

T-2652-85

T-2652-85

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewayakum Indian Band (also known as the Campbell River Indian Band) (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen and Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, and James D. Wilson sued on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewayakai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) (*Defendants*)

INDEXED AS: WEWAYAKUM INDIAN BAND v. WEWAYAKAI INDIAN BAND (T.D.)

Trial Division, Addy D.J.—Vancouver, January 22; Ottawa, March 6, 1991.

*Native peoples — Lands — Plaintiffs suing on own behalf and on behalf of past, present and future Band members — Action turning on which of two bands entitled to possession of reserve — Motion to strike paragraph in statement of defence denying representative authority of individual plaintiffs — Indian bands having special status, apart from Indian Act, to institute, prosecute and defend action derived from existence as separate society — Plaintiffs suing in band's name must establish authority to sue in Band's name through traditions, customs and government of band.*

*Practice — Discovery — Examination for discovery — Action between Indian bands over possession of reserve — Interrogatories based on Rules prior to 1990 amendment not more restrictive than oral examinations for discovery — Trend towards broadening fair and full disclosure — Past events fully discoverable, if simple facts — Opinion or conclusion drawn from special knowledge or analysis of facts not subject-matter of discoveries — Interrogatories must be answered by party — Improper to hire non-Band member historian to answer interrogatories — As party may be prevented from adopting contradictory position in same action, plaintiffs ordered to provide details on matters beyond living memory similar to questions they asked of defendants — Time and expenditure in answering balanced against amount of money or importance of non-monetary issues, usefulness answer might have in determining basic issues — As aboriginal title*

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson, en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Wewayakum (également connue sous le nom de bande indienne de Campbell River) (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine et Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Wewayakai (également connue sous le nom de bande indienne de Cape Mudge) (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE WEWAYAKUM c. BANDE INDIENNE WEWAYAKAI (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge suppléant Addy—Vancouver, 22 janvier; Ottawa, 6 mars 1991.

*Peuples autochtones — Terres — Les demandeurs poursuivent en leur nom et au nom des anciens membres de la bande et de ses membres actuels et futurs — L'action porte sur la question de savoir laquelle des deux bandes a droit à la possession d'une réserve — Requête en radiation d'un paragraphe de la défense contestant aux personnes physiques demanderesses le droit de représenter les membres de la bande — Les bandes indiennes possèdent, indépendamment de la Loi sur les Indiens, un statut spécial qui leur permet d'intenter, de continuer et de contester une action en justice en raison de leur existence à titre de société distincte — Les demandeurs qui poursuivent au nom de la bande doivent démontrer qu'ils ont ce pouvoir en invoquant les traditions, les coutumes et le gouvernement de la bande.*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Action opposant des bandes indiennes au sujet de la possession d'une réserve — L'interrogatoire écrit fondé sur les Règles en vigueur avant les modifications de 1990 n'a pas une portée plus restrictive que l'interrogatoire préalable oral — On a tendance à accroître les possibilités de communication franche et complète — Les événements du passé peuvent parfaitement faire l'objet d'un interrogatoire préalable s'ils constituent des faits simples — L'opinion ou la conclusion qui résulte d'une connaissance spéciale ou de l'analyse de certains faits ne peut faire l'objet d'un interrogatoire préalable — C'est aux parties à l'action qu'il incombe de répondre aux questions posées dans le cadre de l'interrogatoire écrit — On agit irrégulièrement en retenant les services d'un historien qui ne fait pas partie de la bande pour répondre aux questions posées dans l'interrogatoire écrit — Comme une partie peut être déclarée irrecevable à adopter une position contradictoire au cours de la même action, la Cour ordonne aux demandeurs de fournir des détails sur les questions qui sont si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins et qui ressemblent à celles qu'ils ont posées aux défendeurs — Mise en balance de la somme de temps et de dépenses à*

*essential to disposition of case, questions about extent of occupation of Reserve proper.*

*Practice — Parties — Standing — As deceased and unborn persons unable to sue or be sued, cannot be part of class action — Reference to past or future members of Indian Band in pleadings and as parties in style of cause improper — Indian bands having special status, apart from Indian Act, to sue and be sued — Individual plaintiffs establish authorization — Not class action.*

These were pre-trial motions (1) by the plaintiffs, under Rule 419, to strike out the paragraph of the amended statement of defence denying the authority of the individual plaintiffs to represent all other, including past, present and future, members of the plaintiff Band, and (2) by the defendants to compel the plaintiff Band to answer several questions in interrogatories. The plaintiffs were suing on their own behalf and on behalf of all past, present and future members of the Band for right of possession and enjoyment of a Reserve.

(1) The plaintiffs argued that the impugned paragraph did not disclose a valid ground of defence because the Chief and Council members have a legal right to bring a class action in the name of the Band members, and as such the question of authorization was irrelevant as any member of the class who objects may request to be added as party defendant.

(2) The plaintiffs objected that questions pertaining to the Band's occupation of the Reserve were irrelevant as the Band relied upon the McKenna McBride Commission of 1912 report and on Orders in Council of the province of British Columbia and of Canada. They submitted that questions of an historical nature were not the proper subject-matter of discovery, and could only be answered through expert evidence filed and subsequently provided at trial. Finally, they argued that only an expert historian was legally capable of testifying as to facts which are beyond living memory.

The issues were whether authorization must exist for a chief and councillors to sue in the band's name, and the propriety of questions relating to, *inter alia*, aboriginal title.

*Held*, plaintiffs' motion should be dismissed; defendants' motion should be allowed in part.

A deceased or an unborn person cannot sue or be sued because he does not exist and neither may be part of a class of plaintiffs. The statement of claim and amended statement of defence were amended *ex proprio motu* by deleting any refer-

*consacrer pour répondre aux questions avec le montant d'argent ou l'importance des questions non pécuniaires en litige, ainsi que l'utilité que pourrait avoir la réponse pour trancher les questions essentielles du procès — Comme il est essentiel de se prononcer sur le titre ancestral pour trancher l'affaire, a les questions relatives à la portée de l'occupation de la réserve sont légitimes.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Comme les personnes décédées ou non encore nées ne peuvent ester en justice, elles ne peuvent faire partie d'un recours collectif — La mention d'anciens ou de futurs membres d'une bande indienne dans les actes de procédure et leur désignation à titre de parties dans l'intitulé de la cause sont irrégulières — Les bandes indiennes ont, indépendamment de la Loi sur les Indiens, un statut spécial qui leur permet d'ester en justice — Les personnes physiques demanderesse ont établi qu'elles étaient autorisées — Il ne s'agit pas d'un recours collectif.*

Il s'agit de deux requêtes préalables. Par la première, les demandeurs sollicitent, en vertu de la Règle 419, la radiation du paragraphe de la défense modifiée par lequel on conteste aux personnes physiques demanderesse le droit de représenter tous les autres membres de la bande demanderesse, y compris les anciens membres de la bande et ses membres actuels et futurs. Par la seconde, les défendeurs veulent forcer la bande demanderesse à répondre à plusieurs questions qui lui ont été posées dans le cadre de l'interrogatoire écrit. Les demandeurs poursuivent en leur nom et au nom de tous les anciens membres de la bande et de ses membres actuels et futurs en vue d'obtenir le droit à la possession et à la jouissance d'une réserve.

(1) Les demandeurs prétendent que le paragraphe contesté ne révèle aucun moyen de défense valable parce que le chef et les membres du conseil sont fondés en droit à exercer un recours collectif au nom des membres de la bande et qu'en soi, la question de l'autorisation n'est pas pertinente, étant donné que toute personne qui fait partie du groupe et qui formule une objection peut demander à être constituée codéfenderesse.

(2) Les demandeurs soutiennent que les questions portant sur l'occupation de la réserve par la bande ne sont pas pertinentes car la bande se fonde sur le rapport publié en 1912 par la Commission McKenna McBride et sur des décrets pris par la province de la Colombie-Britannique et par le Canada. Ils prétendent que des questions qui ont un caractère historique n'entrent pas dans le cadre d'un interrogatoire préalable et que seul un expert peut y répondre au moyen d'une déposition qui sera versée au dossier et qui sera communiquée par la suite au procès. Finalement, ils soutiennent que seul un historien expert peut légalement témoigner au sujet de faits qui sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner.

Le litige porte sur la question de savoir si le chef et les membres d'un conseil doivent être autorisés à intenter une poursuite au nom de la bande, et sur la légitimité de questions se rapportant notamment au titre ancestral.

*Jugement*: la requête des demandeurs devrait être rejetée; la requête des défendeurs devrait être accueillie en partie.

Les personnes décédées et celles qui ne sont pas encore nées ne peuvent ester en justice parce qu'elles n'existent pas, et elles ne peuvent faire partie d'un groupe de demandeurs. La déclaration et la défense modifiée sont modifiées d'office par la

ence to the institution of the action on behalf of past or future members of the plaintiff Band. The practice of referring to past and future members of an Indian Band as parties in the style of cause is improper and should be terminated.

(1) There was no evidence that the impugned paragraph of the amended statement of defence was scandalous, frivolous or vexatious or that it could prejudice or delay a fair trial or otherwise constituted an abuse of process under Rule 419(1)(c), (d), or (f). As to whether it constituted a valid defence under Rule 419(1)(a), Indian bands do possess a special status enabling them to institute, prosecute and defend a court action. Those claiming to sue in the name of a Band must be prepared to establish their authority to do so. Such authorization is not subject to any special rules, laws or procedures other than those prescribed by the traditions, customs and government of the band. This special legal status is not dependent upon the *Indian Act* but is derived from their existence as a separate society and from common fundamental and special tribal customs, laws, privileges, rights and obligations akin to those incumbent upon the citizens of a state. Indian bands can be sued and become the subject of legal pronouncement. The rights of Indian bands, tribes or nations to enter into treaties and contracts and to acquire certain rights and renounce others have been recognized since the Indians' first contact with Europeans. Indians themselves have recognized these powers as existing in Chiefs and Councils. If bands were allowed to sue by ordinary class actions, without the requirement of proper authorization of the band, claims which might be denied could be subject to revival and chaos would result. Common sense dictates that Indian bands should possess the same rights to sue as corporations and be subject to resulting obligations.

(2) The plaintiff Band cannot object to interrogatories concerning the extent of its occupation of the disputed Reserve. The Federal Court of Appeal has held that the issue of aboriginal title was essential to the disposition of this case. Upon appeal, the Supreme Court of Canada did not disagree, but indicated that the *Indian Act* was also relevant. Aboriginal title is a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their lands, which can be continued either through the original nation or tribe or through a successor to the group which first occupied the lands and established aboriginal title. The statement of claim alleges that the Indians at Campbell River were the ancestors of the present Band members and that plaintiff band has, before and since 1888, occupied and enjoyed the use and benefit of Reserve No. 11, but since 1888, has been wrongfully denied occupation, use and benefit of Reserve No. 12.

