

A-49-13
2014 FCA 101

A-49-13
2014 CAF 101

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

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

v.

c.

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

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

and

et

Attorney General of Alberta, Metis Settlements General Council, Gift Lake Metis Settlement, Métis National Council, Manitoba Metis Federation, and Métis Nation of Ontario (*Interveners*)

Procureur général de l'Alberta, Metis Settlements General Council, Gift Lake Metis Settlement, Ralliement national des Métis, Manitoba Metis Federation et Métis Nation of Ontario (*intervenants*)

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

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

Federal Court of Appeal, Noël, Dawson and Trudel JJ.A.—Ottawa, October 29, 30, 2013 and April 17, 2014.

Cour d'appel fédérale, juges Noël, Dawson et Trudel, J.C.A.—Ottawa, 29 et 30 octobre 2013 et 17 avril 2014.

Aboriginal Peoples — Métis and Non-Status Indians — Appeal from Federal Court decision declaring Métis, Non-Status Indians to be “Indians” within meaning of Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Cross-appeal from decision not to grant two additional declarations — Whether federal government having jurisdiction over Métis, Non-Status Indians pursuant to Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Federal Court committing no reviewable error in exercising discretion not to withhold declaratory relief in respect of Métis — Declaration issued not lacking practical utility — However, Federal Court erring in issuing declaration in respect of Non-Status Indians — Such declaration redundant, lacking practical utility as Non-Status Indians included under Constitution Act, s. 91(24) — Federal Court not adopting definition of Métis contrary to history, Supreme Court case law — Recognizing Métis to be distinct people — Ample evidence supporting view Métis considered within s. 91(24) at time of Confederation — Federal Court not erring in refusing to declare Crown owing fiduciary duty to Métis, Non-Status Indians — Such declaration made in absence of specific fact scenario would lack utility — Third declaration sought also properly withheld — Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

Peuples autochtones — Métis et Indiens non inscrits — Appel d'une décision de la Cour fédérale déclarant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Appel incident à l'encontre de la décision de la Cour fédérale de ne pas prononcer deux autres jugements déclaratoires — Il s'agissait de savoir si le gouvernement fédéral a compétence à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits au titre de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire à l'égard des Métis — Le jugement déclaratoire prononcé par la Cour fédérale n'était pas dépourvu d'utilité — Cependant, la Cour fédérale a commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Indiens non inscrits — Un tel jugement aurait été redondant et dépourvu d'utilité pratique puisque les Indiens non inscrits sont inclus dans l'art. 91(24) — La Cour fédérale n'a pas adopté une définition de Métis qui va à l'encontre de l'histoire ainsi que des précédents de la Cour suprême du Canada — La Cour fédérale a reconnu les Métis comme étant un peuple autochtone distinct — De nombreux éléments de preuve appuient la thèse selon laquelle les Métis étaient considérés comme étant inclus dans l'art. 91(24) à l'époque de la

Constitutional Law — Distribution of Powers — Federal Court declaring Métis, Non-Status Indians to be “Indians” within meaning of Constitution Act, 1867, s. 91(24) — That declaration not creating uncertainty about respective jurisdiction of Parliament, provincial legislatures — Power of one level of government to legislate in relation to one aspect of a matter taking nothing away from power of other level to control another aspect within its own jurisdiction.

Construction of Statutes — Federal Court declaring Métis, Non-Status Indians to be “Indians” within meaning of Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Federal Court not failing to follow approach to constitutional analysis mandated by Supreme Court — Appellants’ submission based on propositions that Federal Court applying progressive approach to interpretive exercise — Federal Court in fact applying purposive approach — Ample evidence supporting view Métis considered within s. 91(24) at time of Confederation — Progressive interpretation therefore unnecessary, Federal Court not erring by failing to address social changes underlying such interpretation.

This was an appeal from a decision of the Federal Court declaring that “those persons who are Métis and those who are Non-Status Indians as set forth in the reasons for judgment are ‘Indians’ within the meaning of the expression ‘Indians, and Lands reserved for the Indians’ contained in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.”

The appellants appealed that declaration, whereas the respondents cross-appealed from the Federal Court’s decision not to grant two additional declarations, i.e. (i) that the Crown in right of Canada owes a fiduciary duty to Métis and Non-Status Indians as Aboriginal peoples (the second declaration); and (ii) that the Métis and Non-Status Indian peoples of Canada have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis (the third declaration).

Confédération — La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en refusant de déclarer que la Couronne fédérale avait une obligation fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits — Un tel jugement déclaratoire rendu dans l’abstrait serait inutile — C’est à bon droit que la Cour fédérale a refusé de prononcer le troisième jugement déclaratoire — Appel accueilli en partie; appel incident rejeté.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La Cour fédérale a déclaré que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l’art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Ce jugement déclaratoire ne crée pas d’incertitude au sujet des compétences respectives du Parlement et des législatures provinciales — Le pouvoir d’un ordre de gouvernement de légiférer sur un aspect d’une matière n’enlève rien au pouvoir de l’autre ordre de gouvernement de régir un autre aspect relevant de sa compétence.

Interprétation des lois — La Cour fédérale a déclaré que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l’art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — La Cour fédérale n’a pas omis de suivre l’approche prescrite par la Cour suprême du Canada quant à l’analyse constitutionnelle — Les prétentions des appelants reposaient sur l’idée que la Cour fédérale a appliqué l’approche évolutive à l’exercice d’interprétation — La Cour fédérale a, en réalité, appliqué l’approche téléologique — De nombreux éléments de preuve appuient la thèse selon laquelle les Métis étaient considérés comme étant inclus dans l’art. 91(24) à l’époque de la Confédération — Une interprétation évolutive n’était donc pas nécessaire, et le juge n’a pas commis d’erreur en omettant de traiter des changements sociaux qui sous-tendraient une telle interprétation.

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a déclaré que « les personnes qui sont des Métis et des Indiens non inscrits, tel que décrit dans les motifs du jugement, sont des “Indiens” au sens de l’expression “Indiens et les terres réservées pour les Indiens” qui figure au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ».

Les appelants ont interjeté appel de ce jugement déclaratoire alors que les intimés ont interjeté un appel incident à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de ne pas prononcer deux autres jugements déclaratoires : i) que la Couronne du chef du Canada a une obligation fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits, en tant que peuples autochtones (deuxième jugement déclaratoire); ii) que les Métis et les Indiens non inscrits du Canada ont droit à des consultations et négociations de bonne foi avec le gouvernement fédéral sur une base collective (troisième jugement déclaratoire).

The four individual respondents sought resolution of the issue as to which of Canada or the provinces have jurisdiction over the Métis and Non-Status Indian peoples.

The principal issue was whether the federal government has jurisdiction over Métis and Non-Status Indians pursuant to subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. More specifically, the issues to be decided were framed as follows: (1) Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of the Métis? (2) Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of Non-Status Indians? (3) Was the declaration as it relates to the Métis unfounded in fact and law? (4) Did the Federal Court err by failing to issue the second and third declarations?

Held, the appeal should be allowed in part; the cross-appeal should be dismissed.

The Federal Court did not commit any reviewable error in the exercise of its discretion not to withhold declaratory relief in respect of the Métis. The declaration it issued did not lack practical utility. It follows from *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)* that, as a matter of law, a challenge to the constitutionality of actual or proposed legislation is not a condition precedent to the issuance of a declaration. Similarly, a declaration does not lack practical utility simply because it does not create an enforceable obligation to enact legislation. The argument that the declaration lacked practical utility was also contradicted by the Federal Court's findings of fact, as was the assertion that the federal government has authority to extend programs and resources to the Métis under the federal spending power. The absence of jurisdictional certainty has led to disputes between the federal and provincial governments that have resulted in the Métis being deprived of many necessary programs and resources. Finally, the respondents' claim extended beyond a claim to programs and services available under the federal spending power.

The Federal Court did however err in issuing the declaration in respect of Non-Status Indians. Unlike the Métis, who are a distinct Aboriginal people, it is common ground that Non-Status Indians are, broadly speaking, Indians without status under the *Indian Act*. The appellants conceded that the group of people characterized as Non-Status Indians are those to whom status could be granted by federal legislation, assuming the legislation did not exceed the limits of subsection 91(24). This definition necessarily includes Non-Status Indians within that head of power. If Parliament can grant status to a person under subsection 91(24), that person is

Les quatre intimés individuels ont demandé à la Cour de déterminer si c'était le Canada ou les provinces qui avaient compétence à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits.

La question principale était de savoir si le gouvernement fédéral a compétence à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits au titre du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Plus précisément, les questions à trancher ont été formulées de la façon suivante : 1) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Métis? 2) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Indiens non inscrits? 3) La déclaration relative aux Métis était-elle erronée en fait et en droit? 4) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en refusant de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires?

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie; l'appel incident doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire à l'égard des Métis. Le jugement déclaratoire que la Cour fédérale a émis n'était pas dépourvu d'utilité. Il découle de l'arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)* que, sur le plan juridique, une contestation quant à la validité constitutionnelle d'une législation actuelle ou proposée n'est pas une condition préalable au prononcé d'un jugement déclaratoire. Dans la même veine, un jugement déclaratoire n'est pas dépourvu d'utilité pratique pour la simple raison qu'il ne crée pas une obligation exécutoire d'adopter une loi. L'argument selon lequel le jugement déclaratoire était dépourvu d'utilité pratique a été contredit par les conclusions de fait tirées par la Cour fédérale, tout comme l'a été l'affirmation selon laquelle le gouvernement fédéral a compétence pour étendre ses programmes et ses ressources aux Métis au titre du pouvoir fédéral de dépenser. L'incertitude entourant la compétence constitutionnelle a entraîné des litiges entre le gouvernement fédéral et les provinces qui ont privé les Métis de nombreux programmes et services nécessaires. En dernier lieu, les intimés revendiquaient davantage que des programmes ou des services au titre du pouvoir fédéral de dépenser.

La Cour fédérale a cependant commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Indiens non inscrits. Contrairement aux Métis, qui sont un peuple autochtone distinct, il est convenu que les Indiens non inscrits sont, de manière générale, des Indiens n'ayant pas de statut au titre de la *Loi sur les Indiens*. Le procureur des appelants a admis que le groupe des Indiens non inscrits est composé de personnes qui pourraient obtenir un statut en vertu d'une loi fédérale, dans la mesure où la loi en question n'outrepasse pas les limites du paragraphe 91(24). Cette définition entraîne nécessairement l'inclusion des Indiens non inscrits dans ce

necessarily an “Indian” within the meaning of that section. In the result, a declaration that Non-Status Indians who could be granted status through subsection 91(24) are Indians for the purpose of that section would have been redundant and lacked practical utility. It would also have been inappropriate to grant a declaration clarifying the limits of who may be considered an Indian notwithstanding their exclusion from the *Indian Act*, as the reasons for excluding people from Indian status are complex, far-ranging and often unrelated to one another.

The declaration as it relates to the Métis was founded in fact and in law:

(1) The Federal Court did not adopt a definition of Métis that is contrary to history and the case law of the Supreme Court. It determined that the Métis for the purpose of the requested declarations could be defined as “a group of Native people who maintained a strong affinity for their Indian heritage without possessing Indian status. Their ‘Indianness’ was based on self-identification and group recognition.” While this definition was problematic (it lacked clarity and was open to at least three interpretations), read fairly, the Federal Court did not mean to equate “Indian heritage” with “First Nations heritage”. Instead, what the Federal Court intended was that “Indian heritage” means indigenoussness or Aboriginal heritage. The Federal Court considered the Métis to be a group of native or Aboriginal people who maintain a strong affinity for their Aboriginal heritage or indigenoussness without possessing Indian status. The Métis Aboriginal heritage or indigenoussness is based upon self-identification and group recognition as Métis, not First Nations. The Federal Court recognized the Métis to be a distinct people. Properly understood, the Federal Court’s conception of the Métis was not contrary to history or the decisions of the Supreme Court in *R. v. Powley*; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham* or *Manitoba Metis Federation*.

(2) The Federal Court did not fail to follow the approach to constitutional analysis mandated by the Supreme Court. The appellants’ submission was based on the propositions that the Federal Court applied the progressive approach to the interpretive exercise and that this approach was necessary because the Métis were not included in subsection 91(24) at the time of Confederation. These propositions were incorrect. The Federal Court’s reasons evidenced a decidedly purposive approach to the interpretive exercise. Applying the

chef de compétence. Une personne qui se voit accorder le statut d’Indien en vertu du paragraphe 91(24) est nécessairement un Indien au sens de cette disposition. Partant, un jugement déclarant que sont Indiens les Indiens non inscrits admissibles au statut d’Indien au titre du paragraphe 91(24) aurait été redondant et dépourvu d’utilité pratique. Il n’aurait pas été convenable non plus de prononcer un jugement déclaratoire précisant qui peut être considéré comme un Indien bien que la *Loi sur les Indiens* lui soit inapplicable, car les raisons pour lesquelles des personnes sont privées du statut d’Indien sont complexes, variées et souvent indépendantes les unes des autres.

