notwithstanding their advocacy and espousal of the relationship between will-say disclosure and ambush at trial, the Plaintiffs eventually placed on the record an unequivocal repudiation of the same principle. At the Mistrial Motion, during which the Plaintiffs attempted to terminate the trial and return the proceedings to the discovery stage, they said they did not understand or accept the use of will-says at trial to exclude evidence. The only way that will-says have been used in this trial to exclude evidence is that, when ambush objections to evidence have been raised, the

relevant will-say has been referred to in the context of the Court's making a ruling on whether, as an issue of fact, ambush has really occurred.

[32] The Court has made it clear in its rulings that will-say disclosure is relevant to ambush determinations, although a will-say cannot be used as an automatic exclusionary rule of evidence. All ambush rulings have been dealt with on an objection by objection basis. And this is what the Plaintiffs have refused to accept, even though the procedure used by the Court is an inherent and inevitable consequence of the will-say disclosure rules devised for these proceedings. When all is said and done, this is the requirement (the connection between will-say disclosure and ambush at trial) that the Plaintiffs have repudiated for all of their lay witnesses. From the Court's perspective, and as the record will show, this has been the gravamen of the procedural dispute between the parties to this point in the trial, and this is what has led, ostensibly, to the Plaintiffs' latest decision to close their case at this point in the proceedings, although it is not possible for various reasons to tell whether this is the real basis of the decision because the Plaintiffs have attempted to terminate these proceedings before, and have expressed an ambivalence about presenting their case in the Federal Court. The Court has said that if the Plaintiffs wish to retain or call lay witnesses they must do so in accordance with the will-say rules. The Plaintiffs have revealed themselves to be in breach of the will-say rules, and they have repudiated those rules and refuse to either retain or call witnesses in a way that complies with those rules. That is the crux of the dispute over will-says.

[33] However, the matter does not end there because, in order to repudiate the will-say rules and to try and dissolve the connection between will-say disclosure and ambush rulings at trial, the

Plaintiffs have engaged in repetitive abusive conduct that I have dealt with in previous reasons and orders. The present decision by the Plaintiffs to close their case now sheds further light upon that conduct.

[34] As far as the Court is concerned, however, notwithstanding that it has had to deal repeatedly with abuse of process issues, the major contentious issue between the parties to date has been the connection between will-say disclosure and ambush rulings at trial. In a series of decisions and rulings the Court has attempted to have the Plaintiffs respect the disclosure requirements established by previous decisions and rulings, and the inevitable connection between will-say disclosure and ambush rulings at trial, and to have the Plaintiffs remain faithful to the representations and assurances they gave to the Court and the other participants that they would work within the will-say rules and that they wanted “to proceed on that basis” and have the other participants comply in the same way. The Plaintiffs lost their lay witness because, in the end, they refused to keep this commitment and revealed themselves to be leading witnesses in breach of Court orders and rulings, and refused the further opportunity offered to them by the Court to both retain and call all of their witnesses in accordance with the will-say requirements. Having elected to lose their witnesses, the Plaintiffs have now abruptly closed their case in a way that leaves entirely unanswered some very serious questions about why the Plaintiffs would make such an election and then bring these proceedings to a sudden halt.

The Plaintiffs' Preferred Procedure

[35] During my tenure as trial judge, the Plaintiffs have made two strenuous attempts to abort the proceeding and return to the pre-trial discovery stage in a way that would allow them to avoid years of decisions and rulings, in both the Federal Court and the Federal Court of Appeal, that have gone against them and that have constrained the ways in which they can conduct these proceedings. Their recent rejection of the will-say rules resulting in the loss of their lay witnesses and their subsequent decision to close their case have to be seen in the full context of that preferred procedure.

[36] The Plaintiffs' 2005 Bias Motion was an attack upon the Federal Court as an institution and upon the ways that Justices Hugessen and Russell have handled these proceedings.

[37] In the case of my own role as trial judge, the Plaintiffs' Bias Motion contained a personal attack, the full consequences of which I have yet to deal with. Those consequences had to be set aside to be dealt with at a later date because they were threatening to subvert the whole trial process and obliterate the rights of the parties, including the rights of Plaintiffs.

[38] I found the Bias Motion to be entirely groundless and unwarranted and I awarded enhanced costs against the Plaintiffs for various reasons, including the fact that the materials they submitted for that motion were intended to "intimidate the Court and subvert the judicial process itself in order to evade the consequences of adverse rulings and orders"

[39] After calling eight lay witnesses at trial, the Plaintiffs began a mistrial initiative that was also without merit. Its purpose, they eventually revealed, was to abort the trial and return the proceedings to the discovery stage. That mistrial initiative was premised upon the unsupportable and unsubstantiated accusation that the Court, notwithstanding its own statements to the contrary, was using the Plaintiffs' will-says as "a legal ground for the exclusion of relevant admissible evidence." When it was pointed out to them that such an assertion was entirely inconsistent with their "position" that they had produced will-says that met the synoptic disclosure standards, the Plaintiffs did not deny that it was inconsistent. They simply shifted ground and accused the Court of excluding evidence by using a "comprehensive and detailed" standard of disclosure for will-says to exclude their evidence. The Mistrial Motion was groundless, not only because it contained unsubstantiated allegations that were contrary to the record, but also because, if the Plaintiffs had indeed produced standard-compliant will-says as they alleged, then there could be no problem with the exclusion of evidence at trial as a result of ambush. The Plaintiffs were simply trying to blame others for problems that were of their own making.

[40] And now, after being given a further opportunity to both retain and call all of their lay witnesses if they would live by the spirit and intent of the will-say rules, as they had previously assured the Court and the other participants that they would, the Plaintiffs have both refused to retain and call witnesses in accordance with those rules and have closed their case in order to seek a re-trial of these actions from the Federal Court of Appeal.

[41] One thing, at least, is now clear as a result of the Plaintiffs' mistrial initiative and their subsequent decision to close their case: they are obviously not interested in bringing before this Court the case that was disclosed in their will-says in accordance with the disclosure standards. But on January 7, 2005 that was precisely what the Plaintiffs assured the Court and the other participants that they did want to do, and the discrepancy between those two contrary positions has not been explained to the Court.

[42] Looked at in the context of these proceedings as a whole, the Plaintiffs' cumulative decision to breach the disclosure requirements, repudiate the will-say rules, and close their case suggests that they are no longer interested in presenting the case that they assured the Court and the other participants they had presented through the service of will-say statements "in accordance with the way in which the Court has permitted the Plaintiffs to present their case" on January 7, 2005.

Abuse Issues

[43] The findings of abuse, although real enough, and the sequence of events that came about as a result of the Mistrial Motion and its aftermath, should not be allowed to confuse the real procedural bone of contention that has finally led the Plaintiffs, ostensibly at least, to close their case at this point in the proceedings.

[44] The Plaintiffs' abusive conduct during trial has, primarily, been aimed at disconnecting will-say disclosure from evidence at trial when ambush is raised as an objection. By the time of the

Mistrial Motion the Plaintiffs had made a full assessment of the ways in which will-say disclosure was coming into play when ambush was raised. That is why the Mistrial Motion contained an unequivocal repudiation of the relevance of will-say disclosure to ambush rulings at trial. However, abuse aside, the Plaintiffs have not adequately explained why will-says cannot, or should not, be referred to when ambush becomes an issue at trial. They have not explained why will-say statements are not relevant or are not connected to ambush issues.

[45] The Plaintiffs have not argued – or justified on any legal or logical basis – that ambush cannot be used as a ground for the exclusion of relevant evidence. The Plaintiffs have, in fact, used ambush themselves as a ground for excluding relevant evidence that they did not want on the record. Their position appears to be, rather, that there can be no connection between will-say disclosure and evidence at trial. Will-says have been connected to evidence at trial in these proceedings only when ambush has been raised as an objection which, as the Plaintiffs have themselves previously argued before the Court, is the appropriate way to use will-says.

[46] The Plaintiffs have not satisfactorily explained how will-says could possibly be disconnected from evidence in the context of an ambush ruling. As the Court has ruled, when ambush comes up, the whole record is available to either side to demonstrate whether or not real ambush has occurred. That record includes will-say statements.

[47] For the Plaintiffs to argue that there is no connection between will-say disclosure and the exclusion of relevant evidence at trial in these proceedings is to argue that, in effect, when the

Crown raises ambush as a ground of exclusion, the Plaintiffs can refer the Court to the entire record to demonstrate that no real ambush has occurred but the Crown cannot refer to the relevant will-say to try and demonstrate that it has. The Plaintiffs have not satisfactorily explained how such a paradoxical imbalance could be justified or allowed to prevail in these proceedings. They have argued that disclosure throughout the record as a whole obviates ambush, but they have not explained why will-say disclosure standards have no connection to the ambush issue, and they have been given full opportunity by the Court to refer to the rest of the record to establish that no real ambush has occurred whenever a particular objection to evidence based upon ambush has arisen.

[48] The Plaintiffs are aware of the fallacy in their position even though they have declined to address it. Instead, they have sought to avoid the problem by asserting (but not attempting to substantiate) that the Court has used will-says “as a legal ground of exclusion of relevant admissible evidence” in order to foreclose on the Plaintiffs’ “opportunity to adequately state their case” and then, when the contradictory nature of that position was pointed out to them, they have resorted to the unsubstantiated accusation that the Court has, in some clandestine and undeclared way not reflected in its rulings, used a “comprehensive and detailed” standard of will-say disclosure to “foreclose” (later changed to “compromise”) the Plaintiffs ability to adequately state their case. At the same time, their own legal counsel has revealed the real cause of the Plaintiffs’ problems in his confirmation that, when the Plaintiffs’ will-says are examined against the synoptic standards set by the Court, there is a deficiency in terms of disclosing what witnesses are going to say.

Proving and Stating their Case

[49] At no time have the Plaintiffs alleged or demonstrated that the will-say rules prevent the Plaintiffs from proving their case, and, as the Court has pointed out in previous decisions and rulings, the connection between stating and proving their case in the context of these proceedings remains unexplained and unsubstantiated. In fact, the Plaintiffs' recent allegations that the will-say rules, and Court rulings based upon them, have somehow "compromised" the Plaintiffs from adequately stating their case are inconsistent with the Plaintiffs' earlier assurances that they had presented their case through their will-says and wanted to proceed on that basis.

[50] These unsubstantiated allegations have been used to conceal the basic fallacy at the centre of the Plaintiffs' repudiation of the will-say rules (not disclosed until the trial) and their failure to explain how will-say disclosure can be disconnected from ambush considerations at trial.

[51] The Plaintiffs have also used abusive conduct, identified by the Court in previous decisions and rulings, to mask the fallacies of their position and their failure to explain or justify how or why will-say disclosure can be disconnected from ambush issues at trial.

The Real Issue

[52] Behind all of their tactics, however, the real issue remains unexplained and unjustified. That issue is the Plaintiffs' breach of the disclosure requirements for will-says, their repudiation of any

connection between will-say disclosure and ambush issues at trial, and the Plaintiffs' refusal to proceed with the presentation of their case (both in terms of retaining witnesses already called, and calling further witnesses) in accordance with past decisions and rulings of the Court that establish the will-say rules.

[53] There is no doubt that the Plaintiffs could have continued these actions and called any or all of their lay witnesses in accordance with the will-say rules they had earlier confirmed. In fact, that is how matters were proceeding until the Plaintiffs, after calling eight lay witnesses, rose in Court and "unequivocally" repudiated any connection between will-say disclosure and evidence at trial, accused the Court of excluding evidence in a way that was not disclosed in the Court's rulings, revealed that they were in breach of Court decisions and rulings regarding will-say disclosure, and then attempted to abort the trial by securing a mistrial. No one asked the Plaintiffs to take such drastic action. The Court declined to grant a mistrial and made it clear that the Plaintiffs could continue to retain and call their lay witnesses if they would do so in accordance with the will-say rules. The Plaintiffs declined to continue on that basis and now they have brought their case to a close without calling any further evidence at all.

[54] In 2004/2005, the Plaintiffs assured the Court and the other participants that they had produced will-says that met the disclosure standards and that, on the basis of those will-says, they had presented their case and wanted to proceed on this basis.

[55] In April 2007, the Plaintiffs rose in Court and announced, in effect, that on the basis of the same will-says they would not be able to state their case adequately if they were held to the will-say rules.

[56] The Plaintiffs' will-says have not changed between 2004/2005 and 2007 except that those portions dealing with broad self-government claims have been excluded because the Court has found that broad self-government claims were not encompassed by the pleadings. So all that has changed is that broad self-government has been removed as an issue from the claims. The Plaintiffs have not referred to this factor as having any bearing on their decision to repudiate the will-say rules and close their case. In fact, they have confirmed on the record that if the Court applies the will-say rules in the way it has applied them when dealing with ambush, this will not prevent the Plaintiffs from proving their case. And yet they have declined to retain or call lay witnesses on the basis of those rules.

[57] In September, 2007 the Plaintiffs declined to provide the reassurances of compliance ordered by the Court and retain lay witnesses already called, or call new lay witnesses, in accordance with the will-say rules which, back in 2004/2005, they said had allowed them to present their case in the way they wanted to proceed. The September 2007 decision has now been quickly followed in January 2008 by a decision by the Plaintiffs to close their case.

[58] At no time have the Plaintiffs offered an explanation as to how, or why, if the Plaintiffs had wanted to present the case outlined in their pleadings to the Court, they could not have done so on

the basis of will-says which, as they assured the Court and the other participants in 2004/2005, presented their case in the way they wanted to proceed.

[59] In the absence of any such explanation, and as a result of other inconsistencies, obstruction and ambiguities referred to elsewhere, the Court cannot accept the reasons put forward by the Plaintiffs for closing their case at this time as either an explanation or substantiation for such a decision.

Summary

[60] On the basis of what the Plaintiffs have revealed or stated before the Court to date on the issue of will-says and their role in these proceedings, as well as what the Plaintiffs have refused to explain or reveal, the decision by the Plaintiffs to close their case at this point and pursue an appeal to the Federal Court of Appeal leads to the following conclusions and findings:

- a. The Plaintiffs are in breach of Court decisions and orders to produce standard-compliant will-says for their lay witnesses, and they are also in breach of their own representations to the Court and the other participants that they have done so. These breaches follow previous breaches of Court orders and decisions dealing with will-says;
- b. The Plaintiffs have repudiated the will-say rules under which they were allowed (following their breaches of Court orders) to bring forward their lay witnesses, which

repudiation is also a breach of their former representations to the Court and the other participants that they were working under the rules and had “presented their case through the service of will-say statements ... in accordance with the way in which the Court has permitted the Plaintiffs to present their case, and we want to proceed on that basis” The closure of their case comes at a time when they have said, on the record, that “unequivocally ... the Plaintiffs do not understand nor do they accept the use of will-says at trial ... to exclude relevant, admissible evidence called by either party” and that “the acceptance of a standard of will-says in pre-trial disclosure and the Plaintiffs’ efforts to comply with that standard is ... unrelated to the admissibility of evidence at trial”;

- c. The Plaintiffs have refused to come forward with any solution to their own breaches that will allow them to proceed in a way consistent with the will-say rules established for these proceedings, and they have obstructed the Court’s attempts to find a solution that will allow them to preserve and call all of their lay evidence in a way that is consistent with Court decisions and rulings;
- d. The Plaintiffs have declined to accept further concessions from the Court that, notwithstanding their breaches of Court orders and their own representations regarding compliance with will-say disclosure requirements, they both retain witnesses already called, and call future lay witnesses, on the basis that what is

actually disclosed in a will-say be treated as disclosure in accordance with the Court-defined standards for purposes of preparation and cross-examination by the other side;

- e. Notwithstanding their repudiation of the will-say rules, the Plaintiffs have asserted that they can “prove” their case if the Court applies those rules as they have been applied in Court rulings on ambush;

- f. According to the Plaintiffs, the only way the will-say rules might impact the presentation of the Plaintiffs’ case is that “the exclusion of relevant evidence has compromised their ability to adequately state their case.” This statement can only have meaning for the eight lay witnesses already called (“has compromised”) because the Court has not heard future witnesses, has made no rulings concerning the evidence of future witnesses, and the Crown has raised no objection to the evidence of future witnesses, so that the impact of the will-say rules upon the evidence of future lay witnesses and the way that any sustainable objections might impact the Plaintiffs’ ability to adequately state their case (whatever that might mean) is entirely unknown and unsubstantiated;

- g. The Plaintiffs have declined to explain or substantiate what “relevant evidence” may have been excluded that may have “compromised their ability to adequately state their case even though they can still “prove” their case, and they have failed to explain or substantiate the relationship, in the context of these proceedings, between stating their

case and proving their case. If what they mean is that, as a result of the Court's ambush rulings to date, some relevant evidence has been excluded, they have (after being asked to do so) failed to explain or substantiate what that relevant evidence might be or how it could impact the outcome of these proceedings in the context of the panoply of additional evidence the Plaintiffs have told the Court they also planned to introduce;

- h. The Plaintiffs' decision to repudiate the will-say rules and not to proceed with the trial under those rules is made on the basis of an unexplained and unsubstantiated position that the rules have "compromised their ability to adequately state their case," even though they can prove their case under those rules. This unexplained and unsubstantiated "position" is inconsistent with the Plaintiffs' prior representations concerning the production of disclosure-compliant will-says and their assurance to the Court and the other participants that they had "presented their case through the service of will-say statements" and that they wanted to "proceed on that basis";
- i. The inconsistencies in the Plaintiffs' different "positions" before the Court have been brought to the Plaintiffs' attention, but they have declined to explain or address them in any acceptable way. See, for example, my efforts in this regard at paragraph 424 of my reasons of June 19, 2007;

- j. If the Plaintiffs had produced standard-compliant will-says that allowed them to present their case in January 2005, when they assured the Court and the other participants that they wanted to proceed on this basis, the Plaintiffs have offered no explanation or substantiation regarding how, in 2007/08, those same will-says could either prevent them from proving their case or from adequately stating their case (whatever that might mean), or why, if the will-say rules allowed them in January, 2005 to present their case in the way they wanted to present it, the situation could have changed in 2007/08 when the Plaintiffs were using the same will-says and made their decision to repudiate the will-say rules and to close their case. The Plaintiffs have declined to explain how the connection between will-say disclosure standards and evidence at trial, which the Plaintiffs now so “unequivocally” repudiate, could have any significance or impact upon their presenting their case to the Court if their January 7, 2005 statement were correct;
- k. The Plaintiffs, in closing their case at this time, have left the Court with two contradictory positions and with no idea of which “position” can be connected to an underlying reality. In January 2005 they assured the Court that they had presented their case through their will-says and they wanted to proceed on that basis. In 2007 they have told the Court that the will-say rules will compromise their ability to adequately state their case, and that they “unequivocally” reject those rules;

1. The Plaintiffs have been asked to explain these discrepancies (as well as others). They have refused to provide any acceptable explanation, and now they have closed their case without having done so.

TIMING AND OTHER CONCESSIONS

[61] The Plaintiffs' decision to repudiate the will-say rules and to close their case must also be seen in the context in the extensive amount of time and other concessions they have received to ensure that they have had a full and fair opportunity to present their case before the Court.

[62] One of my first tasks as trial judge was to find a way to deal with the Plaintiffs' breach of Justice Hugessen's Pre-Trial Order of March 26, 2004 and their failure to produce will-says by the deadline set in that order.

[63] The Crown asked the Court to simply strike the Plaintiffs' lay witnesses and proceed to trial on the basis of the other evidence that includes the record of the first trial. The Plaintiffs were not helpful in their own response and came up with no "workable solution" to the problems that their breach had caused for the timing and conduct of the trial. As they did later at the trial, they simply insisted that the proceedings go ahead notwithstanding their own breaches of Court decisions.

[64] The Court rejected the approaches of both the Plaintiffs and the Crown and tried to move the proceedings along by:

- a. Clearly setting out the synoptic standards for will-say disclosure; and
- b. Giving the Plaintiffs the time they said they needed to produce will-says for the lay witnesses they wanted to call in accordance with those standards.

[65] The Plaintiffs later confirmed to the Court that they had produced will-says that met the standards set by the Court, and there has been nothing to substantiate that the Plaintiffs have been prevented from producing will-says that met the synoptic standards set by the Court for any lay witnesses they wanted to call;

[66] The *de bene esse* hearing for Ms. Florence Peshee in December, 2004 gave the Plaintiffs a full opportunity to see how will-says would come into play when ambush became an issue at trial. The Plaintiffs themselves utilized the general principles that connect will-say disclosure to evidence at trial and secured the exclusion of relevant evidence based upon a claim for ambush. They emphasized that proper notice was the issue and that it was important that “both sides” have proper notice.

[67] But the Peshee hearing is also important because the Court went out of its way to ensure that what took place there in terms of will-says and evidence was acceptable to all participants, including the Plaintiffs. The Court asked the Plaintiffs to check their will-says for any problems in light of what had been established at the Peshee hearing and to get back to the Court in a timely manner.

The Plaintiffs confirmed to the Court that they would do this. So the Plaintiffs were given another opportunity to review their will-says and get back to the Court with any problems.

[68] Following the Peshee hearing, the Plaintiffs confirmed to the Court and the other participants that they had presented their case through their will-say statements in the ways laid down by the Court, and they confirmed that they wanted to proceed with their actions on this basis.

[69] The first indication of a possible problem over will-says that the Court had was the Plaintiffs' allegations in their Bias Motion in 2005 that the Court had somehow colluded with the Crown to ensure that the Plaintiffs had not received the time they needed to produce their will-says. But there was no repudiation of the will-say rules or the connection between will-say disclosure and evidence at trial at that time. Given the actual record and what it revealed, the Plaintiffs' allegations of collusion were groundless, to say the least, and I have dealt with them at length elsewhere. But they are very revealing in other ways that do not favour the Plaintiffs:

- a. They show that at the time when the Plaintiffs had reassured the Court and the other participants that they had produced will-says that complied with the disclosure standards, and that they wanted to proceed with the presentation of their case on this basis, they were also planning a groundless Bias Motion in which they would allege, *inter alia*, that the Court had colluded with the Crown to ensure that they did not have the time to produce the will-says that they needed;

- b. They reveal that the Plaintiffs already knew that their representations before the Court concerning standard-compliant will-says were not correct, and that, instead of coming forward in the way the Court had asked at Peshee to resolve any such problems, the Plaintiffs decided to begin blaming the Court for creating problems that the Court could not possibly know about if their representations to the Court were true i.e. “[The will-says] comply with all the requirements, My Lord, that your Lordship indicated. In fact they go even further, they are extremely detailed.”

So, in retrospect, the Bias Motion reveals that not only did the Plaintiffs know they had problems with will-say disclosure, they also knew those problems – particularly given what had happened at the Peshee hearing – could cause difficulties at trial. Yet instead of dealing with these problems in the way they had assured the Court they would, they left their own representations regarding compliance with the disclosure standards and their commitment to the rules on the record.

[70] As a result of what the Bias Motion revealed about the Plaintiffs’ approach to these proceedings and their attitude towards the Court, I concluded that the legal process had, in fact, broken down and the Plaintiffs were simply subverting civil procedure in abusive and totally unacceptable ways. The Plaintiffs’ response to the problem was to appoint new lead counsel and in July, 2005, Mr. Molstad and his immediate team from Parlee McLaws LLP entered the picture.

[71] The Plaintiffs then asked for significant amounts of additional time for their new lead counsel to come up to speed and review the whole file. Notwithstanding the fact that previous

counsel (Mr. Healey and Ms. Twinn) remained part of the team, and notwithstanding resistance from the Crown concerning the amount of time requested, the Court moved the commencement of the trial proper ahead to January 2007 in order to accommodate the Plaintiffs.

[72] The Plaintiffs' new counsel indicated that part of their review involved looking at the Plaintiffs' will-say statements. They indicated that they might even bring a motion to deal with the role and use of will-says at trial. So, obviously, this was an issue that was carefully reviewed by the Plaintiffs over a long period of time.

[73] As the date for the commencement of the trial began to loom again, the Court set a deadline for the bringing of any such motion and the Plaintiffs indicated they would not be bringing a motion about will-says and their role and use at trial.

[74] That decision, of course, was made against the background of what had transpired to that time, including the Court's telling the Plaintiffs at the Peshee hearing to review their will-says in light of what had happened at Peshee and to get back with any problems in a timely manner before the trial.

[75] But after being given a significant stretch of time to review their will-says and consider any problems and ways to deal with them, the Plaintiffs chose to leave things as they were and they brought all participants into trial on that basis.

[76] After calling eight witnesses at the trial, the Plaintiffs stood up and began the irregular initiative that became the Mistrial Motion. As part of that initiative they revealed in Court that they had not, in fact, produced will-says that meet the disclosure standards and that they “unequivocally” repudiated any connection between will-say disclosure and evidence at trial.

[77] Significantly, however, they tried to establish their new position on will-says as though their earlier representations before the Court on compliance and connection with evidence at trial just did not exist. No cogent explanation for the inconsistencies has been offered and the Court has been met with an obstructive refusal to deal with them when the Court asked for specifics and an explanation.

[78] As this background shows, the Plaintiffs have been given all the time they asked for to produce the will-says they needed to present their case before the Court. They have confirmed to the Court that this was done. They have been given additional time and encouragement following Peshee to review the situation on will-says again and to get back to the Court with any problems before trial. They have no excuse whatsoever for any deficiency in their will-say disclosure and for bringing all participants into trial with will-say problems unresolved.

[79] And after being given generous concessions of time and relief from their own breaches of Court orders, the Plaintiffs have now both repudiated the will-say rules and closed their case.