Interrogatories are not more restrictive than oral examinations for discovery, based on Federal Court Rules 466.1(1) and 465(15) prior to their amendment in 1990. There is neither practical nor logical reason why an interrogatory should be more restrictive. The questioner is already handicapped because

suppression de toute allusion au fait que l'action est intentée au nom d'anciens ou de futurs membres de la bande. L'usage consistant à désigner des anciens et des futurs membres d'une bande indienne dans l'intitulé de cause est abusif et on devrait y mettre un terme.

(1) On n'a pas présenté de preuve démontrant que le paragraphe contesté de la défense modifiée est scandaleux, futile ou vexatoire, qu'il peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, ou qu'il constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour au sens de la Règle 419(1)(c), (d) ou (f). Quant à la question de savoir s'il constitue un moyen de défense valable au sens de la Règle 419(1)(a), les bandes possèdent effectivement un statut spécial qui leur permet d'intenter, de continuer et de contester une action en justice. Ceux qui prétendent poursuivre au nom d'une bande doivent être prêts à démontrer qu'ils en ont le pouvoir. Cette autorisation n'est pas assujettie à des règles, lois ou procédures spéciales autres que celles que prescrivent les traditions, les coutumes ou le gouvernement de la bande. Ce statut juridique spécial ne dépend pas de la *Loi sur les Indiens*, mais découle de leur existence en tant que société distincte et de coutumes, lois, privilèges, droits et obligations tribaux communs qui sont fondamentaux et spéciaux et qui ressemblent à ceux qui sont propres aux citoyens d'un État. Les bandes indiennes peuvent être poursuivies et faire l'objet de décisions judiciaires. Le droit que possèdent les bandes, tribus ou nations indiennes de conclure des traités et des contrats et d'acquérir certains droits et de renoncer à d'autres a été reconnu dès les premiers contacts entre les Indiens et les Européens. Les Indiens ont eux-mêmes reconnu que les chefs et les conseils possèdent ces pouvoirs. Si l'on permettait aux bandes de poursuivre au moyen d'un recours collectif ordinaire sans les obliger à être dûment autorisées, des réclamations qui ont pu être rejetées pourraient être à nouveau portées devant les tribunaux et le chaos en résulterait. Le bon sens exige que l'on reconnaisse aux bandes indiennes les mêmes droits de poursuite que ceux que possèdent les personnes morales et qu'on les assujettisse aux obligations qui en découlent.

(2) La bande demanderesse ne peut s'opposer aux questions portant sur l'étendue de son occupation de la réserve contestée. La Cour d'appel fédérale a statué qu'il était essentiel de résoudre la question du titre ancestral pour résoudre le présent litige. En appel, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'elle n'était pas en désaccord, mais a ajouté qu'il fallait également tenir compte de la *Loi sur les Indiens*. Le titre ancestral est un droit strict qui tire sa source de l'occupation historique des Indiens et de la possession de leurs terres. Ce titre peut être maintenu en vigueur soit par l'entremise de la nation ou de la tribu originale, soit par l'entremise d'un successeur du groupe ayant occupé le premier les terres et ayant établi le titre ancestral. Dans leur déclaration, les demandeurs allèguent que les Indiens de Campbell River sont les ancêtres des membres actuels de la présente bande demanderesse et que celle-ci a, avant et depuis 1888, occupé la réserve n° 11 et en a eu l'usage et la jouissance mais que, depuis 1888, on lui refuse à tort l'occupation, l'usage et la jouissance de la réserve n° 12.

L'interrogatoire écrit n'a pas une portée plus restrictive que l'interrogatoire préalable oral sur le fondement des Règles 466.1(1) et 465(15) des *Règles de la Cour fédérale* dans leur rédaction en vigueur avant leur modification en 1990. Il n'y a aucune raison pratique ou logique pour laquelle un interroga-

he does not know what the answer to the previous questions will be before inserting subsequent questions in the interrogatory, and the person answering has ample time to consider the question and consult, if necessary, before answering. Although there are differences between jurisdictions as to the subject-matter of discovery before trial, there has been a general extension of the rules of practice so that the prevailing trend favours broadening fair and full disclosure to enable the party to advance his own case or to damage the case of his adversary.

Past events, in so far as they constitute simple or basic facts, are fully discoverable. To exclude documents or statements containing reference to facts beyond living memory from discovery would be unfair to Indians who relied on oral traditions long after other cultures began recording in writing their history. The expression of a simple self-evident conclusion which would be reached as a matter of course by any ordinary person may form the subject-matter of a question on discovery but an opinion resulting from an analysis of certain specified facts, which requires special expertise or knowledge would not.

Interrogatories are required to be answered by a party to the action. The hiring of an historian who was neither a member of the plaintiff Band, nor exercising authority within it, to answer the interrogatories was improper. It contravened the *Federal Court Rules* on the discovery process and the generally accepted practice adopted by common law courts for the examination of parties. If only experts were allowed to answer questions referring to historical facts, pre-trial discovery would be precluded and a claim based on aboriginal title or matters beyond living memory would be limited to production of documents.

In deciding which questions should be answered, the fact that many of the questions to which the plaintiffs have objected were almost identical to ones which they had asked the defendants and which they were seeking to compel the defendants to answer, had to be taken into account. A party may be prevented from adopting a completely contradictory position in the same action. Hence, some questions which would otherwise have been disallowed were allowed because the same details beyond living memory were requested by the plaintiffs. The probable amount of time, effort, research, work and expenditure involved in answering was weighed against the amount of money or the importance of non-monetary issues involved, degree of relevance, and probable importance, value or usefulness which the answer might have in determining the basic issues of the litigation. Where a question is relevant and not otherwise objectionable, the party refusing to answer must furnish some evidence to explain the difficulties and to establish what reasonable, though unsuccessful, efforts were made to obtain an answer. Questions involving conclusions of law as

toire écrit devrait être plus restrictif. La personne qui pose les questions est déjà désavantagée parce qu'elle ne connaît pas la réponse aux questions déjà posées avant d'insérer d'autres questions dans l'interrogatoire écrit, et parce que la personne qui répond a amplement le temps d'étudier la question et de consulter au besoin une autre personne avant de répondre. Bien qu'il existe des différences entre les provinces au sujet de ce sur quoi doit porter l'interrogatoire préalable, on a de façon générale élargi la portée des règles de sorte que l'on a tendance à accroître les possibilités de communication franche et complète de la preuve permettant à la partie de prouver ses allégations ou de réfuter celles de son adversaire.

Les événements du passé peuvent parfaitement faire l'objet d'un interrogatoire préalable, pour autant qu'ils constituent des faits simples ou fondamentaux. Exclure de l'interrogatoire préalable des documents ou des déclarations contenant des allusions à des faits qui sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner serait injuste envers les Indiens qui s'en remettaient à la tradition orale longtemps après que d'autres cultures eurent commencé à consigner leur histoire par écrit. L'expression d'une conclusion évidente que tirerait nécessairement toute personne ordinaire pourrait faire l'objet d'une question dans le cadre d'un interrogatoire préalable, alors qu'une opinion résultant de l'analyse de certains faits précis, qui exigent une certaine compétence ou certaines connaissances techniques, ne le pourrait pas.

C'est une des parties à l'action qui doit répondre aux questions qui sont posées dans le cadre d'un interrogatoire préalable. On a eu tort de retenir les services d'un historien qui ne faisait pas partie de la bande demanderesse et qui n'exerçait aucune autorité au sein de cette dernière pour répondre aux questions. Cela allait à l'encontre des *Règles de la Cour fédérale* relatives au déroulement de l'interrogatoire préalable et à l'encontre de l'usage généralement accepté des tribunaux de common law en matière d'interrogatoire des parties. Si seuls les experts étaient autorisés à répondre aux questions mentionnant des faits historiques, il serait impossible de procéder à l'interrogatoire préalable et le plaideur dont la réclamation est fondée sur un titre ancestral ou sur des questions dont il ne reste plus de témoins ne pourrait produire que des documents.

Pour décider à quelles questions on doit répondre, la Cour a dû tenir compte du fait que bon nombre des questions auxquelles les demandeurs refusent de répondre sont presque identiques à celles qu'ils avaient posées aux défendeurs et auxquelles ils voulaient forcer les défendeurs à répondre. Une partie peut être déclarée irrecevable à adopter une position complètement contradictoire au cours de la même action. C'est pourquoi certaines des questions qui auraient autrement été écartées ont été autorisées parce que les demandeurs réclamaient les mêmes détails sur des questions qui sont si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins. La Cour a mis en balance la somme probable de temps, d'efforts, de recherches, de travail et de dépenses à consacrer pour répondre aux questions avec le montant d'argent ou l'importance des questions non pécuniaires en litige, ainsi que le degré de pertinence et l'importance, la valeur ou l'utilité probable que la réponse pourrait avoir pour permettre de trancher les questions essentielles du procès. Lorsqu'une question est pertinente et qu'elle n'est pas par ailleurs répréhensible, le plaideur qui refuse d'y répondre doit fournir certains éléments de preuve pour expliquer les difficultés et pour démontrer les démarches raisonnables quoique infructueuses qu'il a

well as opinion evidence are not properly the subject-matter of the party and party discovery process.

entreprises pour obtenir une réponse. Les questions qui impliquent des conséquences juridiques et des témoignages d'opinion ne peuvent légitimement faire l'objet de l'interrogatoire préalable qui se déroule entre les parties.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R.R. 419, 466.1(1), (5), (8), 465(15), 466.2 (as enacted by SOR/90-846, s. 16).

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### NOT FOLLOWED:

*Kennedy v. Dodson*, [1895] 1 Ch. 334 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; affg *Roberts v. Canada*, [1987] 2 F.C. 535; (1987), 36 D.L.R. (4th) 552; [1987] 2 C.N.L.R. 145; 73 N.R. 234; *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.); *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; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. and Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352; 35 C.P.C. 68 (S.C.); *Everest & Jennings Canadian Ltd. v. Invacare Corporation*, [1984] 1 F.C. 856; (1984), 79 C.P.R. (2d) 138; 55 N.R. 73 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Delgamuukw et al. v. The Queen*, Smithers Registry, No. 0843, B.C.S.C., judgment dated 5/8/87, not reported; *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co., sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (B.C.C.A.); *Uukw v. B.C. (Govt.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (S.C.); *Enquist v. Hass* (1979), 15 B.C.L.R. 139; 10 R.P.R. 23 (S.C.); *British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 365; 4 B.C.L.R. 259 (B.C.C.A.).

