

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 (Intervenors)

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.

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. I-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 intervener Native Council of Canada (Alberta).

Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton, ^a for intervener 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 Suppl.), 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 Suppl.), 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 Suppl.), 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.

“Indian” means a person who pursuant to this Act is registered as an Indian or is entitled to be registered as an Indian;

. . .

“Indian Register” means the register of persons that is maintained under section 5;

. . .

“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;

. . .

“Registrar” means the officer in the Department who is in charge of the Indian Register and the Band Lists maintained in the Department;

. . .

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.

(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

(a) any Indians or any group or band of Indians, or

(b) any reserve or any surrendered lands or any part thereof,

and may by proclamation revoke any such declaration.

(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

(a) any Indians or any group or band of Indians, or

(b) any reserve or any surrendered lands or any part thereof,

and may by proclamation revoke any such declaration.

(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.

(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.

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

«liste de bande» Liste de personnes tenue en vertu de l'article 8 par une bande ou au ministère;

. . .

«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.

. . .

«registraire» Le fonctionnaire du ministère responsable du registre des Indiens et des listes de bande tenus au ministère;

. . .

«registre des Indiens» Le registre de personnes tenu en vertu de l'article 5;

. . .

4. (1) La mention d'un Indien, dans la présente loi, exclut une personne de la race d'aborigènes communément appelés Inuit.

(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

a) à des Indiens ou à un groupe ou une bande d'Indiens;

b) à une réserve ou à des terres cédées, ou à une partie y afférente,

et peut par proclamation révoquer toute semblable déclaration.

(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

a) à des Indiens ou à un groupe ou une bande d'Indiens;

b) à une réserve ou à des terres cédées, ou à une partie y afférente.

Il peut en outre, par proclamation, révoquer toute semblable déclaration.

(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.

(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.

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

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

a 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.

b (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.

c (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.

d (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.

e (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).

f *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,

g *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,

h (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.

i (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.

j (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 respectivement, 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 ouï-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:

[TRANSDUCTION] 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.]

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’[TRANSDUCTION] «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 [TRANSDUCTION] «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 édicton, était ainsi rédigé:

j 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 Sovereigne 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 desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer. [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:

[TRADUCTION] 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:

[TRADUCTION] ... 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 nos 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'incarnaient 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 n^{os} 6 et 7, voire au traité n^o 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. marshal, 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, intitled, 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 dommages*». 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) and 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 avenue.

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 révocable), 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 seing 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.

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 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 attenante à la frontière américaine, à l'est des Rocheuses et attenante 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 désappointerons 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 démontrent 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.

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 irréfragables, 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 sur 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 paragraphhe 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 adjudgées 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 . . .

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;

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;

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;

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;

. . .

[Provisions for agriculture and livestock raising.]

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 . . .

[Relief of pestilence or general famine.]

. . .

Et en outre, Sa Majesté s'engage de maintenir des écoles . . .

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;

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.

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;

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;

. . .

[Clauses concernant l'agriculture et l'élevage.]

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 . . .

[Secours contre la peste et la famine.]

. . .

[Medicine]

[Médicaments]

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

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'inquièteront 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;

b

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”. Paylists 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 demanderesses 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

[TRANUCTION] «nos réserves deviendraient surpeuplées». (TD3, page 274.)

Au cours du contre-interrogatoire, M^{me} Smallboy a déclaré ce qui suit:

[TRANUCTION] 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 conseilait 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:

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.

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- *j*
- 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.

a 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 continuél retour en arrière. Il semble que, dans le témoignage consigné un peu avant, M. Roan

b

c

d 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.

e 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 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 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 et 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?

R. Oui. *h*

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?

R. Oui. *i*

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?

R. Oui. *j*

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 crié 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.]

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

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.]

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 joindre 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.

Q. 30 days in jail? e

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? e

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. g

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 j

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.

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.)

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. *h*

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: *j*

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.) *g*

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.

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

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 prévoient 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 figurent 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, ongle 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; intervenor 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.)

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 nos 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.

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.

[TRANSDUCTION] 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-

geants 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.

d Mme 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.

[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 entraînait 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 survenaient 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* (Napanee) 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.

a 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. . . .

d 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:

g [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.

i 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

j 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 superfluetoire, 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 demandresses 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 visant 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 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. Registrare 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:

d 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 . . .

e 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.

f 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.

g 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 n^{os} 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.

opiniâtement, 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:

^h [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.] d

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. f g

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

j [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 constitue, 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.