La déclaration relative aux Métis était fondée en fait et en droit :

1) La Cour fédérale n’a pas adopté une définition de Métis qui va à l’encontre de l’histoire ainsi que des précédents de la Cour suprême du Canada. La Cour fédérale a conclu, aux fins des jugements déclaratoires sollicités, que les Métis pouvaient être décrits comme « un groupe d’Autochtones ayant maintenu une forte affinité avec leur patrimoine indien, sans toutefois être des Indiens inscrits. Leur “quiddité indienne” reposait sur l’auto-identification et la reconnaissance par le groupe ». Bien que la définition ait posé problème, car elle manquait de clarté et se prêtait à au moins trois interprétations, selon une interprétation raisonnable, la Cour fédérale n’avait pas l’intention d’assimiler “patrimoine indien” à « patrimoine des Premières Nations ». La Cour fédérale entendait plutôt, par « patrimoine indien », la quiddité autochtone ou le patrimoine autochtone. La Cour fédérale considérait les Métis comme un groupe de personnes autochtones qui maintiennent une forte affinité avec leur patrimoine autochtone ou leur quiddité autochtone, sans toutefois être des Indiens inscrits. Le patrimoine autochtone ou la quiddité autochtone des Métis repose sur l’auto-identification et la reconnaissance par le groupe à titre de Métis, et non de membres d’une Première Nation. La Cour fédérale a reconnu les Métis comme étant un peuple distinct. Le concept de Métis dégagé par la Cour fédérale, lorsque correctement interprété, n’allait donc pas à l’encontre des faits historiques ou des arrêts *R. c. Powley*; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham* ou *Manitoba Metis Federation* de la Cour suprême du Canada.

2) La Cour fédérale n’a pas omis de suivre l’approche prescrite par la Cour suprême quant à l’analyse constitutionnelle. Les prétentions des appelants reposaient sur l’idée que la Cour fédérale a appliqué l’approche évolutive à l’exercice d’interprétation et que cette approche était nécessaire, parce que les Métis n’étaient pas inclus dans le paragraphe 91(24) à l’époque de la Confédération. Ces prétentions étaient incorrectes. La Cour fédérale a semblé avoir adopté une approche résolument téléologique à l’exercice d’interprétation. Après

purposive approach, and looking primarily to the pre- and post-Confederation facts and the manner in which the government dealt with the Métis, the Federal Court found the Métis were included in subsection 91(24). Other factors supported the conclusion that the Métis were a people included in subsection 91(24) at the time of Confederation. In the result, there was ample evidence to support the view that Métis were considered within subsection 91(24) at the time of Confederation. A progressive interpretation was, therefore, unnecessary, and the Federal Court did not err by failing to address the social changes that would underlie such an interpretation.

(3) The Federal Court's declaration that the Métis fall within subsection 91(24) does not create uncertainty about the respective jurisdiction of Parliament and the provincial legislatures. The power of one level of government to legislate in relation to one aspect of a matter takes nothing away from the power of the other level to control another aspect within its own jurisdiction.

The Federal Court made no error in refusing the second declaration. It properly recognized that the Crown has a fiduciary relationship with Aboriginal people both historically and pursuant to section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and that a declaration made in the absence of a specific fact scenario would lack utility.

No error was alleged with respect to the third declaration. It was properly withheld.

In conclusion, the appeal was allowed in part by deleting reference in the declaration to Non-Status Indians. The declaration was restated as follows: The Court declares that the Métis are included as "Indians" within the meaning of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42, S.C. 1869, c. 6, s. 4.*
An Act further to amend "The Indian Act", S.C. 1894, c. 32.
An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands, S.C. 1868, c. 42, s. 15.

avoir appliqué l'approche téléologique, et examiné le contexte factuel entourant la naissance de la Confédération ainsi que le traitement que le gouvernement réservait aux Métis à l'époque, la Cour fédérale a conclu que ces derniers étaient inclus dans le paragraphe 91(24). D'autres facteurs étayaient la conclusion selon laquelle les Métis étaient inclus dans le paragraphe 91(24) à l'époque de la Confédération. Par conséquent, de nombreux éléments de preuve appuyaient la thèse selon laquelle les Métis étaient considérés comme étant inclus dans le paragraphe 91(24) à l'époque de la Confédération. Une interprétation évolutive n'était donc pas nécessaire, et la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en omettant de traiter des changements sociaux qui sous-tendraient une telle interprétation.

3) Le jugement déclaratoire de la Cour fédérale selon lequel les Métis sont inclus dans le paragraphe 91(24) ne crée pas d'incertitude au sujet des compétences respectives du Parlement et des législatures provinciales. Le pouvoir d'un ordre de gouvernement de légiférer sur un aspect d'une matière n'enlève rien au pouvoir de l'autre ordre de gouvernement de régir un autre aspect relevant de sa compétence.

La Cour fédérale n'a commis aucune erreur en refusant de rendre le deuxième jugement déclaratoire. C'est à bon droit qu'elle a reconnu que la Couronne avait une relation fiduciaire avec les Autochtones, tant d'un point de vue historique qu'aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu'un jugement déclaratoire rendu dans l'abstrait serait inutile.

On n'a allégué aucune erreur en ce qui a trait au troisième jugement déclaratoire. C'est à bon droit que la Cour fédérale a refusé de prononcer le jugement déclaratoire.

En conclusion, l'appel a été accueilli en partie en supprimant la référence aux Indiens non inscrits dans le jugement déclaratoire. Le jugement déclaratoire a été reformulé de la manière suivante : La Cour déclare que les Métis sont considérés comme des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte contenant de nouvelles modifications à l'Acte des Sauvages, S.C. 1894, ch. 32.*
Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5].
Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 3.
Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux, S.C. 1869, ch. 6, art. 4.

An Act to amend the Indian Act, S.C. 1958, c. 19.
British North America Act, 1867 (The), 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44].
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 4(1).
Indian Act (The), S.C. 1951, c. 29.
Indian Act, 1876 (The), S.C. 1876, c. 18, s. 3.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8], s. 31.
Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba) (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], Sch. (1.), s. 13.

Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance, S.C. 1868, ch. 42, art. 15.
Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba) (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], annexe (1.), art. 13.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 8], art. 31.
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1958, ch. 19.
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 4(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 3 (1873).

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Powley, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Reference Re Firearms Act*, 1998 ABCA 305, 219 A.R. 201; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669.

DISTINGUISHED:

R. v. Blais, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236.

CONSIDERED:

Reference re Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Reference whether "Indians" includes "Eskimo"*, [1939] S.C.R. 104, [1939] 2 D.L.R. 417; *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, (1975), 52 D.L.R. (3d) 548.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 3 (1873).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Powley, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Reference Re Firearms Act*, 1998 ABCA 305, 219 A.R. 201; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

R. c. Blais, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Reference whether "Indians" includes "Eskimo"*, [1939] R.C.S. 104, [1939] 2 D.L.R. 417; *Procureur général du Canada et al. c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170.

REFERRED TO:

Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Hirsekorn*, 2012 ABCA 21, 524 A.R. 57; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Federal Court (2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268) declaring that Métis and Non-Status Indians are “Indians” within the meaning of the expression “Indians, and Lands reserved for the Indians” contained in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

APPEARANCES

Brian A. McLaughlin and *Shauna Bedingfield* for appellants.
Joseph E. Magnet and *Andrew K. Lokan* for respondents.
Angela Edgington for intervener Attorney General of Alberta.
Gary Appelt and *Keltie Lambert* for intervener Metis Settlements General Council.
Maxime Faille and *Paul Seaman* for intervener Gift Lake Metis Settlement.
Clément Chartier, *Marc LeClair* and *Kathy Hodgson-Smith* for Métis National Council.
Jason T. Madden for intervener Manitoba Metis Federation.
Jean Teillet for intervener Métis Nation of Ontario.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, for respondents.
Deputy Attorney General of Canada for intervener Attorney General of Alberta.

DÉCISIONS CITÉES :

Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Mines Alertes Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. v. Hirsekorn*, 2012 ABCA 21, 524 A.R. 57; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

APPEL et APPEL INCIDENT d’une décision de la Cour fédérale (2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268) déclarant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens de l’expression « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » qui figure au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Appel accueilli en partie; appel incident rejeté.

ONT COMPARU

Brian A. McLaughlin et *Shauna Bedingfield* pour les appelants.
Joseph E. Magnet et *Andrew K. Lokan* pour les intimés.
Angela Edgington pour l’intervenant, le procureur général de l’Alberta.
Gary Appelt et *Keltie Lambert* pour l’intervenant, le Metis Settlements General Council.
Maxime Faille et *Paul Seaman* pour l’intervenant, le Gift Lake Metis Settlement.
Clément Chartier, *Marc LeClair* et *Kathy Hodgson-Smith* pour le Ralliement national des Métis.
Jason T. Madden pour l’intervenante, la Manitoba Metis Federation.
Jean Teillet pour l’intervenante, la Métis Nation of Ontario.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.
Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, pour les intimés.
Le sous-procureur général du Canada pour l’intervenant, le procureur général de l’Alberta.

Witten LLP, Edmonton, for intervener Metis Settlements General Council.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for intervener Gift Lake Metis Settlement.

Métis National Council, Ottawa, for Métis National Council.

Pape Salter Teillet LLP, Toronto, for intervener Manitoba Metis Federation.

Pape Salter Teillet LLP, Vancouver, for intervener Métis Nation of Ontario.

Witten LLP, Edmonton, pour l'intervenant, le Metis Settlements General Council.

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l'intervenant, le Gift Lake Metis Settlement.

Ralliement national des Métis, Ottawa, pour le Ralliement national des Métis.

Pape Salter Teillet LLP, Toronto, pour l'intervenante, la Manitoba Metis Federation.

Pape Salter Teillet LLP, Vancouver, pour l'intervenante, la Métis Nation of Ontario.

Table of Contents (by paragraph numbers)

1. Introduction	1-5
2. Factual Background	6
(i) The respondents	7-9
(ii) The nature of the action below	10-12
3. Issues Raised on the Appeal and Cross-Appeal	13-15
4. Applicable Legislation	
(i) The <i>Constitution Act, 1867</i>	16
(ii) The <i>Constitution Act, 1982</i>	17
5. Federal Court Decision	18-21
(i) The definitional issue	22-25
(ii) The Judge's Findings of Fact	26-30
(a) Pre-Confederation Era	31
(b) Confederation	32-37
(c) Post-Confederation Era	38-40
(d) Other Examples — "Half-breeds" and Subsection 91(24)	41-47
(e) Modern Era	48-49
(f) Treaties and Half-breeds	50-51
(iii) The Judge's Analysis	52-61
6. Consideration of the Issues	
(i) Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of either the Métis or Non-Status Indians?	
(a) Applicable Legal Principles	62-64

Table des matières (par numéros de paragraphes)

1. Introduction.....	1-5
2. Contexte factuel	6
i) Les intimés.....	7-9
ii) La nature de l'action dont a été saisie la première instance.....	10-12
3. Questions soulevées dans le cadre de l'appel et de l'appel incident.....	13-15
4. Dispositions législatives applicables	
i) La <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	16
ii) La <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	17
5. La décision de la Cour fédérale	18-21
i) La question de la définition	22-25
ii) Les conclusions de fait	26-30
a) L'époque précédant la Confédération	31
b) La Confédération	32-37
c) L'époque suivant la Confédération	38-40
d) Les « Métis » et le paragraphe 91(24) — Autres exemples	41-47
e) L'époque moderne	48-49
f) Les traités et les Métis	50-51
(iii) L'analyse effectuée par le juge	52-61
6. L'examen des questions en litige	
i) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Métis ou celui concernant les Indiens non inscrits?	
a) Les principes juridiques applicables	62-64

(ii) Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of the Métis?		ii) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Métis?	
(a) Did the declaration lack practical utility?	65–73	a) Le jugement déclaratoire est-il dépourvu d'utilité pratique?	65–73
(iii) Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of Non-Status Indians?		iii) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Indiens non inscrits?	
(a) Did the declaration lack practical utility?	74–79	a) Le jugement déclaratoire est-il dépourvu d'utilité pratique?	74–79
(iv) Is the declaration as it relates to the Métis unfounded in fact and law?		iv) Le jugement déclaratoire concernant les Métis est-il erroné en fait et en droit?	
(a) Standard of review	80	a) La norme de contrôle applicable	80
(b) The asserted errors	81–82	b) Les erreurs alléguées	81–82
(c) Did the Judge adopt a definition of Métis that is contrary to history and the jurisprudence of the Supreme Court?	83–86	c) Le juge a-t-il adopté une définition de Métis qui va à l'encontre de l'histoire ainsi que des précédents de la Cour suprême du Canada?	83–86
<i>Powley; Cunningham; and Manitoba Metis Federation</i>	87–111	Les arrêts <i>Powley; Cunningham; et Manitoba Metis Federation</i>	87–111
<i>Blais</i>	112–124	L'arrêt <i>Blais</i>	112–124
(d) Did the Judge fail to follow the approach to constitutional analysis mandated by the Supreme Court?	125–128	d) Le juge a-t-il omis de suivre l'approche prescrite par la Cour suprême quant à l'analyse constitutionnelle?	125–128
Applicable principles of statutory interpretation	129	Les principes applicables en matière d'interprétation des lois	129
The Judge's approach.....	130–148	L'approche adoptée par le juge	130–148
(e) Did the Judge grant a declaration that will create uncertainty about the respective jurisdiction of Parliament and the provincial legislatures?	149–150	e) Le juge a-t-il rendu un jugement déclaratoire qui créera de l'incertitude au sujet des compétences respectives du Parlement et des législatures provinciales?.....	149–150
(f) Conclusion as to the validity of the declaration as it relates to the Métis	151	f) Conclusion quant à la validité du jugement déclaratoire en ce qui concerne les Métis	151
(v) The cross-appeal: Did the Judge err by refusing to issue the second and third declarations?		v) L'appel incident : le juge a-t-il commis une erreur en refusant de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires?	
(a) The standard of review.....	152	a) La norme de contrôle	152
(b) The asserted errors	153–155	b) Les erreurs alléguées	153–155

(c) Did the Judge err in refusing the second and third declarations?	156–158	c) Le juge a-t-il commis une erreur en refusant de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires?	156–158
7. Conclusion and Costs.....	159–161	7. Conclusion et dépens	159–161

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DAWSON J.A.:

1. Introduction

[1] The issue raised in this appeal is whether the federal government has jurisdiction over Métis and Non-Status Indians pursuant to subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]]. For reasons reported as 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, a judge of the Federal Court declared that “those persons who are Métis and those who are Non-Status Indians as set forth in the reasons for judgment are ‘Indians’ within the meaning of the expression ‘Indians, and Lands reserved for the Indians’ contained in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.”