#### COUNSEL:

*Lewis F. Harvey* and *Maria A. Morellato* for plaintiffs.

*John D. McAlpine, Q.C.* and *C. Allan Donovan* for defendants *Ralph Dick*, *Daniel Billy*, *Elmer Dick*, *Stephen Assu*, and *James D. Wilson* sued on their own behalf and on behalf of all other members of the Weway-

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), chap I-5.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 419, 465(15), 466.1(1), (5), (8), 466.2 (édicte par DORS/90-846, art. 16).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION NON SUIVIE:

*Kennedy v. Dodson*, [1895] 1 Ch. 334 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; conf. *Roberts c. Canada*, [1987] 2 C.F. 535; (1987), 36 D.L.R. (4th) 552; [1987] 2 C.N.L.R. 145; 73 N.R. 234; *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (C.S.); *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; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. et Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352; 35 C.P.C. 68 (C.S.); *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corporation*, [1984] 1 C.F. 856; (1984), 79 C.P.R. (2d) 138; 55 N.R. 73 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Delgamuukw et al. v. The Queen*, greffe Smithers, n° 0843, C.S.C.-B., jugement en date du 5-8-87, non publié; *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co., sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404; 34 B.C.L.R. (2d) 344 (C.A.C.-B.); *Uukw v. B.C. (Govt.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (C.S.); *Enquist v. Hass* (1979), 15 B.C.L.R. 139; 10 R.P.R. 23 (C.S.); *British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 365; 4 B.C.L.R. 259 (C.A.C.-B.).

#### AVOCATS:

*Lewis F. Harvey* et *Maria A. Morellato* pour les demandeurs.

*John D. McAlpine, c.r.* et *C. Allan Donovan* pour les défendeurs *Ralph Dick*, *Daniel Billy*, *Elmer Dick*, *Stephen Assu* et *James D. Wilson*, en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne

kai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band).

Wewayakai (également connue sous le nom de bande indienne de Cape Mudge).

SOLICITORS:

*Davis and Company*, Vancouver and *Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, for plaintiffs.

*McAlpine & Hordo*, Vancouver, for defendants Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, and James D. Wilson sued on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewayakai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band).

*The following are the reasons for order rendered in English by*

ADDY D.J.: Two pre-trial procedural motions have been brought before me. The action turns on which of the two Indian Bands mentioned in the style of cause is entitled to possession and enjoyment of a reserve known as Reserve No. 12 situated on the right bank of the Quinsam River.

The defendant members of the Cape Mudge Indian Band have applied to the Court pursuant to Rule 466.1(1) and (8) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for an order requiring the plaintiff Indian Band to provide answers to several questions in interrogatories addressed to them and which they have refused to answer and also for an order requiring more responsive answers to other questions. The plaintiff members of the Campbell River Band, on the other hand, by another motion, pursuant to Rule 419(1)(a),(c),(d), and (f) have applied for an order that paragraph 2 of the amended statement of defence be struck out on the grounds that it discloses no reasonable defence and that it is scandalous, frivolous and vexatious and may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action and, finally, that it otherwise constitutes an abuse of process.

PROCUREURS:

*Davis and Company*, Vancouver, et *Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, pour les demandeurs.

*McAlpine & Hordo*, Vancouver, pour les défendeurs Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Wewayakai (également connue sous le nom de bande indienne de Cape Mudge).

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE SUPPLÉANT ADDY: Je suis saisi de deux requêtes préalables qui concernent des questions de procédure. Dans la présente action, le litige porte sur la question de savoir laquelle des deux bandes indiennes mentionnées dans l'intitulé de cause a droit à la possession et à la jouissance d'une réserve qui est connue sous le nom de réserve n° 12 et qui est située sur la rive droite de la rivière Quinsam.

Les membres défendeurs de la bande indienne de Cape Mudge ont présenté à la Cour une requête fondée sur la Règle 466.1(1) et (8) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à la bande indienne demanderesse de répondre à plusieurs questions qui lui ont été posées dans le cadre de l'interrogatoire écrit qui lui a été adressé et auxquelles elle a refusé de répondre, et en vue d'obtenir une ordonnance lui enjoignant de fournir des réponses plus complètes à d'autres questions. D'autre part, les membres demandeurs de la bande indienne de Campbell River ont présenté une requête fondée sur la Règle 419(1)(a),(c),(d) et (f) des *Règles de la Cour fédérale* en vue d'obtenir une ordonnance radiant le paragraphe 2 de la défense au motif qu'il ne révèle aucune défense raisonnable, qu'il est scandaleux, futile ou vexatoire et qu'il peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, et finalement qu'il constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour.

Both motions were heard together. The defendant Crown was not a party to either one nor was it represented at the hearing.

It would be more convenient to deal with the last-mentioned motion (i.e. that of the plaintiffs) as some of the findings will have a bearing on the other motion brought by the defendant Indian Band. Rule 419(1)(a),(c),(d) and (f) reads as follows:

*Rule 419.* (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

(a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,

(c) it is scandalous, frivolous or vexatious,

(d) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action,

(f) it is otherwise an abuse of the process of the Court,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

Paragraph 2 of the statement of defence which the plaintiffs are requesting to be struck out reads as follows:

2. These Defendants deny the authority of the Plaintiffs Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson to represent all or any other members of the Wewaikum Indian Band, also known as the Campbell River Band (the "Wewaikum Band"), including past, present and future members of that Band.

This pleading is in answer to paragraph 3 of the statement of claim which reads as follows:

3. The named Plaintiffs are suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Plaintiff Band, including all past, present and future members.

Before dealing with the merits of the plaintiffs' motion, however, it is of some importance to note in paragraph 3 of their amended statement of claim that they purport to be suing not only on their own behalf but also on behalf of all past and future members of the Band.

It is trite law that neither a deceased nor an unborn person can as such sue or be sued. They do not exist. It is true that the Band as it is presently constituted depends both for its existence and for the rights to which it is presently entitled, upon the

Les deux requêtes ont été entendues ensemble. La Couronne défenderesse n'était partie ni à l'une ni à l'autre et elle n'était pas représentée à l'audience.

Il serait plus commode de traiter de la requête que j'ai mentionnée en dernier lieu (c.-à-d. celle des demandeurs) car certaines conclusions auront une incidence sur l'autre requête présentée par la bande indienne défenderesse. Voici le libellé de la Règle 419(1)(a),(c),(d) et f):

*Règle 419.* (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif

a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas,

c) qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire,

d) qu'elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action,

f) qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour,

et elle peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

Le paragraphe 2 de la défense dont les demandeurs sollicitent la radiation est ainsi libellé:

[TRADUCTION] 2. Les défendeurs nient que les demandeurs Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson aient qualité pour représenter les membres de la bande indienne Wewaikum, également connue sous le nom de bande indienne de Campbell River (la «bande de Wewaikum»), y compris les anciens membres de la bande et ses membres actuels et futurs.

Cette conclusion fait suite au paragraphe 3 de la déclaration, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 3. Les demandeurs nommément désignés poursuivent en leur nom et au nom de tous les autres membres de la bande demanderesse, y compris les anciens membres de la bande et ses membres actuels et futurs.

Mais avant d'examiner le bien-fondé de la requête des demandeurs, il importe de remarquer qu'au paragraphe 3 de leur déclaration modifiée, les demandeurs prétendent agir non seulement en leur nom, mais également au nom de tous les anciens et futurs membres de la bande.

C'est un principe élémentaire de droit que ni les personnes décédées ni celles qui ne sont pas encore nées ne peuvent ester en justice. Elles n'existent pas. Il est vrai que, telle qu'elle est présentement constituée, la bande doit son existence et les droits

fact that members now deceased did at one time constitute the Band and by their actions and their very existence, did ensure its continuity and the preservation of the rights and privileges presently enjoyed by its members. But this state of affairs now exists and cannot be changed by any action for or against the deceased members. It is equally true that future members will benefit from whatever rights and privileges presently exist or are acquired by the Band, but this will result solely from the future membership in the Band and not from the fact that any action is now being instituted on behalf of them as individuals.

Counsel for the plaintiffs maintains that the Court must characterize the proceeding as a class action. Since an action can neither be instituted nor defended by any person who is not living, no such person can be made part of a class of plaintiffs. Paragraph 3 of the amended statement of claim must therefore be further amended by deleting any reference to the fact that the action is instituted on behalf of past or future members of the plaintiff Band. The order will be made *ex proprio motu* by the Court, because the pleading as presently worded is fundamentally bad at law and should not be allowed to stand. The same remarks and the same order will apply to paragraph 2 of the statement of defence whereby the defendants in effect purport to require the plaintiffs to establish that they are authorized to act on behalf of past and future members.

Several cases have referred to past and future members of an Indian band as parties in the style of cause. This practice for the same reason is quite improper. It apparently originated some time ago where a band claimed the right to so style its action as a plaintiff and the Crown as defendant having agreed, the Court, because of the consent, allowed the designation to stand. It is time that this erroneous practice be terminated.

Regarding the merits of the plaintiffs' motion, there is no evidence whatsoever to substantiate the allegations that the paragraph is either scandalous, frivolous or vexatious or that it may prejudice or

qu'elle peut présentement exercer au fait que des membres qui sont maintenant décédés ont déjà constitué la bande et qui, par leurs actes et leur existence même, ont assuré sa continuité et la protection des droits et des privilèges dont jouissent présentement ses membres. Mais cet état de fait existe déjà et il ne peut être changé par une action en justice intentée au nom des membres décédés ou contre eux. Il est également vrai que les futurs membres bénéficieront des droits et des privilèges que la bande possède présentement ou qu'elle peut acquérir, mais cela résultera uniquement de l'appartenance future à la bande et non du fait qu'une action en justice est présentement intentée en leur nom personnel.

L'avocat des demandeurs maintient que la Cour doit qualifier la présente instance de recours collectif. Comme une action ne peut être ni entamée ni contestée par une personne qui n'est pas vivante, cette personne ne peut faire partie d'un groupe de demandeurs. Le paragraphe 3 de la déclaration modifiée doit donc être à nouveau modifié par la suppression de toute allusion au fait que l'action est intentée au nom d'anciens ou de futurs membres de la bande demanderesse. L'ordonnance sera prononcée d'office par la Cour, parce que telle qu'elle est présentement libellée, cette conclusion est mal fondée en droit et qu'elle doit être écartée. Les mêmes remarques et la même ordonnance valent pour le paragraphe 2 de la défense, par lequel les défendeurs prétendent en fait obliger les demandeurs à établir qu'ils ont qualité pour agir au nom d'anciens et de futurs membres.