[80] Needless to say, any problems about will-says should have (and the Court was told had been) dealt with years ago. There has been nothing to stand in the way of the Plaintiffs complying

with the will-say disclosure requirements in the way that they once assured the Court they had complied. And if they had complied then there could be no problems at trial over ambush issues and no reason whatsoever why the Plaintiffs would need to attack and repudiate the will-say rules and, when that attack failed, close their case.

[81] Once again, the Plaintiffs' failure to offer the Court any cogent explanation for the problems that have arisen, given the time and the opportunities they have been given, renders their present reasons for closing their case entirely unsatisfactory and unsubstantiated.

THE OFFERED EXPLANATION

[82] The Plaintiffs have offered the following principal reason for closing their case at this time:

Mr. Molstad: Now, My Lord, as the Court and all of the participants in these proceedings are aware, the plaintiffs recently attempted to appeal Your Lordship's rulings and orders of September 11th, 2007, August 9th, 2007 and June 19th, 2007 to the Federal Court of Appeal.

The effect of these decisions are (*sic*), in our submission, unprecedented, as they – as you and the participants are aware, they strike the evidence from the record of eight witnesses who testified commencing January 30th, 2007, and ending April 25th, 2007, and they, of course, further prohibit the plaintiffs from calling 17 other lay witnesses. And as we believe the Court and the participants are aware, many of these witnesses are elders whose oral history, of course, will not be heard by this Court.

We submit, My Lord, that the importance of oral history in a case involving Aboriginal title, Aboriginal rights, and treaty rights cannot be overstated. And as we have submitted previously in the Plaintiffs' response to the Court's direction of October 31st, 2007, which was submitted November 14, 2007, the Plaintiffs' respectful submission

at that time was that the exclusion of all of the evidence already given by lay witnesses and elders and the September 11th, 2007, order prohibiting the plaintiffs from calling future lay witnesses and elders will prevent the plaintiffs from adducing relevant, probative, and corroborative evidence.

This, of course, will have a detrimental affect on the plaintiffs' ability to prove their case. It will also, in our respectful submission, prevent the plaintiffs from adequately stating their case and, as we had submitted respectfully previously, will result in an unfair trial.

[83] For purposes of clarification, I think the Court is obliged to say that the reasons given by the Plaintiffs for closing their case at this point in the proceedings do not accord with the Court's understanding of what has happened to date and with what the record reveals.

[84] The Plaintiffs are now saying that the Court must simply accept as a given something that the Plaintiffs have refused to explain or substantiate, i.e. that the Court has somehow compromised their ability to adequately present the case they want to present before the Court. The Court has nothing before it to support such a position either in terms of consistent statements regarding the role and use of will-says at trial or any substantiation of the impact of Court decisions and rulings upon relevant evidence, but it has much before it to suggest that such a position cannot be accepted without a full explanation and substantiation. The Court has done nothing to prevent the Plaintiffs from presenting the case they assured the Court they wanted to present in accordance with the will-say rules. It is the Plaintiffs who have chosen not to present their case in accordance with those rules and who have now closed their case without substantiating any of their claims regarding impact. The Court's order of August 9, 2007 ordered the Plaintiffs, "subject to satisfying the Court concerning the compliance of their will-says as indicated" to "proceed to call their witnesses"

[85] The Plaintiffs are also leaving out of account that it was the Plaintiffs who made strenuous efforts to terminate the trial after they had called only eight witnesses based upon a mistrial initiative the basic premise of which was that it was unfair that their witnesses were only being allowed to say what the Plaintiffs had assured the Crown they would say. The Plaintiffs wanted the trial to end, but they could find no good reason to justify that result. And the reason they wanted it to end was, ostensibly at least, that their will-say disclosure was preventing them from presenting the case they wanted to present. When the Court ruled that there was no good reason to end the trial, the Plaintiffs went on to make it clear that they would not retain or call witnesses in accordance with the will-say rules.

Unprecedented

[86] There is no evidence before the Court that the “the effect of these decisions are (*sic*) ... unprecedented” The Plaintiffs put forward a “position” which they make no attempt to substantiate, either factually, or in terms of legal precedent or principle.

[87] If there is some problem in the Court striking witnesses, then the Plaintiffs made no such argument on principal or authority in their PL20 response. The Plaintiffs were told what would happen to their witnesses if they did not provide the reassurances or compliance requested by the Court. The Plaintiffs represented to the Court and the other participants that “the Plaintiffs have properly responded to the matters raised in the Court’s Consequential Reasons for Order and Order

dated August 9, 2007.” So the only issue that the Plaintiffs placed before the Court, and that the Court had to decide on September 11, 2007 was whether the Plaintiffs had “properly responded” in accordance with their August 28, 2007 representation to that effect.

[88] As the Plaintiffs made clear in their August 28, 2007 letter, they were in agreement with moving forward on the basis of the Court’s August 9, 2007 reasons and order because the Plaintiffs said they were “prepared to call their next lay witness when the trial resumes on September 4, 2007, and we seek the Court’s direction in this regard.”

[89] Had the Court decided that they had “properly responded,” the Plaintiffs were obviously willing to proceed on the basis of the August 9, 2007 decision and the answers contained in their PL20 response. Having represented this position to the Court, and having made it clear that the Plaintiffs relied upon the adequacy of their own response, the Plaintiffs can hardly complain now that what happened was “unprecedented.” They were told what was going to happen, they were advised of the inadequacies in their response, they were told to be careful, and they chose not to provide the response that would have satisfied “the Court concerning the compliance of their will-says” And this is because the Plaintiffs elected to stay with the positions they had stated earlier i.e. that all of their will-says were compliant with Court decisions and rulings (even though the Court has found they were not), and that they “unequivocally ... do not understand nor do they accept the use of will-says at trial ... to exclude relevant, admissible evidence” and that “the acceptance of a standard of will-says in pre-trial disclosure and the Plaintiffs’ efforts to comply with that standard is ... unrelated to the admissibility of evidence at trial.”

[90] Instead of providing an overt rejection of the assurances of compliance the Court had ordered, they provided the semblance of an answer that they hoped would allow them to retain and call their witnesses but which would, at the same time, preserve their previous positions. That is why they represented in their August 28, 2007 letter that they had “properly responded.” As the full context reveals, to the Plaintiffs, a proper response means one that preserves their repudiation of the will-say rules and which also allows them to retain their witnesses. They wanted to have it both ways. But the trouble with trying to have it both ways is that the result is inevitable if the Court is asking for something else entirely. And what the Court asked for was confirmation that the Plaintiffs had complied with the will-say disclosure requirements so that the actions could go forward in a way that was consistent with Court decisions and rulings on will-says. They were told what would happen if they did not provide that confirmation and they made their choice.

[91] The Plaintiffs appear to be saying now that it doesn’t matter what they did that led to the striking of their witnesses, the Court just cannot strike witnesses. But they provide no rationale or authority for such a position. And as the Plaintiffs have clearly demonstrated, without the threat of extraordinary sanctions, they are quite prepared to go on defying and ignoring Court decisions, directions and rulings.

[92] In addition, there is indeed a precedent for striking witnesses that is highly germane to these proceedings, and it is one that the Plaintiffs are very familiar with. In 2004, the Court struck approximately 150 lay witnesses that the Plaintiffs said, at that time, they would be calling at trial

because of the Plaintiffs' failure to produce will-says for those witnesses in accordance with Justice Hugessen's Pre-Trial Order of March 26, 2004.. The Plaintiffs did not appeal the Court order that struck their proposed witnesses. Those witnesses had not given evidence. But the only reason that the Plaintiffs first eight witnesses were allowed to take the stand at the trial was because the Plaintiffs had represented to the Court and the other participants that standard-compliant will-says had been produced and served for those witnesses. The Plaintiffs cannot be allowed to breach Court orders, call witnesses on the basis of misrepresentations, and then retain those witnesses once it comes to light that breaches have occurred that would have prevented those witnesses being called in the first place. The Plaintiffs accused the Court of foreclosing on their ability to adequately state their case because the Court was using the will-say "as a legal ground for the exclusion of relevant admissible evidence." This statement was not correct but it revealed that the Plaintiffs had not, in the will-says for the eight witnesses already called, disclosed in accordance with the synoptic standards what the Plaintiffs now wanted to introduce as evidence to adequately state their case. They were confirming their own breach, which they then went on to confirm in other ways. And the Plaintiffs were first given a full opportunity to rectify those breaches and misrepresentations before the witnesses were struck, and they were fully warned of what would happen if they did not confirm that their witnesses had been called in accordance with the will-say rules. The election that was put to the Plaintiffs was an inevitable consequence of what had occurred in 2004. It was, in fact, a return to the position that existed in 2004 when all of the Plaintiffs' witnesses were struck because the Plaintiffs had breached a Court order concerning will-says. It must not be forgotten that the Court has been hearing two separate actions. Under T-66-86A, Sawridge Band has not called any witnesses. No evidence of theirs has been struck. Their lay witnesses merely reverted to the position

they were in in 2004 when they were struck for the first time pending the production of standard-compliant will-says. Sawridge said in their PL20 response that all of their will-says would be found to be deficient. So this automatically meant a reversion to the 2004 situation. It was only Tsuu T'ina First Nation who had called witnesses under T-66-86B who needed to confirm that disclosure had been compliant with Court decisions and rulings so that the evidentiary record could have remained intact.

[93] As regards witnesses not called, the Plaintiffs themselves, in their PL20 response, indicated that they were “also considering whether they intend to call all of the witnesses identified above.” So all future witnesses remained proposed witnesses only and occupied the same status as witnesses struck in 2004 under Court orders that the Plaintiffs have not challenged. As in 2004, the Plaintiffs were given the opportunity to call witnesses for whom they had produced will-says that met the synoptic disclosure standards. But after telling the Court that all of their will-says were compliant with disclosure standards, as soon as they realized they would have to demonstrate the reality of this “position,” they then said that the will-says for future witnesses would all be found deficient. And they did not take up the Court’s concession to treat what was disclosed in accordance with the standards as compliant disclosure of what a witness would say. It would be entirely inconsistent if witnesses struck in 2004 for deficient disclosure could be called at trial in breach of Court orders and rulings compelling disclosure in accordance with the synoptic standards. In striking witnesses, the Court was merely acting in a way that was consistent with previous Court decisions and rulings and a process the Plaintiffs had long ago accepted.

Impact

[94] The Plaintiffs say that they have been prevented “from adducing relevant, probative, and corroborative evidence”:

This, of course, will have a detrimental effect on the plaintiffs’ ability to prove their case. It will also, in our respectful submission, prevent the plaintiffs from adequately stating their case and, as we had submitted respectfully previously, will result in an unfair trial.

[95] There is no doubt that the Plaintiffs could have retained their lay witnesses by a simple confirmation of compliance with the will-say disclosure requirements in the way ordered by the Court. As there is no reason or excuse for the Plaintiffs to be in breach of those requirements, or for the Plaintiffs not to provide the confirmation ordered by the Court, the loss of any evidence is the sole responsibility of the Plaintiffs.

[96] The Plaintiffs have confirmed on the record that the will-say rules, and Court rulings on ambush that referred to will-says, would not prevent them from proving their case. They have repudiated the will-say rules on the sole ground that they “compromise” the Plaintiffs’ ability to state their case, although they have neither explained this concept fully or substantiated it in the present context, and they have not explained the inconsistency with their earlier reassurance that they had presented their case in their will-says in accordance with the rules and wanted to proceed on that basis.

[97] So, in the end, the Plaintiffs chose not to provide the confirmations of compliance ordered by the Court on the basis of an unexplained and unsubstantiated assertion that the will-say rules compromised their ability to state their case, even though they did not prevent them from proving their case.

[98] When the Court directed the Plaintiffs on July 5, 2007 to explain why the Plaintiffs' will-says were deficient and why they did not allow the Plaintiffs to adequately state their case, the Plaintiffs refused to provide the explanation requested and denied the Court the opportunity to assess whether and to what extent this inconsistent assertion by the Plaintiffs might be true.

[99] In their refusal to either fully explain the concept in its applicability to the facts of this case, or substantiate its impact upon the Plaintiffs' ability to prove their case, the Plaintiffs have deliberately obstructed and denied the Court the opportunity to assess the impact of the will-say rules and the Court's rulings upon their ability to present their case before the Court. They cannot, therefore, legitimately offer, and expect the Court to now accept that there is some established ground for their decision not to retain and call their lay witnesses in accordance with the will-say rules, and then to close their case.

[100] In not retaining or calling witnesses in accordance with the will-say rules, and in closing their case, the Plaintiffs have removed all means of determining whether either the will-say rules, or the loss of their witnesses, can or will have any impact upon the Plaintiffs' ability to either prove or state their case. They merely assert, "of course," that it will have a "detrimental effect" upon their

ability to prove their case and will prevent them from adequately stating their case, whatever they may mean by that concept.

[101] But there is no “of course” about it. The Plaintiffs have lost their lay witnesses because they will not lead their evidence in accordance with the will-say rules. That was their choice. Having denied the Court the explanation and information it requested to assess how the will-say rules and Court rulings based upon them could have impacted the Plaintiffs’ ability to state their case, the Plaintiffs have now deprived the Court of any opportunity to assess what impact the loss of their lay witnesses might have upon their ability to either prove or state their case.

[102] If the excluded oral history evidence has the importance that the Plaintiffs now ascribe to it, then it is implausible that they would elect to have their witnesses struck in a situation where, by their own account, compliance with the will-say rules would have allowed them to prove their case and all they had to do to retain or call any of their lay witnesses was confirm their own position and give the Court the assurances it needed concerning compliance. The Plaintiffs have not explained why they did not provide the Court with confirmation of their own “position” that they had met the disclosure requirements set by the Court in the way requested by the Court, and then both retain and call witnesses on that basis. Nor have they explained why will-say rules that allowed them to present the case they wanted to present in 2004/05, somehow compromised their ability to state their case at trial in 2007.

[103] As regards the eight witnesses already called, the provision of the assurances of compliance with previous decisions ordered by the Court would have preserved the evidentiary record intact and as it existed at that time. Rather than preserve that record intact, the Plaintiffs chose to preserve their “position” that there is no connection between will-says and evidence at trial, and their obviously untenable “position” that they had produced standard-compliant will-says for all of their witnesses. The choice was for the Plaintiffs to make.

[104] As regards future witnesses who were not called, the choice was, once again, entirely for the Plaintiffs to make. In this case, however, the Plaintiffs, after representing to the Court that all of their will-says were compliant, then went on, in their PL20 response, to inform the Court that “on the basis of previous Court rulings during trial excluding evidence, we expect that the will-say statements of all future lay witnesses will be found by the Court to be deficient.” The Plaintiffs then said they intended to call various named witnesses but that they were “considering whether they intend to call all of the witnesses identified above.” So there was no clear indication of who, or how many, of the named witnesses the Plaintiffs would eventually call, and there was certainly no indication that they would bring them forward on the basis of will-say compliance as the Court had ordered.

[105] The statement in their PL20 response that the Court would find their will-says deficient confirmed Mr. Molstad’s earlier advice to the Court that the Plaintiffs’ had produced will-says that were deficient in terms of the synoptic disclosure standards. However, paragraph 8 of the Court’s August 9, 2007 order did not ask the Plaintiffs to confirm their breach and then call their witnesses

anyway. Paragraph 8 said that witnesses should be called on the basis of the Plaintiffs' representations of compliance with the will-say disclosure rules:

8. All future law witnesses that the Plaintiffs are presently authorized to call are struck and shall not be called unless and until the Plaintiffs demonstrate to the satisfaction of the Court prior to calling any such witnesses that the will-say for that witness is a disclosure of what that witness will say made in accordance with the standards set by the Court.

[106] All that this required the Plaintiffs to do was establish the truth of their own assertion that all of their will-says were standard-compliant. And standard-compliant as the Court (not the Plaintiffs) had defined compliance. So as soon as it became evident to the Plaintiffs that the Court was actually going to look at their future will-says to check whether their representations of compliance were correct, the Plaintiffs said that, if the Court did this, it would find all of the will-says deficient. No explanation was provided as to why the Court would find will-says deficient if the Plaintiffs' "position" on compliance was correct.

[107] But, more important, an acknowledgment of deficiency was not what paragraph 8 called for. Paragraph 8 asked for notification of witnesses who would be called on the basis of compliance. Compliance could be achieved in two ways. Either the will-says were actually compliant because when they were originally produced they set out what a witness would say in accordance with the standards (the Plaintiffs confirmed that none of their will-says did this), or they were compliant because (as the Court had allowed in order to assist the Plaintiffs to call all of their lay witnesses) what was set out in a will-say could be treated as disclosure in accordance with the standards for purposes of the Crown's preparation and cross-examination. The Plaintiffs did not confirm

compliance in this sense either. What the Plaintiffs did was to confirm deficiency and then add the following:

However, we acknowledge that the Court's evidentiary rulings are binding on the Plaintiffs and that the will-say statements for each witness is therefore a disclosure of what that witness will be permitted to testify to.

[108] This was not the Plaintiffs taking the hand the Court has extended to them. It was a reiteration of the Plaintiffs' own mischaracterization of the Court's rulings that they had used as the basis for their Mistrial Motion. If the Court were to accept this as being compliance with paragraph 8, the Court would have to accept the Plaintiffs' mischaracterization of previous Court rulings that will-says have been used by the Court as a rule of evidence to confine "what witnesses will be permitted to testify to." The Court brought this problem in their response to the attention of the Plaintiffs but received no comfort or clarification.

[109] What a witness is "permitted to testify to" is not confined by what is disclosed in the will-say for that witness. A will-say will only come into play if the other side raises an objection based upon ambush. And even if such an objection is raised, the Plaintiffs can refer the Court anywhere in the record to show that real ambush, reasonably speaking, cannot have occurred.

[110] So this statement is, in fact, not an acceptance of the Court's helping hand, but rather a reiteration of the Plaintiffs' previous unsubstantiated accusation that the Court has used will-says as an exclusionary rule to confine what a witness "will be permitted to say."

[111] The Court has ruled that a witness can say anything that is relevant to the pleadings. If ambush is not raised, then it does not matter whether it is referred to in the will-say for that witness.

[112] The Court could not accept such a statement as a response to what the Court has asked for in paragraph 8.

[113] And there was no mistaking the Plaintiffs intention here because, in the conference call on September 4, 2007 that preceded the oral hearing, the Court brought this very problem to the Plaintiffs' attention. First of all, the Court warned the Plaintiffs that their paragraph 8 response was non-responsive.

I think I should indicate that the written response is not what paragraph 8 asked for. The Plaintiffs need to read paragraph 8 carefully and decide whether they can comply, because if they now bring witnesses forward in the wrong way, they must expect further costs consequences.

[114] In the same teleconference call, the Crown also told the Plaintiffs that “we view both paragraph 7 and 8 as not being compliant with your order”

[115] The Court then gave the Plaintiffs some of its preliminary concerns about their response to paragraph 8 and indicated how it would like the Plaintiffs to bring forward future witnesses and demonstrate how each will-say was compliant. The Court then came to specifics:

The second significant opening statement the plaintiffs make is as follows (quoted):

“However, we acknowledge that the Court’s evidentiary rulings are binding on the Plaintiffs and

that the will-say statement for each witness is therefore a disclosure of what that witness will be permitted to testify to.”

Of course. But that is not what paragraph 8 deals with. What a witness will be permitted to testify to depends on a great many factors that the Court has set out in its rulings and will be decided on an objection-by-objection basis if and when objections are raised.

Paragraph 8, on the other hand, says that – says that the plaintiffs, that before they call a future witness, the plaintiffs, because of their – their lack of sufficient response to assist the Court in understanding the contradictions of the past, the plaintiffs will have to demonstrate that the will-say for that witness complies with previous Court orders regarding standards and the representation I – these are not alternatives – that the plaintiffs have merely confirmed in their representations and assurances previously given by – by – by the plaintiffs to the Court that there has been compliance.

So I guess I anticipate – I had anticipated that the plaintiffs would produce the relevant will-say and show how it complies with the standards and the assurances; i.e., we will now look at specific documents. We will no longer deal in generalities, and I anticipate that the plaintiffs will attempt to show me how each will-say discloses what a will – what a witness will say in accordance with the synoptic standards set by the Court.

[116] So, once again, the Plaintiffs had full notice of the deficiencies in their response. They also had an indication from the Court (albeit only in a rough, preliminary form) that their response was not sufficient and that they should be careful, and that the Court would like to see the Plaintiffs bring their witnesses forward in a way that would qualify them in accordance with prior Court decisions and rulings regarding will-say compliance.

[117] Yet the Plaintiffs heeded none of this. They refused the hand that was offered them and, once again, they wanted to have both ways. They wanted to bring future witnesses forward, acknowledging that their will-says were deficient, but in no way modifying their unequivocal repudiation of the will-say rules or accepting that what had been disclosed in a will-say in accordance with the disclosure rules was what the Crown could use for purposes of preparation for cross-examination.

[118] It was the Plaintiffs' choice. They certainly had enough forewarning and encouragement to proceed in accordance with the rules and to understand what was wrong with their PL20 reply.

[119] It was open to the Plaintiffs at all material times to both retain witnesses already called, and call any future witnesses that would help them, if they would respect the will-say rules. But they chose to reject those rules with the inevitable consequences that were spelled out to them in advance. Having been given a significant amount of help and advance notice as to why their PL20 response was inadequate, not to mention the Court's warnings to be careful, the Plaintiffs gave no indication that they really did want to comply and provide a response that would give the Court the reassurances on compliance it had ordered. In effect, they maintained their unequivocal repudiation of the will-say rules, and their position that they should proceed in breach of Court decisions and rulings – not to mention their own representations – that had formed the basis for calling their lay witnesses.

[120] As regards any future witnesses, there is no evidence before the Court that what they would have been able to say was relevant or admissible in any way, just as there is no evidence that the Crown would have challenged the evidence of future witnesses. The Court has made it clear in its rulings that it will only consider objections on an individual basis and it will not proceed with blanket exclusions based upon will-says.

[121] It is important to bear in mind that the result of the Mistrial Motion had no impact upon the Plaintiffs' ability to present their case. They faced costs consequences as a result of their abusive conduct, but the Court indicated that it wanted to hear the merits and simply asked the Plaintiffs to play by the rules. Playing by the rules would have had no effect upon the Plaintiffs' ability to adequately state or prove their case if their "position" on will-say compliance was correct. The Court merely asked them to provide confirmation of that position in a way that would preserve all evidence called and allow them to call any future witnesses they wanted to call. The Plaintiffs lost their witnesses because they refused to confirm, in the way requested by the Court, their own position on compliance as the Court wanted it confirmed so that the ambiguities in their "position" would be removed. When the Court imposed conditions 6, 7 and 8 of its August 9, 2007 order it did so on the representations of the Plaintiffs that all of their will-says were compliant. Those paragraphs were not meant to trick the Plaintiffs. They were a response to what the Plaintiffs had represented to the Court and simply asked them to confirm their own "position" in a way acceptable to the Court. The Plaintiffs were not asked to shoulder some new and onerous burden. All paragraph 7 did, in essence, was to ask the Plaintiffs to confirm that, if they had met the synoptic standards for will-say disclosure (as they had represented to the Court) then what was disclosed in accordance

with those standards was what a witness had been called to say for purposes of preparation and cross-examination by the Crown. Similarly, in relation to paragraph 8, the essence was that if all of the will-says met the synoptic standards (as the Plaintiffs said they did) then there would be no problem demonstrating this to the Court when each witness was called. The notice and assurances of compliance asked for by the Court merely required the Plaintiffs to confirm and/or demonstrate their own “position” on will-say disclosure compliance. But the Plaintiffs would not verify and/or demonstrate their own “position,” even though they were told what the consequences would be if they refused to provide what the Court had requested. In fact, they contradicted their own position and said that “we expect that the will-say statements for the future lay witnesses will be found by the Court to be deficient,” and did not provide the notification required.

[122] The Plaintiffs’ PL20 response was revealing of their approach to taking up equivocal positions before the Court. Paragraph 7 of the Court’s August 9, 2007 order was not really addressed at all, but the Plaintiffs showed no hesitation in saying that they expected that “the will-say statements for the future lay witnesses will be found by the Court to be deficient.” Yet the Plaintiffs, in paragraph 26 of their recent response to the motions for enhanced costs brought by the Crown and the Interveners, refer to and rely upon the following exchange:

THE COURT: Yes. Just – from what you said, just one point of clarification that I need to be absolutely certain on, Mr. Molstad. In your written submission you refer to two standards: the synoptic standard, which you say you complied with and, you know, for want of a better term, the comprehensive detail standard. Now, when you’re referring to the synoptic standard, are you referring to the standards set by the Court in 2004? You are saying, those are the standards that we’ve complied with?

MR. MOLSTAD: Yes.

THE COURT: Right. Okay. This is not some separate synoptic standard that you think ought to have been applicable; you are saying we have complied with those standards as set by the Court?

MR. MOLSTAD: Yes. That's correct.

THE COURT: Thank you, Mr. Molstad.

Transcript of July 24, 2007, 78:13 – 79:7. [Tab 21]

Any reasonable person reading this exchange would understand the Plaintiffs to be confirming that their will-says met the synoptic disclosure standards set by the Court in 2004. But if this is the case then the Plaintiffs could not have a problem in “adequately stating their case” because it means that the Crown could not sustain any objection based upon ambush. And so the Plaintiffs could have had no problem providing the reassurances in accordance with the Court’s order of August 9, 2007.