[2] In this appeal, the Crown appellants ask that the declaration be set aside. This position is supported by the Attorney General of Alberta, an intervener. The respondents, who were the plaintiffs below, ask that the appeal be dismissed with costs. As well, the respondents cross-appeal from the decision of the Federal Court not to grant two additional declarations sought by them at trial. The respondents ask that the following two declarations be granted:

(i) The Crown in right of Canada owes a fiduciary duty to Métis and Non-Status Indians as Aboriginal peoples (second declaration).

(ii) The Métis and Non-Status Indian peoples of Canada have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective

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

LA JUGE DAWSON, J.C.A. :

1. Introduction

[1] La question que soulève le présent appel est de savoir si le gouvernement fédéral a compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits au titre du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]]. Pour les motifs publiés sous la référence 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, un juge de la Cour fédérale a déclaré que « les personnes qui sont des Métis et des Indiens non inscrits, tel que décrit dans les motifs du jugement, sont des “Indiens” au sens de l’expression “Indiens et les terres réservées pour les Indiens” qui figure au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ».

[2] En l’espèce, les appelants demandent que le jugement déclaratoire soit annulé. Le procureur général de l’Alberta, qui est intervenant, souscrit à cette position. Les intimés, qui étaient la partie demanderesse devant l’instance inférieure, demandent que l’appel soit rejeté avec dépens. Les intimés interjettent également un appel incident à l’encontre de la décision de la Cour fédérale de ne pas prononcer deux autres jugements déclaratoires qu’ils avaient demandés au procès. Les intimés sollicitent les deux jugements déclaratoires suivants :

i) que la Couronne du chef du Canada a une obligation fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits, en tant que peuples autochtones (deuxième jugement déclaratoire).

ii) que les Métis et les Indiens non inscrits du Canada ont droit à des consultations et négociations de bonne foi avec le gouvernement fédéral sur une base collective,

basis through representatives of their choice respecting their rights, interests and needs as Aboriginal peoples (third declaration).

[3] The respondents' position with respect to the appeal and cross-appeal is supported by two interveners: the Metis Settlements General Council and the Métis National Council. The intervener Gift Lake Metis Settlement asks that both the appeal and the cross-appeal be dismissed. The intervener the Manitoba Metis Federation asks that the appeal be dismissed, but that the Judge's declaration be restated to separate reference to Non-Status Indians from the declaration. It would restate the declaration as follows: "The Court declares that the Métis are included as 'Indians' within the meaning of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*". The intervener the Métis Nation of Ontario asks that the appeal be dismissed and that the Court decline to define the Métis other than to say that the individuals included as Métis within subsection 91(24) are the members of the Métis peoples of Canada.

[4] The appellants and the Attorney General of Alberta also ask that the cross-appeal be dismissed.

[5] For the reasons that follow, I would allow the appeal in part by deleting reference in the declaration to Non-Status Indians and would restate the declaration as proposed by the Manitoba Metis Federation. I would dismiss the cross-appeal, reserving the issue of the costs of the appeal and cross-appeal between the appellants and respondents.

2. Factual Background

[6] The facts are carefully and extensively reviewed in the reasons of the Federal Court. The following brief review is sufficient to situate the appeal and the cross-appeal in their context.

(i) The respondents

[7] The four individual respondents are, or were, closely connected to their Aboriginal cultures.

avec la représentation de leur choix, en ce qui concerne leurs droits, leurs intérêts et leurs besoins en tant que peuples autochtones (troisième jugement déclaratoire).

[3] La position des intimés à l'égard de l'appel et de l'appel incident est appuyée par deux intervenants, à savoir le Metis Settlements General Council et le Ralliement national des Métis. L'intervenant Gift Lake Metis Settlement demande que l'appel et l'appel incident soient rejetés. L'intervenante Manitoba Metis Federation demande que l'appel soit rejeté, mais que le jugement déclaratoire prononcé par le juge soit reformulé pour supprimer la référence aux Indiens non inscrits, de la manière suivante : [TRADUCTION] « La Cour déclare que les Métis sont considérés comme des "Indiens" au sens du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ». L'intervenante Métis Nation of Ontario demande que l'appel soit rejeté et que la Cour s'abstienne de définir les Métis, et se borne à affirmer que les personnes considérées comme des Métis au sens du paragraphe 91(24) font partie des Métis du Canada.

[4] Les appelants et le procureur général de l'Alberta demandent le rejet de l'appel incident.

[5] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel en partie, je supprimerais la référence dans le jugement déclaratoire aux Indiens non inscrits et je reformulerais celui-ci comme le propose la Manitoba Metis Federation. Je rejetterais l'appel incident, en remettant à une date ultérieure la question des dépens de l'appel et de l'appel incident.

2. Contexte factuel

[6] Les faits sont examinés attentivement et minutieusement dans les motifs de la Cour fédérale. Le résumé qui suit est suffisant pour situer l'appel et l'appel incident dans leur contexte.

i) Les intimés

[7] Les quatre intimés ont (ou avaient) des liens étroits avec leurs cultures autochtones.

[8] The late Harry Daniels identified as Métis and was a president of the Congress of Aboriginal Peoples. He was a recognized advocate for Métis rights. Gabriel Daniels is his son, and he also identifies as Métis. He testified as to his Métis cultural roots, his involvement in Métis gatherings and his long involvement in First Nations' activities. Leah Gardner is a Non-Status Indian from Ontario. She identifies as a Métis without status, but prefers "Anishanabe without status". She testified that she participates in both Métis and First Nation cultural events. Terry Joudrey is a Non-Status Mi'kmaq Indian from Nova Scotia. He testified he uses his Aboriginal Treaty Rights Association membership card as if it were a licence to hunt and fish, and that he associates those activities with native traditions. All of the individual respondents sued in the Federal Court in their personal capacities.

[9] The respondent Congress of Aboriginal Peoples is a corporation which represents Métis and Non-Status Indian peoples throughout Canada. As the Trial judge noted, it is not the sole recognized voice of the Métis peoples. The Congress of Aboriginal Peoples sued as a public interest plaintiff.

(ii) The nature of the action below

[10] In their claim, the respondents did not challenge any specific legislation or government action. Rather, they sought resolution of the issue as to which of Canada or the provinces have jurisdiction over the Métis and Non-Status Indian peoples.

[11] The respondents asserted, and the Judge accepted (reasons, paragraphs 86 to 110) that provincial and federal governments treat the Métis as "political footballs" [at paragraph 86]. The Judge found that "the political/policy wrangling between the federal and provincial governments has produced a large population of collaterally damaged [Métis and Non-Status Indians]." He further found that, as a result, Métis and Non-Status Indians have been deprived of programs, services and

[8] Feu Harry Daniels était le président du Congrès des peuples autochtones. Il était un défenseur reconnu des droits des Métis et s'identifiait comme un Métis. Gabriel Daniels, son fils, s'identifie lui aussi comme un Métis. Il a témoigné de ses racines culturelles métisses et de sa participation aux rassemblements métis et aux activités des Premières Nations. Leah Gardner est une Indienne non inscrite originaire de l'Ontario. Elle s'identifie comme une Métis non inscrite, mais préfère le titre [TRADUCTION] « d'Anishinabe non inscrite ». Elle a témoigné de sa participation aux événements culturels des Métis et des Premières Nations. Terry Joudrey est un Indien non inscrit Mi'kmaq originaire de la Nouvelle-Écosse. Il a témoigné qu'il utilise sa carte de membre, en vertu des droits ancestraux et des droits issus des traités, comme s'il s'agissait d'un permis lui donnant droit de chasser et de pêcher, des activités qu'il estime liées aux traditions autochtones. Tous les intimés se sont adressés à la Cour fédérale en leur qualité personnelle.

[9] L'intimé le Congrès des peuples autochtones est une personne morale qui représente les Métis et les Indiens non inscrits partout au Canada. Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, il ne s'agit pas du seul groupe reconnu s'exprimant au nom des Métis. Le Congrès des peuples autochtones s'est adressé à la Cour fédérale à titre de défenseur de l'intérêt public.

ii) La nature de l'action dont a été saisie la première instance

[10] Dans le cadre de leur revendication, les intimés ne contestaient aucune loi ni aucune mesure gouvernementale particulière. Ils demandaient plutôt à la Cour de déterminer si c'était le Canada ou les provinces qui avaient compétence à l'égard des Métis et des Indiens non inscrits.

[11] Selon le point de vue des intimés, que le juge a d'ailleurs accepté, (motifs, paragraphes 86 à 110) les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral se renvoient mutuellement « les ballons politiques » [au paragraphe 86] concernant leur responsabilité face aux Métis. Le juge a conclu que « les querelles politiques et de principes entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont causé des dommages collatéraux à un grand nombre de [Métis et d'Indiens

intangible benefits all governments recognize are needed (reasons, paragraph 108).

[12] The Judge concluded that the resolution of constitutional responsibility “has the potential to bring clarity to the respective responsibilities of the different levels of government” (reasons, paragraph 110).

3. Issues Raised on the Appeal and Cross-Appeal

[13] In the appeal, the appellants do not allege that the Judge committed any palpable and overriding error in his numerous findings of fact. They assert three errors of law:

1. The Judge erred in law by granting a declaration that lacked any practical utility.

2. The Judge erred because the declaration is unfounded in fact and law.

3. The Judge erred by attempting to define the core meaning of the constitutional term “Indian” in the abstract.

[14] In the cross-appeal, the respondents assert that the Judge erred in principle by failing to grant the second and third declarations.

[15] I would frame the issues to be decided as follows:

1. Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of the Métis?

2. Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of Non-Status Indians?

3. Is the declaration as it relates to the Métis unfounded in fact and law?

non inscrits] ». Il a ajouté que « [c]es derniers [ont ainsi été] privés de programmes, de services et d’avantages non tangibles que tous les gouvernements reconnaissent comme étant nécessaires » (motifs, paragraphe 108).

[12] Le juge a conclu que « [l]e règlement de la question de la responsabilité constitutionnelle est aussi susceptible de clarifier les responsabilités des différents paliers de gouvernement » (motifs, paragraphe 110).

3. Questions soulevées dans le cadre de l’appel et de l’appel incident

[13] Dans le cadre de l’appel, les appelants n’allèguent aucune erreur manifeste et dominante dans les nombreuses conclusions de fait que le juge a formulées. Ils relèvent plutôt les trois erreurs de droit suivantes :

1. le juge a commis une erreur de droit en prononçant un jugement déclaratoire dépourvu de toute utilité pratique;

2. le juge a commis une erreur en rendant un jugement déclaratoire erroné en fait et en droit;

3. le juge a commis une erreur en tentant d’établir, dans l’abstrait, ce qui constitue l’essence du terme « Indien » dans la Constitution.

[14] Dans le cadre de l’appel incident, les intimés font valoir que le juge a commis une erreur de principe en refusant de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires.

[15] Je formulerais donc les questions à trancher de la façon suivante :

1. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Métis?

2. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Indiens non inscrits?

3. La déclaration relative aux Métis est-elle erronée en fait et en droit?

4. Did the Federal Court err by failing to issue the second and third declarations?

4. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en refusant de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires?

4. Applicable Legislation

4. Dispositions législatives applicables

(i) The *Constitution Act, 1867*

i) La *Loi constitutionnelle de 1867*

[16] This is a division of powers case about the interpretation of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*:

[16] La présente affaire porte sur le partage des compétences au regard du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui se lit comme suit :

Legislative Authority of Parliament of Canada

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

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

Autorité législative du parlement du Canada

...