Il est arrivé dans plusieurs affaires que des anciens et des futurs membres d'une bande indienne soient désignés comme parties dans l'intitulé de cause. Cet usage est, pour la même raison, tout à fait abusif. Il s'est vraisemblablement implanté il y a un certain temps lorsqu'une bande a revendiqué le droit d'intituler ainsi son action à titre de demanderesse et que la Couronne y a consenti en tant que défenderesse. À cause de ce consentement, la Cour a décidé de ne rien changer à la désignation. Il est temps de mettre un terme à cet usage erroné.

En ce qui concerne le bien-fondé de leur requête, les demandeurs n'ont pas présenté la moindre preuve pour justifier leurs allégations que le paragraphe est scandaleux, futile ou vexatoire, qu'il



delay a fair trial or otherwise constitutes an abuse of process. The application in so far as it relates to paragraphs (c), (d) and (f) of Rule 419(1) must therefore fail.

In considering whether paragraph 2 of the statement of defence constitutes a valid defence at law, it is obvious that no evidence is required and indeed no matter other than the text of the pleading itself is to be considered when applying Rule 419(1)(a).

The plaintiffs argue that the Chief and Council members have, at law, the right to bring a class or representative action in the name of the members of the Band, that the question whether they have obtained authorization to do so and to prosecute the action is totally immaterial and irrelevant as it is an ordinary class action and as any member of the class who objects may request to be added as a party defendant. They therefore claim that paragraph 2 of the statement of defence discloses no valid ground of defence and should be struck out.

It has indeed been consistently held by our courts that the Chief with members of Council may institute an action in the name of a Band, but the question regarding whether authorization to do so must exist has never been directly raised in any of the reported cases of which I am aware. On the other hand, the question whether a Band Chief and Council had proper authority to renounce any rights on behalf of the Band or to enter into an obligation binding upon it has often been put in issue and been regarded as very relevant.

In *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (S.C.), McEachern C.J.S.C., as he then was, stated that the question was still open whether Indian bands were judicial persons capable of suing or being sued and therefore recommended in that case that the plaintiff members of Council and their Chief bring their action in a representative capacity.

peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, ou qu'il constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour. La requête doit donc être rejetée en ce qui concerne les moyens tirés de la Règle 419(1)(c), (d) et (f).

Quant à la question de savoir si le paragraphe 2 de la défense constitue un moyen de défense bien fondé en droit, il est évident qu'aucune preuve n'est nécessaire et, en fait, que la seule chose dont on doit tenir compte lorsqu'on applique la Règle 419(1)(a) est le texte de l'acte de procédure lui-même.

Les demandeurs font valoir que le chef et les membres du conseil sont fondés en droit à exercer un recours collectif au nom des membres de la bande, que la question de savoir s'ils ont obtenu l'autorisation de le faire et d'introduire l'action est dénuée de tout intérêt et de toute pertinence, étant donné qu'il s'agit d'un recours collectif ordinaire et que toute personne qui fait partie du groupe et qui formule une objection peut demander à être constituée codéfenderesse. Ils prétendent donc que le paragraphe 2 de la défense ne révèle aucun moyen de défense valable et qu'il devrait être radié.

Il est de jurisprudence constante que le chef d'une bande peut, avec les membres du conseil, intenter une action au nom de la bande, mais la question de savoir s'ils doivent y être autorisés n'a jamais été directement posée dans les décisions publiées que je connais. D'autre part, la question de savoir si un chef et un conseil de bande étaient dûment autorisés à renoncer à des droits au nom de la bande ou à contracter une obligation qui lie la bande a souvent été mise en litige et a été considérée comme très pertinente.

Dans le jugement *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (C.S.), le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique McEachern, tel était alors son titre, a affirmé que la question de savoir si les bandes indiennes étaient des personnes morales ayant la capacité d'ester en justice est une question non résolue. Il a recommandé par conséquent dans cette affaire que les demandeurs qui étaient membres du conseil intentent leur action avec leur chef sous forme de recours collectif.

It appears to me that the members of an Indian band as such and quite apart from any provisions of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], must necessarily enjoy a special legal status derived from their existence as a separate society and from common fundamental and special tribal customs, laws, privileges, rights and obligations, akin, to some extent at least, to the rights and privileges enjoyed by and to the obligations and duties incumbent upon the citizens of a state. Its members are not merely individuals living in a close vicinity to each other, who might happen to enjoy a particular common interest in the favourable outcome of a court decision. Indian bands as such can themselves be sued and become the subject of a legal pronouncement. The case at bar well illustrates such a situation as the Campbell River Band, as plaintiff, is suing the Cape Mudge Band as well as Her Majesty the Queen. The plaintiff Band is claiming a right of occupancy and use of the Reserve not only as individual members but as a right to be enjoyed by the Band itself at present and in the future, to the exclusion of the defendant Band.

One need not possess any special knowledge or expertise nor be guided by any particular evidence to be fully aware of the fact that from the time of the first contacts between Indians and Europeans, the latter have recognized the rights of Indian social or racial organizations, be they bands, tribes or nations, to enter into treaties, contracts and obligations, acquire certain rights and renounce and abandon other previously enjoyed ones. Elementary Canadian history, as taught in third grade grammar school, mentions these facts. The Indians among themselves from time immemorial have also recognized these powers as existing in Band Chiefs and Councils and have acted accordingly.

Having regard to the very great probability of serious and fundamental constitutional upheavals and resulting changes occurring in Canada in the very near future and of conflicting claims between

Il me semble qu'en tant que tels—et en faisant tout à fait abstraction des dispositions de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), chap. I-5]—les membres d'une bande indienne doivent nécessairement bénéficier d'un statut juridique spécial en raison de leur existence en tant que société distincte et de coutumes, lois, privilèges, droits et obligations tribaux communs qui sont fondamentaux et spéciaux et qui ressemblent, du moins jusqu'à un certain point, aux droits et aux privilèges dont jouissent les citoyens d'un État et aux obligations et aux devoirs qui incombent à ces derniers. Ses membres ne sont pas seulement des personnes physiques qui vivent très près les unes des autres et qui se trouvent à partager un intérêt particulier quant à l'issue favorable d'une décision judiciaire. Comme telles, les bandes indiennes peuvent elles-mêmes être poursuivies et faire l'objet d'une décision judiciaire. La présente espèce illustre bien cette situation, car la bande indienne de Campbell River poursuit, à titre de demanderesse, la bande indienne de Cape Mudge ainsi que Sa Majesté la Reine. La bande demanderesse revendique un droit d'occupation et d'usage de la réserve non seulement pour chacun de ses membres, mais aussi pour l'ensemble de la bande elle-même, qui jouira de ce droit dès maintenant et pour l'avenir, à l'exclusion de la bande défenderesse.

Il n'est pas nécessaire de posséder des connaissances ou des compétences spéciales ou de se laisser guider par une preuve particulière pour être parfaitement conscient du fait que dès les premiers contacts entre les Indiens et les Européens, ces derniers ont reconnu le droit que possèdent les collectivités sociales ou raciales indiennes—qu'il s'agisse de bandes, de tribus ou de nations—de conclure des traités et des contrats, de contracter des obligations, d'acquérir certains droits et de renoncer à d'autres droits dont elles jouissaient auparavant. L'histoire élémentaire du Canada, telle qu'on l'enseigne en troisième année de l'école primaire, fait état de ces faits. De temps immémorial, les Indiens ont reconnu aussi entre eux que les chefs et les conseils de bandes possèdent ces pouvoirs et ils ont agi en conséquence.

Vu la très forte probabilité que l'on assiste au Canada à des bouleversements constitutionnels graves et fondamentaux dans un avenir très rapproché et compte tenu des changements qui en

the federal authorities, the various provinces and the several bands, tribes and nations of aboriginal peoples, many of whom will be advancing land claims and claims regarding some form of sovereignty or of limited or partial sovereignty or autonomy, it now becomes more important than ever for our courts to determine whether, altogether apart from any provisions of the *Indian Act*, traditional and well-established tribal organizations possess as such, the legal capacity to sue or be sued. To allow them only to claim by means of ordinary class actions, without the requirement of proper authorization of the band concerned, would create utter chaos and render claims which might be denied, subject to being revived and reasserted at a later date.

There seems to me to be no logical reason why Indian bands as such should not possess the same rights to sue as corporations for instance, and, similarly, to be subject to various resulting obligations. Although no general statutory enactment so provides, common sense seems to dictate it. I therefore find that they do possess a special status enabling them to institute, prosecute and defend a court action. It follows that those claiming to sue in the name of a band must be prepared to establish their authority to do so when and if that authority is challenged. Any such authorization of course need not be subject to any special rules, laws or procedures other than those prescribed by the traditions, customs and government of the particular band.

For the above reasons, paragraph 2 of the statement of defence will stand and the motion will be dismissed.

Dealing now with the motion brought by the defendants to order certain questions put in an interrogatory to be answered and others to be more fully answered, counsel for the plaintiff Band argued that any questions pertaining to the occupation by the plaintiff Band either before or after 1888 are irrelevant as the Band is now relying

résulteront et des revendications qui mettront en conflit les autorités fédérales, les diverses provinces et plusieurs bandes, tribus et nations de peuples autochtones, dont beaucoup formuleront des revendications territoriales et des revendications concernant une certaine forme de souveraineté ou de souveraineté ou d'autonomie limitée ou partielle, il devient plus important que nos tribunaux déterminent, en faisant entièrement abstraction des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, si les collectivités tribales traditionnelles et bien établies possèdent, en tant que telles, la capacité juridique d'ester en justice. Leur permettre seulement de faire une réclamation au moyen d'un recours collectif ordinaire sans les obliger à être dûment autorisées par la bande concernée engendrerait le chaos le plus complet, sans compter que des réclamations qui ont pu être rejetées pourraient ultérieurement être à nouveau portées devant les tribunaux.

Il me semble qu'il n'existe aucune raison logique de ne pas reconnaître aux bandes indiennes comme telles les mêmes droits de poursuite que ceux que possèdent, par exemple, les personnes morales et, pareillement, de ne pas les assujettir aux diverses obligations qui en découlent. Bien qu'aucune disposition législative générale ne le prévoie, le bon sens semble imposer cette conclusion. Je conclus donc que les bandes indiennes possèdent effectivement un statut spécial qui leur permet d'intenter, de continuer et de contester une action en justice. Il s'ensuit que ceux qui prétendent poursuivre au nom d'une bande doivent être prêts à démontrer qu'ils ont ce pouvoir dès que celui-ci est contesté. Il n'est évidemment pas nécessaire qu'une autorisation fasse l'objet de règles, de lois ou de procédures spéciales autres que celles que prescrivent les traditions, les coutumes et le gouvernement de la bande concernée.

Par ces motifs, le paragraphe 2 de la défense sera maintenu et la requête sera rejetée.