Also, if what this passage appears to reveal is true, why did Mr. Molstad confirm to the Court that there were will-says that did not disclose what a witness would say in accordance with the synoptic standards? And if this is what the Plaintiffs mean by complying with the synoptic standards, why have they kept trying to introduce the concept of “best efforts” into the picture? No plausible explanations have been offered on these inconsistencies and basic points of concern. The Plaintiffs’ position before the court on these matters is equivocal and non-responsive.

[123] The Plaintiffs appear to see no problem in asserting that they have complied with the synoptic standards and, at the same time, asserting that the Court will find their will-says to be deficient if it looks at them against the synoptic standards.

[124] This is unacceptable. The Plaintiffs have simply insisted that they be allowed to proceed with fundamental inconsistencies and ambiguities on the record. They want to have it both ways.

[125] So although the Plaintiffs assert the importance of excluded oral history evidence in closing their case at this juncture, they have not explained to the Court why they refused to confirm will-say compliance and call those witnesses in accordance with their own “position.” There was nothing to prevent them from retaining and calling lay witnesses in accordance with their own “position” on compliance if they had confirmed that position in the way ordered by the Court. They expressed no confusion about what the Court had ordered them to do. They simply refused to confirm or demonstrate compliance in the way requested by the Court or, in fact, in any other way. The lack of an explanation means there can be no cogency to their assertion that they are closing their case because the Court has simply prevented them from leading evidence they want to lead.

[126] The Plaintiffs’ continuing “position,” in the face of all evidence to the contrary, that all of their will-says meet the synoptic disclosure standards set by the Court is an affirmation of the threshold requirement that they must produce a will-say that meets the synoptic standards for each witness they call. The fallacy behind this “position” is that if the threshold requirement is met, then there can be no problem with a connection between disclosure standards and evidence at trial. In fact, if the threshold requirement is met, then the Plaintiffs cannot be constrained in leading evidence at trial in the ways they claim to have been constrained. They cannot have been “foreclosed” or “compromised” in their ability to adequately state their case, let alone to prove their case. But, once again, instead of confronting this fallacy when it was pointed out to them, they have

simply insisted that they must be allowed by the Court to have it both ways: they insist they have met the synoptic disclosure standards but, at the same time, they insist they have been compromised in their ability to make their case because the Court has excluded evidence not disclosed in accordance with those standards. The Plaintiffs are aware of this fallacy because, as soon as it was pointed out to them, they shifted ground and accused the Court of using a “comprehensive and detailed” standard in its rulings on ambush in order to exclude their evidence. This serious accusation that the Court was doing something not declared and revealed in its rulings in order to ensure that relevant evidence was excluded, has been dealt with in the most recent costs motion brought by the Crown and the Interveners. But it is revealing of the Plaintiffs’ approach to these actions that, in order to avoid the fallacies of their own “position,” they feel it appropriate to simply accuse the Court of doing something clandestine and undeclared, without any attempt to substantiate such an accusation. Even now they have closed their case without providing an explanation for such an unsubstantiated accusation, and they expect their assertions concerning impact to be accepted on an “of course” basis.

[127] In the end, the Plaintiffs have simply refused to conduct these actions on the basis of will-say rules that they earlier confirmed and used to their own advantage at trial. They have even elected to have their lay witnesses struck rather than retain or call them on the basis of those rules. This was a consequence the Court encouraged them to avoid by offering a way around the problem and by asking them to be careful in the way they responded to the Court’s August 9, 2007 order. But this was all to no avail. The Plaintiffs opted to continue their breach of the disclosure standards and their repudiation of the will-say rules, even though, instead of making this choice clear, they

professed that their PL20 reply “properly responded to the matters raised in the Court’s Consequential Reasons for Order and Order dated August 9, 2007.”

[128] A proper response is not, of course, necessarily a response that the Court asked for or ordered. In this context it appears to mean a response that preserves the Plaintiffs’ position on disclosure compliance and repudiation of any connection between will-say disclosure and evidence at trial.

[129] But what is clear is that the Plaintiffs’ PL20 response did not provide the confirmation and the assurances the Court had ordered the Plaintiffs to provide so that they could retain and call their lay witnesses.

[130] At the end of the day, the Plaintiffs chose to have their witnesses struck rather than accept the will-say rules. That was their choice to make. But it casts a significant light on the decision they have now made to close their case without calling any further evidence. The Plaintiffs have available to them, and have now refused to call, a vast array of evidence that includes, but is not limited to, read-ins from the transcripts of discoveries held before the first trial of these actions, read-ins from the transcripts of discoveries for the re-trial, expert evidence, and evidence from the first trial of these proceedings.

[131] Following close upon the heels of their decision to repudiate the will-say rules for their lay witnesses, the closing of their case means that the Plaintiffs have now chosen to discontinue these

proceedings if the will-say rules are to apply to their lay witnesses. And that decision is problematic for a variety of reasons, not the least of which is the Plaintiffs' assurance to the Court and the other participants that they accepted the will-say rules and wanted to proceed on that basis. It must also, in the absence of a full and cogent explanation and substantiation, render the reasons they offer to the Court for closing their case unconvincing and unverified.

[132] The Plaintiffs have made various attempts to avoid the consequences of Court decisions on will-says and to resile from former positions before the Court. The most important are the Bias Motion and the Mistrial Motion. They have now reached a stage when, rather than continue the trial on the basis of their earlier representations, they have closed the proceedings in order to seek a re-trial before the Court of Appeal.

[133] When the whole context is reviewed, it is clear the Plaintiffs have concluded they do not wish to conduct these actions in accordance with the will-say rules and the representations and assurances they made earlier before the Court that they confirmed those rules and wanted to proceed on that basis. This also means that the reasons they now offer for closing their case, in the absence of a cogent explanation and substantiation, cannot be accepted by the Court.

[134] The Plaintiffs' ability to prove their case, or even their interest in doing so, has been a continuing concern since at least the Mistrial Motion in April 2007 when the Plaintiffs claimed that the Court's rulings on ambush had "foreclosed the Plaintiffs' opportunity to adequately state their case." By the time of their PL20 response, the Plaintiffs were saying that the exclusion of relevant

evidence as a result of the Court's rulings had "compromised their ability to adequately state their case."

[135] And now, in closing their case, they say that the exclusion of their lay witnesses "will have a detrimental effect on the Plaintiffs' ability to prove their case" and it will also "prevent the plaintiffs from adequately stating their case"

[136] It must not be forgotten that it was the Plaintiffs who first raised impact issues before the Court when they complained that the Court's rulings, based upon the will-say rules, were somehow compromising their ability to present their case before the Court. But when the Court has asked the Plaintiffs to explain inconsistencies and demonstrate or substantiate positions they have taken on this issue they have simply refused to cooperate and have, in fact, defied a specific Court directive that ordered them to provide information the Court needed to assess their assertions regarding the impact of Court rulings upon evidence and the Plaintiffs' ability to present their case before the Court. The Plaintiffs' assertions on impact cannot be taken as established when they have failed to provide explanations when directed to do so and have obstructed the Court's attempts at assessing impact.

[137] In closing their case, the Plaintiffs have still not done what the Court asked of them in this regard, and they have chosen to leave inconsistencies unexplained and to continue their reliance upon assertions and positions that they are not prepared to substantiate in any way.

[138] There is nothing before this Court to substantiate or verify any position the Plaintiffs have taken on the impact of Court rulings, whether with regard to the ability of the Plaintiffs to prove their case or to state their case. In fact, closing their case at this juncture simply avoids having to provide the substantiation on impact that the Court has asked for in the past. Without the ability to objectively assess the Plaintiffs' recent decision to close their case, that decision is just as consistent with other objectives the Plaintiffs have indicated from time to time (for example, their desire to avoid the impact of Court decisions and rulings as demonstrated in the Bias Motion and the Mistrial Motion, and to start again without the constraints imposed by those decisions and rulings) as it is with the narrow evidentiary issues they have cited as a rationale.

[139] Without a full explanation on the inconsistencies and obstruction that have characterized the Plaintiffs' position on will-says, and without an account of how the evidence of lay witnesses will impact the Plaintiffs' ability to either prove or state their case in the context of the panoply of evidence the Plaintiffs informed the Court they planned to call, the Court is left with nothing but another unsubstantiated "position" on impact that the Plaintiffs have taken up in order to justify their closing their case at this point to seek a re-trial in circumstances where they have received extensive time and other concessions so that the kinds of problems this trial has faced did not occur.

[140] What the Court is left with in the end is yet another unexplained and unsubstantiated "position" in proceedings where inconsistency and a lack of substantiation by the Plaintiffs have been a major procedural problem, and where the Court has had to order the Plaintiffs to desist from

such conduct and has awarded enhanced costs against them to encourage them to do so. It is just more of the same.

[141] The Plaintiffs have made it clear to the Court that when they assert a “position” before the Court, that position need not necessarily be something that can be reconciled with the record or with other positions the Plaintiffs have taken. A few examples relevant to the will-say issue will illustrate the difficulties that this causes for the Court in assessing their latest decision to close their case and the reasons offered for doing so:

- a. Counsel for the Plaintiffs (Mr. Healey confirmed by Ms. Twinn) have sworn under oath as witnesses for the Plaintiffs that the trial judge has “engaged in private conversations with the Crown to schedule a summary motion filed by the Crown designed to defeat the central allegation raised by the Plaintiffs in their pleadings” and that the trial judge somehow colluded with the Crown to ensure that the Plaintiffs did not have the time they needed to complete their will-says: “he was putting pressure on us and he knew he was putting pressure on us, and he knew that you and opposite counsel were putting pressure on us.”

The reality check against the record shows that the Plaintiffs were given the time they asked for to complete their will-says and that they became quite irate at Ms. Eberts of NWAC when she suggested they might need more time to complete their will-says. They insisted on the December 14, 2004 deadline.

The explanation offered for this gross discrepancy was that it was all inadvertent and unintended.

- b. In 2004, the Plaintiffs assured the Court and the other participants that their will-says “comply with all the requirements, My Lord, that your Lordship indicated. In fact they go even further, they are extremely detailed.”

At trial in 2007 Plaintiffs’ counsel confirmed to the Court that some of the Plaintiffs’ will-says he had seen were “certainly deficient in terms of what witnesses are going to say” when measured against the synoptic standards.

No explanation has been offered for this inconsistency even after it was brought to the Plaintiffs’ attention.

- c. At the *de bene esse* hearing for Ms. Florence Peshee in December, 2004 the Plaintiffs urged upon the Court, and secured the Court’s support for the position that when it came to the evidence of “both sides” at trial, when ambush became an issue then the question for the Court is “Does the other side have notice of what it is that you’re going to be dealing with?” and the answer to this question “is guided by the standard in the will-say. And it’s important that both sides have notice, the same kind of notice.”

At trial in 2007, the Plaintiffs have said that “unequivocally” they repudiate this position. Their new position is that they do not “understand ... nor accept the use of will-says at trial to exclude relevant admissible evidence” and that “the acceptance of a standard of will-says in pre-trial disclosure ... is ... unrelated to the admissibility of evidence at trial.”

The explanation offered is that, at Peshee, the Court was only dealing with the exclusion of undisclosed oral history evidence by an Intervener witness and the Plaintiffs’ general remarks were only meant to refer to Mr. Faulds who, on that day, was representing NSIAA.

This revisionist account cannot even be squared with the syntactical meanings of the plain language that was used on that day. And there is no explanation as to why the Plaintiffs do not “understand” the connection;

- d. In January 2005, the Plaintiffs assured the Court and the other participants that they were working under the will-say rules and had “presented their case through the service of will-say statements” and that they wanted “to proceed on that basis and have my friends comply in the same way.”

At trial in 2007, the Plaintiffs have repudiated the will-say rules, revealed that they are in breach of the disclosure requirements, and claim that if they are held to the will-say rules then they cannot “adequately state their case.”

No explanation is offered for this change of position.

- e. At trial in 2007, the Plaintiffs have taken the “position” that all of their will-says meet the disclosure requirements set out in Court decisions and rulings. However, at the same time their legal counsel has advised the court that he has examined the will-says against the synoptic disclosure standards and he has confirmed that some of them are certainly deficient when it comes to revealing what witnesses will say in accordance with those standards.

No explanation has been provided for this inconsistency even after the Court specifically directed the Plaintiffs to explain.

The Plaintiffs have also revealed in other ways that their will-says are deficient against the synoptic standards. They took a “position” before the Court that all of their will-says met the standards of disclosure set by the Court but, as soon as the Court indicated it would look at will-says to determine whether this was so, the Plaintiffs said that, if the Court were to do this, “the will-say statements for the future lay witnesses will be found by the Court to be deficient.”

- f. At trial in 2007, the Plaintiffs accused the Court of using the will-says “as a legal ground for the exclusion of relevant admissible evidence.”

The record clearly shows that the Court has said “The will-says are not, *per se*, a legal ground for the exclusion of evidence” and the Court has certainly not used them as such.

The Plaintiffs have made no attempt to explain their accusations or to substantiate them against the actual record. Their accusation is nothing more than the unsupported gainsaying of what the Court has said it has done and what it has actually done;

- g. The Plaintiffs have accused the Court at trial of using a “comprehensive and detailed” standard for will-say disclosure in order to exclude their evidence.

No attempt has been made to substantiate this accusation against the record. It remains an unsupported accusation that the Court is doing something it has not disclosed it is doing, and it is completely at odds with what the record shows the Court is doing in its ambush rulings;

- h. The Plaintiffs have said at trial that when they say they have fulfilled the synoptic disclosure requirements for will-says, they mean that they have made disclosure in accordance with the standards set by the Court in 2004.

The Plaintiffs have also said at trial that their position is that “their obligation was to provide a synopsis of the witnesses’ evidence using best efforts to prepare the will-says in accordance with this standard, and that this obligation was met.” This means, say the Plaintiffs, that if a will-say does not provide complete disclosure, they have still met the synoptic standards set by the Court.

As a consequence, it is not clear to the Court what the Plaintiffs mean on any particular occasion when they say they have met the synoptic standards. Their PL20 response seems to suggest that they only mean they have done their best and cannot be held responsible for gaps in disclosure that do not meet the synoptic standards. This has been clearly ruled out by the Court. But in the passage I referred to earlier at paragraph 122 of these reasons, the Plaintiffs are clearly reassuring the court that they are referring to what the Court means by compliance with the synoptic standards, and that they do not mean “some separate synoptic standard that [they] think ought to have been applicable” These inconsistencies mean that the Court is deprived of the means of knowing what the Plaintiffs really mean on this crucial issue.

[142] This disturbing record of inconsistency, equivocation and the taking of unsubstantiated positions at odds with the transcript leads me to the conclusion that there is something so wrong with the Plaintiffs' will-say disclosure that they cannot present the case they have now decided they want to present, unless will-say disclosure is totally disconnected from ambush rulings at trial. This is why, after calling eight witnesses, they attempted to terminate the trial by securing a mistrial so that they could start again, and why they have allowed their lay witnesses to be struck rather than call them in accordance with the will-say rules. The Court's extending a further opportunity to them to both retain and call all of their lay witnesses was not accepted because they only want to proceed if there is no connection between will-says and evidence at trial. This explains their PL20 response and their almost immediately subsequent decision to close their case.

[143] But the level of inconsistency and equivocation evident in the Plaintiffs' conduct does not mean they have been treated unfairly. They have been given all the time they asked for and every encouragement to avoid the problems of inadequate will-says. As they have shown, the Plaintiffs have wanted for some time to terminate this trial so that they can start again free of the constraints they have found themselves under as a result of their will-says. They have now decided that the only way to achieve this is to terminate their case and attempt to secure a re-trial. But the predicament they find themselves in is of their own making. They drafted the will-says. They assured the Court and the other participants that they had met the standards of disclosure and wanted to continue on that basis. They decided not to bring any problems in will-say disclosure before the Court in a timely manner before the trial began.

[144] The Plaintiffs have obstructed the Court's efforts to get at the source of the problem. That obstruction, and the record of inconsistency and equivocation that goes with it, means that the Court cannot accept the rationale now put forward by the Plaintiffs to justify the closing of their case without further explanation of the inconsistencies, substantiation of the impact allegations, and an account of what has transpired in this case to make the Plaintiffs' will-says the basis for their decision to close their case.

[145] Normal assumptions are not helpful in this context. Litigants do not normally, after calling eight witnesses, attempt to terminate the trial on the basis that they cannot adequately state their case because their witnesses are only being allowed to say what they have assured the other side they will say. In the normal course, litigants do not elect to lose their lay witnesses because they refuse to accept will-say rules that merely require them to confirm a "position" on compliance that they have taken before the Court, and the acceptance of which would not, according to the Plaintiffs in this case, prevent them from proving their case. And in the normal course, litigants follow court directives aimed at providing the facts and information the Court needs to assess for itself the impact of its rulings. And in the normal course, there is no first trial record available, or vast amounts of documentary and other evidence available that the Plaintiffs in this case informed the Court they would be calling in addition to new lay witnesses who had not testified at the first trial.

[146] The Plaintiffs cannot simply withhold relevant facts and information that the Court needs to make its own assessment and then expect the Court to accept the Plaintiffs' "position" on why they

have now closed their case and the impact that Court rulings have had on the ability of the Plaintiffs to present their case before the Court.

[147] Quite apart from the fact that the loss of lay witnesses was an election made by the Plaintiffs, in closing their case at this point the Plaintiffs have foreclosed on any opportunity that any Court will have to either gauge the impact of the will-say rules or the loss of witnesses on the Plaintiffs' ability to either prove or state their case in light of all of the other evidence available to the Plaintiffs and which they said they intended to call. They have closed their case on the basis of an assertion that they have not substantiated in any way, and in a context where their inconsistent and obstructive conduct has been aimed at preventing any real objective assessment by the Court.

[148] They assert a "detrimental effect" but they provide no means with which the Court can gauge what that term means in the context of these proceedings. Past experience on "positions" taken by the Plaintiffs suggests that the meaning of such a term cannot be accepted as a given.

[149] Even the Plaintiffs themselves have emphasized the impossibility of determining what impact the loss of their lay witnesses can have without a full trial, and without the Court's hearing all of the other evidence that the Plaintiffs have said they intend to call. Following the loss of their lay witnesses, the Court asked the Plaintiffs for an impact assessment and, in their response of November 14, 2007, the Plaintiffs advised, *inter alia*, as follows:

In response to this direction, the Plaintiffs respectfully submit as follows:

- a. The Plaintiffs' response is under compulsion of the Direction of the Court and it is not to be taken as an acknowledgement by the Plaintiffs that the question is a proper one for a Trial Judge to be asking the Plaintiffs. The Plaintiffs do not waive and indeed reserve their right to raise the matter of whether this is a proper question to be put to the Plaintiffs in any future appeal or appeals in these proceedings.
- b. The Plaintiffs' position is that the exclusion of all of the evidence already given by lay witnesses and Elders and the September 11, 2007 Order prohibiting the Plaintiffs from calling future lay witnesses and Elders will prevent the Plaintiffs from adducing relevant, probative and corroborative evidence. This will have a detrimental effect on the Plaintiffs' ability to prove their case. It will also prevent the Plaintiffs from adequately stating their case and will result in an unfair trial.
- c. The Plaintiffs do not concede that they cannot prove their case. However, it should be noted that proof of their case will depend upon, *inter alia*, evidence that will be admitted during the balance of the trial and the weight that will be attributed to this evidence by the Trial Judge.
- d. The Plaintiffs at this time have no way of evaluating what evidence will be admitted or excluded in the remainder of the trial, nor how the Trial Judge will ultimately assess the evidence presented at the trial.
- e. The Plaintiffs will continue in their efforts to lead relevant, probative evidence in relation to the issues in dispute and at the conclusion of their case it is possible that there will be sufficient evidence before the Trial Judge to permit the Court to grant the relief that is being claimed by the Plaintiffs.

[Emphasis added]

[150] If the Plaintiffs have no way of evaluating these matters then neither does the Court. In other words, the meaning of "detrimental effect" cannot be known, and it cannot be substantiated, without a full trial and the hearing of all the evidence. There is no way to assess the impact of the loss of lay witnesses unless and until the other evidence is heard. In closing their case on January 7, 2008, the

Plaintiffs have provided no further information that would allow the Court to assess these impact issues. The Plaintiffs have now, after electing not to call their lay witnesses in accordance with the will-say rules, simply abandoned these actions at a time and in a way that prevents any impact assessment by the Court. They ascribe blame for the exclusion of evidence to the Court, but the Court has only excluded evidence in accordance with the will-say rules (which the Plaintiffs have assured the Court would allow them to present their case). It is the Plaintiffs who have elected not to proceed with these actions on the basis of rules they said would allow them to present their case before the Court, and in the manner in which they once assured the Court they wanted to proceed.

[151] It is important to remember that the Court has been hearing two separate actions. The only witnesses actually called by the Plaintiffs have been in relation to T-66-86B. No witnesses have been called on T-66-86A so that it is not possible to know, for example, if the will-say rules had applied, whether those further witnesses would have had anything to contribute, or even if they had anything to contribute without the rules. In their PL20 response, the Plaintiffs advised the Court as follows regarding all of their future lay witnesses:

The Plaintiffs are also considering whether they intend to call all of the witnesses identified above. To date, nothing has been decided in this regard.

So there is now no way of knowing which, or how many, of the possible remaining lay witnesses would actually have been called. It was still under consideration. There is also no way of assessing what impact any evidence provided by those witnesses might have had upon the Plaintiffs' ability to either prove or state their case in the context of a full evidentiary record.

[152] In addition, in their PL20 response, the Plaintiffs also advised the Court as follows:

The Plaintiffs also reserve the right to seek leave of the Court to call lay witnesses in reply or to subpoena the attendance of a witness adverse in interest. The Plaintiffs may also seek leave of the Court to call evidence of recent events or newly discovered evidence not previously disclosed in a will-say statement.

[153] In other words, the Plaintiffs acknowledged that the will-say rules did not exclude other areas of relevant evidence that may not have been disclosed in will-says when they were originally produced.

[154] The impact of any of this, and the meaning of the Plaintiffs' latest position on "detrimental effect," simply cannot be known without a full trial and without the Court's hearing the full panoply of evidence that the Plaintiffs said, on the record, they intended to call. The Plaintiffs' stated reasons for closing their case at this time cannot be substantiated from the record and they have not been explained against the background of inconsistency and obstruction that has preceded the decision to close their case.

[155] The important point, however, is that the Plaintiffs have only ever been prevented from retaining or calling lay witnesses in breach of the will-say rules. All witnesses and evidence already called were retainable by a simple confirmation of the Plaintiffs' own stated "position" on compliance in the way ordered by the Court, and all future witnesses could have been called by the Plaintiffs simply providing notice that they would be brought forward on the basis that what their will-says disclosed in accordance with the synoptic standards could be taken as disclosure of what they would say for purposes of preparation and examination by the "other side."

[156] There is no full explanation or objective, independent means that would allow the Court to assess the impact that the loss of the Plaintiffs' lay witnesses might have upon their ability to present their case before the Court. The Plaintiffs have taken up too many inconsistent positions and have denied the Court the facts and the explanations it needs to assess this latest assertion. I have tried to get to the bottom of these inconsistencies and have the Plaintiffs provide information and explanations that will allow me to assess the reality that lies beneath. The Plaintiffs have refused to cooperate. The Plaintiffs' decision to abandon these actions now means that no such reality-based assessment can ever be made. And the Plaintiffs cannot say that the Court has deprived them of the "opportunity" to retain or call any lay witnesses. The Court has simply indicated that, when they call their lay witnesses, they must do so in accordance with the will-say rules established in Court decisions and rulings and both affirmed by the Plaintiffs and used by the Plaintiffs to their own advantage. The Plaintiffs have refused to call their lay witnesses on that basis.

[157] In their eagerness to avoid the jurisdiction of this Court and to move to an appeal in a situation where they have simply refused to explain repeated inconsistencies, and have withheld information and explanations needed to assess their various inconsistent positions over will-says, the Plaintiffs have also deprived themselves of the means of establishing a reliable and verifiable justification for closing their case at this time.

GROUNDS OF APPEAL

Apprehension of Bias

[158] The Plaintiffs' grounds of appeal are no business of this Court. But in closing their case at this time the Plaintiffs have placed various statements on the record to which I am obliged to respond lest the Court's position is misunderstood. In fact, the Plaintiffs' decision to close their case and to proceed with an appeal re-introduces into these proceedings issues I hoped would take on less significance as the actions progressed and the Court heard the full range of evidence that the Plaintiffs said they intended to call. This cannot now occur.

[159] Plaintiffs' counsel has informed me that the Plaintiffs' plan to appeal "numerous rulings made since your assignment as trial judge" I was appointed as trial judge in 2004 and I do not know what the Plaintiffs mean by "rulings" in this context. However, I am also informed that

the grounds of appeal will include a submission that Your Lordship's conduct since your assignment as trial judge would raise a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable right-minded and informed observer.

[160] I have not been told what is included in the term "conduct," but it would appear that the Plaintiffs will be making submissions that go all the way back to the time of my "assignment as trial judge." This is indeed an extensive record that includes many decisions and rulings, some of which have already been appealed. However, it also raises dormant issues and problems that will now have

to be dragged back into the light of day and which now oblige me to address matters I had hoped could be left until after the determination of the merits of these actions.

Avoidance of Trial Judge not a Necessity

[161] The Plaintiffs' decision to use apprehended bias as a ground of appeal, but not to bring any such allegations before me, is a considered tactical choice. During the time of their discontent over the Mistrial Motion the Plaintiffs mentioned possible bias allegations and, for scheduling purposes, I raised with them the issue of whether they would be bringing any such allegations before me. After considering the matter, the Plaintiffs informed me that they did not wish to bring any such allegations before me but reserved their right to raise them on appeal.