[...]

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

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

(ii) The *Constitution Act, 1982*

ii) La *Loi constitutionnelle de 1982*

[17] Although not directly at issue, section 35 of the *Constitution Act, 1982* [*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] entrenches the existing Aboriginal and treaty rights of Aboriginal peoples. It is, therefore, a useful interpretative aid:

[17] Bien qu'il ne soit pas directement en cause en l'espèce, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice, n° 44] consacre les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones. Il peut donc s'avérer utile à l'interprétation :

Recognition of existing aboriginal and treaty rights

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Confirmation des droits existants des peuples autochtones

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

5. Federal Court Decision

[18] The Judge began his reasons by framing the issue as whether Non-Status Indians and Métis are identified as “Indians” under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. He then went on to set out the applicable legislation, describe the declarations sought by the plaintiffs, and summarize the basis of the plaintiffs’ claim and the defendants’ defence. After giving a summary of his conclusions the Judge turned to the first issue to be decided.

[19] The first issue to be decided was whether the plaintiffs had established a basis on which declaratory relief could be granted. The defendants argued that the requested declarations should not be granted because the plaintiffs raised a theoretical issue which, if decided, would not resolve anything and would lead to further litigation. The Court was urged not to exercise its discretion to grant any of the requested declarations.

[20] The Judge found that the record was replete with references to the jurisdictional uncertainty between Canada and the provinces over which level of government had jurisdiction to legislate with respect to Métis and Non-Status Indians. Canada had sometimes accepted, but sometimes rejected, the view that it had jurisdiction under subsection 91(24) (reasons, paragraph 55). The Judge concluded that the Court had jurisdiction over the case, the question before the Court was real and the persons raising the issue had a real interest to raise it (reasons, paragraph 82). Thus, the Judge decided that he would determine the case on its merits. He would not dismiss the action on the basis of the discretionary nature of declaratory relief. The Judge also rejected the defendants’ argument that the plaintiffs’ case was a private reference which should not be heard. The Judge highlighted the prejudice both the plaintiffs and the defendants would suffer if 12 years of publicly funded litigation was dismissed without adjudication on the merits (reasons, paragraphs 77 to 80).

[21] Having decided to determine the case on its merits it was necessary for the Judge to decide what was

5. La décision de la Cour fédérale

[18] Le juge a tout d’abord formulé la question dont il était saisi comme étant de savoir si les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a ensuite énoncé les dispositions législatives applicables et les jugements déclaratoires recherchés par les demandeurs, puis a résumé le fondement de la revendication des demandeurs et de la défense présentée par les défendeurs. Après avoir exposé succinctement ses conclusions, le juge s’est penché sur la première question à trancher.

[19] Il s’agissait de savoir si les demandeurs avaient établi un motif justifiant les jugements déclaratoires. Les défendeurs ont fait valoir qu’il n’y avait pas lieu de prononcer les jugements déclaratoires sollicités puisque les demandeurs soulevaient une question théorique dont l’issue ne réglerait rien et ne ferait que conduire à d’autres litiges. Les défendeurs ont exhorté la Cour à ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un ou plusieurs des jugements déclaratoires sollicités.

[20] Le juge a conclu que le dossier comptait maintes références à l’incertitude quant au palier de gouvernement responsable de légiférer à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits. Le Canada a tantôt accepté, tantôt rejeté l’idée qu’il possède une telle compétence en vertu du paragraphe 91(24) (motifs, paragraphe 55). Le juge a conclu que la Cour avait compétence sur l’affaire, que la question soumise à la Cour était une question réelle et que les personnes qui soulevaient la question avaient véritablement l’intérêt pour le faire (motifs, paragraphe 82). Par conséquent, le juge a décidé qu’il trancherait l’affaire sur le fond et qu’il ne rejeterait pas l’action en raison du caractère discrétionnaire des jugements déclaratoires recherchés. Le juge a également rejeté la prétention des défendeurs selon laquelle l’action équivalait à un renvoi d’initiative privée qui ne devrait pas être entendu. Le juge a souligné que tant les demandeurs que les défendeurs subiraient un préjudice si un tel litige — qui s’est étiré sur une période de douze ans tout en étant financé par des fonds publics — était rejeté sans décision sur le fond (motifs, paragraphes 77 à 80).

[21] Après avoir décidé de trancher l’affaire sur le fond, le juge devait déterminer ce que l’on entendait par

meant by the terms “Non-Status Indians” and “Métis” for the purpose of the division of powers analysis.

(i) The definitional issue

[22] The Judge began his analysis of the definitional issue by considering what was meant by the term “Non-Status Indians”. At paragraph 116 of his reasons he noted that Non-Status Indians as a group must have two essential qualities: they must be Indians and have no status under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. He considered that in the modern era the difficulty of definition had been addressed in part because in 1980 the federal government defined the core group of Métis and Non-Status Indians “as a group of Native people who maintained a strong affinity for their Indian heritage without possessing Indian status” (reasons, paragraph 117). Ultimately, the Judge concluded that the group of people characterized as “Non-Status Indians” are “those to whom status could be granted by federal legislation. They would be people who had ancestral connection not necessarily genetic to those considered as ‘Indians’ either in law or fact or any person who self-identifies as an Indian and is accepted as such by the Indian community, or a locally organized community, branch or council of an Indian association or organization with which that person wishes to be associated” (reasons, paragraph 122).

[23] The Judge next considered what was meant by the term “Métis”. He noted that in *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207 the Supreme Court did not attempt to define the outer limits of the Métis people but instead set out a method for determining who is a member of the Métis people for the purpose of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Supreme Court determined that a Métis is a person of mixed Aboriginal and non-Aboriginal ancestry who has some ancestral family connection (not necessarily genetic), identifies himself or herself as Métis, and is accepted by the Métis community or locally organized community branch, chapter or council of a Métis association or organization with which that person wishes to be associated. The Judge was concerned, however, that the decision in *Powley* involved the collective right to hunt. In the

les termes « Indiens non inscrits » et « Métis » aux fins de l’analyse relative au partage des compétences.

i) La question de la définition

[22] Dans son analyse relative à la question de la définition, le juge s’est tout d’abord arrêté à l’interprétation du terme « Indiens non inscrits ». Au paragraphe 116 de ses motifs, il a noté que les Indiens non inscrits doivent avoir collectivement deux attributs essentiels : être des Indiens et ne pas avoir de statut sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Selon le juge, au cours de l’ère moderne, la difficulté de définition a été réglée en partie, du fait que le gouvernement fédéral avait défini, en 1980, le groupe de base des Métis et des Indiens non inscrits « comme étant un groupe d’Autochtones ayant maintenu une forte affinité avec leur patrimoine indien, sans toutefois être des Indiens inscrits » (motifs, paragraphe 117). Le juge a par conséquent conclu que le « groupe des Indiens non inscrits est composé d’Indiens qui pourraient obtenir un statut en vertu d’une législation fédérale. Les membres de ce groupe sont ceux possédant des liens ancestraux, qui ne sont pas nécessairement génétiques, avec ceux considérés comme des “Indiens” au vu du droit ou des faits, ou toute personne qui s’identifie comme Indien et qui est acceptée comme tel par la communauté indienne, ou par une division, un chapitre ou un conseil local d’une association ou d’une organisation Métis avec laquelle elle désire être associée » (motifs, paragraphe 122).

[23] Le juge s’est ensuite penché sur le sens du mot « Métis ». Il a estimé que, dans l’arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, la Cour suprême n’a pas tenté d’établir la portée de la définition de « Métis », mais elle a toutefois fourni une méthode pour déterminer qui est un Métis aux fins de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la Cour suprême, un Métis est une personne d’ascendance mixte (autochtone et non autochtone) qui possède certains liens ancestraux familiaux (pas nécessairement génétiques), qui s’identifie comme Métis et qui est acceptée par la communauté métisse, ou par une division, un chapitre ou un conseil local d’une association ou d’une organisation métis avec laquelle cette personne désire être associée. Le juge s’est toutefois dit préoccupé par le fait que l’arrêt *Powley* portait sur la question du droit de chasse collectif. À son

Judge's view this made it critical that an individual be accepted by the Métis community. For the purpose of subsection 91(24), the Judge sought to capture the situation where there is no such community branch, chapter or council but an individual nonetheless participates in Métis cultural events or activities which show objectively how that person subjectively identifies himself or herself as a Métis (reasons, paragraphs 127 and 128).

[24] In the result, for the purpose of the declarations which the plaintiffs sought, the Judge decided that the Métis are “a group of Native people who maintained a strong affinity for their Indian heritage without possessing Indian status” (reasons, paragraphs 117 and 130).

[25] In the Judge's view these definitions did not decide the “outer limits” of Métis or Non-Status Indian peoples. They simply established a framework for inclusion under subsection 91(24) (reasons, paragraph 121).

(ii) The Judge's findings of fact

[26] The remainder of the Court's decision dealt with whether Métis and Non-Status Indians, as defined by the Judge, were “Indians” for the purpose of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. To do this, the Judge considered the evidence adduced from expert historical witnesses and witnesses knowledgeable about Aboriginal governmental affairs.

[27] The main historical experts were Dr. William Wicken and Ms. Gwynneth Jones, both called by the plaintiffs, and Dr. Stephen Patterson, called by the defendants. All were found by the Judge to be credible, well-informed and helpful. However, where Dr. Wicken's evidence conflicted with that of Dr. Patterson, Dr. Wicken's evidence was “generally accepted” as being more relevant to the issue to be determined (reasons, paragraph 150). Mr. Sébastien Grammond, called by the plaintiffs, and Dr. Alexander von Gernet, called by the defendants, were also called as expert witnesses, but the Judge found their testimony to be less helpful, particularly that of Dr. von Gernet whose evidence was given

avis, il était de ce fait essentiel qu'une personne soit acceptée par la collectivité métisse. Pour l'application du paragraphe 91(24), le juge a cherché à cerner des cas où une telle association, une telle organisation ou un tel conseil n'existait pas, mais où la personne participait aux activités et aux événements culturels métis — ce qui démontrerait objectivement que cette personne s'identifie subjectivement comme Métis (motifs, paragraphes 127 et 128).

[24] Par conséquent, le juge a déterminé qu'aux fins des jugements déclaratoires sollicités par les demandeurs, les Métis constituent « un groupe d'Autochtones ayant maintenu une forte affinité avec leur patrimoine Indien, sans toutefois être des Indiens inscrits » (motifs, paragraphes 117 et 130).

[25] Selon le juge, ces définitions ne visaient pas à déterminer la « portée » des termes « Métis » ou « Indiens non inscrits », mais à établir un cadre pour juger de leur inclusion sous le régime du paragraphe 91(24) (motifs, paragraphe 121).

ii) Les conclusions de fait

[26] La suite des motifs porte sur la question de savoir si les Métis et les Indiens non inscrits, selon la définition donnée par le juge, étaient des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge a en conséquence examiné les témoignages des experts en histoire et des personnes possédant une bonne connaissance des relations entre le gouvernement et les peuples autochtones.

[27] Les principaux historiens experts étaient M. William Wicken et M^{me} Gwynneth Jones, appelés par les demandeurs, ainsi que M. Stephen Patterson, appelé par les défendeurs. Le juge a estimé que tous ces témoins étaient crédibles, bien informés et utiles. Toutefois, le juge a préféré « en règle générale » le témoignage de M. Wicken à celui de M. Patterson lorsqu'il y avait conflit, le jugeant plus pertinent pour trancher la question en litige (motifs, paragraphe 150). M. Sébastien Grammond, appelé par les demandeurs, et M. Alexander von Gernet, appelé par les défendeurs, ont également témoigné à titre d'experts, mais le juge a estimé que leurs témoignages étaient moins utiles, notamment

“considerably less weight ...where it contradict[ed] other experts” (reasons, paragraph 182).

[28] With respect to Aboriginal governmental affairs, the Judge primarily looked to the evidence of Mr. Ian Cowie who held a senior federal government position at the Department of Indian Affairs and Northern Development, and was also a former Deputy Minister of Indian and Native Affairs for Saskatchewan, and Dr. John Leslie, a former manager of the Claims and Historical Research Center at the Department of Indian Affairs and Northern Development (both witnesses were called by the plaintiffs). Their evidence was found to be helpful and credible with Mr. Cowie providing an insider’s view of modern native rights policy development, and Dr. Leslie acting as a “business records identifier” a role the Judge noted would not have been necessary if the defendants had admitted the provenance of a number of relevant documents (reasons, paragraph 138).

[29] The Judge divided the historical evidence into six categories which he described as:

- (a) Pre-Confederation Era
- (b) Confederation
- (c) Post-Confederation Era
- (d) Other Examples—Half-breeds and Subsection 91(24)
- (e) Modern Era
- (f) Treaties and Half-Breeds

[30] The Judge’s significant findings made in respect of each category are summarized below.