Je passe maintenant à la requête que les défendeurs ont présentée en vue d'obtenir des réponses à certaines questions qui ont été posées dans le cadre d'un interrogatoire écrit et des réponses plus complètes à d'autres questions. L'avocat de la bande demanderesse soutient que toute question portant sur l'occupation de la réserve par la bande deman-

entirely on a report known as the McKenna McBride Commission of 1912 and on Orders in Council of the province of British Columbia and of Canada to found their action.

A question was originally raised in the present case regarding the Federal Court's jurisdiction to try the matter. On appeal of that issue before the Federal Court of Appeal (see [1987] 2 F.C. 535), Hugessen J. with whom Urie J. concurred, held that the question as to whether aboriginal titles resided in either the plaintiff or the defendant was essential to the disposition of the case. When the appeal reached the Supreme Court of Canada (refer [1989] 1 S.C.R. 322) Wilson J., in delivering judgment on behalf of that Court, affirmed the decision of the Court of Appeal to the effect that the Federal Court Trial Division did have jurisdiction but, more importantly, regarding the present issue, specifically stated that she did not disagree with Hugessen J.'s conclusions regarding aboriginal rights but felt that the *Indian Act*, as well as aboriginal title, was relevant. Before the Supreme Court of Canada, counsel for the plaintiff Band also is reported as having conceded that aboriginal title would be relevant to the determination of the right of occupancy of the Reserve.

In *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the Supreme Court of Canada recognized aboriginal title as a legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their lands. Although aboriginal title pre-dated colonization by the British, the title can be continued either through the original nation or tribe or through a successor to the group which first occupied the lands and established aboriginal title.

Following the decision in the present case regarding jurisdiction, an amended statement of claim was filed. We find the following allegations of fact at paragraphs 9 and 12 of that document:

deresse avant ou après 1888 n'est pas pertinente car la bande fonde maintenant entièrement son action sur un rapport de 1912 connu sous le nom de rapport de la Commission McKenna McBride et sur des décrets pris par la province de la Colombie-Britannique et par le Canada.

Une question a initialement été soulevée en l'espèce au sujet de la compétence de la Cour fédérale pour instruire l'affaire. Cette question a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale (voir [1987] 2 C.F. 535) au nom de laquelle le juge Hugessen a statué, avec l'appui du juge Urie, qu'il était essentiel, pour résoudre le litige, de répondre à la question de savoir si le titre ancestral appartenait à la demanderesse ou à la défenderesse. Un pourvoi a été formé devant la Cour suprême du Canada (voir [1989] 1 R.C.S. 322). Le juge Wilson, qui a prononcé le jugement de cette Cour, a confirmé la décision par laquelle la Cour d'appel avait statué que la Section de première instance de la Cour fédérale avait effectivement compétence et — ce qui est plus important en ce qui concerne le présent point litigieux — elle a expressément déclaré qu'elle n'était pas en désaccord avec les conclusions formulées par le juge Hugessen au sujet des droits ancestraux des autochtones, mais qu'elle estimait qu'il fallait tenir compte non seulement du titre ancestral, mais aussi de la *Loi sur les Indiens*. Devant la Cour suprême du Canada, l'avocat de la bande demanderesse a par ailleurs reconnu que l'on pouvait tenir compte du titre ancestral pour établir le droit d'occupation de la réserve.

Dans l'arrêt *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, la Cour suprême du Canada a reconnu que le titre ancestral était un droit strict qui tirait sa source de l'occupation historique des Indiens et de la possession de leurs terres. Même s'il est antérieur à la colonisation britannique, le titre ancestral peut être maintenu en vigueur soit par l'entremise de la nation ou de la tribu originale, soit par l'entremise d'un successeur du groupe ayant occupé le premier les terres et ayant établi le titre ancestral.

À la suite de la décision qui a été rendue en l'espèce au sujet de la compétence, une déclaration modifiée a été déposée. Nous trouvons les allégations de fait suivantes aux paragraphes 9 et 12 de ce document:

9. In 1888 and for many years before then the Indians at Campbell River were the ancestors of the present members of the Plaintiff Band.

12. Both before 1888, and continuing since then to the present time, the Plaintiff Band has occupied and enjoyed the use and benefit of Reserve No. 11 but, since 1888, the Defendant, Her Majesty the Queen, has wrongfully denied to them the occupation, use and benefit of Reserve No. 12 . . . .

In these circumstances, the plaintiff Band cannot be heard to object to interrogatories concerning the extent of its occupation of the disputed Reserve both before and after 1888.

Counsel for the plaintiff Band also argued most forcibly that interrogatories are much more restrictive than oral examinations for discovery in the sense that certain areas of enquiry which might be open to a party questioning on an oral discovery are not subject to enquiry by that same party in a written interrogatory. In addition to the jurisprudence to which I shall refer, he relied in support of his argument, on Federal Court Rule 466.1(1) for interrogatories and on Rule 465(15) for oral discovery. It should be noted here that both these rules and other related rules concerning discovery and pre-trial procedures regarding the disclosure of evidence, have recently been substantially amended by Amending Order No. 13. The term "interrogatories" has now been removed and replaced by the term "written examinations for discovery". However, new Rule 466.2 [as enacted by SOR/90-846, s. 16] referring to the transitional period provides that "[a]ll examinations for discovery that are not yet concluded by December 7, 1990, shall be conducted in accordance with Rules 455 to 465.5 and Rule 466.1 as they read before that date". This transitional Rule clearly applies to the present case and my decision must therefore rest on Rules 466.1(1) and 465(15) as if the Amending Order had not been enacted. Wherever reference is hereinafter made in these reasons to those Rules the old Rule shall apply and any comments regarding interrogatories and oral dis-

[TRANSCRIPTION] 9. En 1888 et pendant de nombreuses années auparavant, les Indiens de Campbell River étaient les ancêtres des membres actuels de la présente bande demanderesse.

12. Avant 1888 et sans interruption depuis cette date, la bande demanderesse a occupé la réserve n° 11 et en a eu l'usage et la jouissance, mais, depuis 1888, la défenderesse, Sa Majesté la Reine, lui refuse à tort l'occupation, l'usage et la jouissance de la réserve n° 12 . . . .

Dans ces circonstances, la bande demanderesse est irrecevable à s'opposer aux questions portant sur l'étendue de son occupation de la réserve contestée tant avant qu'après 1888.

L'avocat de la bande demanderesse affirme également de façon très énergique que l'interrogatoire écrit a une portée beaucoup plus restrictive que l'interrogatoire préalable oral, en ce sens que certains champs d'investigation que pourrait aborder la partie qui pose les questions au cours de l'interrogatoire préalable oral ne peuvent faire l'objet d'une demande de renseignements de la part de la même partie dans le cadre d'un interrogatoire écrit. En plus de la jurisprudence que je mentionnerai, l'avocat a invoqué au soutien de sa thèse les Règles 466.1(1) et 465(15) des *Règles de la Cour fédérale* concernant respectivement l'interrogatoire écrit et l'interrogatoire préalable oral. Il convient de noter ici que ces deux paragraphes ont, avec d'autres dispositions connexes des Règles concernant l'interrogatoire préalable et les mesures préparatoires à l'instruction relatives à la communication de la preuve, été récemment modifiés en profondeur par l'ordonnance modificatrice n° 13. Le terme «interrogatoires» a été supprimé et remplacé par l'expression «interrogatoires préalables par écrit». Par ailleurs, la nouvelle Règle 466.2 [ajoutée par DORS/90-846, art. 16] des Règles, qui traite de la période de transition, prévoit que «[l]es interrogatoires préalables qui ne sont pas encore terminés le 7 décembre 1990 demeurent assujettis aux règles 455 à 465.5 et à la règle 466.1 qui étaient en vigueur avant cette date». Cette disposition transitoire s'applique manifestement au cas qui nous occupe et ma décision doit donc reposer sur les Règles 466.1(1) et 465(15) comme si l'ordonnance modificatrice n'avait pas été adoptée. Chaque fois que les Règles en question sont mentionnées ci-après dans les présents motifs, l'ancienne Règle s'applique et tout commentaire concernant les interrogatoires écrits et les interrogatoires préalables oraux sera considéré comme étant

coveries shall be considered in conformity with that situation. Rule 466.1(1)(a) read as follows:

*Rule 466.1* (1) A party to any proceeding in the Court may apply to the Court for an order

(a) giving him leave to serve on any other party interrogatories relating to any matter of fact in question between those two parties; . . .

Rule 465(15) provided that:

*Rule 465*. . .

(15) Upon examination for discovery otherwise than under paragraph (5), the individual being questioned shall answer any question as to any fact within the knowledge or means of knowledge of the party being examined for discovery that may prove or tend to prove or disprove or tend to disprove any unadmitted allegation of fact in any pleading filed by the party being examined for discovery or the examining party.

The expression "to any matter of fact in question between those two parties" is substantially as broad in my view as a reference to a fact "that may prove or tend to prove or disprove or tend to disprove any unadmitted allegation of fact in any pleading filed by the party being examined for discovery or the examining party". They are, in any event, sufficiently equivalent to convince me to reject the argument that, on the basis of the wording of the Rules as they existed before Amending Order No. 13, interrogatories had to be considered as more restrictive in scope than oral discoveries.

With regard to the general jurisprudence on that subject I have considered the several cases referred to by counsel. These include, among others, the old English case of *Kennedy v. Dodson*, [1895] 1 Ch. 334 (C.A.); *British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 365 (B.C.C.A.); *Delgamuukw et al. v. The Queen*, (not reported) Smithers Registry, No. 0843, August 5, 1987 (B.C.S.C.); *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co. sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404 (B.C.C.A.); *Uukw v. B.C. (Govt.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (S.C.).

With regard to actions in the Federal Court I

conforme à cette situation. La Règle 466.1(1)a) était ainsi conçue:

*Règle 466.1* (1) Toute partie à des procédures devant cette Cour peut demander à la Cour de rendre une ordonnance

a) lui permettant de signifier à toute autre partie un interrogatoire écrit portant sur tout fait en litige entre ces deux parties; . . .

La Règle 465(15) disposait:

*Règle 465*. . .

(15) À un interrogatoire préalable autre qu'un interrogatoire en vertu de l'alinéa (5), l'individu qui est interrogé doit répondre à toute question sur tout fait que la partie interrogée au préalable connaît ou a les moyens de connaître et qui peut soit démontrer ou tendre à démontrer ou réfuter ou tendre à réfuter une allégation de fait non admis dans une plaidoirie à la cause de la partie qui est interrogée au préalable ou de la partie qui procède à l'interrogatoire.