[162] In other words, the Plaintiffs have made a deliberate tactical decision not to allow the trial judge any knowledge of the grounds for their apprehended bias allegations, or any opportunity to review and respond to those grounds.

[163] A decision not to raise apprehended bias allegations with the trial judge, but to save them for appeal, is problematic in any proceeding, but it is particularly so in the context of these actions.

Extensive Record

[164] These proceedings go back many years, and even my own limited involvement as trial judge now covers an extensive record extending over a three-year period. A knowledge of that full record and of the particular procedural difficulties encountered in these actions, is essential in order to deal appropriately with the full context of any allegations of apprehended bias. However, that is not the only difficulty that arises as a result of the Plaintiffs' decision to proceed on appeal in the manner they have chosen.

Conduct Issues

[165] These proceedings, since the time of my involvement, have at times been extremely vexed and difficult. In addition to anything else, there have been conduct issues on the part of Plaintiffs' counsel that the Court has had to deal with and which are still outstanding. Those conduct issues were so severe that, as I found in the Plaintiffs' Bias Motion, they subverted the whole legal process. A way forward was found by the Plaintiffs' appointing new lead counsel and by the Court making a deliberate decision to put conduct issues aside to be dealt with later so that the rights of the parties could be protected and the Court could hear the actions on their merits. However, those same conduct issues were waiting in the wings to be dealt with once the merits had been decided.

Although the Plaintiffs have appointed new lead counsel, both of the Plaintiffs' former counsel involved in the conduct issues have remained members of the Plaintiffs' legal team and will, no doubt, be assisting with the appeal of these actions that the Plaintiffs have informed the Court they

intend to make. Now that apprehended bias has been re-introduced into these proceedings by way of appeal I think I am obliged to set out the ways in which those conduct issues have continued to plague the trial and how they must, inevitably, now come back into the proceedings in a highly material and problematic way.

Conduct Issues and the Process of the Trial

[166] The personal animus that, as a consequence of the Bias Motion, the Court found Mr. Healey in particular has directed at the Court in the past cannot be left out of account even though new lead counsel have been appointed. I have no complaints about the conduct of the Plaintiffs' present front-row team of Mr Molstad, Mr. Whitling, Mr. Poretti and Mr. Sharko, but they have been dependent upon Mr. Healey and Ms. Twinn for certain crucial aspects of their presentation, and the Plaintiffs' decision to, once again, mount an attack upon my conduct going all the way back to my appointment as trial judge means, inevitably, that the personal animus issues of the past cannot be left out of account, because Mr. Healey and Ms. Twinn were the counsel who had conduct of these actions until Mr. Molstad and his immediate team from Parlee McLaws LLP were appointed. They are also the counsel who had conduct of these actions when the Plaintiffs were ordered by the Court to provide will-says that met the disclosure standards set by the Court, and they were the counsel who, on behalf of the Plaintiffs, assured the Court that this had been done.

[167] The extent of Mr. Molstad's reliance upon Mr. Healey for his knowledge and interpretation of past events involving Mr. Healey and Ms. Twinn was disconcertingly demonstrated to the Court

during the course of the Mistrial Motion when Mr. Molstad placed Mr. Healey's present account of what transpired at the Peshee hearing before the Court but, rather than call Mr. Healey as a witness, reported Mr. Healey's account as an officer of the Court.

[168] Disagreement over what took place at the Peshee hearing, and what Mr. Healey now says he meant by what he said on behalf of the Plaintiffs at that hearing, has taken on a crucial significance for the Plaintiffs' whole position on the role and use of will-says at trial. The Plaintiffs have repeatedly re-argued the meaning and significance of the Peshee hearing. But Mr. Molstad, the Plaintiffs' present lead counsel, has revealed in a very telling way both who and what he is relying upon for the Plaintiffs' present interpretation of what they intended at the Peshee hearing. This is not meant as criticism of Mr. Molstad or his approach to these matters. The fact is that Mr. Healey is the only member of the Plaintiffs' legal team who can provide that information. I had to deal with the problems that this causes as part of my reasons of June 19, 2007 for the Mistrial Motion:

The Peshee Hearing

97. Even though I have now made clear rulings to the contrary, the Plaintiffs continue to insist:

- a. The Peshee hearing does not confirm that will-says will come into play at trial to decide matters of surprise and ambush for the witnesses of all participants;
- b. That Peshee was only about Intervener evidence and has no application to the Plaintiffs evidence at trial;
- c. That Peshee is only about the use of will-says with an Intervener to exclude oral history evidence;
- d. That Mr. Healey did not indicate his understanding that will-says would come into play when assessing matters of surprise and ambush in relation to the witnesses of all participants.

98. As I have previously ruled, none of these positions is reasonably sustainable. The context of relevant Court orders made with regards to will-says cannot support them; the context of the Peshee hearing as a whole cannot support them; and even actual words spoken at the Peshee hearing cannot support them.

99. On the one hand, the Court is presented (through Mr. Molstad as an officer of the Court and without any evidence) with Mr. Healey's present account of what he meant and understood at the Peshee hearing. On the other hand, the Court has the understanding of the other participants at that hearing, the transcript, the plain English of Mr. Healey's words spoken at the time, and what I saw with own eyes and heard with my own ears. Given this evidence, I don't think it unreasonable that the Court has been unable to accept the Plaintiffs' present position on any of these points as convincing. The simple fact is that there would be no point at all in Mr. Healey acknowledging the concerns of Mr. Faulds and worrying out loud to the Court about "detail" and "leeway" if he did not understand and imply that the Plaintiffs' own will-says would inevitably come under scrutiny in the same way that Ms. Peshee's will-say had at the *de bene esse* hearing. For the same reason, there would be no point in his saying the following:

I first stood up and there was some divergence from the will – Will Say Statement I – I indicated, well counsel have to have some leeway. But you can't get into new areas.

The key – what's the question for the Court? The question for the Court is: Does the other side have notice of what it is that you're going to be dealing with? That's the ultimate question, in my submission. And the – the answer to that question is: Guided by the standard in the will way.

And it's important that both sides have notice, the same kind of notice.

100. Mr. Healey now offers (but only through Mr. Molstad and not under oath) an explanation that:

- a. When he was referring to counsel and new areas, he was referring to Mr. Faulds;
- b. When he was referring to “new areas” he was referring to oral history;
- c. The standard in the will-say was a reference to the obligation to provide a synopsis of the witness’ evidence in a will-say.

101. So Mr. Healey, without putting this into an affidavit, appears to be suggesting that in this passage he is only talking about Mr. Faulds, oral history and the Plaintiffs.

102. But this does not explain why only Mr. Faulds needs leeway or why only Mr. Faulds cannot get into new areas; or why the question for the Court in relation to Mr. Faulds and oral history should be any different if the Court is asked to decide an ambush objection made by the Crown or any other participant. And if the “other side” is exclusively the Plaintiffs, then the argument must be that only the Plaintiffs require notice in accordance with the standards to avoid ambush, and it doesn’t matter for the Crown and other participants. And if the “other side” is just the Plaintiffs, who are “both sides” in line 11? Mr. Healey appears to be suggesting that he is saying that only Mr. Faulds and the Plaintiffs require notice in accordance with the standards, but the Crown and the other participants do not. I notice, for instance, that when I asked Mr. Molstad what Mr. Healey meant by the word “counsel”, he took the obvious meaning of the words and said “I can only assume he’s referring to all counsel.” And that, of course, is the only reasonable interpretation that the word can yield in its full context.

103. There is, of course, nothing to prevent counsel from offering *ex post facto* rationalizations of what was said on a former occasion, but I don’t think the Plaintiffs should be too surprised if the Court does not accept them as persuasive if they cannot be reconciled with the obvious semantic and contextual indicators in the record and the other evidence available to the Court.

104. I think the record should show that Mr. Healey has been present in Court and available to assist Plaintiffs’ present counsel on issues that are obviously beyond their immediate knowledge.

105. The Court’s view of the Peshee hearing is not confined to this one excerpt. I have set my full view out clearly in my rulings to date. I merely refer to this one matter as a way of illustrating that

the Plaintiffs' position is not supported by the record, even at a basic syntactical level.

106. Nor should it be assumed that the Court regards the Plaintiffs' consent or understanding regarding the use of will-says at trial as necessary. Such use is dictated by, and is the logical outcome of, Court orders that impose the will-say requirement and set the standards for will-says. It would make no sense to require will-says and fix standards if they could not be referred to at trial when ambush becomes an issue. My sole purpose in referring to the Peshee hearing on this point is to show why the Plaintiffs' current assertions that they did not understand that will-says would be used at trial in the way they have been used are not reconcilable with the record.

[169] So Mr. Healey and Ms. Twinn have remained heavily involved with the principal issue of dispute concerning the role and use of will-says at trial. They are not only supporting the Plaintiffs' present front-line team; Mr. Healey is actually putting on the record, through Mr. Molstad as an officer of the Court, his account of what he meant at the Peshee hearing by certain words. Yet Mr. Healey and Ms. Twinn have not offered themselves for cross-examination in any way. And, of course, it is obvious that the Plaintiffs must remain heavily dependent upon Mr. Healey and Ms. Twinn for knowledge of what was meant by words spoken and positions taken before the Court prior to the appointment of new lead counsel.

[170] Yet Mr. Healey and Ms. Twinn have been severely reprimanded by the Court for their conduct in the Bias Motion. In fact, Mr. Healey and Ms. Twinn were the architects of the Bias Motion. They swore the principal affidavits and prepared the written materials. As counsel they used themselves as witnesses to mount an attack on the Federal Court generally and upon the trial judge in particular. Mr. Shibley, who appeared in Court on behalf of the Plaintiffs to argue the Bias

Motion, informed the Court that he had not read the record himself but was dependent upon Mr. Healey and Ms. Twinn for his knowledge of what had transpired. Mr. Healey and Ms. Twinn still remain to be dealt with by the Court for their conduct as officers of the Court in the Bias Motion. And yet the Plaintiffs are using Mr. Healey as a source for what was intended at the Peshee hearing, and they have put his present account on the record as something that this Court, and any other Court, should rely upon. The Plaintiffs have decided to allege apprehended bias against the trial judge for conduct going back to my appointment and, quite apart from that, the Peshee hearing, and what transpired and was said at that hearing, will be highly material to any appeal the Plaintiffs make, because it was at the Peshee hearing that the Plaintiffs advocated the use of will-says to protect them against ambush, and will-says and the way they were originally produced are at the centre of the Plaintiffs' procedural dispute with the Crown that has brought the trial to a sudden halt.

[171] In this dispute over will-says, the Plaintiffs must, as they have already demonstrated to the Court, fall back on Mr. Healey because Mr. Molstad and his immediate team were not there when the will-says were drafted and the important reassurances of compliance were given and the rulings at Peshee were made in favour of the Plaintiffs. And Mr. Healey has not been examined under oath on what he now says about these matters, and Mr. Healey's conduct is under intense scrutiny, not only because of the personal animus he directed at the Court as part of the Bias Motion, but because it was Mr. Healey who had conduct of these actions as lead counsel for the Plaintiffs when matters central to the procedural dispute between the parties, and the Plaintiffs current position, were first brought before the Court. It was Mr. Healey, supported by Ms. Twinn, who assured the Court that the will-says produced by the Plaintiffs met (some even exceeded) the disclosure standards. It was

Mr. Healey who put forward the position at Peshee that the will-say standards were the guide to proper notice and ambush at trial. And it was Mr. Healey who told the Court and the other participants that the Plaintiffs wished to proceed to present their case as it had been presented in their will-says. So Mr. Healey and Ms. Twinn are very much at the heart of the representations and positions that have continued to plague these actions and that have now led the Plaintiffs to close their case without calling any further evidence. The Plaintiffs' decision to close their case at this point in the proceedings means, inevitably, that the full panoply of evidence available to the Plaintiffs cannot be brought to bear upon, or place in perspective, the difficulties that have arisen as a result of the controversy over the will-say issue, so that the conduct issues associated with Mr. Healey and Ms. Twinn, together with the Plaintiffs' apparent endorsement of that conduct, must now loom large in any assessment of what has occurred in this trial to date, and of what has led the Plaintiffs to close their case in the way they have.

[172] The Plaintiffs have chosen not to place the merits of their case before the Court but, rather, to close their case and undertake an appeal on the basis of an extremely vexed procedural issue that, at its core, brings into play the conduct of Mr. Healey and Ms. Twinn and the Plaintiffs' own attitudes towards that conduct. And this is why I think my findings from the Bias Motion must now inevitably come to the fore again and cannot be left out of account in any appeal of these actions or in any consideration of what has brought this trial to a close. Some of those findings are as follows:

...

121. Also, in terms of context, and to place this motion in perspective, it is worth considering what the consequences would be if the Court were to grant the relief requested by the Plaintiffs.

122. At its narrowest, if Russell J. were to recuse himself, it would take the proceedings back to, at least, the Pre-Trial Order of Hugessen J. of March 26, 2004. That would mean that the parties would still have to face the scope and relevancy issues raised by the Crown, and the Plaintiffs would be free to argue anew such matters as amendments to pleadings, will-say statements and the role of Interveners at trial.

123. At its broadest, (the Plaintiffs allege a reasonable apprehension of bias on the part of Hugessen J. and the Federal Court) the relief could mean that these proceedings would revert to the status they had following the decision of the Federal Court of Appeal in 1997. In other words, everything would be wide open and the parties would have to begin again the tortuous path of confronting pleadings, evidence, discoveries, and, indeed, everything that has transpired since 1997.

124. These consequences should not matter if a reasonable apprehension of bias exists, but they do suggest that extreme caution should be used by the Court before committing all parties involved in this dispute to such a devastating result.

THE PLAINTIFFS' MATERIALS

125. The Court has serious concerns about the core materials compiled by Ms. Twinn and Mr. Healey, Plaintiffs' counsel, for this motion. The Court raised those concerns with Mr. Shibley, who argued the motion for the Plaintiffs at the hearing in Edmonton. The basic problem is that the Plaintiffs provide no objective, reliable evidence in their materials that the Court can use to assess the very serious accusations made in this motion. Their evidence, for the most, is little more than subjective opinion, often based upon false assumptions and inaccurate information about the state of the proceedings to date. It is self-referential. At bottom, it is nothing more than legal counsel arguing with the Court, and supplying opinion-based affidavits to back up that argument.

126. The Court has no real independent evidence it can rely upon, except what the Court can find for itself in the Court record.

127. The Court's unease was deepened when Ms. Eberts, counsel for the Native Women's Association of Canada, took the Court through the structural convolutions of the Plaintiffs' materials in considerable

detail and pointed out the conflation of evidence and argument and the resulting confusion. The cross-referencing between affidavits, and between affidavits and the Memorandum of Argument and other materials, is such that it is difficult to tell who is opining to what and where evidence ends and argument begins.

128. These concerns are not merely of a technical nature. The core of the Plaintiffs' case is contained in the affidavits filed and in their written argument. Those materials were compiled by Ms. Twinn and Mr. Healey and those who they supervise.

129. Ms. Twinn is a member of one of the Plaintiff bands. She is the solicitor of record for these proceedings. She is a witness in this motion. And, she is one of the lawyers responsible for the written argument.

130. Mr. Healey is the lead counsel for the proceedings. He is the principal witness and architect of this motion. He, together with Ms. Twinn, has compiled the written argument that is before the Court. And Mr. Healey's conduct and the Court's response to that conduct constitutes a considerable aspect of what this whole motion is about.

131. When considering the consequences of granting the relief requested, these are matters that the Court cannot ignore as merely technical. There are reasons why lawyers should not both give evidence and provide argument based on that evidence, and the inevitable problems are more than apparent in the materials filed by the Plaintiffs in this motion: evidence and argument are merged; necessary context is left out; interpretations are skewed and highly subjective. Often, the evidence presented in this motion is little more than the subjective states of mind of Ms. Twinn and Mr. Healey. This is not a satisfactory basis for the Court to use when considering a motion for apprehended bias.

132. Nor are these concerns remedied by having Mr. Shibley conduct the oral argument at the hearing. Mr. Shibley graciously conceded that Ms. Twinn and Mr. Healey had compiled the written argument, that he does not have a knowledge of the full record, and that he was highly dependent upon Mr. Healey and Ms. Twinn for what he presented to the Court. Mr. Shibley adapted and endorsed their written argument (with several important exceptions which I will come to later), even though his oral argument was a masterful attempt to avoid its excesses and distortions. In effect, Ms. Twinn and Mr. Healey are the ones who have composed the argument and

Mr. Shibley has tried to organize it better and to assist the Court in understanding its difficulties. Mr. Shibley has not reviewed the record afresh or presented his own objective appraisal to the Court. He has merely tried to make the argument of Mr. Healey and Ms. Twinn, which is backed by their own affidavits, more presentable.

133. When the Court put these concerns to Mr. Shibley, he advised that the important thing is the Court record, and that I should concentrate on that. While I agree with him that the Court must examine the Court's decisions and transcripts carefully, I do not think the problem ends there.

134. The onus is on the Plaintiffs to prove a reasonable apprehension of bias before the Court. A significant part of the Plaintiffs' argument/evidence is a highly subjective, selective interpretation on the part of Ms. Twinn and Mr. Healey, who are wearing far too many hats in this motion for the Court's comfort. What is more, even the lay witnesses brought forward by the Plaintiffs are totally dependent upon Ms. Twinn and Mr. Healey for their interpretations of the effects of Court orders and Court actions, and have signed affidavits that were prepared for them by Mr. Healey and/or Ms. Twinn and/or someone working under their direction.

135. Mr. Shibley has cautioned the Court against relying upon "technical" matters, rather than addressing the real issues in dispute in this motion. In my view, however, reliable evidence and objective argument are not merely technical matters. They are the very life blood of the Court, and the only basis upon which it can make decisions.

136. The fact is that, in accordance with Rule 82, of the *Federal Court Rules, 1998* a solicitor cannot, except with leave of the Court, both depose to an affidavit and present argument to the Court based on that affidavit. It is true that Mr. Shibley appeared to argue the case at the hearing, but in so doing he told the Court he was merely presenting the arguments of Ms. Twinn and Mr. Healey modified by his own style of presentation. He also adopted the Memorandum of Argument that was prepared by Ms. Twinn and Mr. Healey. In essence then, Ms. Twinn and Mr. Healey have provided argument for this motion based upon their own affidavits or upon affidavits of others that they prepared and that are almost totally about what Ms. Twinn and Mr. Healey have advised the affiants. In the present case, the Court's consent has never even been sought, let alone granted for what has been filed. I have in the past made it very clear to counsel

for the Plaintiffs - indeed to all parties to these proceedings - that practises and procedures that do not accord with the *Federal Court Rules, 1998* are not acceptable. In the Plaintiffs' motion to amend pleadings that came before me in June, 2004, Plaintiffs' counsel submitted an affidavit sworn by counsel, despite Hugessen J. having criticized such practice in the past. In my reasons of June 29, 2004, dealing with the proposed amendments, I gave the following direction at paragraphs 22 and 23:

The Band has sought leave of the Court to file its solicitor's affidavit. However, as the responses of both the Crown and NSIAA make abundantly clear, some of the Band's proposed amendments are highly contentious and, looked at objectively, I think Band counsel should have appreciated this.

In view of the history of this file, and the long road that lies ahead, I think it is best to make it clear to all parties that practices and procedures that do not accord with the *Federal Court Rules, 1998* are not acceptable. Consequently, the affidavit of Counsel for the Band, in so far as it strays beyond mere housekeeping and non-contentious issues, is not acceptable and cannot be relied upon in the Band Motion.

137. Consequently, I do not think the Plaintiffs can be too surprised by the Court's remaining consistent with this warning and refusing to accept the affidavits of Ms. Twinn and Mr. Healey and those portions of the written argument adopted as evidence and incorporated into their affidavits. The matters before the Court in the present motion are highly contentious and the affidavits of Ms. Twinn and Mr. Healey contain a great deal that is merely their own feelings and states of mind on conduct and procedural issues that involve them in a highly personal way. In my view, this is not an acceptable evidentiary base for a motion that seeks to show bias (apprehended or otherwise) on the part of specific judges and, possibly, the Federal Court. At the very least, the Court would have to say that this evidence must be treated as highly suspect and afforded little weight, even when the oral argument is made by Mr. Shibley.

138. There is an irony in this problem that places the Court in a very difficult situation. This is a motion in which one of the allegations

against the trial judge is that Russell J. has applied double standards in relation to materials produced by the Plaintiffs and materials produced by the Crown and the Interveners. The allegation is that Russell J. has favoured the Crown and the Interveners in this regard. However, in a motion where the effect of granting the full relief requested would be simply devastating on the rights of other parties, and upon the difficult work accomplished by all parties to date, the Court is somehow supposed to overlook the evidentiary and procedural problems inherent in the Plaintiffs' materials and decide the issue by some other means.

139. Of course, the Court cannot do that. The Court is impartial. It cannot just step in and rectify shortcomings in the Plaintiffs' presentation and conduct of this motion. It is the Plaintiffs' responsibility to prove a reasonable apprehension of bias, and it is the Plaintiffs' responsibility to provide the Court with the materials it needs to assess the extremely serious allegation they make in this motion.

140. If the Court had ever suspended rules of evidence and procedure in favour of the Crown and the Interveners in a matter as important as the present motion, I have no doubt it would have been cited by the Plaintiffs as a clear instance of apprehended bias on the part of the Court.

141. In my view then, the Court must regard the affidavits of Ms. Twinn and Mr. Healey and the evidence they incorporate from their Memorandum of Argument as inadmissible. In addition, to the extent that the lay witnesses merely recount opinions and facts provided to them by Ms. Twinn and Mr. Healey, their evidence is hearsay and opinion and inadmissible for that reason.

142. However, even though the Court is obliged to point out these problems and to reach such a conclusion, no one (and I feel confident including the Crown and the Interveners in what I say) wants this motion to be dismissed upon the basis of evidentiary and procedural issues alone. If the Court did this, the proceedings would continue to stagnate and the likelihood of progressing towards trial any time soon would significantly diminish. I believe that all parties are of the view that some kind of clearing of the air is required at this time.

143. Hence, it is my intention to try and address Mr. Shibley's oral arguments, and the written arguments of Ms. Twinn and Mr. Healey as contained in the Plaintiffs' Memorandum of Argument, by direct

reference to the Court record, bearing in mind, however, that those arguments are highly tainted by the problems I have referred to above. But what the Court is really doing here, in effect, is proceeding with its own examination of the record in the light of the Plaintiffs' professed concerns. The Court cannot say that the Plaintiffs have discharged the onus upon them that the law demands in a motion of this nature, and proceeding further with these reasons should not be taken as any indication that the Court accepts the written materials filed, or has chosen to overlook the evidentiary difficulties referred to above.

...

THE LAW

156. But I would also like to emphasize and expand upon two points that Ms. Eberts identifies in her written brief. First of all, I believe our legal system depends upon the assumption that judges must be presumed to be impartial. This does not mean that counsel should be intimidated or chary of challenging decisions or judicial conduct where the circumstances warrant it. Our system presumes judges to be impartial, but it also depends upon forthright and intrepid counsel to raise the alarm when they think an apprehension of unfairness has entered the process. Much depends upon the sound judgment and good faith of counsel. There are checks and balances that should ensure applications are only brought in appropriate circumstances. However, if the Court feels the allegations are not appropriate, it must be equally forthright in identifying what it sees as any abuse, bad faith, or irresponsibility on the part of counsel. The respective duties of judge and counsel demand plain speaking on what can be somewhat delicate issues. But, in my view, the fairness and integrity of our judicial system demands that appearance of bias applications not be handled with coyness. They strike at the heart of the administration of justice and undermine public confidence in the impartiality and integrity of the judiciary. Allegations are easy to make and difficult to repel. They must be dealt with openly and firmly.

157. Secondly, I do not believe it can be emphasized too much that the inquiry to which a reasonable apprehension of bias allegation gives rise must be highly fact-specific. The complete context of each situation, and the particular circumstances are of the utmost importance. This is why, in my view, the Court must be wary of taking a result in one case and assuming, because it might seem to

address a particular point, that it can be useful in dealing with an entire application: facts are infinitely variable; the mix needs to be reviewed carefully; and the record must be considered in its entirety to determine the cumulative effect of any alleged transgression or impropriety.

...

THE PLAINTIFFS' ORAL ARGUMENT

160. The Plaintiffs' oral argument was very different in tone and emphasis from the Plaintiffs' written argument. Mr. Shibley was most helpful to the Court because he brought a fresh appraisal to the present impasse and he made a strenuous effort to distill the essence of the Plaintiffs' concerns and to extrapolate them from the convoluted excesses of their written materials.

161. However, notwithstanding these attempts at clarification, there were several ways in which the oral argument mimicked the approach apparent in the Plaintiffs' written brief: it did not review the whole context or the complete record, and it made highly selective and partial use of some items in the record, while neglecting to mention other material facts entirely. This was because, in the end, the oral argument was completely dependant upon the written argument for its authority and points of reference.

162. In an application where context is everything, such an approach is of limited use to the Court. As I mentioned earlier, Mr. Shibley was exemplary in his forthright disclosure that he did not know the whole record and was dependent upon Ms. Twinn and Mr. Healey to guide him.

163. The onus is on the Plaintiffs to prove a reasonable apprehension of bias. If they choose not to deal with the whole context, then they will have a very difficult time convincing the Court that they have satisfied the jurisprudence and met the reasonable person test.

...