(a) Pre-Confederation Era

[31] Evidence from this era was directed to what the term “Indian” meant at the time and therefore was likely the meaning that the Fathers of Confederation [this term is referred to as “Framers of Confederation” in the reasons of the Federal Court] had in mind when power over

celui de M. von Gernet auquel le juge a accordé « un poids considérablement moindre dans les cas où son témoignage contredit celui des autres experts » (motifs, paragraphe 182).

[28] En ce qui concerne les relations entre gouvernement et Autochtones, le juge a tout d’abord examiné le témoignage de deux experts appelés par les demandeurs : M. Ian Cowie, ancien haut fonctionnaire du gouvernement fédéral au sein du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et sous-ministre des Affaires indiennes et autochtones de la Saskatchewan; et M. John Leslie, ancien directeur du Centre de recherche historique et de recherche sur les revendications au sein du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Leurs témoignages ont été jugés utiles et crédibles : M. Cowie a donné le point de vue d’un initié sur l’élaboration des politiques modernes relatives aux droits des Autochtones, alors que M. Leslie a joué le rôle d’une « personne faisant l’inventaire des documents opérationnels », processus qui n’aurait été nécessaire, selon le juge, si les défendeurs avaient admis la provenance d’un nombre important de documents pertinents (motifs, paragraphe 138).

[29] Le juge a divisé la preuve historique en six catégories qu’il a décrites comme suit :

- a) L’époque précédant la Confédération
- b) La Confédération
- c) L’époque suivant la Confédération
- d) Les métis et le paragraphe 91(24) — Autres exemples
- e) L’époque moderne
- f) Les traités et les métis

[30] Les principales conclusions formulées par le juge au sujet de chacune de ces catégories sont résumées ci-dessous.

a) L’époque précédant la Confédération

[31] La preuve relative à cette période portait sur la signification du terme « Indien » à l’époque et, par conséquent, sur ce que les Pères de la Confédération [la Cour fédérale utilise l’expression « Artisans de la Confédération »] avaient à l’esprit lorsque la compétence

Indians was assigned to the federal government (reasons, paragraph 183). The Judge found as a fact that:

(i) The experts treated the situation of the Mi'kmaq in Nova Scotia as being representative of the situation generally in Atlantic Canada (reasons, paragraph 211).

(ii) At least by 1864, most of the Mi'kmaq population was of mixed blood of varying degrees (reasons, paragraph 216).

(iii) Notwithstanding their mixed blood component, the Mi'kmaq were treated as "Indians" and their preference to "wander" had an impact on the creation of the federal Indian power (reasons, paragraph 219).

(iv) There was a diversity of people in Atlantic Canada with varying degrees of Aboriginal connections who were contemplated by the word "Indian" (reasons, paragraph 218).

(v) Those seeking a power in relation to "Indians" would have needed a broad power (reasons, paragraphs 253 and 323) which included authority over relocation, settlement, assistance, education, economic reform, social reform and "civilization" (reasons, paragraphs 262 and 323).

(vi) Prior to Confederation, the term "Indian" was understood by the Fathers of Confederation to include "half-breeds" (reasons, paragraphs 265 and 287) and one did not have to live on a reserve or in an Indian community to be an "Indian" (reasons, paragraphs 272 and 323).

(vii) The Fathers of Confederation would have intended the word "Indian" in the Constitution and the power which went with it, to be a broad power capable of dealing with the diversity and complexity of the native population, whatever their percentage mix of blood relationship, their economies, residency or culture (reasons, paragraphs 273, 308, 318 and 323).

sur les Indiens fut attribuée au gouvernement fédéral (motifs, paragraphe 183). Le juge a tiré les conclusions de fait suivantes :

i) Les experts ont évoqué la situation des Mi'kmaq en Nouvelle-Écosse pour représenter la situation générale dans le Canada atlantique (motifs, paragraphe 211).

ii) En 1864, la majeure partie de la population mi'kmaq était métissée, à des degrés variables (motifs, paragraphe 216).

iii) En dépit de l'élément de métissage, les Mi'kmaq étaient traités comme des « Indiens » et leur propension à « vagabonder » avait eu une incidence sur la création de la compétence fédérale sur les Indiens (motifs, paragraphe 219).

iv) Dans le Canada atlantique, le terme « Indien » s'entendait d'une variété de personnes et de divers degrés de lien avec l'identité autochtone (motifs, paragraphe 218).

v) Ceux qui cherchaient à obtenir la compétence à l'égard des « Indiens » auraient eu besoin d'un vaste pouvoir (motifs, paragraphes 253 et 323) notamment en matière de réinstallation, de colonisation, d'assistance publique, d'éducation, de réforme sociale et économique et de « civilisation » (motifs, paragraphes 262 et 323).

vi) Avant la Confédération, il était entendu par les Pères de la Confédération que le terme « Indien » incluait les Métis (motifs, paragraphes 265 et 287) et il n'était pas nécessaire de vivre dans une réserve ou dans une collectivité indienne pour être considéré comme étant « Indien » (motifs, paragraphes 272 et 323).

vii) Les Pères de la Confédération auraient eu pour intention que le terme « Indiens » dans la Constitution ainsi que la compétence à leur égard soient interprétés largement, afin que l'État fédéral puisse composer avec le caractère diversifié et complexe de la population autochtone, sans égard à leur degré de métissage, à leur système économique, à leur lieu de résidence ou à leur culture (motifs, paragraphes 273, 308, 318 et 323).

(viii) Canada, when acquiring the British power over Indian affairs would need to be able to, and intended to, address a number of issues including the recognition, pacification, control and dealing with interest in the land of Métis who were seen as distinct in some respects from “Indians”, who did not live with Indians, who were not necessarily members of Indian tribes or who did not necessarily follow an “Indian” way of life (reasons, paragraph 317).

(ix) The Fathers of Confederation intended to create a constitutional power which was broader than the statutory definition of Indian (reasons, paragraphs 322 and 323).

(b) Confederation

[32] The Judge found as a fact that the purposes of Confederation relevant to this case are (reasons, paragraph 341):

- The expansion of British North America into the Northwest [present day Manitoba, Saskatchewan, Alberta, Northwest Territories, Yukon and parts of northwestern Ontario] and towards British Columbia in response to the pre-Confederation economic and political crisis.
- The eventual absorption of the Northwest and British Columbia into Confederation.
- Integration of the Atlantic colonies (Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island and Newfoundland) with Central Canada. The intent to absorb Newfoundland, Prince Edward Island and British Columbia as well as Rupert’s Land and the Northwest Territories [then called North-Western Territory] is seen in section 146 of *The British North America Act, 1867*. ...
- To settle the Northwest with farms which would become a new market for Central Canada manufacturing.
- The maintenance in the East of the current population and the prevention of out-migration.
- The settlement of British Columbia, particularly Vancouver Island and the Lower Mainland.

viii) En prenant le pouvoir britannique sur les Affaires indiennes, le Canada devait être capable, et comme il en avait l’intention, de s’atteler à plusieurs tâches, notamment à la reconnaissance, à la pacification, à l’encadrement des Métis, ainsi qu’au règlement des questions relatives à leurs intérêts territoriaux. Les Métis étaient perçus comme étant distincts des « Indiens » à certains égards, ils ne vivaient pas avec les Indiens, n’étaient pas nécessairement membres de tribus indiennes et ils n’avaient pas nécessairement adopté un mode de vie « indien » (motifs, paragraphe 317).

ix) Les Pères de la Confédération avaient l’intention de créer un pouvoir constitutionnel qui serait plus large que la définition législative du terme « Indien » (motifs, paragraphes 322 et 323).

b) La Confédération

[32] Le juge a conclu que les objectifs de la Confédération qui étaient pertinents en l’espèce étaient les suivants (motifs, paragraphe 341) :

- l’expansion de l’Amérique du Nord britannique dans le Nord-Ouest [le territoire actuel du Manitoba, de la Saskatchewan, de l’Alberta, des Territoires-du-Nord-Ouest, du Yukon et de certaines parties du Nord de l’Ontario] et vers la Colombie-Britannique, en réponse à la crise économique et politique qui sévissait lors de la période précédant la Confédération;
- la future absorption du Nord-Ouest et de la Colombie-Britannique dans la Confédération;
- l’intégration des colonies de l’Atlantique (Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick, Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve) avec le Centre du Canada. L’article 146 de l’[*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*] témoigne de l’intention d’absorber Terre-Neuve, l’Île-du-Prince-Édouard et la Colombie-Britannique, ainsi que la Terre de Rupert et les Territoires-du-Nord-Ouest [...];
- la colonisation du Nord-Ouest au moyen de l’implantation de fermes, qui deviendront un nouveau marché pour les entreprises manufacturières du Centre du Canada;
- le maintien de la population existante dans la région de l’Est et la prévention de l’exode de cette population;
- la colonisation de la Colombie-Britannique, notamment l’île de Vancouver et les basses-terres continentales;

• The building of a transcontinental railway which was essential to creating a national economy and to settling the unsettled [areas], particularly the Northwest.

[33] The building of the transcontinental railway was particularly integral to the Fathers' of Confederation intentions at the time of Confederation (reasons, paragraph 342).

[34] Finally, the Judge found (reasons, paragraph 351) that:

- in the Northwest in particular, a large nomadic Native population potentially stood in the way of expansion, settlement and railway construction;
- the relationship between the objects of Confederation in terms of settlement and expansion and the Native people was critical to Confederation;
- the idea of railway construction and federal responsibility for "Indians" were interconnected;
- the [Fathers of Confederation] needed to be able to reconcile Native people to the building of the railway and other measures which the federal government would have to take;
- maintaining peaceful relations with the "Indians" would protect the railway from attack;
- Natives needed to be reconciled with the expansion westward to ensure the larger development of the nation;
- lands occupied by Natives would have to be surrendered in some fashion.

[35] The Judge went on to accept the evidence of the plaintiffs' expert historians on the purposes of subsection 91(24) from the viewpoint of those creating the power (reasons, paragraph 354).

[36] In Dr. Wicken's view, the purpose of subsection 91(24) was (reasons, paragraph 353):

- to control Native people and communities where necessary to facilitate development of the Dominion;

• la construction d'un chemin de fer transcontinental, qui était essentiel à la création d'une économie nationale et à la colonisation des territoires non colonisés, surtout ceux du Nord-Ouest.

[33] La construction du chemin de fer transcontinental était au cœur des préoccupations des Pères de la Confédération au moment de la Confédération (motifs, paragraphe 342).

[34] Le juge a finalement formulé les conclusions suivantes (motifs, paragraphe 351) :

- une importante population autochtone nomade, surtout dans la région du Nord-Ouest, faisait obstacle à l'expansion, à la colonisation et à la construction du chemin de fer;
- le lien entre les objectifs visés par la Confédération en matière de colonisation et d'expansion et les Autochtones était essentiel au succès de la Confédération;
- l'idée de construire un chemin de fer et la responsabilité fédérale à l'égard des « Indiens » étaient interreliées;
- les [Pères de la Confédération] devaient être capables de convaincre les Autochtones d'accepter la construction du chemin de fer et les autres mesures que le gouvernement fédéral devrait prendre;
- le maintien des relations pacifiques avec les « Indiens » protégerait le chemin de fer contre les attaques;
- il fallait faire accepter l'idée de la colonisation vers l'ouest aux Autochtones, en vue d'assurer un plus grand développement de la nation;
- les terres occupées par les Autochtones allaient devoir faire l'objet d'une cession, d'une manière ou d'une autre.

[35] Le juge a ensuite accepté les témoignages des historiens experts cités par les demandeurs concernant l'objet du paragraphe 91(24) du point de vue des Pères de la Confédération (motifs, paragraphe 354).

[36] Selon M. Wicken, le paragraphe 91(24) avait pour objet (motifs, paragraphe 353) :

- exercer, au besoin, un contrôle sur les peuples et les collectivités autochtones, pour faciliter le développement du Dominion;

- to honour the obligations to Natives that the Dominion inherited from Britain while extinguishing interests that stood in the way of the objects of Confederation;

- eventually to civilize and assimilate Native people.

[37] In Ms. Jones' view, the purpose of subsection 91(24) "was integral to the central government's plan to develop and settle lands in the North-Western Territory. The Canadian Government at Confederation inherited principles and practices of Crown-Aboriginal relations that had been embedded in British North America for well over one hundred years by 1857. These included the recognition of Aboriginal title in the 'Indian territories' and protocols recognizing the relationship between Aboriginal nations and the Crown. Canada also inherited a British policy of 'civilization' of the Indians, in place since [the] 1830s" (reasons, paragraph 353).

(c) Post-Confederation Era

[38] The Judge found that it was critical to the newly confederated Canada to create an environment of safety and security for settlers. Part of creating that environment was the extinguishment of Indian land claims; Canada required possession of lands for the construction of the transcontinental railway and also for the settlement and development of the West (reasons, paragraph 359).

[39] The Judge also found that the "Aboriginal population was mixed, varied and interrelated. It was not possible to draw a bright line between half-breeds/Métis and Indians" (reasons, paragraph 381). Immediately post-Confederation, persons referred to as half-breeds were considered to be closely associated with "Indians" and part of the problem that needed to be addressed to permit expansion, settlement and the building of the railway, all as contemplated by *The British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (reasons, paragraph 412).