L'expression «sur tout fait en litige entre ces deux parties» a, en substance, une portée aussi large selon moi que l'expression «sur tout fait . . . qui peut soit démontrer ou tendre à démontrer ou réfuter ou tendre à réfuter une allégation de fait non admis dans une plaidoirie à la cause de la partie qui est interrogée au préalable ou de la partie qui procède à l'interrogatoire». Elles sont, en tout état de cause, suffisamment équivalentes pour me convaincre de rejeter l'argument que, suivant le libellé des Règles dans leur rédaction en vigueur avant l'adoption de l'ordonnance modificatrice n° 13, il faut considérer que les interrogatoires écrits ont une portée plus restreinte que les interrogatoires préalables oraux.

En ce qui concerne la jurisprudence générale sur ce sujet, j'ai examiné les diverses décisions citées par les avocats. Mentionnons notamment l'ancienne décision anglaise *Kennedy v. Dodson*, [1895] 1 Ch. 334 (C.A.); l'arrêt *British Columbia Lightweight Aggregates Ltd. v. Canada Cement LaFarge Ltd. et al.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 365 (C.A.C.-B.); le jugement *Delgamuukw et al. v. The Queen*, (jugement non publié rendu le 5 août 1987), greffe Smithers, n° 0843 (C.S.C.-B.); l'arrêt *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co. sub nom. Pasco et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 404 (C.A.C.-B.); et le jugement *Uukw v. B.C. (Govt.)* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 325 (C.S.).

En ce qui concerne les actions intentées devant la Cour fédérale, je ne puis adopter la portée très

ries laid down in the *Kennedy* case which was decided about one hundred years ago when discoveries were considerably much more limited and restricted, even though this case was referred to with approval in *B.C. Lightweight Aggregates v. Canada Cement LaFarge*, (*supra*) and other cases. I cannot adopt either the principle that although a question may be put to a witness on an oral examination for discovery the same question may not be permitted in a written interrogatory. I can find no practical nor logical reason why an interrogatory should be more restrictive. The questioner is already considerably handicapped and restricted for the simple reason that he does not enjoy the benefit of knowing what the answer will be to the previous questions before inserting subsequent questions in the interrogatory. By the same token a person answering an interrogatory has ample time and opportunity to carefully consider the question and to consult if necessary before answering. Furthermore, in oral discoveries, where the person being examined is not aware of or is not sure of the answer at the time, a general practice has developed for counsel to normally agree that the answer be reserved, to be subsequently answered in writing by the solicitor of the party after due enquiries have been made and the information obtained.

It is obvious, on examining the reported decisions of Canadian provincial courts that substantial differences do exist between certain provinces regarding what should or should not be the subject-matter of discovery before trial, regarding the limits to be applied thereto and the methods in which discoveries are to be conducted. Some jurisdictions for instance permit cross-examination while others absolutely forbid it. As distinguished from general principles of substantive law the accepted rules in each jurisdiction regarding pre-trial procedures such as oral or written discoveries depend not only on the wording of the applicable rules but on practice locally developed and the courts' interpretation of that practice. This is an understandable result of the application of the

limitée qu'on a donnée aux interrogatoires écrits dans l'arrêt *Kennedy*, qui a été rendu il y a une centaine d'années à une époque où les interrogatoires préalables étaient beaucoup plus limités et restrictifs, même si cet arrêt a été cité et approuvé dans l'arrêt *B.C. Lightweight Aggregates v. Canada Cement LaFarge* (précité) et dans d'autres décisions. Je ne puis non plus souscrire au principe suivant lequel même si une question peut être posée à un témoin au cours d'un interrogatoire préalable oral, la même question ne peut être posée dans un interrogatoire écrit. Je ne vois aucune raison pratique ou logique pour laquelle un interrogatoire écrit devrait être plus restrictif. La personne qui pose les questions est déjà considérablement désavantagée et limitée pour la simple raison qu'elle n'a pas l'avantage de connaître la réponse aux questions déjà posées avant d'insérer d'autres questions dans l'interrogatoire écrit. De même, la personne qui répond aux questions qui lui sont posées dans le cadre d'un interrogatoire écrit a amplement le temps et la possibilité d'étudier attentivement la question et de consulter au besoin une autre personne avant de répondre. Qui plus est, dans les interrogatoires préalables oraux, lorsque la personne interrogée n'est pas au courant de la réponse ou ne la connaît pas encore avec certitude, les avocats ont pris en général l'habitude de s'entendre normalement pour attendre avant d'obtenir la réponse et pour que l'avocat qui occupe pour la partie donne par la suite la réponse par écrit après s'être dûment informé et après avoir obtenu les renseignements demandés.

g

Il ressort à l'évidence des décisions publiées rendues par les tribunaux provinciaux canadiens qu'il existe effectivement des différences importantes entre certaines provinces au sujet de ce sur quoi doit ou ne doit pas porter l'interrogatoire préalable, au sujet des limites à y apporter et de son déroulement. Ainsi, certaines provinces permettent le contre-interrogatoire alors que d'autres l'interdisent formellement. À la différence des principes généraux touchant le fond du droit, les règles qui s'appliquent dans chaque province en matière de mesures préparatoires à l'instruction telles que celles concernant l'interrogatoire préalable oral ou écrit dépendent non seulement du libellé des règles applicables mais aussi de l'usage qui s'est implanté localement et de l'interprétation que les tribunaux

principle that from a practical standpoint the courts are generally regarded to a large extent as masters of their own procedure as opposed to any substantive rule of law which they must apply. In any event in recent years there has been a general extension of the rules of practice regarding pre-trial discoveries. In *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. and Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.), McNair J. of this Court stated at page 229:

The purpose of discovery, whether oral or by production of documents, is to obtain admissions to facilitate proof of the matters in issue between the parties. The prevailing trend today favours broadening the avenues of fair and full disclosure to enable the party to advance his own case or to damage the case of his adversary. Discovery can serve to bring the issues more clearly into focus, thus avoiding unnecessary proof and additional costs at trial. Discovery can also provide a very useful tool for purposes of cross-examination.

This statement has been favourably quoted by other members of this Court.

Although it seems that in British Columbia several cases appear to opt for a much more restrictive attitude regarding the use of discovery, McEachern C.J.S.C. in *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352 (S.C.) did nevertheless state at page 359:

It seems to me that the clear right of the plaintiffs to have access to documents which *may* fairly lead them to a train of inquiry which *may* directly or indirectly advance their case or damage the defendant's case particularly on the crucial question of one party's version of the agreement being more probably correct than the other, entitles the plaintiffs to succeed on some parts of this application.

This test of relevancy for the purpose of discovery was specifically approved and applied by the Federal Court of Appeal in the *Everest & Jennings Canadian Ltd. v. Invacare Corporation*, [1984] 1 F.C. 856 (C.A.).

Counsel for the plaintiffs further argued that, as many of the questions were of an historical nature, they need not be answered on discovery and answers must only be furnished by an expert

en donnent. Cela découle, naturellement, de l'application du principe suivant lequel, en pratique, on considère en règle générale que les tribunaux sont les maîtres de leur propre procédure mais non des règles de fond, qu'ils sont tenus d'appliquer. De toute façon, au cours des dernières années, on a de façon générale élargi la portée des règles de pratique concernant les interrogatoires préalables. Dans le jugement *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Co., Baker Marine Co. et Gaz Inter-Cité Quebec Inc.* (1988), 25 F.T.R. 226 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge McNair, de notre Cour, a déclaré à la page 229:

Le but de l'interrogatoire préalable, qu'il soit fait oralement ou par la production de documents, est d'obtenir des admissions en vue de faciliter la preuve des questions en litige entre les parties. On a tendance aujourd'hui à accroître les possibilités de communication franche et complète de la preuve permettant à la partie de prouver ses allégations ou de réfuter celles de son adversaire. La communication peut servir à faire ressortir plus nettement les questions, permettant ainsi d'éviter d'en faire inutilement la preuve au procès et de réduire ainsi les frais de l'instruction. La communication peut également donner des armes très utiles en vue du contre-interrogatoire.

Cet énoncé a été cité et approuvé par d'autres juges de notre Cour.

Bien qu'il semble qu'en Colombie-Britannique, on ait opté dans plusieurs décisions pour une approche plus restrictive en ce qui concerne le recours à l'interrogatoire préalable, le juge en chef de la Cour suprême McEachern a néanmoins déclaré dans le jugement *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352 (C.S.), à la page 359:

[TRADUCTION] Les demandeurs ont incontestablement le droit de consulter tout document *susceptible* de les lancer dans un interrogatoire qui *pourra*, directement ou indirectement, bénéficier à leur cause ou nuire à celle du défendeur, particulièrement sur la question vitale de la probabilité que la version du contrat donnée par une partie soit plus exacte que celle de l'autre. Tel étant le cas, il me semble que les demandeurs doivent avoir gain de cause sur certains aspects de la demande.

Ce critère, qui sert à établir la pertinence aux fins d'un interrogatoire préalable, a été expressément approuvé et appliqué par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Everest & Jennings Canadian Ltd. c. Invacare Corporation*, [1984] 1 C.F. 856 (C.A.).

L'avocat des demandeurs soutient en outre que, comme de nombreuses questions ont un caractère historique, il n'est pas nécessaire d'y répondre au cours de l'interrogatoire préalable et que seul un



through expert evidence filed and subsequently provided at trial in the usual manner in accordance with the rules.

His argument was again based on the *Martin* case, *supra*, and several other decisions which followed it. They state that history is not the proper subject for interrogatories or oral discoveries. I can agree with that statement only if the word "history" is taken as meaning opinion or historical conclusions drawn from detailed study or examination of past events. The past events themselves, however, in so far as they may constitute simple or basic facts, are fully discoverable as such. Any type of record or document or writing purporting to state a fact, as distinguished from the expression of broad conclusions or opinions, is not subject to exclusion from pre-trial discovery merely because the fact is historical in the sense that it originates beyond living memory. The same test applies to oral statements of fact originating beyond living memory and subsequently related to others. In the latter case of course, the vagaries of memory and a natural tendency to recall matters in a favourable light may normally greatly reduce the probative value of any such statement. Due to the tenuous circumstances surrounding it, the oral transmission might be such that the alleged statement would not only be considered as of little weight but because of remoteness, be held to be inadmissible. This does not however mean that it would automatically be excluded from being the subject of an interrogatory on the sole grounds that it is an oral statement made beyond living memory. Besides offending against the general principle which I have mentioned, to do so would be particularly unfair to the Indian peoples. It is well known that for centuries after the European, Asiatic and Mid-Eastern peoples had been recording in writing various events and occurrences, now forming part of their history, North American Indians and other aboriginal peoples were relying entirely on oral traditions and the custom of passing information from father to son and from generation to generation and of frequently incorporating the recording of important occurrences in various tribal customs and ceremonies. There may of course also be cases where what purports to be an oral statement of fact, was subsequently reduced to writing. The same rules should apply.

expert peut y répondre au moyen d'une déposition d'expert qui sera versée au dossier et qui sera communiquée par la suite au procès de la manière habituelle conformément aux règles.