THE REPRIMAND

471. I have agreed with Mr. Shibley that this motion is not the place to address the complaints of opposing counsel directed at Mr. Healey

and, for this reason, I wish to make what I have to say as neutral as possible. However, the conduct of Plaintiffs' counsel has been put in issue by the Plaintiffs and the Court must address it to the extent that it relates to the reasonable apprehension of bias motion that has been placed before the Court and to the extent that it impacts upon the integrity of these proceedings.

472. Mr. Shibley makes two important points that the Court should address. One of them is what he terms the Aone-sided problem.@ Once again, he is neglecting the full record. The Court's general directions upon conduct have been directed at all counsel. Even in the Court's December 6, 2004 reasons, at paragraph 68, the Court's comments are directed at "all counsel."

473. But this does not mean that all counsel have engaged in unacceptable conduct. The record shows where individual counsel have transgressed and, in any future context where conduct may become an issue, it should be the full record that is looked at, and not anything that was said as part of the hearing for this motion where all involved behaved impeccably.

474. In the December 6, 2004 reasons, Mr. Healey is singled out for observation because the Court felt that, on that occasion, his conduct was not acceptable. The Court had no problem with the conduct of opposing counsel because, although they took strong issue with what Mr. Healey said, they remained professional and did not allow their feelings to disrupt the process or to deteriorate into a personal attack upon Mr. Healey before the Court.

475. The second important issue is Mr. Shibley's assertion that the "evidentiary base ... does not appear to have been fully addressed."

476. Paragraph 35 of the reasons of December 6, 2004 makes it clear that the reason why the Court felt it necessary to reprimand Mr. Healey was because the "progress of the dispute was impeded, and valuable Court time was wasted, in addressing matters that, on examination, are clearly *res judicata*."

477. The Court felt it had been misled on one of the principle issues in the motion: *res judicata*. By alleging that the Interveners were misleading the Court on this issue, the Court allowed argument from Plaintiffs' counsel that should not have been allowed because the issues had "already been argued ad nauseam before the Court," and

were matters upon which the Court “and the Federal Court of Appeal” had already ruled.

478. So this aspect of the reprimand was that the Court did not appreciate having to listen to arguments on matters that were *res judicata*. The evidentiary base for this conclusion is set out in the reasons and the materials submitted by counsel who participated in that motion.

479. The second aspect of the reprimand was disapproval of Mr. Healey’s *ad hominem* attacks upon opposing counsel. In other words, he made it too personal.

480. Throughout the hearing on November 18 and 19, 2004, and not just in relation to one contentious matter, Mr. Healey made extensive use of words such as “misrepresentation,” “mischief,” “they will say anything,” “mislead,” “complete misstatement,” “trickery,” “most ridiculous position,” “false,” and “that’s just made up.” Russell J. did not in the reasons address every instance where such words were used. But the evidentiary base for the reprimand was everything heard by the Court, and that appears in the transcript. The overall impression conveyed by Mr. Healey was that the Interveners were dishonest and that they were out to trick the Court on issues concerning their role and standing in these proceedings. And, after I had heard argument, I agreed with the Interveners that the issue of their role had been dealt with to a considerable extent in previous Court orders and did not need to be argued all over again.

481. Russell J. did not detect or record a similar animus on the part of the Interveners when they were dealing with Mr. Healey’s arguments, even though he was re-arguing matters that were *res judicata*.

482. It has to be kept in mind that, in paragraphs 34 and 35 of the reasons, the Court is focused upon the issue of *res judicata*. As the reasons also make clear, Mr. Healey argued that the Federal Court of Appeal had directed certain things which Russell J. found that Court had not directed. The Plaintiffs cited the Federal Court of Appeal out of context, and then claimed that the Federal Court was being misled by the Interveners and that they were creating mischief.

483. So the evidentiary base for the Court’s remarks can be found in previous decisions of the Federal Court and the Federal Court of Appeal as referred to in the reasons. The Court indicates in

paragraph 34, that it examined the allegations that Mr. Healey made (including those against Mr. Donaldson and Mr. Faulds) and the Court did not find that the Interveners were creating mischief or deliberately misleading the Court. If Mr. Healey has a problem with that finding he can take it up with the Federal Court of Appeal. Differences of interpretation do not require an all-out attack on the honesty of opposing counsel. That is what warranted the reprimand. Counsel can be wrong (and I'm not saying they were in this case) without being dishonest, and I have noticed in Mr. Healey's cross-examination for this motion, when Mr. Kindrake took him through a number of inaccurate statements he has made to the Court, he was very forgiving of himself. Those inaccuracies were merely "mistakes."

484. I believe the reasonable person would see the reprimand as an attempt to maintain courtroom decorum in a situation where disagreement between counsel resulted in one counsel resorting to ad hominem attacks in order to distract the Court from the basic issue of whether the role of the Interveners was or was not a matter of *res judicata*. As the reasons make clear, the full evidentiary base was examined. The response was measured and appropriate and I do not believe that the reasonable person, fully informed, would reasonably apprehend bias against Mr. Healey or the Plaintiffs.

...

THE PLAINTIFFS' WRITTEN ARGUMENT

496. Following his oral presentation, Mr. Shibley adopted and endorsed the Plaintiffs' written argument with the exception of two important allegations which I will come to shortly.

497. The Plaintiffs' written argument was not prepared by Mr. Shibley and it is the Court's understanding that he had very little input, if any, in putting it together. The written argument is signed by Ms. Twinn and Mr. Healey, and Mr. Healey has indicated in cross-examination that he and Ms. Twinn (together with those they supervise) are responsible for it. Mr. Healey is primarily responsible.

498. The two allegations that were withdrawn are important. The first one is contained in paragraph (a) (xv) of the Notice of Motion and 5(j) of the Plaintiffs' Memorandum of Argument to the effect that Russell J. engaged in private conversations with the Crown to thwart the Plaintiffs' plans to call their evidence on self-government.

499. There are clear indications here of a deep-seated hostility towards the Court and its processes. Until the day of the hearing, Plaintiffs' counsel continued to allege that Russell J. "engaged in private conversations with the Crown to schedule a summary motion filed by the Crown designed to defeat the central allegation raised by the Plaintiffs in this proceeding, namely the Plaintiffs' right of self-government It was only through the inadvertence of the Crown that the Plaintiffs became aware of these conversations Russell J. did not inform the Plaintiffs at the time or shortly after these discussions occurred that there were such discussions or what was discussed... . Russell J. only responded when the Plaintiffs raised it with him one week later."

500. This sounds, and is meant to sound, absolutely appalling. It conjures up images of Russell J. picking up the phone and plotting with Mr. Kimmis to thwart the Plaintiffs' alleged claim to self-government.

501. What really happened was that a filing date for Crown materials fell on a Saturday and the Crown contacted the Court registry to find out what it should do. The registry applied the usual rule in these situations of allowing filing on the next business day. The registry checked with Russell J. to ensure that there was no problem in following the normal procedure in this instance. And thus, says Plaintiffs' counsel, Russell J. "engaged in private conversations with the Crown"

502. The Plaintiffs had to know immediately that they received materials on Monday and not Saturday, and as soon as Russell J. became aware that Plaintiffs' counsel was concerned, a full written explanation was provided forthwith. Yet the allegation was still made. What is more, it was sworn to under oath by counsel for the Plaintiffs.

503. What we see happening here is Mr. Healey and Ms. Twinn abandoning all proportion and objectivity to mount a personal attack on the integrity of the trial judge, although I am not clear from the evidence of the extent to which Ms. Twinn is a participant in this approach.

504. Fortunately, a wiser head prevailed and Mr. Shibley withdrew the allegation at the hearing. But the fact that it was made at all under the circumstances would not be lost on the reasonable person.

505. The fact that it appeared in the Notice of Motion and the Memorandum of Argument, after full explanation was promptly provided, highlights the significant difficulties the Plaintiffs' written materials present for the Court and why argument (written or otherwise) should not be made by someone who, in the case of Ms. Twinn, is a band member, solicitor of record and witness, and, in the case of Mr. Healey, is leading counsel, witness and personally involved with many of the issues raised.

506. The second important item that was withdrawn is even more problematic for the Court. At the end of his presentation, and after he had endorsed and adopted the Plaintiffs' written argument, the Court drew Mr. Shibley's attention to paragraph 3 and the following sentence:

They (i.e. the Plaintiffs) do not seek a determination of actual bias. There is however some evidence to support such a finding.

507. The Court is never told what this evidence of actual bias is, although there are allegations throughout of actual bias rather than apprehended bias. But Mr. Shibley assured the Court that this motion was based upon apprehended bias.

508. An allegation of actual bias without evidence is nothing more than a slur. And an allegation of actual bias in a motion that claims to be about apprehended bias is irrelevant and, therefore, a gratuitous slur.

509. To his credit, Mr. Shibley withdrew the allegation in paragraph 3 as soon as the Court brought it to his attention and I do not for one moment entertain the thought that, in endorsing the Plaintiffs' written argument, he meant to endorse that allegation.

510. I also agree with Mr. Shibley that complaints by the Crown and/or the Interveners related to the conduct of Plaintiffs' counsel should not be dealt with as part of this motion except, of course, where Plaintiffs' counsel's conduct is specifically raised by the Plaintiffs and the Court is, therefore, obliged to deal with it, and where the materials themselves bring up conduct issues that the Court cannot ignore.

511. However, notwithstanding its withdrawal at the hearing, the inclusion of an allegation of actual bias raises the same general concern that the Court has already expressed about the materials having been prepared by counsel for the Plaintiffs who have abandoned objectivity and any sense of proportion in what they are prepared to say. And the allegations of actual bias are so ingrained and interwoven throughout the Memorandum of Argument and the evidence of Mr. Healey that removing a sentence from paragraph 3 does not solve the problem.

512. The Plaintiffs' Memorandum of Argument presents a litany of allegations that goes on for almost 100 pages. It is not easy to decipher and no assistance was offered to the Court at the hearing by the Plaintiffs that would help in the process. The Court is merely left to make what it can of decontextualized quotations and accusations, highly subjective and skewed interpretations, attempts to re-argue untenable positions, and a great deal of what can only be called innuendo.

513. The net effect of this approach is to force upon the Court and the other parties the job of providing the full context needed to place the Plaintiffs' arguments in a perspective that will enable the reasonable person to assess them. The Court has to keep in mind that the onus is on the Plaintiffs to prove a reasonable apprehension bias, and it is not the role of the Court and/or the other parties to try and make clear what is obscured by the Plaintiffs' materials. But allegations of bias (actual or apprehended) are very easy to make and very difficult to dispel. They strike at the heart of our justice system and they undermine public confidence in the integrity of the judiciary. This is why they should not be made in an irresponsible way and before an objective appraisal is made of the record, the materials and the position of counsel who is making them. If undertaken irresponsibly they create alienation and estrangement from the whole justice system.

514. The Plaintiffs were given a significant amount of time to prepare this motion and their materials. Extensions were granted when requested. All other pending matters were suspended so that they could concentrate on the task in hand. And Mr. Donaldson, who represents NSIAA, one of the Interveners, even went so far as to assist the Plaintiffs and the Court in preparing and organizing two volumes of Transcripts, Pre-Trial Orders and Directions that are essential for an understanding of the full context of this motion.

Notwithstanding all of this accommodation, the end result is confused and, at times, just plain baffling.

515. The first problem for the Court is to determine what the Plaintiffs' Memorandum of Argument actually is and how it can be used. In their affidavits, Ms. Twinn and Mr. Healey adopt the document, or at least parts of it, as evidence. Mr. Shibley could not really help the Court much with this problem:

In any event, it's not a factum, in my view, in the normal sense of that term; its written argument, which I found to be helpful, and I hope you do too. It's comprehensive beyond what is normal. There is no question about that. (Transcript, vol. 2, page 28: 8 - 13)

516. So the Court is left to make of this Awritten argument@ what it can. However, the Court was very unnerved by the following information from Mr. Shibley:

Well, I've read it more than once; I've read it a number of times. And I say with respect, I, submit to you, My Lord, that it's very worthy of reading. It is elaborate. And sometimes the reproduction of transcript is elaborate. I found it useful because I didn't have to read the transcript, get the volumes out. [Emphasis added] (Transcript, vol. 2, page 32: 3 - 10)

517. The Court can only say that it gains little comfort from the knowledge that Mr. Shibley did not have to read the transcript because, had he done so, he might have alerted himself to the fact that the allegations and assertions contained in the Memorandum of Argument are difficult to reconcile with the actual record.

518. In his summary, Mr. Shibley advised the Court that "the record must be considered in its entirety to determine the cumulative effect of any transgressions or improprieties." Having now spent weeks doing just that, I am left wishing heartily that the Plaintiffs had followed their own advice.

...

556. Mr. Shibley has asked that opposing counsels' criticism of Mr. Healey's conduct in these proceedings not be made the focus of this motion, and I have agreed with him in a general sense. But to totally neglect Mr. Healey's conduct would be to neglect a fundamental part of his own argument, because he squarely places his conduct before the Court and invites the Court to address it as part of the apprehended bias allegations. He also reveals quite clearly in paragraph 20 quoted above that there is a significant personal dimension to this motion, and I will address the implications of that later.

...

559. So, apart from the specific allegations against Justices Hugessen and Russell, what have the Plaintiffs provided to the Court for consideration from the perspective of the reasonable person? They have presented elliptical quotations taken out of context, skewed interpretations, much that is simply irrelevant, quotations that do not stand for what the Plaintiffs say they stand for, hearsay and innuendo.

560. There is nothing here that a reasonable person would consider as giving rise to a reasonable apprehension of bias within the Federal Court. As for the Plaintiffs' apprehensions about receiving an unbiased hearing in the Federal Court and what I surmise to be a suggestion of "estrangement" from the processes of this Court, my view is that the arguments put forward in the written brief do not assist in alleviating that feeling. In fact, quite the reverse; they appear to me to build and exacerbate alienation and estrangement.

561. Against all of this, however, there is, in fact, a clear message in the materials about what the Plaintiffs' real apprehensions are concerning the Federal Court. With exemplary candour, Chief Roland Twinn, during cross-examination on his affidavit for this motion, came directly to the point:

- Q. Okay. Now one of the other pieces of relief that's asked for here in this case is that the possibility that the matter could be transferred to B in your Affidavit, paragraph 4, it says: the Provincial Court. So which Court is that?
- A. The Court of Queen's Bench.

Q. Any do you have any specific judge in mind in the Court of Queen's Bench?

A. No, I do not.

Q. Can you tell me why you say the Court of Queen's Bench might be more inclined to be fair to your case than the Federal Court?

A. It is my belief that the Provincial Court has had some more favourable rulings towards First Nations.

(Roland Twinn cross-examination, page 11: 10 - 23)

562. Chief Twinn cannot be faulted for wanting a judge who will see matters as he sees them and give him the relief he wants. That is his job and it is what all plaintiffs want. But a judge who does not see things the Plaintiffs' way, on some particular procedural decision such as has occurred in this case, does not, for that reason, create a reasonable apprehension of bias, and decisions against the Plaintiffs on procedural matters do not, per se, give rise to a reasonable apprehension of bias. By asking the Court for a say in picking the judge who will hear this case (even as modified at the hearing to a request that I recommend to the Chief Justice of the Federal Court that they have a say), the Plaintiffs are clearly concerned to find someone who will be more disposed to their case than they believe Russell J. to be. The problem with this is that the Federal Court of Appeal, who the Plaintiffs appear to trust, has said in *Samson* that it cannot be:

In our view, what the Appellants seek in these appeals is the removal of Teitlebaum J. as trial judge and his replacement by a judge of their own preference to preside over what are admittedly two important trials. This approach to the selection of a trial judge is foreign to the practice of this Court. We do not wish to encourage it in any way.

...

577. The remaining 65 pages of the Plaintiffs' Memorandum of Argument are a, sometimes vitriolic, attack upon the role played by Russell J. since his appointment as trial judge in 2004.

578. Much of it is an attempt to drag the Court back over old arguments that the Court has rejected in its decisions: the implication being that the Court got it so wrong that any reasonable person would apprehend bias.

579. Quotations are taken out of context and/or most of the context that a reasonable person would need to judge the allegations is just not provided. Elliptical quotations are occasionally used. Unsupported assertions are made that are just plain wrong. Plaintiffs' counsel have culled the whole record for words and passages that can be assembled into a revisionist collage of what has transpired.

580. Any attempt to cite in full relevant portions of the record to provide the complete context for the positions put forward by the Plaintiffs would require a gargantuan effort on the part of the Court. In a motion for apprehended bias, where context is everything, Plaintiffs' counsel have gone out of their way to provide a very unbalanced account of what has taken place. As I mentioned earlier, this seems to be the inevitable consequence of counsel wearing so many hats at the same time. Objectivity and a sense of proportion are lost.

581. On the other hand, the allegations made are so serious (some of them amounting to actual bias) that the Court is compelled to make some effort to come to terms with this material, lest it be thought that silence is concurrence and the Plaintiffs' people are left with the impression that the Court just doesn't care about such matters and they lose their confidence in the integrity of the proceedings.

...

593. It is just not possible for the Court to address separately in these reasons every allegation and every quotation that appears in the Plaintiffs' Memorandum of Argument.

594. The Court has tried to "muddle through" as best it can, but the evidentiary and discursive problems in the materials mean that the positions put forward are highly suspect and, even if the document were acceptable on formal grounds, the reasonable person could hardly give it any real weight in terms of the allegations advanced.

595. There is one respect, however, in which the Plaintiffs' written materials have a very solid evidentiary value that would not be lost on the reasonable person.

596. The problems that the Court has been attempting to resolve since this matter was returned for re-trial in 1997, have had less to do with the underlying issues in the dispute than they have with the procedure and conduct of counsel. And these materials are evidence for the reasonable person who needs to understand what some of those problems have been, and continue to be.

597. Also, strongly on display in the Memorandum of Argument is Plaintiffs' counsel's insistence upon re-arguing issues that have already been decided and which are *res judicata*. That problem was very much at the heart of the Court's decision of December 6, 2004 dealing with the role of the Interveners. In this motion on apprehended bias, for instance, we see Plaintiffs' counsel again going through the will-say standard issues in an attempt to show that the Court obviously got that decision wrong, so the reasonable person would apprehend bias. Yet, this is a decision that the Plaintiffs (who are not shy of appealing Court orders) did not appeal, and in relation to which Plaintiffs' counsel has indicated to the Court that the Plaintiffs accept the standards set by the Court, and according to Ms. Twinn's correspondence, have actually completed will-says that meet those standards.

598. Judges are not infallible. They can make mistakes. When they do, the Federal Court of Appeal is there to correct them. If the Plaintiffs cannot accept a Federal Court decision, they can appeal it. Alleging apprehended bias after the appeal period has expired is just a way of avoiding the Federal Court of Appeal and trying to have the issue argued all over again before another trial level judge.

599. We also see in these materials how unhelpful the elliptical quotation can be. I have already mentioned an egregious example of this device in paragraph 15 of the Plaintiffs' Memorandum of Argument, but it is not the only one.

600. And, of course, there is the general tendency prevalent throughout in this motion of using selective quotation, de-contextualizing the record, and a reliance upon innuendo and revisionist statements.

601. Elliptical quotation, innuendo and revisionism are neither evidence nor argument. They contribute nothing to the matter in hand.

602. In the context of a single motion, these practices might not seem like much of a hindrance, but in the context of a long dispute (that has been going on since 1986, and where it was as long ago as 1997 when the matter was returned for re-trial, and where the trial looks like being lengthy), these things are a major concern because their deployment impedes the efficient administration of justice. The whole written production of the Plaintiffs in this motion lacks objectivity and balance, and the credibility that can only come from objectivity and balance. It attempts to present its targets in the most discreditable light possible, and for this reason is not a reliable basis for the judgment of the reasonable person, fully informed, who has thought the matter through.

603. I believe that the reasonable person would take note of these additional factors when assessing some of stern language that Hugessen J. and Russell J. have felt compelled to use in order to curb attitudes, practices and arguments that they have felt were not assisting progress towards trial.

604. I raise these matters here with some reluctance because of the already over-charged atmosphere of these proceedings, but the nature of the allegations made in this motion requires the Court to say something about them, and Plaintiffs' counsel, Mr. Healey, has chosen to put his own conduct directly at issue. Finally, it also has to be stated clearly that the questionable practices, excesses and prolixities on full display in these materials necessitate an inordinate amount of time and effort on the part of other counsel and the Court to correct them, and seriously impede the progress of these proceedings. These matters will obviously have to be taken into account when costs are considered.

...

CONDUCT ISSUES

621. Notwithstanding the Court's general feeling that this is not the appropriate time to address conduct issues head-on, the problem that the Court now faces is that, having reviewed the written materials submitted for this motion at considerable length, there is a significant issue that cannot be ignored. And this is now the time for plain

speaking from the Court which, as I mentioned earlier, is absolutely essential, in my view, in this kind of motion to avoid bias (apprehended or otherwise) being raised merely as a matter of course. The jurisprudence is replete with warnings that allegations of bias (apprehended or otherwise) should not be made lightly and that they should only be made if supported by sufficient material. This is because such allegations strike at the heart of our judicial system and undermine public confidence in the impartiality and integrity of the judiciary. At a personal level, of course, there can be no greater criticism of an individual judge than that she or he is in breach of the oath of office. As this motion has shown, such allegations are easy to make, but difficult to repel.

622. Having reviewed the oral and written submissions of Plaintiffs' counsel against the record, I have been driven to certain conclusions that are deeply troubling but which, on the basis of what I now see before me, it is my duty to address in some way.

623. Mr. Healey is the architect of this motion. His affidavit is the principal evidence offered against Hugessen J. and Russell J. and he is an author of the Memorandum of Argument that details the Plaintiffs' complaints about the Court and the judges it names. He is the one responsible for the lay affidavits that are formulaic and identical in nature and that do little more than repeat opinions he has provided. Those witnesses are not objective observers of the situation who can speak to material issues that have not been filtered through Mr. Healey and Ms. Twinn. Ms. Twinn says she has read the affidavit of Philip Healey and she agrees with its content. So, in the end, just about everything comes back to Mr. Healey.

624. Mr. Healey has said clearly that, as regards Russell J., he has been treated at all times with appropriate courtesy in his appearances before the Court. He has also said that he does not believe that Russell J. has acted or spoken in any way that would suggest personal animus or bias towards him as a lawyer.

625. The gravamen of his complaint is that he believes Russell J. is pre-disposed against the position of his clients on the self-government issue and he does not like the "tone" used by the Court in some of its decisions. Presumably, he has no complaint against the Court where its decisions show an acceptance of positions he has advanced, although, even here, he appears to suggest that acceptance only occurs when the jurisprudence is so "trite" that the Court cannot follow its natural inclinations and favour the Crown. But what he

truly does not like is the “tone” evident in some of the reasons where his arguments have not been accepted by the Court.

626. It is apparent to me from my review of the materials that Mr. Healey does not like being told that certain arguments he has brought to the Court are untenable. He does not like being told that he should not use his clients’ breach of a Pre-Trial Order as an opportunity to discount the rights of other parties. He does not like being told that ad hominem attacks upon opposing counsel are not acceptable to the Court. He does not like being told that the Court does not appreciate his re-arguing issues before the Court that the Court feels are clearly *res judicata*.

627. Of course, if he disagrees with decisions of the Court, he can advise his clients to appeal. But in this motion a collateral attack is made on several decisions that were not appealed, and the mechanism used is apprehended and, sometimes, actual bias.

628. The written materials submitted for this motion reveal that Mr. Healey, rather than correct the matters of concern drawn to his attention by the Court, and rather than appeal certain decisions, has chosen instead to question the impartiality of various judges of the Federal Court in a way that is, at times, personal.

629. Mr. Healey’s evidence and the Memorandum of Argument are imbued with language and methodologies that suggest that he seeks to impugn the integrity the trial judge in particular, and this factor cannot be eradicated by simply removing the allegation that Russell J. “engaged in private conversations with the Crown... .” The personal attack is deeply ingrained in the written materials and accounts for their excesses, their skewed interpretations, and their inaccuracies. There can be no mistaking the implications: Aand he was putting pressure on us and he knew he was putting pressure on us, and he knew that you and opposite counsel were putting pressure on us. And there can be no doubt about who Mr. Healey thinks he is defending: “he has never been treated or had his arguments described in such a way.”

630. The message in the materials is loud and clear: Mr. Healey not only sees these proceedings as a personal battle with opposing counsel, he has also placed himself in personal confrontation with the Court.

631. This confrontational approach, and the willingness to impugn in a personal way the integrity of named judges, has no place in a Court of Law. It has no place because it impedes the fair and efficient administration of justice and is a direct threat to the rights of all parties involved. And the Court has a duty to ensure that the rights of all parties do not become trammelled in what one legal counsel has come to see as his own personal confrontation. What I see in these materials is clear evidence of a breakdown of legal process in this case. Mr. Healey in this motion is not fulfilling his duties to the Court from a position of detachment, and he is not conducting himself with the objectivity required by our adversary system.

632. The Plaintiffs and the Crown have reached a point in these proceedings where an extremely important matter needs to be determined before the trial begins: to what extent is self-government an issue raised by the pleadings? The answer to this question will have a direct impact upon preparation for trial and the nature of the evidence that both sides decide to call.

633. The Court is being hampered from resolving this impasse by the present motion. It is extremely unfair to all parties to have decisions on important issues delayed because Mr. Healey does not like the “tone” used by the Court from time to time, unless, of course, that tone is evidence of some kind of bias against the rights of the Plaintiffs. My review of the record has convinced me that, from the perspective of the reasonable person test, there are no grounds whatsoever for suggesting that the Court is not fully alive to the Plaintiffs’ rights or that it has not taken active steps to protect them, sometimes in the face of inconsistent and extremely discouraging behaviour on the part of Mr. Healey. That “tone” has not jeopardized the respective rights of the parties and has, in fact, been part of the Court’s attempts to ensure those rights are not undermined by personal confrontation.