- d'honorer les obligations à l'égard des Autochtones que le Dominion avait héritées de la Grande-Bretagne, tout en éteignant les intérêts constituant un obstacle aux objectifs visés par la Confédération;

- ultérieurement, civiliser et assimiler les Autochtones.

[37] Selon M^{me} Jones, l'objet du paragraphe 91(24) [TRADUCTION] « fait partie intégrante du plan du gouvernement central de développer et de coloniser les terres des Territoires-du-Nord-Ouest. Au moment de la Confédération, le gouvernement du Canada avait hérité des principes et des pratiques qui s'étaient dégagés des relations entre la Couronne et les Autochtones et qui, en 1857, étaient enracinés bien au-delà d'un siècle en Amérique du Nord britannique. Ces principes et pratiques comprenaient la reconnaissance du titre aborigène dans les "territoires indiens" et des protocoles reconnaissant la relation entre les nations autochtones et la Couronne. Le Canada avait aussi hérité de la politique britannique de "civilisation" des Indiens, qui existait depuis les années 1830 » (motifs, paragraphe 353).

c) L'époque suivant la Confédération

[38] Le juge a conclu qu'il était essentiel pour le Canada nouvellement formé de créer un environnement sécuritaire pour les colons, ce qui passerait notamment par l'extinction des revendications territoriales des Autochtones. Le Canada avait besoin de posséder ces terres pour la construction du chemin de fer transcontinental, mais aussi pour la colonisation et le développement national de l'Ouest en général (motifs, paragraphe 359).

[39] Le juge a également conclu que la « population autochtone était métissée, variée et apparentée. Il était impossible de tracer une ligne nette entre les [Sang-Mêlé*] Métis et les Indiens » (motifs, paragraphe 381). Immédiatement après la Confédération, les personnes qu'on désignait comme Sang-Mêlé étaient considérés comme étant étroitement liés aux Indiens et comme étant une partie du problème à régler pour permettre l'expansion, la colonisation et la construction du chemin de fer, toutes prévues dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] [S.R.C. 1970, appendice II, n° 5] (motifs, paragraphe 412). * [NdT : la décision de première instance emploie

[40] Ultimately, the Judge concluded that the early post-1867 evidence established that half-breeds were considered to be at least a subset of a wider group of Aboriginal-based people called “Indians”. What the evidence showed was that Canada was prepared to exercise jurisdiction over half-breeds, to use Indian power-like methods and to justify such exercises of jurisdiction as the exercise of the section 91(24) power coupled with the power to control Dominion lands (reasons, paragraph 420).

(d) Other Examples—“Half-breeds” and Subsection 91(24)

[41] Under this heading the Court looked to a number of post-Confederation events that connected the Métis to subsection 91(24).

[42] The Judge began by considering the request, made prior to the Treaty No. 3 negotiations, that 15 families of half-breeds living on the Rainy River be included in the treaty. Thereafter, *The Indian Act, 1876* [S.C. 1876, c. 18] was passed and the Indian Affairs branch took the position that the Department could not “recognize separate Half breeds bands”. As a result, the Rainy River half-breeds were given a reserve, but were required to join a First Nations band for which an adjacent reserve had been surveyed. The Judge found that this adhesion to Treaty No. 3 was an instance where the federal government treated the half-breeds/Métis group as if it had a claim to Indian title, and gave the group a reserve as part of the surrender of that claim. It was a further instance of the federal government exercising jurisdiction over a Métis group based not on their connection to European ancestors, but on their connection to their Indian ancestry (reasons, paragraphs 424, 430 and 434).

« métis » pour traduire « *half-breed* »; selon le contexte, nous avons substitué « Sang-Mêlé » (nom invariable), terme de l’époque, pour traduire « *half-breed* »].

[40] Le juge a enfin conclu que la preuve postérieure à 1867 établissait que les Sang-Mêlé étaient considérés comme étant, au moins, un sous-ensemble d’un plus grand groupe d’Autochtones nommé « Indiens ». La preuve démontrait que le Canada était disposé à exercer sa compétence à l’égard des Sang-Mêlé, à utiliser des méthodes similaires à celles qu’il employait dans le contexte de sa compétence à l’égard des Indiens et à invoquer le paragraphe 91(24), ainsi que son pouvoir sur les terres publiques fédérales, pour justifier l’exercice de cette compétence (motifs, paragraphe 420).

d) Les « Métis » et le paragraphe 91(24) — Autres exemples

[41] Dans cette section, la Cour a examiné un certain nombre des faits survenus après la Confédération qui établissaient un lien entre les Métis et la compétence prévue au paragraphe 91(24).

[42] Le juge a d’abord examiné la demande, formulée avant les négociations relatives au Traité n° 3, voulant que 15 familles sang-mêlé qui vivaient à la rivière à la Pluie soient incluses dans ledit traité. Par la suite, lors de l’adoption de l’*Acte des Sauvages, 1876* [S.C. 1876, ch. 18], la Division des affaires indiennes avait soutenu que le ministère ne pouvait pas [TRADUCTION] « reconnaître des bandes distinctes de Sang-Mêlé ». Par conséquent, les Sang-Mêlé de la rivière à la Pluie avaient obtenu une réserve, mais avaient eu l’obligation de se joindre à une bande des Premières Nations pour laquelle une réserve adjacente avait été arpentée. Selon le juge, l’adhésion au Traité n° 3 constitue un exemple de situation où le gouvernement fédéral a traité le groupe métis comme s’il avait une revendication au titre ancestral et lui avait donné une réserve, en contrepartie de la cession de cette revendication. Il s’agit d’un autre exemple d’exercice, par le gouvernement fédéral, de sa compétence à l’égard d’un groupe métis, exercice fondé non pas sur le lien entre ce groupe et ses ancêtres européens, mais bien sur son ascendance indienne (motifs, paragraphes 424, 430 et 434).

[43] The Judge next considered the petition made in 1895 by Father Lacombe to the federal government that destitute “Half-breeds” receive land on which to settle. A reserve was proposed, consisting of four townships to be established, together with an industrial school. The proposal was approved, and a reserve and industrial school were established at St.-Paul-des-Métis in Alberta. The reserve was established exclusively for Métis; title to the reserve was held by the federal Crown. The Judge found that this project was not a policy accident. Rather, it was the use of powers similar to or arising from those exercised in regard to “Indians” under subsection 91(24) (reasons, paragraphs 437, 439 and 441).

[44] Next, the Judge considered federal liquor policy. In 1894, Parliament amended the *Indian Act* [*An Act further to amend “The Indian Act”, S.C. 1894, c. 32*] to broaden the specific provision dealing with persons who sold intoxicating liquor to an “Indian”. The problem Parliament sought to resolve was the difficulty encountered by the North-West Mounted Police in distinguishing between “Half-breeds and Indians in prosecutions for giving liquor to the latter”. The provision against the sale of intoxicating liquor was amended by adding “shall extend to and include any person ... who follows the Indian mode of life”. The Judge found this policy again confirmed that the federal government exercised jurisdiction over Métis and Non-Status Indians regardless of mixed ancestry, residence, membership or purported membership in a band or tribe (reasons, paragraphs 444, 446, 447 and 451).

[45] The 1958 amendment to the *Indian Act* [*An Act to amend the Indian Act, S.C. 1958, c. 19*], dealing with “half-breeds” whose ancestors took scrip was found by the Judge to be another example of federal legislation affecting Métis as a group or class which was founded on subsection 91(24) (reasons, paragraphs 453, 454, 457 and 458).

[43] Le juge s’est ensuite penché sur la demande présentée au gouvernement fédéral en 1895 par le père Lacombe pour que les « Sang-Mêlé » démunis reçoivent des terres où s’établir. Une réserve avait été alors proposée, formée de quatre cantons et comprenant une école industrielle. La proposition avait été approuvée, et une réserve ainsi qu’une école industrielle avaient été établies à Saint-Paul-des-Métis, en Alberta. Cette réserve était dédiée exclusivement aux Métis, le titre sur les terres de réserve devant être détenu par la Couronne fédérale. Selon le juge, ce projet n’était pas un cas fortuit; il traduisait plutôt l’exercice des pouvoirs conférés par la compétence à l’égard des « Indiens » en vertu du paragraphe 91(24), ou de pouvoirs semblables (motifs, paragraphes 437, 439 et 441).

[44] Le juge a ensuite examiné la politique fédérale en matière d’alcool. En 1894, le Parlement avait modifié l’*Acte des Sauvages* [*Acte contenant de nouvelles modifications à l’Acte des sauvages, S.C. 1894, ch. 32*] dans le but d’élargir la disposition portant sur les personnes vendant des boissons enivrantes à un « Indien ». Le Parlement cherchait à faciliter la tâche des agents de la Police à cheval du Nord-Ouest, qui éprouvaient des difficultés à distinguer [TRADUCTION] « les Sang-Mêlé [des] Indiens dans les poursuites criminelles intentées pour avoir offert de l’alcool à ces derniers ». La disposition interdisant la vente de boissons enivrantes avait été modifiée par l’ajout des mots « outre sa signification ordinaire [...] s’entendra de toute personne [...] qui vit à la façon des Sauvages ». Le juge a estimé que cette politique confirmait, une fois de plus, que le gouvernement fédéral exerçait sa compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits, sans égard à leur ascendance mixte, à leur lieu de résidence, à leur appartenance ou prétendue appartenance à une bande ou à une tribu (motifs, paragraphes 444, 446, 447 et 451).

[45] La modification apportée à la *Loi sur les Indiens* en 1958 [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1958, ch. 19*] relativement aux Métis dont les ancêtres avaient accepté un certificat, constituait, selon le juge, un autre exemple de législation fédérale à l’égard des Métis, en tant que groupe ou catégorie, qui était fondée sur le paragraphe 91(24) (motifs, paragraphes 453, 454, 457 et 458).

[46] Finally, the Judge accepted numerous examples of the federal government exercising jurisdiction over a broad range of persons with native ancestry, notwithstanding their lack of status under the *Indian Act*. One example the Court referenced was “red ticket Indians” who were excluded from the *Indian Act* in 1951 [S.C. 1951, c. 29] and later readmitted in 1985. Another example was the inclusion in 1984 of Aboriginal persons under the *Indian Act* who had been enfranchised (and therefore not given status) when Newfoundland and Labrador joined Confederation (reasons, paragraphs 460, 461, 466 to 467).

[47] The Judge found that this exercise of jurisdiction over Non-Status Indians and half-breeds, including Métis was based upon the understanding and acceptance by the Euro-Canadian population that the federal power could exercise jurisdiction over this wide range of people as “Indians”. In the Judge’s words, the “foregoing, established by conduct, the meaning of ‘Indian’ within subsection 91(24)” (reasons, paragraph 468).

(e) Modern Era

[48] The Court’s overview of modern era evidence primarily involved examining government documents which set out various positions as to whether subsection 91(24) extended to Métis and Non-Status Indians. The Judge cautioned, however, that this evidence was of less relevance because his determination of the meaning and scope of subsection 91(24) was based principally on the analysis of pre- and post-Confederation facts and the manner in which the federal government dealt with Métis and Non-Status Indians (reasons, paragraph 470).

[49] Based on his review of the evidence, the Judge concluded that post-patriation of the Constitution, the trend was for the federal government to generally accept that it had power to legislate in all domains in respect of

[46] Enfin, le juge a admis nombre d’exemples de l’exercice par le gouvernement fédéral de sa compétence à l’égard d’une diversité de personnes d’ascendance autochtone, malgré le fait qu’elles n’avaient pas le statut d’« Indiens » au titre de la *Loi sur les Indiens*. La Cour a notamment cité l’exemple des « Indiennes détentrices de coupons rouges » qui avaient perdu leur statut au titre de la *Loi sur les Indiens* en 1951 [S.C. 1951, ch. 29] et qui l’ont récupéré en 1985. Un autre exemple est celui de l’inclusion en 1984 des Autochtones qui avaient été émancipés au titre de la *Loi sur les Indiens* (et qui n’avaient donc pas obtenu de statut) lors de l’adhésion à la Confédération de la province de Terre-Neuve-et-Labrador (motifs, paragraphes 460, 461, 466 et 467).

[47] Le juge a conclu que l’exercice de la compétence à l’égard des Indiens non inscrits et des personnes métis-sées, y compris les Métis, reposait sur la compréhension et l’acceptation par la population d’origine européenne que le gouvernement fédéral était habilité à exercer sa compétence à l’égard de ce vaste ensemble d’individus désignés par le terme « Indiens ». Pour reprendre les propos du juge, les « éléments qui précèdent ont établi, par la conduite des parties en cause, la signification du terme “Indiens” au sens du paragraphe 91(24) » (motifs, paragraphe 468).

e) L’époque moderne

[48] Dans son survol de la preuve relative à l’époque moderne, la Cour s’est surtout attardée aux documents gouvernementaux faisant état de divers points de vue sur l’inclusion éventuelle dans le paragraphe 91(24) des Métis et des Indiens non inscrits. Le juge a toutefois précisé que ces éléments de preuve avaient peu de pertinence parce que son analyse du sens et de la portée du paragraphe 91(24) s’appuyait principalement sur l’analyse du contexte historique entourant la Confédération et sur la manière dont le gouvernement fédéral avait traité avec les Métis et les Indiens non inscrits (motifs, paragraphe 470).