<sup>a</sup> Il tire à nouveau ce moyen du jugement *Martin*, précité, et de plusieurs autres décisions dans lesquelles les tribunaux ont suivi ce jugement et ont déclaré que l'histoire n'entre pas dans le cadre de <sup>b</sup> interrogatoires écrits ou des interrogatoires préalables oraux. Je ne suis disposé à souscrire à cette affirmation que si l'on interprète le mot «histoire» comme signifiant une opinion ou des conclusions <sup>c</sup> historiques tirées d'une étude ou d'un examen détaillés des événements du passé. Cependant, les événements du passé peuvent en tant que tels faire parfaitement l'objet d'un interrogatoire préalable, pour autant qu'ils constituent des faits simples ou <sup>d</sup> fondamentaux. Les registres, documents ou écrits de tout genre qui sont censés affirmer un fait ne peuvent, à la différence des conclusions ou opinions générales qui sont exprimées, être exclus de l'interrogatoire préalable pour la simple raison que le fait est historique en ce sens qu'il est si ancien <sup>e</sup> qu'il n'en reste plus de témoins. Le même critère s'applique aux déclarations orales de fait qui remontent à une époque trop lointaine pour que des personnes puissent en témoigner et qui ont été transmises à d'autres personnes. Évidemment, <sup>f</sup> dans ce dernier cas, les caprices de la mémoire et la tendance naturelle à se rappeler des choses sous un jour favorable peuvent normalement diminuer grandement la valeur probante de ce genre de déclaration. En raisons des circonstances précaires <sup>g</sup> qui l'entourent, il se pourrait que la transmission orale soit telle que la déclaration présumée soit non seulement considérée comme ayant peu de valeur probante mais qu'à cause de l'éloignement dans le temps, elle soit également jugée irrecevable. <sup>h</sup> Cela ne signifie cependant pas qu'elle ne pourrait automatiquement pas faire l'objet d'un interrogatoire écrit au seul motif qu'il s'agit d'une déclaration orale qui a été faite il y a trop long- <sup>i</sup> temps pour que des personnes puissent en témoigner. En plus de contrevenir au principe général que j'ai mentionné, cela serait particulièrement injuste envers les peuples indiens. Il est bien connu que pendant des siècles après que les peuples de <sup>j</sup> l'Europe, de l'Asie et du Moyen-Orient eurent consigné par écrit divers faits et événements qui font maintenant partie de leur histoire, les Indiens

Many answers, of course, although admissible on discovery may not be held to be admissible at trial.

Although often referred to as an opinion, the mere expression of a simple self-evident conclusion, which in the light of certain facts would necessarily be reached as a matter of course by any ordinary person, is clearly to be distinguished from an opinion resulting from an analysis of certain specified facts, which require special expertise or knowledge, on the part of the person expressing it and is also to be distinguished from an involved or remote conclusion requiring special or detailed consideration or analysis of certain facts and with which every ordinary person would not necessarily agree. The first of the above three examples might well in certain cases properly form the subject-matter of a question on discovery or in an interrogatory while the other two would not. Conclusions from facts, which are not simple uncontested every-day conclusions, are properly the subject-matter of argument and not of evidence and very special rules govern expert evidence. However, the basic facts on which any of these are founded are indeed fully subject to pre-trial discovery. No opinion evidence, no matter how learned the expert might be, is of any probative value unless, in so far as the issue to be decided is concerned, it is supported by basic facts which are ultimately accepted as such by the Court.

The essence of what is being advanced by the plaintiff is that only an expert historian is legally capable of testifying as to facts which are beyond living memory. The historian is therefore to be considered as the sole fact finder as well as the person whose opinion is being sought. Presumably

de l'Amérique du Nord et d'autres peuples autochtones s'en remettaient entièrement à la tradition orale et à la coutume de transmettre l'information de père en fils et de génération en génération et d'incorporer fréquemment dans leurs coutumes et cérémonies tribales les événements importants qu'ils consignaient. Il peut également arriver que ce qui est présenté comme une déclaration orale de fait soit par la suite consigné par écrit. Les mêmes règles devraient s'appliquer. Bon nombre de réponses qui seraient recevables dans le cadre d'un interrogatoire préalable pourraient évidemment être jugées irrecevables au procès.

Bien qu'on la qualifie souvent d'opinion, la simple expression d'une conclusion évidente et que tirerait nécessairement toute personne ordinaire à la lumière de certains faits doit de toute évidence être distinguée de l'opinion qui résulte de l'analyse de certains faits précis, qui exigent une certaine compétence ou certaines connaissances techniques de la part de la personne qui l'exprime, et elle doit évidemment être distinguée d'une conclusion complexe ou indirecte exigeant un examen ou une analyse spéciale ou détaillée de certains faits qui n'emporterait pas nécessairement l'adhésion de toute personne ordinaire. Le premier des trois exemples précités pourrait bien, dans certains cas, faire légitimement l'objet d'une question dans le cadre d'un interrogatoire préalable ou d'un interrogatoire écrit alors que les deux autres ne le pourraient pas. Les conclusions tirées de faits, qui ne sont pas des conclusions courantes, simples et incontestables, peuvent légitimement faire l'objet d'un débat mais non d'une preuve, et des règles très spéciales régissent les témoignages d'expert. Cependant, les faits essentiels sur lesquels elles sont fondées entrent parfaitement dans le cadre de l'interrogatoire préalable. Quelle que soit la compétence de l'expert consulté, un témoignage d'opinion n'a aucune valeur probante à moins qu'il soit appuyé, en ce qui concerne la question à trancher, par des faits essentiels qui sont finalement acceptés comme tels par la Cour.

Les demandeurs soutiennent essentiellement que seul un historien expert peut légalement témoigner au sujet de faits qui sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner. L'historien doit donc être considéré comme le seul juge du fait ainsi que comme la

the opinion can also be based on other facts providing they are also found by another historian. This is a strange theory indeed which can be explained only by a narrow and restrictive interpretation of certain pronouncements of some British Columbia jurists. This also leads to the unacceptable conclusion that where a party's claim is based on aboriginal title or is based on matters which are beyond living memory, that party would only be subject to production of documents and would not be subject to and could not be examined for discovery on the very facts which are truly relevant to the claim, since the party will obviously not be an expert historian and answers to discovery are required to be given by a party and not by a complete stranger to the action.

For the above reasons, I cannot accept the bald assertion of counsel for the plaintiffs to the effect that where questions refer to historical facts, in the sense that they are beyond living memory, they can only be answered by experts and therefore cannot form the subject-matter of pre-trial discovery questions whether put *viva voce* or by means of interrogatories.

As distinguished from an order granting the right of pre-trial examination of a witness, interrogatories, as in the case of questions put in an oral discovery, are required to be answered by a party to the action and not by a stranger. Rule 466.1(1)(b) states:

*Rule 466.1* (1) A party to any proceeding in the Court may apply to the Court for an order

(b) requiring that other party to answer the interrogatories on affidavit within such period as may be specified in the order. [Emphasis added.]

Similarly, Rule 466.1(5) states:

*Rule 466.1* . . . .

(5) An affidavit answering interrogatories as required under this Rule may, subject to paragraph (6), be made by an appropriate responsible officer of a corporation or the Crown or by a responsible person who has the management of the appropriate part of the party's affairs. [Emphasis added.]

personne dont on sollicite l'avis. Il semble que son opinion puisse aussi être fondée sur d'autres faits, à condition qu'ils soient constatés par un autre historien. Voilà, en fait, une théorie étrange qui ne peut s'expliquer que par une interprétation étroite et restrictive de certains énoncés de quelques juristes de la Colombie-Britannique. Cela nous conduit par ailleurs à la conclusion inacceptable suivant laquelle lorsque la réclamation d'un plaideur est fondée sur un titre ancestral ou sur des questions qui sont si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins, ce plaideur serait seulement tenu de produire des documents et ne pourrait être interrogé au préalable au sujet des faits précis qui se rapportent véritablement à la réclamation, étant donné que le plaideur n'est évidemment pas un historien expert et que c'est le plaideur et non une personne qui est complètement étrangère à l'action qui doit répondre aux questions qui sont posées au cours de l'interrogatoire préalable.

Par ces motifs, je ne saurais accepter la simple affirmation de l'avocat des demandeurs qui prétend que lorsque des questions se rapportent à des faits historiques, en ce sens qu'ils sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner, seuls des experts peuvent y répondre et qu'ils ne peuvent donc faire l'objet de questions dans le cadre d'un interrogatoire préalable, que ce soit de vive voix ou au moyen d'un interrogatoire écrit.

Contrairement à ce qui se produit lorsque la Cour prononce une ordonnance accordant le droit d'interroger un témoin avant le procès, c'est une des parties à l'action et non une personne étrangère au procès qui doit répondre aux questions qui sont posées dans le cadre d'un interrogatoire préalable oral. La Règle 466.1(1)b) dispose:

*Règle 466.1* (1) Toute partie à des procédures devant cette Cour peut demander à la Cour de rendre une ordonnance

b) enjoignant à cette autre partie de répondre à cet interrogatoire par affidavit dans le délai prévu par l'ordonnance. [Passage souligné par mes soins.]

De même, la Règle 466.1(5) dispose:

*Règle 466.1* . . . .

(5) L'affidavit de réponse à l'interrogatoire requis en vertu de la présente Règle peut, sous réserve de l'alinéa (6), être souscrit par un officier compétent d'une corporation ou de la Couronne ou par la personne chargée de la gestion du secteur en cause des affaires de la partie. [Passage souligné par mes soins.]

The plaintiffs engaged the services of an historian who obviously is not a member of the plaintiff Band nor a person exercising authority within it, to answer the interrogatories. The defendant Band has apparently not objected to that witness answering the interrogatories on behalf of the plaintiffs. This whole method of proceeding is quite improper: it is certainly in contravention of the *Federal Court Rules* regarding discovery process and, to the best of my knowledge, contravenes the generally accepted practice adopted by common law courts for the examination of parties. The situation undoubtedly arose out of certain pronouncements of British Columbia courts regarding the principle that only an historian can testify as to what took place or what existed beyond living memory. I have already indicated my disagreement with that principle.

In the order rendered by Mr. Justice Cullen of this Court on September 24, 1990, authorizing both parties to proceed by way of written interrogatories, there is no mention whatsoever that the general rule regarding the parties themselves to answer interrogatories was to be waived. On the contrary, the order states in part as follows: "The plaintiffs are required to respond to these interrogatories . . ." and further on that "the defendant Cape Mudge Indian Band is required to respond to these interrogatories . . .".