634. Mr. Healey also appears to believe that Russell J. can be made to change his position and to favour his arguments if Mr. Healey alleges an apprehension of bias in a notice of appeal. In other words, after first being manipulated by the Crown and the Interveners into excluding evidence relevant to the Plaintiffs’ claim, Russell J. can then be made to come over to the Plaintiffs’ side and be fair for a change.

635. These are direct attacks upon the integrity of a judge and his attitude towards his oath of office. Needless to say, they are not particularly pleasant views to hear, but that is not my real concern.

636. What they tell the Court at this stage, and this is my concern, is that conduct the Court has attempted to correct as a prelude to moving into a long trial is not going to be corrected, and that Mr. Healey remains unrepentant and is prepared to confront the Court in a personal way rather than follow the procedures and directions embodied in the Court's decisions.

637. I do not believe that the rights of the parties can be fully protected if the proceedings are conducted at this level. There is, first of all, the enormous waste of resources to consider that can be somewhat compensated for in costs, but not entirely. There is also the unnecessary confrontation that results if legal counsel decides it is acceptable to engage in personal attacks against opposing counsel and to attack the integrity of the trial judge. And, of course, there is a terrible disservice to the parties when their rights are lost sight of, and the Court becomes embroiled in deciding issues that have no real reason to be before the Court and finds itself sidetracked by personal confrontation.

638. Mr. Shibley's impeccable handling of the argument at the hearing of this motion cannot be used to mask the real problems that beset these proceedings. As I said at the time, he was more help to the Court that he realized because, although he did not know the record and was dependent for his arguments and his view of the facts upon Ms. Twinn and Mr. Healey, he reminded the Court of just how cooperative and efficient opposing counsel can be, even when they appear as adversaries in a highly-charged and contentious motion.

639. I said at the hearing that something constructive needs to come out of this motion for the sake of the parties involved. I cannot withdraw because, in my view, the law is very clear that it is my duty not to stand aside in these circumstances. At the same time, however, I do not see how these proceedings can continue if detachment and objectivity are abandoned and personal confrontation is allowed to hold sway.

640. I will need advice from all counsel on this issue. I had hoped to avoid this conclusion, and that the problem would correct itself, but a careful review of the materials placed before me in this motion has convinced me that turning a blind eye to it now is not commensurate

with protecting the rights of all parties and ensuring a fair and efficient trial on the merits.

[173] In closing their case at this time, the Plaintiffs had the following to say regarding the conduct issues related to Mr. Healey and Ms. Twinn:

[I]n terms of the conduct of counsel, we submit that that has been dealt with and we remind you, My Lord, that we did telephone conference with you.

Nothing could be further from what the record actually shows. Matters related to the conduct of counsel have not been dealt with. In addition, all of the Court's findings at the Bias Motion concerning the Plaintiffs' purpose in bringing that motion remain in place and are unchallenged.

[174] So the Plaintiffs' position in closing their case at this time and seeking an appeal is that the conduct of the trial judge "since your assignment as trial judge" will now be placed before the Federal Court of Appeal but that the conduct of the Plaintiffs' legal counsel referred to above "has been dealt with" and so is, somehow, a thing of the past. It would appear that the Plaintiffs intend that not only will the past conduct of counsel and their own responsibility for the excesses of the Bias Motion be left out of account, but the latest apprehension of bias allegations will not even be placed before the trial judge. The Plaintiffs are seeking an immunity from review of the role that their own counsel, always acting on their behalf, have played regarding the issues that are central to their decision to close their case at this time. From my perspective as trial judge, I think that no such immunity is possible if the points at issue are to be understood in their full context. A decision to close their case at this time and to pursue an appeal means that the controversial will-say issue will be closely examined, and at the centre of the will-say issue lies the conduct of Mr. Healey and Ms.

Twinn, and the Plaintiffs' approach to these proceedings as manifested in the Bias Motion. Such conduct is inextricably linked to what has become the major issue, at least ostensibly, that has brought the Plaintiffs' case to a close.

[175] The way this matter was left is that, during the course of a teleconference on July 27, 2006, Mr. Molstad offered the following explanation on the part of the Plaintiffs and Mr. Healey and Ms.

Twinn:

MR. MOLSTAD: Thank you very much, My Lord. My Lord, this statement is intended to address certain remarks by the Court in the May 3rd, 2005, reasons regarding the apprehension of bias motion and the May 3rd, 2006 reasons regarding costs.

Mr. Healey and Ms. Twinn, responding both as officers of the court and in their role as counsel of choice of the plaintiffs, wish to provide the Court with the explanation and clarification that the Court has indicated were required.

The arguments filed in support of the application that Your Lordship recuse himself should not have contained any language capable of suggesting that the plaintiffs were alleging that there was actual bias on the part of the Court. Although Mr. Healey and Ms. Twinn had intended that the relief sought in conjunction with their assurances in the argument to the contrary would prevent such a conclusion being drawn, they sincerely apologize for any language capable of that interpretation being included.

Ms. Twinn and Mr. Healey made best efforts during the preparation of the memorandum to ensure compliance and compatibility with the opening statement of the memorandum, which read (quoted as read):

“The issue raised is apprehended bias”

Despite these best efforts, including review of the memorandum by independent, senior counsel and other advisors,

some language capable of an interpretation giving offence was inadvertently retained.

At the hearing on the motion for apprehended bias, Mr. Shibley on behalf of the plaintiffs immediately and unequivocally confirmed that the motion before the Court was one raising reasonable apprehension of bias, not actual bias.

Ms. Twinn and Mr. Healey regret and apologize for any injury or offence that may have resulted from any language capable of suggesting actual bias on the part of the Court. As officers of the court, they wish to assure the Court that in no way did they have an intention to allege anything but reasonable apprehension of bias.

Mr. Healey and Ms. Twinn also wish to state as officers of the court that they at no time knowingly have made misrepresentations of any kind to the Court, have not knowingly misled the Court as to the facts or the law, have never intended to intimidate the Court or distract it from the merits of the case, and have never intentionally attempted to subvert any of the judgments rendered in this matter that were not appealed. They regret if in any way room has been left for any ambiguity permitting such a conclusion to be drawn, since that conclusion would be contrary to their intentions.

The plaintiffs have willingly come before the Federal Court of Canada for adjudication of matters of great societal and cultural importance to them, believing in the justice system. Ms. Twinn and Mr. Healey would not and certainly did not intend to do anything to subvert the process in which their clients have put their faith.

Ms. Twinn's cultural values coincide with her professional responsibility to seek a peaceful, positive, and respectful atmosphere in which these proceedings may go forward, going to this objective by Mr. Healey and, indeed, by all those now counsel for the plaintiffs.

It is the sincere wish of Ms. Twinn and Mr. Healey that this statement will be accepted as evidence of their good faith and their commitment to the system of justice as well as to the best interests of their clients.

That is the submission that we make, My Lord.

[176] The Court responded as follows:

I've been left in the dark for quite a while wondering what has been going on, so I very much appreciate from my own personal perspective that you've offered some clarification of this point. And I guess what I can say is, you know, for whatever it says I appreciate it having been said at this time.

What it means in terms of the future, well, as I said before in my previous reasons, I really want to put this matter to one side. I suppose when we do consider what it means, it will certainly be something that I will take into account in deciding whether or not anything further needs to be done on this matter.

But what I would like to do is to just leave it where it is now. You have tabled that apology. It's much appreciated, very much appreciated, and I would like to now proceed with the merits of the case and get on with those merits. So thank you very much.

[177] I think it is very clear from this sequence that:

- a. The apology is tabled;
- b. The Court will consider its significance at the appropriate time;
- c. The Court remains principally concerned to put conduct issues aside so that it can proceed to hear the merits of the case.

[178] This is not the place for the Court to now consider the implications of that apology and explanation "in deciding whether or not anything further needs to be done on this matter." The matter in question was the personal conduct of Mr. Healey and Ms. Twinn as officers of this Court.

The Plaintiffs have already been fixed with responsibility for the excesses of the Bias Motion and I have awarded enhanced costs against them for that motion. The Plaintiffs' apology and explanation does not affect the findings of the Bias Motion which remain unchallenged.

[179] But the Plaintiffs' decision to close their case and base their appeal upon what has transpired in these proceedings since my appointment as trial judge, means that I am now forced to say something about the apology and explanation offered on July 27, 2006 in so far as the issues it raises are germane to the Plaintiffs' present position.

[180] I had hoped that, following a full trial, such conduct issues would subside and pale against the full body of evidence that the Plaintiffs informed the Court they planned to introduce. But the Plaintiffs have chosen, not to present the merits of their claims to the Court, but to close their case and focus upon procedural matters that, inevitably, go back to the initial preparation and production of will-says and what was said about those will-says at the time of their production and service and the way the will-says were dealt with at the Peshee hearing. And that, inevitably, brings back into the picture the very matters that the Court said it wanted to avoid and leave on one side until it had heard and decided the merits.

[181] The apology offered through Mr. Molstad raises the following matters of relevance to the Plaintiffs' decision to close their case in order to pursue an appeal at this time:

- a. Mr. Healey and Ms. Twinn are responding through Mr. Molstad "both as officers of the Court and in their role as counsel of choice of the plaintiffs";

- b. The allegations in the Bias Motion concerning actual bias were “inadvertently retained”;
- c. Mr. Shibley made it clear at the hearing of the Bias Motion that the Plaintiffs were relying upon a “reasonable apprehension of bias, not actual bias”;
- d. Mr. Healey and Ms. Twinn, speaking personally say that “As officers of the Court, they wish to assure the Court that in no way did they have an intention to allege anything but reasonable apprehension of bias”;
- e. Mr. Healey and Ms. Twinn say that they did not “knowingly” do the various things that the Court found had occurred as part of the Bias Motion, and it was certainly not their intention to do those things.

[182] As I have said, this is not the place to deal with this apology and explanation and its significance for the conduct issues that remain before the Court concerning Mr. Healey and Ms. Twinn as officers of this Court. But I think it is immediately apparent that the Plaintiffs confirm that Mr. Healey and Ms. Twinn were acting for the Plaintiffs in all they did, and that any offence or allegation of actual bias is attributed to mere inadvertence. I think I also have to make abundantly clear that this apology and explanation change nothing about my findings in the Bias Motion. My conclusions remain the same at this time.

[183] I think it is also immediately apparent that the apology and the explanation do not answer the present difficulties before the Court or disconnect conduct issues from the Plaintiffs’ present decision to close their case and to proceed with an appeal. As I found, the excesses of the Bias

Motion and the personal animus were not just visible in one accusation that was eventually withdrawn at the hearing and they were not removed by a decision to only allege apprehended bias; they were part of the very texture of the materials that were submitted with that motion and the way it had been put together, as well as its content. In changing their approach to a reasonable apprehension of bias, the Plaintiffs did not withdraw the materials upon which their motion was based, and those materials, as the Court found, were imbued with a personal animus against the Court that could not be expunged.

[184] When the time comes to consider conduct issues, one of the matters the Court will have to assess is how it could possibly be inadvertent for an officer of this Court to swear under oath that the trial judge “engaged in private conversations with Crown to schedule a summary motion filed by the Crown designed to defeat the central allegation raised by the Plaintiffs in this proceeding, namely the Plaintiffs’ right of self-government It was only through the inadvertence of the Crown that the Plaintiffs became aware of these conversations . . .,” and then maintain this position until it was withdrawn at the actual hearing. The last minute change of tactics at the hearing does not change the import of Mr. Healey’s conduct as an officer of this Court, or Ms. Twinn’s in supporting him and endorsing what he was willing to swear under oath.

[185] And this, say Mr. Healey and Ms. Twinn and the Plaintiffs, was mere inadvertence and no harm or disrespect was intended.

[186] Mr. Shibley removed this allegation at the hearing, but no explanation has been offered as to why it was ever made in the first place, why it was maintained on the record until the hearing so that the Crown had to prepare to answer it, or what was the intent when it was made. Mr. Shibley withdrew the allegations of actual bias but he did not withdraw the materials upon which the application was based, and what the Court found in those materials after it examined them at Mr. Shibley's invitation was a deeply ingrained personal animus against the Court that could not be separated from the way the materials had been put together or from their general content:

629. Mr. Healey's evidence and the Memorandum of Argument are imbued with language and methodologies that suggest that he seeks to impugn the integrity the trial judge in particular, and this factor cannot be eradicated by simply removing the allegation that Russell J. "engaged in private conversations with the Crown... ." The personal attack is deeply ingrained in the written materials and accounts for their excesses, their skewed interpretations, and their inaccuracies. There can be no mistaking the implications: Aand he was putting pressure on us and he knew he was putting pressure on us, and he knew that you and opposite counsel were putting pressure on us.@ And there can be no doubt about who Mr. Healey thinks he is defending: "he has never been treated or had his arguments described in such a way."

[187] I cannot say what I will find when these matters are finally considered. But I think I have to say now that the explanation offered by the Plaintiffs and by Mr. Healey and Ms. Twinn for the excesses of the Bias Motion falls within no "perceptual norms" of which I am presently aware, although I keep an open mind and await future developments. However, these perceptual norms cannot be now left out of account in any assessment of what has transpired to bring this trial to a close. The excesses of the Bias Motion were totally unintentional and inadvertent as far as the Plaintiffs are concerned, just as a refusal to answer in a responsive way a Court direction asking for information about the will-say problem is "best efforts" as far as the Plaintiffs are concerned. The

Plaintiffs cannot have it both ways. If these are the perceptual norms they wish to put forward for consideration by the Court, then those norms must be taken into account in assessing their views as to what has happened to date to cause them to close their case.

[188] The implications for the present situation are that the perceptions of Mr. Healey and Ms. Twinn, as well as the Plaintiffs themselves, concerning what was said and what was meant when the Plaintiffs breached Justice Hugessen's Pre-Trial Order of March 26, 2004 and failed to produce meaningful will-says, so that the Court had to step in and order a solution, are going to be very much at the heart of any appeal that refers to the will-say issue. In addition, of course, the matters referred to in the Court's direction of July 5, 2007 that the Plaintiffs refused to address in any responsive way are pretty well all related to aspects of these proceedings over which Mr. Healey and Ms. Twinn had control as counsel. They produced the will-says in accordance with the Court decisions that preceded their production, and they were the ones who reassured the Court that this had been done. The Court accepts, of course, that in all they did and said they were faithfully representing their clients in these matters and that there is no question of their doing or saying anything that did not have the full approval of the Plaintiffs, and that the Plaintiffs have never suggested otherwise.

[189] This trial has come to a close, ostensibly at least, because the Plaintiffs have refused to call their lay witnesses in accordance with the will-say rules, as well as the Plaintiffs' own previous assurances of compliance, and because the court has remained consistent with its own previous decisions and rulings and has held the Plaintiffs to the will-say rules and their own representations.

At the heart of the will-say issue lie Mr. Healey and Ms. Twinn and their troubled relationship with this Court, as well as the Plaintiffs' repeated attempts, strongly on display at the Bias Motion, to blame the Court for will-say problems that are obviously of their own making. It was Mr. Healey and Ms. Twinn who swore the evidence and assembled the arguments on behalf of the Plaintiffs at the Bias Motion that attempted to make the Court responsible for the state of the Plaintiffs' will-says. And now, those are the very issues – the state of the will-says – that are at the heart of the Plaintiffs' recent decisions and further attempts to blame the Court for the same problems.

Throughout the trial the Court has been forced to deal with will-say problems that Mr. Healey and Ms. Twinn on behalf of the Plaintiffs assured the Court and the other participants had been dealt with in 2004. The proceedings have now come full circle. These are extremely contentious and delicate issues that have evolved over a period of years and that have given rise to a voluminous and detailed record. The Plaintiffs' decision to close their case at this time, and without the Court having heard the full range of evidence otherwise available to the Plaintiffs, means that procedural and conduct issues related to will-says must be the focus of any appeal, so that the difficult and fractious nature of this dispute, some of which I have referred to above, will have to be factored into any account that the Plaintiffs offer concerning will-say issues. This will include the crucial former representations concerning compliance with disclosure standards, everything that happened at the Peshee hearing, the assurances given after Peshee that the Plaintiffs had presented their case in accordance with the will-say rules, and indeed anything that occurred before Mr. Molstad took over and had conduct of the proceedings as lead counsel for the Plaintiffs, even though Mr. Healey and Ms. Twinn have continued their involvement throughout the trial and, in ways I have referred to and which are on the record, reliance has had to be placed upon their present accounts by the Plaintiffs

for past sequences that have turned out to be at the heart of the procedural disagreement between the parties that has brought the trial to a close.

[190] To put the Plaintiffs' decision to close their case of this point in perspective, it is worth remembering that, as regards will-says and the Plaintiffs' lay witnesses, these proceedings have not really progressed beyond one of the first major issues I had to deal with as trial judge in the Fall of 2004. Subsequent events have revealed that the Plaintiffs' will-say disclosure originating from that time has become their major preoccupation at trial and has led them, ostensibly at least, to close their case. I have had to spend significant portions of the trial dealing with will-say problems that the Plaintiffs assured the Court and the other participants had been fixed in 2004.

[191] These are just a few of the ways that the conduct issues associated with the Bias Motion have continued to plague these actions and are, in fact, a significant part of the record that is relevant to why the Plaintiffs have now closed their case and abandoned these actions without calling any further evidence. The Plaintiffs' decision not to place their apprehension of bias concerns before the trial judge means that the impact of the conduct of individual counsel, or indeed the Plaintiffs themselves, on the whole vexed will-say issue cannot be fully assessed and adjudicated in the light of whatever grounds of appeal the Plaintiffs may choose to take up. Given the Plaintiffs' groundless and transcript-defying attempts at the Bias Motion to blame the Court in relation to will-says, and their attempts to avoid the effects of Court decisions and rulings regarding will-says, and given the Plaintiffs' demonstrated reliance upon Mr. Healey's revisionist and unsworn accounts concerning what was intended at the Peshee hearing, and given his role in the production of the will-says and

the confirmations of compliance that were given to the Court, a crucial assessment needs to be made concerning how these matters should impact any “position” the Plaintiffs may choose to put forward regarding will-says and their role in bringing these proceedings to a close. By closing their case at this time the Plaintiffs have deprived this Court of the means of making any such assessment. At the same time, however, they have deprived themselves of the means of establishing a reliable and verifiable justification for closing their case at this time.

[192] However, even if the Plaintiffs were not to allege apprehended bias against the Court, as they have given notice they intend to do, the conduct issues identified at the Bias Motion and the Plaintiffs’ repeated attempts to circumvent the consequences of their will-says that were produced in 2004 have resounded throughout the trial and cannot be discounted in any appeal based upon what has happened during the course of this trial to date.

[193] The Plaintiffs’ notification to the Court that they intend to ask the Federal Court of Appeal to review apprehended bias since the time of my “assignment as trial judge” is in itself revealing of the fact that what has transpired to cause the Plaintiffs to close their case and abandon these actions goes back to that time and cannot be understood without reference to what happened in 2004/2005. But the problem with going back that far is that most of it has already been dealt with and is *res judicata*. As regards will-says, this trial has never really got beyond the position it was in over three years ago in 2004 when I became involved as trial judge. The Plaintiffs have simply attempted to re-argue and avoid decisions that were made back then, some of which they did not appeal, and some of which were confirmed on appeal. The Court has had to spend a year of trial dealing yet again

with what has now been revealed to be the Plaintiffs' further breaches of Justice Hugessen's Pre-Trial Order of March 26, 2004 that required the Plaintiffs to produce will-says for their new lay witnesses and the Plaintiffs' reassurances that they had done this in a way that complied with the will-say rules.

[194] I refer to these matters now because, having been put on notice by the Plaintiffs that they intend to pursue an appeal on the basis, *inter alia*, of apprehended bias going all the way back to my appointment as trial judge, I think the record has to show that the Plaintiffs, for no reason they have explained, have declined to bring such matters before me, and because I do not want the silence of the trial judge to be construed as either condonation of such an approach or as an indication that the problems of the past can somehow be disconnected from the Plaintiffs' decision to close their case and pursue an appeal at this time.

[195] I had hoped that conduct issues could become a thing of the past and that, as the trial progressed, they would be less significant as the full panoply of evidence was placed upon the record. But the Plaintiffs' decision not to bring the full range of their evidence before the Court and to focus, instead, on procedural matters that have transpired in these proceedings to date means, inevitably, that conduct issues must remain a major concern. Once again, it is the Plaintiffs' choice.

The Real Problem

[196] Whatever grounds of appeal the Plaintiffs intend to use, their decision to close their case at this point leads back inevitably to one issue that has plagued these proceedings since I was appointed as trial judge: the role and use of will-say statements.

[197] There is a vast record pertaining to this issue and I cannot refer to it all here. However, I think it is possible to illustrate the problem by reference to inconsistencies that have appeared in the Plaintiffs' position and that have not been explained in any acceptable way. Behind the conduct issues there is really a very simple point of contention that has led, ostensibly at least, to the Plaintiffs' decision to close their case at this time. This issue should not be obscured.

[198] As regards the role and use of will-says in these proceedings, the Plaintiffs made three illustrative promises or assertions to the Court and the other participants that I have referred to frequently in my many decisions and rulings. These promises and assertions do not stand alone and I have singled them out because the whole record is too vast to cite in full every time I have to deal with this issue. But they do illustrate why these proceedings have become trammelled in will-say issues that go back to 2004.

[199] The first promise deals with pre-trial disclosure in accordance with the standards set by the Court:

[The will-says that the Plaintiffs were producing] comply with all requirements, My Lord, that your lordship indicated. In fact they go even further, they are extremely detailed.

[200] The second promise or assertion deals with the connection between pre-trial disclosure and relevant evidence to be lead at trial:

The key – what’s the question for the Court? The question for the Court is: Does the other side have notice of what it is that you’re going to be dealing with? That’s the ultimate question, in my submission. And the answer – the answer to that question is guided by the standard in the will-say.

And it’s important that both sides have notice, the same kind of notice.

[201] The third promise is that the Plaintiffs accept the rules for will-say disclosure set by the Court in its decisions and rulings and have presented their case accordingly, and want to proceed on that basis:

And we are working under the rules that have been set by the Court. So the Plaintiffs have presented their case through the service of will-say statements and the December 21 submission in accordance with the way in which the Court has permitted the Plaintiffs to present their case, and we want to proceed on that basis and have my friends comply in the same way.

[202] The Court’s decisions and rulings at trial show that the Plaintiffs have not remained consistent with these promises and assertions at trial. The Plaintiffs have said at trial that they “do not understand nor ... accept the use of will-says at trial to exclude relevant admissible evidence ...” and that “the acceptance of a standard of will-says in pre-trial disclosure and the plaintiffs’ effort to comply with that standard is ... unrelated to the admissibility at trial.”

[203] The Plaintiffs have also revealed at trial that they are not working under the will-say rules and have repudiated those rules. They say they do not even “understand” them. And they also say they have not presented their case through their will-says because, on the basis of the very same will-says, they now say they cannot adequately state their case.

[204] The Court has asked the Plaintiffs to provide explanations for these inconsistencies. As regards promises one and two the Plaintiffs have ignored the request and have refused to explain. In relation to the second promise or assertion the Plaintiffs have attempted to make revisionist and implausible distinctions between what happened at Peshee and what should happen in the case of their own witnesses. Not only are such distinctions unsupported by the record, but the Plaintiffs have revealed that they are based upon the advice of Mr. Healey as to what he meant by his words at the Peshee hearing, whose conduct is under consideration by the Court, who has displayed a strong personal animus against the trial judge, and who has not provided his account of Peshee under oath but merely through Mr. Molstad as an officer of the Court.

[205] Notwithstanding these inconsistencies, and the breaches of Court orders and rulings that lie behind them, the Court has told the Plaintiffs that they can retain any or all of their witnesses and call any further lay witnesses provided this is done in accordance with the will-say rules that are established in Court decisions and which the Plaintiffs earlier confirmed and used to their own advantage. Essentially, the Court has told the Plaintiffs that they can both retain and call all of their lay witnesses if they will confirm that they have made disclosure in accordance with the spirit and intent of the will-say rules set by the Court.

[206] The Plaintiffs have elected not to either retain or call further lay witnesses in accordance with the will-say disclosure rules. Quickly following that decision, the Plaintiffs have closed their case and have told the Court that they plan to seek a re-trial based, *inter alia*, on apprehended bias on the part of the trial judge. The Plaintiffs have now revealed that they are not willing to proceed with this trial if they have to abide by the will-say rules. Yet these are the rules under which the Plaintiffs' lay witnesses have been called; they are the rules the Plaintiffs have confirmed; and they are the rules the Plaintiffs have used to their own advantage.

[207] The source of the impasse is now very obvious, even though the Plaintiffs have made repeated attempts to create the impression that the Court is the cause of their problem. But all of their inconsistencies and equivocations over this issue point in one direction.

[208] At the Mistrial Motion, the Plaintiffs revealed that they could not adequately present the case they wanted to present to the Court because their witnesses were only being allowed to say what the Plaintiffs had assured the Crown they would say.

[209] If the Plaintiffs' allegations that they cannot adequately present their case to the Court are correct, then it follows that their will-says as drafted never allowed them to present that case. Yet the Plaintiffs have reassured the other participants that this was not the problem.

[210] But long before the trial, at the Bias Motion, the Plaintiffs revealed that they were concerned about their will-say disclosure because they made strenuous efforts at that time to blame the Court and the Crown for the problem.