[49] Selon le juge, la preuve révèle qu’après le rapatriement de la Constitution, le gouvernement fédéral était généralement disposé à accepter qu’il possédait le pouvoir de légiférer dans tous les domaines concernant les

Métis and Non-Status Indians under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (reasons, paragraphs 492 and 493). The government’s position hardened in or about 1984, and its position became that subsection 91(24) did not confer jurisdiction to legislate in respect of Métis and Non-Status Indians (reasons, paragraphs 501 and 507). Despite this position, the government continued to move certain Aboriginal people in and out of Indian status, in apparent recognition and exercise of its jurisdiction under subsection 91(24) (reasons, paragraph 512).

(f) Treaties and Half-breeds

[50] The last historical evidence related to the admission by both parties “that half-breeds were from time to time either offered treaty protection in lieu of land grants or were moved in and out of treaty for various reasons.” In the Judge’s view, the importance of this evidence was that receiving treaty protection and benefits is directly related to being an “Indian” for purposes of the Constitution. Treaties are not made or implemented with other groups in Canadian society (reasons, paragraph 513).

[51] Ultimately, the Judge found that the weight of the evidence was that Métis were both included and excluded from recognized Indian status in accordance with changing government policies. The Judge further concluded that the federal government adopted these flexible policies because it could and that “it was assumed, implied and accepted that the federal government could do so because Métis were ‘Indians’ under subsection 91(24)” (reasons, paragraph 525).

(iii) The Judge’s analysis

[52] Relying upon *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, the Judge found that the purposive approach (which the Judge referred to as the “living tree” doctrine) provided the correct approach to interpreting subsection 91(24) (reasons, paragraph 538).

[53] Applying the purposive approach in the light of the decision in *Reference whether “Indians” includes*

Métis et les Indiens non inscrits en vertu du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (motifs, paragraphes 492 et 493). Le gouvernement a durci sa position vers 1984, pour en arriver à la position que le paragraphe 91(24) ne lui conférait pas la compétence d’adopter des lois concernant les Métis et les Indiens non inscrits (motifs, paragraphes 501 et 507). Il a malgré tout continué d’accorder ou de retirer le statut d’Indien inscrit à certains groupes autochtones, ce qui apparaissait comme la reconnaissance et l’exercice de sa compétence au titre du paragraphe 91(24) (motifs, paragraphe 512).

f) Les traités et les Métis

[50] Enfin, les deux parties ont reconnu que « les métis s’étaient vus offrir la protection conférée par un traité en remplacement de concessions de terres, ou étaient inclus et exclus d’un traité pour diverses raisons ». Selon le juge, cet élément de preuve est important, puisque le bénéfice d’un traité prévoyant une protection et des avantages était directement lié au fait d’être un « Indien » au sens de la Constitution. Il n’y a pas eu de traités conclus ou mis en œuvre avec d’autres groupes de la société canadienne (motifs, paragraphe 513).

[51] Le juge a finalement conclu que l’essentiel de la preuve démontrait que les Métis avaient eu droit ou non au statut d’Indien au gré des changements dans les politiques gouvernementales. Il a également jugé que le gouvernement fédéral avait adopté ces politiques changeantes parce qu’il en avait le pouvoir et « qu’il était présumé, implicite et reconnu que le gouvernement fédéral avait la compétence de ce faire, car les Métis étaient des “Indiens” au sens du paragraphe 91(24) » (motifs, paragraphe 525).

iii) L’analyse effectuée par le juge

[52] En se fondant sur le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, le juge a estimé que l’approche téléologique (qu’il a appelée la doctrine de l’« arbre vivant ») était l’approche à retenir pour interpréter le paragraphe 91(24) (motifs, paragraphe 538).

[53] En appliquant l’approche téléologique, et tenant compte du renvoi *Reference whether “Indians”*

“*Eskimo*”, [1939] S.C.R. 104 (*Re Eskimo Reference*), the Judge accepted that the purposes of the Indian power included:

- The intent to control all people of Aboriginal heritage in the new territories of Canada.
- Assisting with the expansion and settlement of the West, including the construction of the transcontinental railway.

[54] Absent a broad power over a broad range of people sharing a Native hereditary base, the federal government would have had difficulty accomplishing the expansion and settlement of the West (reasons, paragraph 566).

[55] Relying upon *Attorney General of Canada et al. v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, at page 207 of the Supreme Court Reports, the Judge viewed subsection 91(24) as a race-based power (reasons, paragraph 568); both Non-Status Indians and Métis were found to be connected to the “racial classification ‘Indian’ by way of marriage, filiation and most clearly, intermarriage” (reasons, paragraph 531). In the Judge’s further view, the single most distinguishing feature of Non-Status Indians and Métis is that of their “Indianness”, not language, religion or connection to European heritage (reasons, paragraph 532).

[56] The Judge then distinguished *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236 on the ground that in its decision the Supreme Court expressly left open for another day the question of whether the term “Indians” in subsection 91(24) includes the Métis (reasons, paragraphs 573 to 574). The Judge also found that the decision in *Blais* was limited in *Reference re Same-Sex Marriage*, above, as a decision based on a constitutional agreement and not a head of power, which involves different considerations and interpretative principles: in particular, a purposive, progressive approach (reasons, paragraph 578).

includes “*Eskimo*”, [1939] R.C.S. 104 (*Renvoi sur les Esquimaux*), le juge a identifié les objectifs de la compétence sur les Indiens comme étant les suivants :

- l’intention d’avoir le contrôle sur tous les individus d’ascendance autochtone dans les nouveaux territoires du Canada;
- l’assistance au développement et à la colonisation de l’Ouest, qui incluait notamment la construction du chemin de fer transcontinental.

[54] Le gouvernement fédéral serait difficilement parvenu à développer et coloniser l’Ouest sans une large compétence sur un grand ensemble d’individus ayant en commun leur ascendance autochtone (motifs, paragraphe 566).

[55] Se fondant sur l’arrêt *Procureur général du Canada et al. c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170 [à la page 207], le juge a estimé que le paragraphe 91(24) prévoyait une compétence basée sur la race (motifs, paragraphe 568). Selon le juge, les Indiens non inscrits et les Métis étaient apparentés à la « catégorie raciale des “Indiens” par la voie du mariage, de la filiation et, plus clairement, du mariage entre Indiens et non-Indiens » (motifs, paragraphe 531). Le juge a également estimé que la principale caractéristique distinctive des Indiens non inscrits et des Métis était leur « quiddité indienne », et non leur langue, leur religion ou leur lien avec leur patrimoine européen (motifs, paragraphe 532).

[56] Le juge a ensuite établi une distinction avec l’arrêt *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, où la Cour suprême avait refusé de trancher la question de savoir si les Métis étaient inclus dans la portée du terme « Indiens » au paragraphe 91(24) (motifs, paragraphes 573 et 574). Le juge a également conclu que le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, a limité la portée de l’arrêt *Blais* comme étant un arrêt fondé sur un accord constitutionnel, et non un arrêt intéressant un chef de compétence, qui entraîne l’application de facteurs et de principes d’interprétation différents, plus particulièrement une approche téléologique et évolutive (motifs, paragraphe 578).

[57] Finally, the Judge rejected the defendants' argument that the Métis could not be included within subsection 91(24) because they were separately enumerated in section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Judge concluded that while Inuit are also separately enumerated in section 35, there was no reason to believe that *Re Eskimo Reference* was no longer sound law. Further, in the Judge's view the Supreme Court's recent decision in *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670 supported the distinction between subsection 91(24) and section 35 (reasons, paragraphs 593 to 598).

[58] Ultimately the Judge concluded that the "case for inclusion of Non-Status Indians in subsection 91(24) is more direct and clear than in respect of Métis. The situation of the Métis is more complex and more diverse and must be viewed from a broad perspective. On balance, the Court also concludes that Métis are included in subsection 91(24)" (reasons, paragraph 600). As a result, the plaintiffs were granted a declaration to that effect.

[59] The Judge then went on to consider the second and third declarations sought by the plaintiffs.

[60] In respect of the declaration that the federal Crown owed a fiduciary duty to the Métis and Non-Status Indians, the Judge noted that there was no dispute that the Crown is in a fiduciary relationship with Aboriginal people pursuant to section 35 of the *Constitution Act, 1982*. This duty also flowed from the declaration that Métis and Non-Status Indians are "Indians" within subsection 91(24), because such relationships engage the honour of the Crown. However, the Judge noted that not every aspect of a fiduciary relationship results in a fiduciary duty. It was problematic that the declaration sought by the plaintiffs was made without reference to what duty was breached. In the absence of such specification, the second declaration would have no utility, and the Judge was not prepared to make a general statement about fiduciary duties. Thus, the Judge

[57] Enfin, le juge a rejeté l'argument des défendeurs selon lequel les Métis ne pouvaient pas être inclus dans la portée du paragraphe 91(24) puisqu'ils sont mentionnés séparément dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge a conclu que bien que les Inuits soient eux aussi mentionnés séparément dans l'article 35, il n'y a aucune raison de croire que le *Renvoi sur les Esquimaux* n'est plus fondé en droit. De plus, selon le juge, l'arrêt récent de la Cour suprême *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, conforte l'idée d'établir une distinction entre le paragraphe 91(24) et l'article 35 (motifs, paragraphes 593 à 598).

[58] Le juge a finalement conclu que « [l]es arguments en faveur de l'inclusion des Indiens non inscrits dans la portée du paragraphe 91(24) sont plus directs et évidents que ceux à l'égard de l'inclusion des Métis. La situation des Métis est plus complexe et plus variée, et doit être examinée dans une perspective d'ensemble. Tout bien considéré, la Cour conclut aussi que les Métis sont inclus dans la portée du paragraphe 91(24) » (motifs, paragraphe 600). Par conséquent, le juge a prononcé un jugement déclaratoire en ce sens en faveur des demandeurs.

[59] Le juge s'est ensuite penché sur les deuxième et troisième jugements déclaratoires sollicités par les demandeurs.

[60] En ce qui concerne le jugement déclarant que la Couronne fédérale avait une obligation fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits, le juge a noté que l'existence d'une relation fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas contestée. L'obligation fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits découle du jugement déclaratoire portant que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24), parce que cette relation fiduciaire met en jeu l'honneur de la Couronne. Toutefois, le juge a fait remarquer qu'une relation fiduciaire ne donne pas forcément naissance à une obligation fiduciaire. En l'espèce, il est problématique que les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire sans préciser quelle obligation aurait fait

refused to grant the second declaration (reasons, paragraphs 602 to 609).

[61] Finally, the Judge also found insufficient context to make any declaration on Canada's duty to negotiate and consult with the Métis and Non-Status Indians. Without reference to a specific matter to be consulted on, or negotiated with, the Judge concluded that a general declaration would be abstract and not useful. Thus, the third declaration was also refused (reasons, paragraphs 610 to 617).

6. Consideration of the Issues

- (i) Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of either the Métis or Non-Status Indians?

(a) Applicable legal principles

[62] Declaratory relief is a discretionary remedy (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pages 832 to 833). The test for appellate review of judicial discretion is whether the judge at first instance gave sufficient weight to all of the relevant considerations (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at paragraph 43).

[63] In exercising its discretion, a court is to be influenced by two factors: the utility of the remedy, if granted, and whether the declaration will settle a real issue between the parties (*Solosky*, at page 832).

[64] To obtain declaratory relief a party must establish:

- (i) The Court has jurisdiction over the issue.

l'objet d'un manquement. En l'absence d'une telle précision, le deuxième jugement déclaratoire ne serait d'aucune utilité et il serait inopportun de faire des affirmations générales en matière d'obligations fiduciaires. Le juge a donc refusé de prononcer le deuxième jugement déclaratoire recherché (motifs, paragraphes 602 à 609).

[61] Enfin, le juge a également conclu que le contexte ne lui permettait pas de prononcer un jugement déclaratoire quant à l'obligation du Canada de consulter et de négocier avec les Métis et les Indiens non inscrits. Selon le juge, sans mention d'une question précise devant faire l'objet d'une consultation ou d'une négociation, un jugement déclaratoire serait abstrait et sans utilité. Par conséquent, le juge a également refusé de prononcer le troisième jugement déclaratoire recherché (motifs, paragraphes 610 à 617).

6. L'examen des questions en litige

- i) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Métis ou celui concernant les Indiens non inscrits?

a) Les principes juridiques applicables

[62] Le jugement déclaratoire est un redressement discrétionnaire (*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, aux pages 832 et 833). Le critère en matière de contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire est celui de savoir si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à tous les éléments pertinents (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 43).

[63] Les deux facteurs qui vont influencer le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sont l'utilité du redressement, s'il est accordé, et la question de savoir si le jugement réglera une véritable question en litige entre les parties (*Solosky*, à la page 832).