I do not intend to make any order regarding this matter as it was never mentioned at the hearing. I leave it to the parties by way of special application or otherwise to rectify this situation should they deem it advisable.

The plaintiffs are objecting to answering some forty-three questions contained in interrogatories produced by the defendants. Of this number, thirty-eight are either identical to those put by the plaintiffs in their own interrogatories or are slightly different as to form but really equivalent as to substance.

Les demandeurs ont, pour répondre aux questions posées dans l'interrogatoire écrit, retenu les services d'un historien qui ne faisait de toute évidence pas partie de la bande demanderesse et qui n'exerçait aucune autorité au sein de cette dernière. La bande défenderesse ne s'est apparemment pas opposée à ce que ce témoin réponde au nom des demandeurs aux questions posées dans l'interrogatoire écrit. Cette façon de procéder est tout à fait irrégulière: elle va certainement à l'encontre des *Règles de la Cour fédérale* relatives au déroulement de l'interrogatoire préalable et, autant que je sache, elle va à l'encontre de l'usage généralement accepté par les tribunaux de common law en matière d'interrogatoire des parties. La situation découle indubitablement de certaines décisions rendues par des tribunaux de la Colombie-Britannique au sujet du principe que seul un historien peut témoigner sur des événements ou des faits dont il ne reste plus de témoins. J'ai déjà déclaré que je ne souscrivais pas à ce principe.

Dans l'ordonnance qui a été rendue le 24 septembre 1990 par le juge Cullen de notre Cour et qui autorisait les deux parties à procéder par voie d'interrogatoire écrit, il n'est nullement mentionné qu'il faut écarter le principe général qui exige que les plaideurs eux-mêmes répondent aux questions posées dans l'interrogatoire écrit. Au contraire, l'ordonnance prévoit notamment ce qui suit: [TRADUCTION] «La Cour ordonne aux demandeurs de répondre à ces questions . . . et ordonne à la bande indienne défenderesse de Cape Mudge de répondre à ces questions . . . »

Je n'ai pas l'intention de rendre une ordonnance sur cette question car elle n'a jamais été soulevée à l'audience. Je laisse aux parties le soin de présenter une requête spéciale ou de prendre d'autres mesures pour corriger cette situation si elles le jugent à propos.

Les demandeurs refusent de répondre à quelque quarante-trois questions formulées dans l'interrogatoire écrit produit par les défendeurs. De ce nombre, trente-huit sont soit identiques à celles qui ont été posées aux demandeurs dans leur propre interrogatoire écrit ou en diffèrent légèrement quant à la forme mais y équivalent en réalité quant au fond.

In addition, the plaintiffs on September 19, 1990, following a similar application by the defendant Cape Mudge Indian Band on September 7, 1990, applied for a court order requiring the defendant Band to answer these questions. This constitutes a very strange state of affairs and it is difficult to now accept arguments on behalf of the plaintiffs to the effect that the defendant Band's interrogatories are improper. A party should not, as counsel for the defendant Band has put it, be permitted "to blow hot and then cold". There exists jurisprudence to the effect that a party may be prevented from adopting a completely contradictory position in the same action. See for instance *Enquist v. Hass* (1979), 15 B.C.L.R. 139 (S.C.). It is not my intention to fully apply this principle, although in a few instances, some of the questions in the interrogatories which would normally have been disallowed on the ground that they seek too much detail on matters beyond living memory, may nevertheless be asked because the same or very similar details were requested by the plaintiffs to be furnished by the defendant Band. I fully anticipate that understandably, in several cases, the plaintiffs will really not be able to furnish the details requested because of a lack of knowledge of same. In those instances, the defendant Band will be entitled to be so informed.

In deciding whether a question can properly form part of the discovery process, the Court must at times consider such matters as the probable amount of time, effort, research, work and expenditure involved in attempting to arrive at an answer and weighing them against such matters as the amount of money or the importance of non-monetary issues involved in a litigation, the degree of relevancy, the probable importance, value or usefulness which the answer might have in determining the basic issues of the litigation. However, where a question is relevant and not otherwise objectionable, it is not sufficient for the party refusing to answer to merely state in argument that obtaining an answer would involve unwarranted, unjustifiable or exceptionally onerous difficulties. Some evidence must be furnished or referred

En outre, le 19 septembre 1990, à la suite d'une requête semblable présentée par la bande indienne défenderesse de Cape Mudge le 7 septembre 1990, les demandeurs ont demandé à la Cour de prononcer une ordonnance enjoignant à la bande défenderesse de répondre à ces questions. Cela crée une situation très étrange, et il est difficile d'accepter maintenant les prétentions des demandeurs suivant lesquelles les questions de la bande défenderesse sont irrégulières. On ne devrait pas permettre à une partie de [TRADUCTION] «changer d'idée à chaque instant», pour reprendre l'expression de l'avocat de la bande défenderesse. Suivant une certaine jurisprudence, une partie peut être déclarée irrecevable à adopter une position complètement contradictoire au cours de la même action (voir, par exemple, le jugement *Enquist v. Hass* (1979), 15 B.C.L.R. 139 (C.S.)). Je n'ai pas l'intention d'appliquer ce principe à la lettre, même si dans certains cas, certaines des questions qui ont été posées dans l'interrogatoire écrit et qui auraient normalement été écartées au motif qu'elles réclament beaucoup trop de détails sur des questions qui sont si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins, peuvent quand même être posées parce que les demandeurs ont demandé à la bande défenderesse de lui fournir les mêmes détails ou des détails très semblables. Je m'attends naturellement à ce qu'il arrive dans plusieurs cas que les demandeurs soient véritablement incapables de fournir les détails demandés parce qu'ils ne les connaissent pas. En pareil cas, la bande défenderesse aurait le droit d'en être informée.

Pour décider si une question peut régulièrement faire partie de l'interrogatoire préalable, la Cour doit parfois tenir compte de certains facteurs comme la somme probable de temps, d'efforts, de recherches, de travail et de dépenses qu'il faudra consacrer pour essayer d'obtenir une réponse et les mettre en balance avec d'autres facteurs tels que le montant d'argent ou l'importance des questions non pécuniaires en litige dans le procès, ainsi que le degré de pertinence et l'importance, la valeur ou l'utilité probable que la réponse pourrait avoir pour permettre de trancher les questions essentielles du procès. Toutefois, lorsqu'une question est pertinente et qu'elle n'est pas par ailleurs répréhensible, le plaideur qui refuse de y répondre ne peut se contenter de rétorquer lors du débat que l'obtention d'une réponse impliquerait des difficul-

to in order to explain the difficulties and, where applicable, to establish what reasonable though eventually unsuccessful efforts were made to obtain an answer.

Questions involving conclusions of law as well as opinion evidence are not properly the subject-matter of the party and party discovery process. Thus enquiries requiring the definition or substance of property rights and disputes and the legal issues pertaining to them are not to be answered where they involve in any way a question of law.

The issue of whether any particular question should be answered by the plaintiffs will be decided in the light of the above-mentioned principles, findings and comments. Many of the answers may well require, as is usually the case, the examination of documents. The plaintiffs, however, in such cases, will only be required to refer to documents or to other articles or objects containing inscriptions or other information, which are within their possession or control.

Among the interrogatory questions to which objection was taken by the plaintiffs, they shall be obliged to answer the following: Q-1 to Q-3; Q-4(a) and (b) (to be answered in so far as Campbell River Band members are concerned); Q-5 (except for (d)); Q-6 to Q-8; Q-9 (a) and (b); Q-22 to Q-24; Q-28; Q-29 except for (d); Q-31; Q-32; Q-34 (except that plaintiffs not obliged to disclose evidence which they will be leading); Q-35; Q-36 (except for (e)); Q-46 to Q-49; Q-61 (except last sentence); Q-63 (a), (b), (c) and (e); Q-79 (first part only); Q-80 (except for (f)).

Plaintiffs will be required to give a more responsive answer to question 38(b),(c),(d), and (e). Although they do not admit these actions by the defendant Band, the question asked is whether any of the plaintiff members ever protested against

tés injustifiées ou exceptionnellement onéreuses. Il doit fournir ou mentionner certains éléments de preuve pour expliquer les difficultés et, le cas échéant, pour démontrer les démarches raisonnables quoique infructueuses qu'il a entreprises pour obtenir une réponse.

Les questions qui impliquent des conséquences juridiques et des témoignages d'opinion ne peuvent légitimement faire l'objet de l'interrogatoire préalable qui se déroule entre les parties. Ainsi donc, une partie n'est pas tenue de donner suite aux demandes de renseignements qui touchent à la définition ou au fond d'un droit de propriété ou qui portent sur une contestation de propriété ni aux questions d'ordre juridique qui s'y rapportent, lorsqu'elles impliquent de quelque façon que ce soit une question de droit.

La question de savoir si les demandeurs doivent répondre à une question donnée devrait être tranchée en tenant compte des principes, conclusions et commentaires susmentionnés. Il est fort possible que bon nombre des questions nécessitent, comme c'est habituellement le cas, l'examen de documents. Cependant, en pareil cas, les demandeurs seront uniquement tenus de mentionner les documents ou les autres articles ou objets qui contiennent des inscriptions ou d'autres renseignements et qu'ils ont en leur possession ou sous leur garde.

Parmi les questions qui leur ont été posées au cours de l'interrogatoire écrit et auxquelles ils ont refusé de répondre, les demandeurs devront répondre aux questions suivantes: 1 à 3; 4a) et b) (auxquelles il devront répondre dans la mesure où les membres de la bande indienne de Campbell River sont concernés); 5 (sauf d)); 6 à 8; 9a) et b); 22 à 24; 28, 29 (sauf d)); 31, 32; 34 (les demandeurs ne sont toutefois pas obligés de divulguer les éléments de preuve qu'ils présenteront); 35, 36 (sauf e)); 46 à 49; 61 (sauf la dernière phrase); 63a), b), c) et e); 79 (première partie seulement); 80 (sauf f)).

Les demandeurs devront donner une réponse plus complète aux questions 38b), c), d) et e). Bien que les demandeurs nient que la bande défenderesse ait accompli ces actes, la question qui leur est posée est celle de savoir si l'un ou l'autre des membres de la bande demanderesse les a déjà contestés. Ils doivent répondre à cette question. La

them. This should be answered. The requests to answer further questions are denied.

Costs will be in the cause as between the two Indian Bands.

Cour refuse d'ordonner aux demandeurs de répondre aux autres questions.

Les dépens suivront le sort du principal entre les deux bandes indiennes.