[211] At the Mistrial Motion and its aftermath, they continued with groundless and unsubstantiated accusations against the Court and tried to allege that the source of the problem was not their own will-say disclosure but was the Court's applying a "comprehensive and detailed" standard in order to exclude their evidence.

[212] Their repeated attempts to blame the Crown or the Court for the constraints they have faced at trial because of will-says have led them into various inconsistencies and abuses:

- a. The excesses of the Bias Motion revealed Mr. Healey and Ms. Twinn – as counsel for the Plaintiffs – swearing affidavits, drafting formulaic affidavits for others to sign, and producing a skewed and inaccurate written argument that could not be substantiated from the record, in which they attempted to establish that the Court had somehow colluded with the Crown and other counsel to ensure that the Plaintiffs did not have the time to produce will-says that the Plaintiffs had earlier said they had produced in accordance with the will-say rules: "and he was putting pressure on us and he knew he was putting pressure on us, and he knew that you and opposite counsel were putting pressure on us." And this was done after the Peshee hearing at which the Court had told the Plaintiffs to check their will-says and bring any problems forward in a timely manner;

- b. At the trial proper, the Plaintiffs repudiated the will-say rules and their own previous reassurances that they were conducting the proceedings in accordance with the rules, once again accusing the Court of being the source of the problem and offering a revisionist account of the Peshee hearing in which Mr. Healey's present version of what he meant by his words and actions at that hearing have been used to suggest that the Court is using will-says in a way the Plaintiffs don't even understand in order to deal with ambush issues at trial;
- c. When the Court, in its July 5, 2007 direction, told the Plaintiffs to answer questions that would reveal the real source of the problem, the Plaintiffs simply refused to respond to the direction in any meaningful way in a vain attempt to conceal what was more than obvious to everyone concerned i.e. that if the Plaintiffs were having a problem in presenting the case they wanted to present to the Court, then the problem must lie with the Plaintiffs' own will-say disclosure;
- d. When the Court offered the Plaintiffs the further opportunity to both retain and call witnesses in compliance with the will-say disclosure requirements, the Plaintiffs refused that opportunity, and they have now closed their case in order to seek a retrial. It is the Plaintiffs who do not wish to proceed if their lay witnesses are going to be constrained in any way by will-say disclosure. So, once again, it is obvious that if the Plaintiffs are truly constrained in presenting the case they wish to present to the

Court, that must be because their will-say disclosure does not allow them to present that case.

[213] The Plaintiffs have not been able to explain or substantiate how will-say rules that emerged from the pre-trial phase of these proceedings can have prevented them from presenting the case they want to make before the Court and which, in 2004/05, they assured the Court and the other participants they wanted to make in accordance with those rules. And now they have closed their case without any such explanation or substantiation.

[214] The decisions not to call or retain lay witnesses and not to proceed with the trial are decisions of the Plaintiffs:

- a. The Court was continuing to hear evidence called by the Plaintiffs until the Plaintiffs attempted to terminate the trial on the basis of mistrial. This initiative came from the Plaintiffs. They wanted the Court itself to declare a mistrial on its own motion;
- b. After the Plaintiffs engaged in abusive conduct, repudiated any connection between will-say disclosure and evidence at trial, and revealed they were in breach of the disclosure requirements, no one prevented the Plaintiffs from retaining and/or calling any or all of their lay witnesses. All they had to do was confirm and/or demonstrate the truth of their own position that they were compliant with disclosure standards. The Plaintiffs refused to retain and/or call their lay witnesses on this basis. The choice was theirs;

c. The Plaintiffs have now chosen to close their case. No one asked them to do so.

[215] The Plaintiffs have assured the Court in the past that they have presented the case they want to present in their will-says in accordance with the rules set by the Court and that they want to proceed on this basis.

[216] The Plaintiffs have not explained, let alone substantiated, before the Court how they could have been compromised in their ability to present their case by the Court's referring to will-say disclosure in its ambush rulings if the Plaintiffs have, as they once reassured the Court and the other participants, presented their case in their will-says in accordance with the rules. The Court has repeatedly explained to the Plaintiffs that it cannot abandon the will-say rules as the basis upon which all participants were given the opportunity to call lay witnesses. The Plaintiffs have refused to accept this position.

[217] If it is true that the Plaintiffs cannot adequately state their case because their witnesses are only allowed to say what the Plaintiffs have told the Crown they will say in their will-says (and the Plaintiffs have refused to provide the explanations and the substantiation that would allow the Court to determine if this was, in fact, the case) then, on the basis of what the Court has been told, there can only be two reasons for such a predicament:

- a. Either the Plaintiffs' will-says do not, in fact, disclose in accordance with the disclosure standards what a witness will say; or
- b. The case the Plaintiffs now wish to present is not the case they once assured the other participants and the Court they had presented through their will-says in accordance with the disclosure rules.

[218] If the Plaintiffs' will-says do not contain a synoptic account of what their witnesses will say in accordance with the disclosure rules, that is a matter entirely within the responsibility of the Plaintiffs, and they have been given all the time they asked for to make sure such a synoptic account was provided. Failure to provide it is certainly no fault of the Crown, and it is no fault of the Court as the Plaintiffs have attempted to make it. And the Plaintiffs have refused to acknowledge this obvious fact.

[219] If the Plaintiffs want to present a different case from the one they once said they wanted to present, then they have made no attempt to explain how or why such a change has come about, or why they brought all participants into trial without alerting them to the fact that such a change had occurred. And, once again, this is something that is entirely the responsibility of the Plaintiffs. It would be grossly unfair to insist that the Crown must now be prepared to cross-examine on a different case from the one the Plaintiffs told the Crown it would have to cross-examine on.

[220] The Mistrial Motion revealed that, once the Plaintiffs discovered that they were going to be held to Court decisions and rulings regarding will-say disclosure and the relevance of that disclosure for ambush rulings, as well as their own prior reassurances and positions regarding compliance, they wanted to terminate the trial and start again in a way that would leave them free of such constraints. Once again, a cogent account of what caused this state of affairs is not something the Plaintiffs have been willing to disclose, so that the Court can make no findings in this regard. But however it occurred it is obviously a matter that remains the responsibility of the Plaintiffs.

[221] If there was any problem with will-say disclosure and ambush at trial, it was entirely the responsibility of the Plaintiffs, and they have certainly been given the time and the encouragement to ensure that no such problem would occur. By closing their case at this time, they are seeking to avoid the inevitable consequences of their own actions.

[222] Coming into this trial, the Plaintiffs knew what was in their pleadings; they also knew what was in their will-says; they also knew the will-say rules; and they knew what they had both witnessed and advocated at the Peshee hearing.

[223] The Plaintiffs have themselves asked the Court to enforce the will-say rules against the “other side” and they have received the Court’s support in this regard. The Plaintiffs brought a motion to ensure that the Crown and the Interveners had produced and provided the Plaintiffs with will-says for witnesses that met the synoptic disclosure standards set by the Court. The Court granted that motion and ordered the Crown and the Interveners to provide the Plaintiffs with what

they had asked for in terms of will-say disclosure. At the Peshee hearing, the Plaintiffs asked the Court to protect them against ambush, and they asked the Court to refer to a will-say in order to determine whether ambush had occurred. The Court again supported the Plaintiffs against the “other side” when it came to ambush at trial and the use of will-says at trial.

[224] The Plaintiffs now say the Court has acted unfairly by ruling that they are subject to the same rules as the Court enforced on their behalf against the “other side.” In fact, they have refused to either retain or call witnesses if they are to be subject to those rules.

[225] That is the issue that lies behind the Plaintiffs’ most recent decision to close their case without calling further evidence, or at least that is as much as the Plaintiffs have been willing to reveal. If the Plaintiffs cannot adequately state or prove their case, as they now allege, that can only be because they have refused to retain or call lay witnesses on the basis of the will-says they produced and which they have continued to assure the Court and the other participants are standard-compliant. All of the abuse issues at trial have been related to the Plaintiffs’ attempts to force the Court to excuse them from the principles that the Court has enforced, to their advantage, against the “other side,” and to which the “other side” would have remained subject when it was their turn to call lay witnesses. The Plaintiffs say this is unfair. The Court does not agree. The Plaintiffs have been given a full and fair opportunity to bring their case before the Court, and the decision to close their case at this point in the proceedings is their’s, and theirs alone.

OUTSTANDING ISSUES

[226] The Plaintiffs' decision to close their case at this point does not end my role in these proceedings and there are several matters of which I must remain seized so that I can deal with them at the appropriate time.

[227] Consequently, notwithstanding the Court's decision to dismiss the Plaintiffs' actions for the reasons given, the Court shall remain seized of the following matters to be dealt with as and when appropriate:

- a. Any issues arising from the Court's recent decision on the costs motions brought by the Crown and the Intervenors for enhanced costs against the Plaintiffs;
- b. All matters pertaining to general costs for these proceedings and actions for all participants not already dealt with;
- c. All personal conduct issues related to Mr. Healey and Ms. Twinn that the Court has set aside for later determination;
- d. Any matters related to fixing the terms of my order of September 11, 2007; and

e. Matters raised by participants in relation to the interlocutory injunction presently in place on the basis that if the Plaintiffs' proposed appeal of this Order is dismissed or does not occur, any participant may bring a motion before the trial judge to address the status or effect, if any, of the injunction granted by Justice Hugessen on March 27, 2003, provided, however, that nothing in this order shall in any way affect, detract from or prejudice the Plaintiffs' right or ability to argue the positions set out under the heading "Interlocutory Injunction" that appears in their letter of February 8, 2008 in relation to NSIAA and CAP, including:

- (i) That the Interveners, or any of them, have no right or standing to bring such a motion;
- (ii) That the trial judge has no jurisdiction to hear such a motion;
- (iii) That there is no legal basis for the Intervener's position on positions taken on such a motion; and
- (iv) That the conduct of the trial judge to date provides a basis for a finding of reasonable apprehension of bias.

[228] Subject to the matters with which the Court remains seized as set out above, and subject to the reservations and observations set out in these reasons, and given that the Crown and the

Plaintiffs agree that the Court should dismiss these actions based upon the Crown's request because there is no evidence from the Plaintiffs before me in relation to these actions, the actions are dismissed because there is no case for the Crown to answer.

“James Russell”

Judge

FEDERAL COURT

NAME OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: T-66-86-A

STYLE OF CAUSE: **SAWRIDGE BAND v.
HER MAJESTY THE QUEEN ET AL**

T-66-86-B
**TSUU T'INA FIRST NATION (formerly the Sarcee
Indian Band) v.
HER MAJESTY THE QUEEN ET AL**

PLACE OF HEARING: Edmonton, Alberta

DATE OF HEARING: January 7, 2008

REASONS FOR JUDGMENT2: RUSSELL J.

DATED: March 7, 2008

APPEARANCES:

Edward H. Molstad, Q.C.
Nathan Whitting
David Sharko
Marco Poretti
Catherine Twinn

FOR PLAINTIFFS

Wayne M. Schafer
E. James Kindrake
Kathleen Kohlman

FOR DEFENDANT

Janet Hutchison

FOR INTERVENER
CONGRESS OF ABORIGINAL
PEOPLES

Derek A. Cranna
Jeremy Taylor

FOR INTERVENER
NATIVE COUNCIL OF

P. Jon Faulds

CANADA (ALBERTA)

Mary Eberts
Kasari Govender

FOR INTERVENER
NATIVE WOMEN'S
ASSOCIATION OF CANADA

Laura Snowball
Michael Donaldson

FOR INTERVENER NON-
STATUS INDIAN
ASSOCIATION OF ALBERTA

SOLICITORS OF RECORD:

Parlee McLaws LLP
Edmonton, Alberta

FOR PLAINTIFFS

Twinn Law Office
Slave Lake, Alberta

FOR PLAINTIFFS

John Sims, Q.C.
Deputy Attorney General of Canada

FOR DEFENDANT

Chamberlain Hutchison
Edmonton, Alberta

FOR INTERVENER,
CONGRESS OF ABORIGINAL
PEOPLES

Field LLP
Edmonton, Alberta

FOR INTERVENER,
NATIVE COUNCIL
OF CANADA (ALBERTA)

Law Office of Mary Eberts
Toronto, Ontario

FOR INTERVENER,
NATIVE WOMEN'S
ASSOCIATION OF
CANADA

Burnet Duckworth & Palmer LLP
Calgary, Alberta
ASSOCIATION OF ALBERTA

FOR INTERVENER,
NON-STATUS INDIAN

TAB 5

Date: 20090421

**Docket: A-154-08
A-112-08**

Citation: 2009 FCA 123

**CORAM: RICHARD C.J.
EVANS J.A.
SHARLOW J.A.**

Docket: A-154-08

BETWEEN:

SAWRIDGE BAND

**Appellant
(Plaintiff)**

and

HER MAJESTY THE QUEEN

**Respondent
(Defendant)**

and

**CONGRESS OF ABORIGINAL PEOPLES,
NATIVE COUNCIL OF CANADA (ALBERTA),
NON-STATUS INDIAN ASSOCIATION OF ALBERTA
and NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA**

**Respondents
(Interveners)**

Docket: A-112-08

AND BETWEEN:

**TSUU T'INA FIRST NATION
(formerly the Sarcee Indian Band)**

**Appellant
(Plaintiff)**

and

HER MAJESTY THE QUEEN

**Respondent
(Defendant)**

and

**CONGRESS OF ABORIGINAL PEOPLES,
NATIVE COUNCIL OF CANADA (ALBERTA),
NON-STATUS INDIAN ASSOCIATION OF ALBERTA
and NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA**

**Respondents
(Intervenors)**

Heard at Ottawa, Ontario, on April 20 and 21, 2009.

Judgment delivered from the Bench at Ottawa, Ontario, on April 21, 2009.

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY:

SHARLOW J.A.

Date: 20090421

**Docket: A-154-08
A-112-08**

Citation: 2009 FCA 123

**CORAM: RICHARD C.J.
EVANS J.A.
SHARLOW J.A.**

BETWEEN:

Docket: A-154-08

BETWEEN:

SAWRIDGE BAND

**Appellant
(Plaintiff)**

and

HER MAJESTY THE QUEEN

**Respondent
(Defendant)**

and

**CONGRESS OF ABORIGINAL PEOPLES,
NATIVE COUNCIL OF CANADA (ALBERTA),
NON-STATUS INDIAN ASSOCIATION OF ALBERTA
and NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA**

**Respondents
(Interveners)**

Docket: A-112-08

AND BETWEEN:

**TSUU T'INA FIRST NATION
(formerly the Sarcee Indian Band)**

**Appellant
(Plaintiff)**

and

HER MAJESTY THE QUEEN

**Respondent
(Defendant)**

and

**CONGRESS OF ABORIGINAL PEOPLES,
NATIVE COUNCIL OF CANADA (ALBERTA),
NON-STATUS INDIAN ASSOCIATION OF ALBERTA
and NATIVE WOMEN'S ASSOCIATION OF CANADA**

**Respondents
(Interveners)**

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT
(Delivered from the Bench at Ottawa, Ontario, on April 21, 2009)

SHARLOW J.A.

[1] These are appeals of the decision of Justice Russell to dismiss the appellants' action and to award costs totalling approximately \$1.7 million in favour of the Crown and the other respondents (interveners at trial). That award includes a substantial amount as increased costs in excess of full indemnity. The reasons for dismissing the action are reported at 2008 FC 322. The reasons for the costs award are reported at 2008 FC 267. The appellants are seeking a retrial.

[2] Despite the thorough and lengthy written and oral submissions of counsel for the appellants, we can discern no error on the part of Justice Russell that warrants the intervention of this Court. We do not consider it necessary to discuss the grounds of appeal in detail. We will offer only the following comments.

[3] The dismissal of the action was the end of the retrial of an action commenced on January 15, 1986. The appellants were seeking an order declaring that certain amendments to the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, breached the appellants' rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The statutory amendments compelled the appellants, against their wishes, to add certain individuals to the list of band members. The appellants argue that the legislation is an invalid attempt to deprive them of their right to determine the membership of their own bands.

[4] The first trial began in September of 1993 and ended with a dismissal of the action on July 6, 1995 (*Sawridge Band v. Canada (T.D.)*, [1996] 1 F.C. 3). That decision was set aside by this Court on the basis of a reasonable apprehension of bias (*Sawridge Band v. Canada (C.A.)*, [1997] 3 F.C. 580, application for leave to appeal dismissed December 1, 1997). A new trial was ordered. It began in January of 2007, after almost 10 years of procedural disputes and delays.

[5] The action was dismissed again because, on January 7, 2008, the appellants informed Justice Russell that they would not be calling further evidence. This was in response to Justice Russell's oral ruling on September 11, 2007 striking all of the appellants' past and future lay witnesses because of non-compliant will-says. There being no case for the Crown to answer, the action necessarily failed. The action was formally dismissed on March 7, 2008.

[6] In deciding to call no further evidence on the retrial, the appellants were not abandoning the cause that led them to begin the action in 1986. Rather, they chose to end the action when they did in order to challenge a series of rulings made by Justice Russell precluding the appellants from

eliciting any evidence from lay witnesses that had not been disclosed in the will-says for those witnesses, as well as the oral ruling on September 11, 2007. The appellants also argue that Justice Russell's conduct since his appointment as trial judge raises a reasonable apprehension of bias.

[7] It is not necessary to recount the lengthy procedural history of this matter, which is described in detail by Justice Russell. We note, however, that during the process of case management and after the discovery process had become hopeless, Justice Hugessen made an order requiring the appellants to produce will-say statements for all lay witnesses proposed to be called at trial. In June of 2004, Justice Russell found the appellants' first attempt at will-says to be inadequate and ordered new will-says (2004 FC 933). He found the second attempt also to be inadequate (2004 FC 1436) and ordered a third attempt (2004 FC 1653). None of these orders was appealed.

[8] In November of 2005 Justice Russell made an order permitting the appellants to call 24 of their 57 potential lay witnesses, but prohibiting them from calling the other 33 because of various failures to comply with the will-say orders (2005 FC 1476). The appellants' appeal of that order was dismissed (2006 FCA 228, application for leave to appeal dismissed, February 8, 2007).

[9] The 2006 interlocutory appeal settled a number of issues. One was that the will-says were intended to provide a substitute for oral discovery, which "the parties had shown themselves incapable of conducting in a productive and focused manner" (see paragraph 9 of the reasons of Justice Evans, speaking for the Court). Another was that it was within the discretion of Justice

Russell not to permit witnesses to be called because of the appellants' non-compliance with Court orders regarding the filing of will-says (see paragraph 13 of the reasons of Justice Evans).

[10] In oral argument, counsel for the appellants argued that, despite the long history of controversy about will-says and what would constitute a compliant will-say, they were not aware when they prepared the third set of will-says that the evidence they could elicit from a witness for whom a will-say had been served could not include anything not set out in the will-say. Our review of the record discloses that the appellants should have been aware by the commencement of the retrial that they could be precluded from adducing any evidence from a witness for whom no compliant will-say had been produced, and that they could also be limited to eliciting evidence disclosed in the will-say. If they were confused on those points, however, they did little to clarify the situation when they indicated to Justice Russell that, although they considered their will-says to be compliant with the standard he had set, their ability to make their case would be compromised if they were barred from eliciting any evidence from a witness that did not appear in the will-say for that witness.

[11] The appellants' equivocation when asked if their will-says were compliant led Justice Russell to conclude that if the appellants could not adequately make their case based on what was stated in the will-says, the will-says must necessarily have been non-compliant. The appellants take issue with Justice Russell's interpretation of their submissions and his reasoning. However, based on our review of the record, Justice Russell's understanding of the appellants' position, as expressed many times in his reasons, was reasonably open to him.

[12] In our view, all of the orders and directions which the appellants now seek to challenge were discretionary decisions made by Justice Russell in furtherance of his obligation to control the trial process. He was required to discharge that obligation in circumstances that became increasingly difficult because of the appellants' apparent reluctance to accept that a trial judge may exclude relevant evidence on the basis that it was not properly disclosed in the discovery process or, as in this case, will-say statements that were intended to stand in the place of oral discoveries. A failure to make disclosures required by a court order may and occasionally does result in the exclusion of relevant evidence.

[13] Finally, without endorsing every statement made by Justice Russell in his voluminous reasons, we find no factual foundation in the record for the appellants' argument that there was a reasonable apprehension of bias on the part of Justice Russell. On the contrary, we agree with the other panel of this Court in the 2006 interlocutory appeal that, given the circumstances facing him, Justice Russell displayed an appropriate mix of "patience, flexibility, firmness, ingenuity, and an overall sense of fairness to all parties" (paragraph 22, per Justice Evans).

[14] We express no opinion on the comments of Justice Russell to the effect that he remains seized of matters relating to the possibility of proceedings against appellants' former counsel for contempt of court or professional disciplinary proceedings. No ground of appeal can arise in relation to those matters unless and until Justice Russell makes an order or renders judgment.

[15] The Crown and other respondents have argued that this appeal is based largely on debates that were decided against the appellants in prior proceedings, some going so far as to say that the appeal itself is abusive. While there is some force in this argument, on balance we have concluded that, after the action was dismissed, it was open to the appellants to appeal the decision of Justice Russell to strike the evidence of the witnesses. While we have concluded that there is no merit in that appeal, it does not follow that the appeal itself is an abuse of process.

[16] As to the appellants' appeal of the costs awarded at trial, we are not persuaded that Justice Russell erred in law or failed to exercise his discretion judicially when he awarded increased costs as he did. In particular, having considered the entire history of the retrial, we can detect no palpable and overriding error in Justice Russell's findings of misconduct on the part of the appellants.

[17] This appeal will be dismissed with costs to the Crown and each of the other respondents (interveners at trial) on the ordinary scale (that is, the mid-range of Column III of Tariff B of the *Federal Courts Rules*). These reasons will be placed in Court file A-154-08 and a copy will be placed in Court file A-112-08.

"K. Sharlow"

J.A.

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-154-08 & A-112-08

**(APPEAL FROM A JUDGMENT OF THE FEDERAL COURT DATED MARCH 7, 2008,
FEDERAL COURT DOCKET NUMBER T-66-86)**

STYLE OF CAUSE: SAWRIDGE BAND v. HER
MAJESTY THE QUEEN et al.
(A-154-08)

TSUU T'INA FIRST NATION v.
HER MAJESTY THE QUEEN et al.
(A-112-08)

PLACE OF HEARING: Ottawa, Ontario

DATES OF HEARING: April 20 and 21, 2009

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY: (RICHARD C.J., EVANS J.A. and
SHARLOW J.A.)

DELIVERED FROM THE BENCH BY: Sharlow J.A.

APPEARANCES:

Edward H. Molstad, Q.C.
Marco S. Poretti
David L. Sharko

FOR THE APPELLANTS

Catherine M. Twinn

FOR THE APPELLANTS

E. James Kindrake
Kevin Kimmis
Krista Epton

FOR THE RESPONDENT (HER
MAJESTY THE QUEEN)

Joseph E. Magnet

FOR THE RESPONDENT
(CONGRESS OF ABORIGINAL
PEOPLES)

Janet L. Hutchison

FOR THE RESPONDENT
(CONGRESS OF ABORIGINAL
PEOPLES)

Jon Faulds, Q.C.
Derek A. Cranna

FOR THE RECONDENT (NATIVE
COUNCIL OF CANADA
(ALBERTA))

Michael J. Donaldson

FOR THE RESPONDENT (NON-
STATUS INDIAN ASSOCIATION
OF ALBERTA)

Mary Eberts

FOR THE RESPONDENT (NATIVE
WOMEN'S ASSOCIATION OF
CANADA)

SOLICITORS OF RECORD:

Parlee McLaws LLP
Edmonton, AB

FOR THE APPELLANTS

Barrister & Solicitor
Slave Lake, AB

FOR THE APPELLANTS

John H. Sims, Q.C.
Deputy Attorney General of Canada

FOR THE RESPONDENT (HER
MAJESTY THE QUEEN)

Joseph E. Magnet & Associates
Ottawa, ON

FOR THE RESPONDENT
(CONGRESS OF ABORIGINAL
PEOPLES)

Chamberlain Hutchison
Edmonton, AB

FOR THE RESPONDENT
(CONGRESS OF ABORIGINAL
PEOPLES)

Field LLP
Edmonton, AB

FOR THE RECONDENT (NATIVE
COUNCIL OF CANADA
(ALBERTA))

Burnet, Duckworth & Palmer LLP
Calgary, AB

Law Office of Mary Eberts
Toronto, ON

FOR THE RESPONDENT (NON-
STATUS INDIAN ASSOCIATION
OF ALBERTA)

FOR THE RESPONDENT
(NATIVE WOMEN'S
ASSOCIATION OF CANADA)

TAB 6

December 10, 2009

Le 10 décembre 2009

Coram: Binnie, Fish and Charron JJ.

Coram : Les juges Binnie, Fish et Charron

BETWEEN:

ENTRE :

Sawridge Band

Sawridge Band

Applicant

Demanderesse

- and -

- et -

Her Majesty the Queen, Congress of
Aboriginal Peoples, Native Council of
Canada (Alberta), Non-Status Indian
Association of Alberta and Native Women's
Association of Canada

Sa Majesté la Reine, Congress of Aboriginal
Peoples, Native Council of Canada
(Alberta), Non-Status Indian Association of
Alberta et Native Women's Association of
Canada

Respondents

Intimés

AND BETWEEN:

ET ENTRE :

Tsuu T'ina First Nation (formerly the Sarcee
Indian Band)

Tsuu T'ina First Nation (formerly the Sarcee
Indian Band)

Applicant

Demanderesse

- and -

- et -

Her Majesty the Queen, Congress of
Aboriginal Peoples, Native Council of
Canada (Alberta), Non-Status Indian
Association of Alberta and Native Women's
Association of Canada

Sa Majesté la Reine, Congress of Aboriginal
Peoples, Native Council of Canada
(Alberta), Non-Status Indian Association of
Alberta et Native Women's Association of
Canada

Respondents

Intimés

JUDGMENT

The application for leave to appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal, Numbers A-112-08 and A-154-08, 2009 FCA 123, dated April 21, 2009, is dismissed with costs to the respondents.

JUGEMENT

La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, numéros A-112-08 et A-154-08, 2009 CAF 123, daté du 21 avril 2009, est rejetée avec dépens en faveur des intimés.

J.S.C.C.
J.C.S.C.

TAB 7

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Spence v. BMO Trust Company, 2016 ONCA 196

DATE: 20160308

DOCKET: C60021

Cronk, Lauwers and van Rensburg JJ.A.

In the Estate of Rector Emanuel Spence, also known as Eric Spence, deceased

BETWEEN

Verolin Spence and A.S.

Applicants (Respondents)

and

BMO Trust Company, Donna Spence,
K. S.-P. and K. S.-P.

Respondents (Appellant)

Justin W. de Vries and Angela Casey, for the appellant

Earl A. Cherniak, Q.C., Jasmine T. Akbarali and Michael S. Deverett, for the respondents

Heard: September 4, 2015

On appeal from the judgment of Justice Cory A. Gilmore of the Superior Court of Justice, dated January 13, 2015, with reasons reported at 2015 ONSC 615.

Cronk J.A.:

[1] Is it open to the courts to scrutinize an unambiguous and unequivocal residual bequest in a will, with no discriminatory conditions or stipulations, if a

engage in discriminatory conduct in the selection of scholarship candidates and eligible academic institutions. It was this requirement for discriminatory action on the part of the trust administrators in the operation of a public charitable trust that triggered the public policy-based intervention of the court.

[69] Similarly, in *Peach Estate (Re)*, 2009 NSSC 383, an estate trustee would have been required to take affirmative steps in violation of provincial human rights legislation in order to carry out the testator's intentions regarding the sale of his property. On this basis, the court held that the relevant condition in the testator's will regarding the class of persons to whom his property might be sold was of no force or effect.

[70] These, and analogous cases, confirm that Canadian courts will not hesitate to intervene on the grounds of public policy where implementation of a testator's wishes requires a testator's executors or trustees or a named beneficiary to act in a way that collides with public policy.

[71] That is not this case. Unlike *Canada Trust* and *Peach Estate (Re)*, where implementing the settlor's or testator's intentions required discriminatory acts in contravention of public policy, carrying out Eric's gift of the residue of his estate does not require discriminatory conduct by BMO Trust or by Donna and her sons. Nor, in contrast to *Canada Trust*, does it involve the creation or operation of a

public charitable trust or other public entity so as to require conformity to the public policy against discrimination.

[72] And this leads, in my view, to a second, pertinent consideration. As I have said, Eric's Will does not "facially offend public policy." But what if it did? Was it open to Eric to disinherit Verolin in his Will on discriminatory grounds, that is, on the express basis that the father of her son was a white man, without triggering review by the courts on the grounds of public policy?

[73] This question lies at the very heart of Eric's exercise of his testamentary freedom. It must be remembered that the bequest at issue is of a private, rather than a public or quasi-public, nature. Recall Tarnopolsky J.A.'s caution in *Canada Trust*, at p. 515, that it was the "public nature of charitable trusts which attracts the requirement that they conform to the public policy against discrimination". Here, assuming that Eric's testamentary bequest had been facially repugnant in the sense that it disinherited Verolin for expressly stated discriminatory reasons, the bequest would nonetheless be valid as reflecting a testator's intentional, private disposition of his property – the core aspect of testamentary freedom.

[74] In these hypothetical circumstances, neither Ontario's *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 nor the *Charter of Rights and Freedoms* would apply to justify court interference with the testator's intentions. The *Human Rights*

Code, of course, ensures that every person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities without discrimination based on race and other enumerated grounds. The Charter pertains to state action. Neither reaches testamentary dispositions of a private nature.

[75] Absent valid legislative provision to the contrary, the common law principle of testamentary freedom thus protects a testator's right to unconditionally dispose of her property and to choose her beneficiaries as she wishes, even on discriminatory grounds. To conclude otherwise would undermine the vitality of testamentary freedom and run contrary to established judicial restraint in setting aside private testamentary gifts on public policy grounds.

[76] Verolin and A.S. rely on *Fox v. Fox Estate* (1996), 28 O.R. (3d) 496 (C.A.), to resist this conclusion. I do not think that *Fox* assists Verolin and A.S.

[77] The central issue in *Fox* was whether an executrix's decision to disinherit a beneficiary on allegedly discriminatory grounds was against public policy. In *Fox*, a testator had bequeathed his wife a 75 percent life interest and their son a 25 percent life interest in the residue of his estate. On the wife's death, the son was to receive the residue of the estate. The will gave the wife, as the testator's sole executrix, wide power to encroach on the capital of the estate for the benefit of the testator's grandchildren. The testator's son had two children, both born after the testator's death. Also after the testator's death, the son divorced and

subsequently re-married a woman who did not share his faith (Judaism). His mother was upset and responded by making a new will of her own in which she disinherited the son. She later exercised her discretionary encroachment power under the testator's will to transfer all the residue of the testator's estate to her grandchildren – the son's children.

[78] The son challenged his mother's exercise of discretion in encroaching on the capital in this fashion, alleging, in part, that it was driven by a discriminatory purpose. The trial judge found that, by exercising her power to encroach on the capital of the estate in favour of the grandchildren and to the exclusion of the son, the wife acted properly and within the parameters of the powers given to her under the will.

[79] On appeal, this court dealt directly with the son's public policy-based attack on his mother's exercise of her discretionary encroachment power. Justice Galligan was of the view that, on the trial judge's findings, the only reason the wife transferred the residue of the estate to her grandchildren was to disinherit the son because he had married a gentile – a clearly discriminatory purpose. He stated, at pp. 501-502:

It is abhorrent to contemporary community standards that disapproval of a marriage outside of one's religious faith could justify the exercise of a trustee's discretion. It is now settled that it is against public policy to discriminate on grounds of race or religion.

TAB 8

[2] Specifically, the opinion, advice, and direction sought pertain to the following two questions:

1. Does Article 12.5 of the Trust Agreement require the Trustees to make *per capita* payments to members who would have been entitled to be placed on the Band List of the Ginoogaming First Nation at the time of the ratification vote but for the discriminatory registration provisions in the *Indian Act*, R.S.C., 1985 c.I-5 that were in effect at the time?
2. If the answer to question #1 is “yes” then do the Trustees also have an obligation to hold funds in the Trust for the purpose of the *per capita* payments beyond the 20-year period specified in Article 12.5? If so, then for how long?

[3] The Trustees rely on Rules 14.05(3)(a), (b), (f), and (h) of the *Rules of Civil Procedure* along with s. 60 of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23 in support of their Application.

[4] The Trustees have taken a neutral position regarding the outcome of this matter.

[5] No one appeared on behalf of the Respondent First Nation. I note that the Office of the Children’s Lawyer was served with the Application Record but takes no position on the Application. Counsel for the Applicants advise, that notice of this proceeding was posted in various locations including at the Ginoogaming band office, at Confederation College, at Lakehead University, in the Thunder Bay newspaper, and in various locations in the Geraldton area. As a result of these notices, a number of requests for the Application materials were received by counsel for the Applicants and satisfied, but no one appeared at the hearing of the Application other than the Applicants.

[13] The recitals to the Trust Agreement provide that the Trust is to enure to the benefit of the present and future generations of the Members of Ginoogaming. Article 11 of the Trust provides that trust property may be used for various initiatives for the benefit of Ginoogaming, including promoting the health of members, construction of infrastructure on Reserve lands, and education. In addition, Article 12.5 of the Trust Agreement, which is the subject matter of this Application, provides for a one-time payment to be made to a specified category of persons as follows:

12.5 Within six months of the first deposit of the Compensation, as set out in Article 2.1 of the Settlement Agreement, the Trustees shall effect a payment from the Trust Property of ONE THOUSAND DOLLARS (\$1,000.00) **to each and every Member, without discrimination, alive on the day of the vote.** Any Member who is EIGHTEEN (18) years or older on the day of the vote and who fails to identify herself or himself to the Trustees and provide a valid mailing address for the payment within TWENTY (20) years of the date of the vote shall forever be disqualified from receiving the payment; all such delayed payments shall be WITHOUT accrued interest. The Trustees shall hold all payments to Members who are not Voters until they attain the age of EIGHTEEN (18), at which time they shall be paid \$1,000.00 PLUS accrued interest from the date of the vote to the date of their eighteenth birthday. [Emphasis added].

Article 2(c) of the Trust Agreement defines the term “Band Member” as follows:

2(c) “Band Member” has the same meaning as “Member”, and means a person whose name appears on the Ginoogaming Band List, pursuant to the provisions of the *Indian Act*.

[14] The term “Member” is not defined in the Trust Agreement, but it is defined in the Settlement Agreement. Article 2 of the Trust Agreement provides that, if a term is not specifically defined in the Trust Agreement, but is defined in the Settlement Agreement, it shall have the same meaning as in the Settlement Agreement. Article 1.1(o) of the Settlement Agreement defines “Member” as follows:

1.1(o) “Member” means a person whose name appears on the First Nation’s Band List on the Voting Day.

[15] “Voting Day” is defined in Article 1.1(x) of the Settlement Agreement to mean the day set for holding the Ratification Vote, which was December 15, 2001.

[16] As of February 16, 2018, at least 118 individuals who were alive on the Voting Day have since become members of the Ginoogaming Band List. Some of those members, although at the time of the hearing of the Application it was not known how many, were not entitled to register for Indian Status and membership with Ginoogaming on the Voting Day solely because of provisions in the *Indian Act* that have since been struck down as discriminatory and an unjustifiable infringement of *Charter* rights. But for the discriminatory registration provisions in the *Indian Act*, these individuals could have been “Members” as defined in the Settlement Agreement.

The Legislative Background:

[17] The *Indian Act* has been and remains the primary legislation governing Aboriginal peoples and their lands. The Act sets out criteria defining “Indian” status for purposes of determining entitlement to a range of legislated rights, federal programs and services. Status under the Act is also tied to an individual’s eligibility to become a member of a First Nation, unless that First Nation maintains its own membership list.

[18] Prior to 1985, the *Indian Act* provisions regarding status explicitly favoured paternal lineage and discriminated against aboriginal women and their descendants. Specifically, from 1869 onwards the marriage of an Aboriginal woman to a non-Aboriginal man meant loss of status for the woman and her children. Aboriginal men who “married out” did not lose their

status, and neither did their children. Additionally, a non-Aboriginal woman who married an Aboriginal man gained status and the right to be registered as a member of a particular band.

[19] The *Indian Act* was amended in 1951 in several ways. Significantly, children of a married Aboriginal man who married a non-Aboriginal woman would be entitled to Indian status unless the child's paternal grandmother was also non-Aboriginal. In those cases, the child would lose his or her Indian status once they reached the age of twenty-one years. This was referred to as the "double-mother" rule.

[20] Leading up to the implementation of the *Charter of Rights and Freedoms*' equality rights provisions in April of 1985, there was significant advocacy by Aboriginal women's groups, human rights organizations, and other bodies, along with court challenges seeking to eliminate the gender discrimination in the *Indian Act*. Bill C-31, An Act to Amend the *Indian Act*, S.C. 1985, c.27, s.4 ("Bill C-31") came into effect on April 17, 1985, and attempted to remove the differential discriminatory treatment between men and women.

[21] The Bill C-31 amendments removed the "marrying out" provisions and the "double mother" rule, and entitlement to registration was restored to those who had lost their status under those provisions. Those entitled to register for Indian status would now either be entitled to register under ss. 6(1) or 6(2) of the *Indian Act*. Unfortunately the Bill C-31 amendments resulted in a complicated array of categories of individuals entitled to status and failed to fully rectify the discriminatory effects of prior registration provisions.

[22] The Bill C-31 amendments continued to draw a distinction between those individuals with two Aboriginal parents and those with only one Aboriginal parent, although it eliminated the distinction between paternal and maternal lineage for children born after 1985.

[23] The amendments also implemented the “second generation cut-off” rule. The second generation cut-off rule signified the loss of status after two successive generations of mixed Aboriginal and non-Aboriginal parentage. The amendments were criticized for creating a disadvantage for the descendants of aboriginal women who had married out and regained status under Bill C-31 because their children, who were born before 1985 and registered under the new Act, were unable to transmit status onward if they married a non-Aboriginal person. In contrast, the children of Aboriginal men who had married non-Aboriginal women prior to 1985 did not suffer the same fate.

[24] These were the provisions pertaining to eligibility for status and registration for membership with a First Nation that were in effect on the Voting Day when the Trust was settled and ratified by Ginoogaming members. Since then, there have been two further significant legislative changes to these provisions that have arisen from two significant court decisions.

[25] The first of those decisions was the 2009 British Columbia Court of Appeal decision *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 269 B.C.A.C. 129 leave to appeal to the S.C.C. refused, 33201 (November 5, 2009) (“*McIvor*”). In *McIvor*, the court found that, despite the corrective purpose of the Bill C-31 amendments, the registration provisions of the *Indian Act* (and specifically the second generation rule) continued to provide differential treatment to individuals born prior to April 1985 based on whether the child’s sole

Aboriginal grandparent was a male or female. The court found that, while the amendments gave individuals affected by the double mother rule additional rights, it also created new inequalities. As such, the offending provisions were deemed to be unconstitutional and were declared to be of no force and effect. This declaration was suspended for a period of one year to give the federal government time to make the necessary amendments to the legislation.

[26] In response to *McIvor*, Bill C-3, the *Gender Equity in Indian Registration Act* (short title (“Bill C-3”), was introduced and received royal Assent in 2010. Pursuant to the Bill C-3 amendments, the grandchildren of eligible Aboriginal women who had lost status as a result of marriage became entitled to register for status, but the legislation did not address all issues related to gender discrimination in the *Indian Act*. Bill C-3 focused exclusively on the specific circumstances outlined in *McIvor* and the remedies required to only address these issues. Inequities persisted, with some individuals and their descendants continuing to have fewer rights than others by virtue of having an Aboriginal grandmother as opposed to grandfather.

[27] A further challenge to the status and registration provisions of the *Indian Act* came with the 2015 the Superior Court of Quebec case, *Descheneaux c. Canada (Procureur Général)*, 2015 QCCS 3555, 259 A.C.W.S. (3d) 601. In this case, the Plaintiffs argued that Bill C-3 had not gone far enough to remedy the inequities perpetuated by the *Indian Act*. Specifically, the Plaintiffs alleged that the Act continued to perpetuate differential treatment between:

- a. First cousins, depending on the sex of their Indian grandparent, where the grandparent was married to a non-Indian before 1985; and
- b. Siblings, where a male and female child were born out of wedlock between the 1951 and 1985 amendments to the Act.

[28] The Plaintiffs argued that the differential treatment resulted in an unequal ability to pass on Indian status, depending on whether a person was descended from a male or female Indian grandparent or parent. The Quebec Superior Court agreed and held that the registration provisions of the *Indian Act* that continued to unfairly discriminate against Aboriginal women and their descendants and limit their ability to pass on Indian status were declared of no force and effect. The court's decision was suspended for 18 months (with subsequent extensions of this timeframe) to give Canada time to enact new legislation.

[29] The federal government's response to *Descheneaux* was Bill S-3, an Act to amend the *Indian Act* (elimination of sex-based inequities in registration) (short title) ("Bill S-3"), which received royal assent on December 12, 2017. Part of the legislation came into force on December 22, 2017. This includes an extension of entitlement to Indian status to individuals affected by inequities relating to the different treatment of cousins, siblings, or minors who were omitted from historic lists. Further amendments will come into force at a later date that will further extend the categories of those eligible for registration under the Act.

The Issues:

[30] The primary issue to be determined on this Application is whether members of Ginoogaming, who would have been entitled to membership on the Voting Day but for the discriminatory provisions of the *Indian Act* and have since become members by virtue of the two amendments to that Act, are entitled to the payment contemplated by Article 12.5 of the Trust Agreement. If they are, does the 20 year time limit provided for in Article 12.5 still apply for

these individuals to identify themselves and claim their payment or should the time limit be extended?

The Law:

[31] Section 60 of the *Trustee Act*, and Rule 14.05(3)(a) of the *Rules of Civil Procedure* provide a trustee the ability to apply to this court for the opinion, advice, or direction on any question respecting the management or administration of the trust property. Specifically, s. 60 of the *Trustee Act* grants to the court the jurisdiction to provide advice and direction to a trustee as to what they can and cannot do within the confines of the trust agreement: *Roseau River Anishinabe First Nation et al. v. RRFNT AKI Property Holdings Ltd. et al.*, 2014 MBQB 215, 311 Man.R. (2d) 155, at para. 108.

[32] Both trust principles and contractual interpretation principles factor into how a court is to interpret a trust document: *The Canada Trust Company v. Browne*, 2012 ONCA 862, 115 O.R. (3d) 287, at para. 64. In doing so, a court must take into account the trust agreement as a whole and should consider the factual matrix surrounding the trust agreement: *The Canada Trust Company v. Browne*, at para. 64; *Canada Trust Co. v. Ontario (Human Rights Commission)* (1990), 74 O.R. (2d) 481 (C.A.), at para. 32.

[33] In *The Canada Trust Company v. Browne*, at paras. 67 and 70 the Ontario Court of Appeal considered the importance of the factual matrix

[67] It is well established that in interpreting a contract, the court may consider the “factual matrix” surrounding the contract, even where there is no ambiguity. “Indeed, because words always take their meaning from their context, evidence of the circumstances surrounding the making of a contract has been regarded as

admissible in every case”: *Hi-Tech Group Inc. v. Sears Canada Inc.* (2001), 2001 CanLII 24049 (ON CA), 52 O.R. (3d) 97 (C.A.), at para. 23.

...

[70] In *Glaswegian Enterprises Inc. v. BC Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 1997 CanLII 4085 (BC CA), 49 B.C.L.R. (3d) 317, at para. 18, the British Columbia Court of Appeal described the factual matrix as the “background” of the contract:

The factual matrix is the background of relevant facts, that the parties must clearly have been taken to have known and to have had in mind when they composed the written text of their agreement. It can throw light on what the parties must have meant by the words they chose to express their intention....

The factual matrix is the background which may deepen an understanding of what the parties meant by the language they used, but the Court cannot make a new agreement.

[34] While the factual matrix may be used to clarify the parties’ intentions as expressed in a written agreement, it cannot be used to contradict that intention or have the effect of making a new agreement. Ultimately, the words of the agreement are paramount: *The Canada Trust Company v. Browne*, at para. 71.

Analysis:

[35] The Applicants do not seek to vary the terms of the Trust. This court has been asked solely the question of whether Article 12.5 of the Trust Agreement requires the Trustees to make *per capita* payments to members who would have been entitled to be placed on the Band List for Ginoogaming on the Voting Day but for the discriminatory registration of the *Indian Act*. Based on a plain reading of the Trust Agreement, the conclusion I am forced to reach is that it does not.

[36] Article 12.5 of the Trust Agreement is clear that the *per capita* payments are to be made “to each and every Member, without discrimination, alive on the day of the vote.” Member is

not defined in the Trust Agreement, but is defined in s. 1.1(o) of the Settlement Agreement. Section 2 of the Trust Agreement incorporates the definitions contained in the Settlement Agreement. “Member” is clearly defined in the Settlement Agreement as “a person whose name appears on the First Nation’s Band List **on the Voting Day**” (emphasis added). The Voting Day was December 15, 2001. The new Members of Ginoogaming, who have become members by virtue of the amendments to the *Indian Act*, were not members on the Voting Day.

[37] The amendments to the registration provisions of the *Indian Act* did not take place until 2010, and then 2017, and are ongoing. There is nothing in either Bill C-3 or Bill S-3 that indicates that those individuals who have either gained or re-gained “Indian” status and rights of membership in a First Nation as a result of the amendments will have those rights accrue to them retroactive to a date prior to the amendments coming into effect. In other words, the rights afforded to those individuals by “Indian” status, including membership, did not accrue prior to the 2010 and 2017 amendments. Even though it is fully recognized that but for the discriminatory provisions of the *Indian Act* those individuals *should have* been members on the Voting Day, the reality is that they were not and are therefore excluded from the benefit of the payment provided for in Article 12.5.

[38] The Applicant Trustees, while they took no position on this Application, did point out that the *per capita* payments made pursuant to Article 12.5 are to be made to members “without discrimination.” The Trustees argue that part of the factual matrix is the *Medeiros* decision that was issued shortly before the Trust was ratified. They state that the settlors of the Trust, being clearly aware of the perils of having a discriminatory provision in a Trust Agreement, were mindful in the drafting of the Trust Agreement not to discriminate between members. The

Trustees argue that the settlors intended an inclusive interpretation of “Member” in the Trust Agreement.

[39] I agree with the position of the Trustees that the settlors were careful in the drafting of the Trust Agreement not to have discriminatory provisions in the Trust Agreement such as those found in the offending BCR’s in *Medeiros*. But I do not find that this changes the result. This Trust Agreement does not discriminate between members on-reserve or off-reserve and it does not discriminate between any other class of members. Keeping in mind the context of the *Medeiros* case that caused the settlors to be mindful of discriminating as between existing members, this would appear to have been the intention of the settlors in incorporating the words “without discrimination.” The Trustees have acknowledged in argument that there is no evidence that the Settlers turned their minds to the particular type of discrimination found in the registration provisions of the *Indian Act*. In fact, the Trustees argued that the settlors could not have anticipated that portions of the *Indian Act* would be found unconstitutional at a much later date. This supports the conclusion that the words “without discrimination” are in specific reference to ensuring there is no discrimination between those who fell within the definition of the term “Member” on the Voting Day.

[40] The general recitals to the Trust Agreement express a clear intention to benefit all present and future generations of Members. The Trustees in their argument suggested this too may support an inclusive interpretation of “Member” in the Trust Agreement. A reading of the Trust Agreement does not support this interpretation. The provisions of Article 11.4 allow for the use of Trust Property for the benefit of the First Nation as a whole in order to accomplish this goal of benefitting present and future generations. However, when it comes to Article 12.5, the settlors

of the Trust expressed an intention to limit the payment to those individuals who were members of Ginoogaming on the Voting Day. Based on a clear reading of the Trust Agreement, any individual who became or becomes a member after that date has no entitlement to enjoy the benefit of the Article 12.5 payment.

Other Cases:

[41] The Trustees point to *Barry v. Garden River Band of Ojibways* (1997) A.C.W.S. (3d) (ONCA) (“*Garden River*”), as an example of litigation in which discrimination in the distribution of settlement trusts has been at issue. In *Garden River*, female members of the Band brought an action for an accounting and payment of their *per capita* distributive share of a trust fund received by the Band in settlement of a claim with the Government of Canada. The appellants claimed a share for themselves and on behalf of all other women who were reinstated to membership in the Band as a result of Bill C-31 amendments to the *Indian Act*. The concern was that the share had been reduced for enfranchised women in the amount they had received when they left the band, while no deductions were made from the share of other members who owed debts to the Band for other reasons. Minor appellants also claimed a share on behalf of themselves and all other children of reinstated women who are or should be known to the trustees.

[42] In *Garden River*, the court quoted at para. 35 the following from Waters, *Law of Trusts in Canada*:

It is a primary duty upon trustees that in all their dealings with trust affairs they act in such a way that, if there are two or more beneficiaries, each beneficiary receives exactly what the terms of the trust confer upon him and otherwise receives no advantage and suffers no burden which other beneficiaries do not

TAB 9



Province of Alberta

TRUSTEE ACT

Statutes of Alberta, 2022
Chapter T-8.1

Current as of December 7, 2023

Office Consolidation

© Published by Alberta King's Printer

Alberta King's Printer
Suite 700, Park Plaza
10611 - 98 Avenue
Edmonton, AB T5K 2P7
Phone: 780-427-4952

E-mail: kings-printer@gov.ab.ca
Shop on-line at kings-printer.alberta.ca

Part 4 Powers and Duties of Trustee

Division 1 Duties of Trustee

Duty of care

27(1) In the administration of a trust, a trustee must act in good faith and in accordance with the following:

- (a) the terms of the trust;
- (b) the best interests of the objects of the trust;
- (c) this Act.

(2) Subject to section 35, in the performance of a duty or the exercise of a power, whether the duty or power arises by operation of law or the trust instrument, a trustee must exercise the care, diligence and skill that a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person.

(3) Despite subsection (2) but subject to section 35, if, because of a trustee's profession, occupation or business, the trustee possesses or ought to possess a particular degree of skill that is relevant to the administration of the trust and is greater than that which a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person, the trustee must exercise that greater degree of skill in the administration of the trust.

Conflict of interest

28(1) A trustee must exercise the powers and perform the duties of the office of trustee solely in the interests of the objects of the trust.

(2) Without limiting subsection (1), a trustee must not knowingly permit a situation to arise

- (a) in which the trustee's personal interest conflicts in any way with the trustee's exercise of the powers or performance of the duties of the office of trustee, or
- (b) in which the trustee may derive any personal benefit or a benefit for any other person,

except so far as the law or the trust instrument expressly permits.

(3) On application by a trustee or qualified beneficiary who shows that acting or declining to act is in the best interests of the objects of the trust, whether or not the beneficiaries consent, the court may