[64] Pour obtenir un jugement déclaratoire, une partie doit établir :

- i) Que le tribunal a compétence sur l'objet en litige;

(ii) The question before the Court is real and not theoretical.

(iii) The party has a genuine interest to raise the question.

(*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraph 46.)

(ii) Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of the Métis?

(a) Did the declaration lack practical utility?

[65] The appellants argue that the declaration lacks practical utility because:

- It does not relate to the constitutionality of actual or proposed legislation.
- It does not settle the issue of constitutional responsibility because subsection 91(24) does not create responsibilities or obligations to legislate, nor does it compel the federal government to provide the Métis access to the same programs and services as Status Indians.
- With or without the declaration, the federal government has the authority to extend programs and resources to the Métis under the federal spending power.

[66] I begin consideration of this issue by noting that the appellants do not allege that the Judge erred in law in setting out the factors which were to guide his discretion. Instead, they challenge his exercise of discretion on the ground that the declaration lacks practical utility. It follows that this Court may only intervene if the Judge gave insufficient weight to all of the relevant considerations. For the four reasons that follow, the appellants have failed to establish any reviewable error in the Judge's exercise of discretion not to withhold declaratory relief in respect of the Métis.

ii) Que la question dont le tribunal est saisi est une question réelle et non pas simplement théorique;

iii) Qu'elle a un intérêt véritable à soulever la question.

(*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, au paragraphe 46.)

ii) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Métis?

a) Le jugement déclaratoire est-il dépourvu d'utilité pratique?

[65] Les appelants prétendent que le jugement déclaratoire est dépourvu d'utilité pratique, car :

- Il ne se rapporte pas à la validité constitutionnelle d'une législation actuelle ou proposée.
- Il ne permet pas de trancher la question de la responsabilité constitutionnelle, parce que le paragraphe 91(24) ne crée pas de responsabilité ou d'obligation de légiférer, pas plus qu'il ne contraint le gouvernement fédéral à donner aux Métis accès aux mêmes programmes et services que ceux offerts aux Indiens inscrits.
- Le gouvernement fédéral a compétence pour étendre ses programmes et ses services aux Métis au titre du pouvoir fédéral de dépenser, et ce, que le jugement déclaratoire soit rendu ou non.

[66] Je commencerais l'examen de cette question en faisant remarquer que les appelants n'allèguent pas que le juge a commis une erreur de droit dans son exposé des facteurs qui allaient orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Ils contestent plutôt l'exercice du pouvoir discrétionnaire, au motif que le jugement déclaratoire est dépourvu d'utilité pratique. Il s'ensuit que la Cour peut intervenir uniquement si le juge n'a pas accordé suffisamment d'importance à tous les éléments pertinents. Pour les quatre motifs qui suivent, les appelants n'ont pas réussi à établir l'existence d'une erreur susceptible de contrôle dans l'exercice qu'a fait le juge de son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire à l'égard des Métis.

[67] First, I accept the submission of the respondents that the first declaration is similar to the declaration granted by the Supreme Court of Canada in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623.

[68] In *Manitoba Metis Federation*, the plaintiffs advanced a collective claim for declaratory relief. The majority of the Court noted that, in an appropriate case, a declaration may be granted in aid of extrajudicial relief. The majority of the Court went on to find that in the case before it the plaintiffs sought declaratory relief in order to assist them in extrajudicial negotiations with the Crown in pursuit of the overarching constitutional goal of reconciliation reflected in section 35 of the *Constitution Act, 1982*. Ultimately, the majority concluded that the plaintiffs were entitled to a declaration that the federal Crown had failed to implement the land grant provision contained in section 31 of the *Manitoba Act, 1870* [S.C. 1870, c. 3 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8] in accordance with the honour of the Crown.

[69] It follows from this decision that, as a matter of law, a challenge to the constitutionality of actual or proposed legislation is not a condition precedent to the issuance of a declaration. Similarly, a declaration does not lack practical utility simply because it does not create an enforceable obligation to enact legislation.

[70] Second, the appellants' argument that the declaration lacks practical utility is contradicted by findings of fact made by the Judge that are not challenged on appeal. Those findings include:

- The federal government acknowledged (reasons, paragraph 26):

The Métis and non-status Indian people, lacking even the protection of the Department of Indian Affairs and Northern Development, are far more exposed to discrimination and other social disabilities. It is true to say that in the absence of

[67] Tout d'abord, j'accepte l'observation des intimés selon laquelle le premier jugement déclaratoire est similaire à celui prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623.

[68] Dans cet arrêt, les demandeurs avaient présenté une demande collective en vue d'obtenir un jugement déclaratoire. Les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont fait remarquer que, dans un cas qui s'y prête, un jugement déclaratoire peut être accordé à l'appui d'une réparation extrajudiciaire. Ils ont ensuite conclu que, dans l'affaire dont ils étaient saisis, les demandeurs sollicitaient un jugement déclaratoire pour faciliter leurs négociations extrajudiciaires avec la Couronne en vue de réaliser l'objectif constitutionnel global de réconciliation inscrit dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En fin de compte, les juges majoritaires ont conclu que les demandeurs avaient droit à un jugement déclarant que la Couronne fédérale n'avait pas mis en œuvre de façon honorable la disposition prévoyant la concession de terres énoncée à l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* [S.C. 1870, ch. 3 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 8].

[69] Il découle de cet arrêt que, sur le plan juridique, une contestation quant à la validité constitutionnelle d'une législation actuelle ou proposée n'est pas une condition préalable au prononcé d'un jugement déclaratoire. Dans la même veine, un jugement déclaratoire n'est pas dépourvu d'utilité pratique pour la simple raison qu'il ne crée pas une obligation exécutoire d'adopter une loi.

[70] Dans un deuxième temps, l'argument des appelants selon lequel le jugement déclaratoire serait dépourvu d'utilité pratique est contredit par les conclusions de fait tirées par le juge qui ne sont pas remises en cause dans le cadre du présent appel. Parmi ces conclusions, on retrouve notamment :

- Le gouvernement fédéral a reconnu que (motifs, paragraphe 26) :

[TRADUCTION] Les Métis et les Indiens non inscrits, qui n'ont même pas la protection du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, sont beaucoup plus exposés à la discrimination et aux autres troubles sociaux. Il est exact d'affirmer

Federal initiative in this field they are the most disadvantaged of all Canadian citizens.

- The federal government largely accepted constitutional jurisdiction over the Métis until the mid-1980s, when matters of policy and financial concerns changed that acceptance (reasons, paragraph 27).

- The Royal Commission on Aboriginal Peoples recognized the existence of a real jurisdictional issue and called for the federal government to bring a reference, particularly in respect of the Métis, to determine whether subsection 91(24) applied to the Métis people (reasons, paragraph 57).

- A government document entitled “Royal Commission on Aboriginal Peoples Final Report Comprehensive Assessment for Cabinet Purposes” concluded that it would be premature to embrace the Commission’s recommendation to negotiate Métis claims to lands and resources in the absence of a higher court decision on, among other things, the division of federal-provincial liability (reasons, paragraph 58).

- The Métis and Non-Status Indians were not supplied with services while governments fought about jurisdiction, principally a fight about who bore financial responsibility (reasons, paragraphs 87 and 107).

- The political/policy wrangling between the federal and provincial governments produced a large population of collaterally damaged Métis and Non-Status Indians. As a result, they are deprived of programs, services and intangible benefits all governments recognize are needed (reasons, paragraph 108).

- The resolution of constitutional responsibility has the potential to bring clarity to the respective responsibilities of the different levels of government (reasons, paragraph 110).

que l’absence d’une initiative fédérale dans ce domaine fait en sorte qu’ils sont les plus désavantagés de tous les citoyens canadiens.

- Le gouvernement fédéral a largement accepté sa compétence constitutionnelle à l’égard des Métis, et ce, jusqu’au milieu des années 1980, alors que des questions d’ordre politique et financier l’ont fait revenir sur sa position (motifs, paragraphe 27).

- La Commission royale sur les peuples autochtones a reconnu l’existence d’un véritable litige quant à la compétence et elle a appelé le gouvernement fédéral à faire un renvoi à cet égard, principalement dans le but de trancher la question de savoir si le paragraphe 91(24) s’applique aux Métis (motifs, paragraphe 57).

- Il était conclu, dans l’évaluation exhaustive du Rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones, un document gouvernemental à l’attention du Cabinet, qu’il serait prématuré d’adhérer à la recommandation de la Commission d’amorcer des négociations au sujet des revendications des Métis, avant que les tribunaux ne se prononcent définitivement sur le partage de la responsabilité entre le fédéral et les provinces (motifs, paragraphe 58).

- Les Métis et les Indiens non inscrits étaient privés de services pendant que les gouvernements se disputaient au sujet du partage de compétence, et plus particulièrement de l’allocation de la responsabilité financière (motifs, paragraphes 87 et 107).

- Les querelles politiques et de principes entre le gouvernement fédéral et les provinces ont causé des dommages collatéraux à un grand nombre de Métis et d’Indiens non inscrits. De fait, ils ont été privés de programmes, de services et d’avantages non tangibles que tous les gouvernements reconnaissent comme étant nécessaires (motifs, paragraphe 108).

- Le règlement de la question de la responsabilité constitutionnelle est aussi susceptible de clarifier les responsabilités des différents paliers de gouvernement (motifs, paragraphe 110).

• The recognition of Métis as Indians under subsection 91(24) should accord a further level of respect and reconciliation by removing the constitutional uncertainty surrounding the Métis (reasons, paragraph 568).

[71] Third, the appellants' assertion that the federal government has authority to extend programs and resources to the Métis under the federal spending power is undercut by the Judge's finding of fact that the absence of jurisdictional certainty has led to disputes between the federal and provincial governments that have resulted in the Métis being deprived of many necessary programs and resources.

[72] Finally, the respondents' claim extended beyond a claim to programs and services available under the federal spending power. The claim put in issue, among other things, the failure of the federal government to negotiate or enter treaties with respect to unextinguished Aboriginal rights, or agreements with respect to other Aboriginal matters or interests analogous to those treaties and agreements which the federal government has negotiated and/or entered into with status Indians (fresh as amended statement of claim, paragraph 26(d)). Related to this aspect of the claim is the evidence, referenced above, that in the absence of higher court authority on the division of federal-provincial liability, the federal government was not prepared to negotiate Métis claims as recommended by the Royal Commission on Aboriginal Peoples.

[73] For these reasons, the Judge did not issue a declaration that lacked practical utility.

(iii) Did the Federal Court err by issuing the declaration in respect of Non-Status Indians?

(a) Did the declaration lack practical utility?

[74] In my respectful view, when granting the declaration sought by the respondents as it related to Non-Status

• La reconnaissance du fait que les Métis sont visés par le paragraphe 91(24) favoriserait le respect et la réconciliation en dissipant l'incertitude du statut constitutionnel des Métis (motifs, paragraphe 568).

[71] Troisièmement, l'affirmation des appelants selon laquelle le gouvernement fédéral a compétence pour étendre ses programmes et ses ressources aux Métis au titre du pouvoir fédéral de dépenser est sapée par la conclusion factuelle du juge que l'incertitude entourant la compétence constitutionnelle a entraîné des litiges entre le gouvernement fédéral et les provinces qui ont privé les Métis de nombreux programmes et services nécessaires.

[72] En dernier lieu, les intimés revendiquaient davantage que des programmes ou des services au titre du pouvoir fédéral de dépenser. Les intimés reprochaient également au gouvernement fédéral d'avoir omis de négocier ou de conclure des traités concernant leurs droits ancestraux non éteints, ainsi que des ententes relatives aux autres questions ou intérêts autochtones afférentes à ces traités — ententes que le gouvernement fédéral avait pourtant négociées et/ou conclues avec les Indiens inscrits (nouvelle déclaration modifiée, alinéa 26d)). Cette revendication va de pair avec la preuve, que mentionne la Cour, à l'effet que le gouvernement fédéral n'était pas disposé à négocier avec les Métis au sujet de leurs revendications, comme l'avait recommandé la Commission royale sur les peuples autochtones, en l'absence d'une décision d'instance supérieure sur le partage des responsabilités entre le fédéral et les provinces.

[73] Pour tous ces motifs, je conclus que le jugement déclaratoire prononcé par le juge n'était pas dépourvu d'utilité.

iii) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en prononçant le jugement déclaratoire concernant les Indiens non inscrits?

a) Le jugement déclaratoire est-il dépourvu d'utilité pratique?

[74] En toute déférence, le juge a omis de considérer suffisamment les facteurs pertinents qui l'auraient

Indians, the Judge failed to give adequate consideration to relevant factors that would have led him to conclude the declaration lacked practical utility.

[75] Unlike the Métis, who are a distinct Aboriginal people, it is common ground that Non-Status Indians are, broadly speaking, Indians without status under the *Indian Act*. During oral argument, counsel for the appellants conceded that the group of people characterized as Non-Status Indians are those to whom status could be granted by federal legislation, assuming the legislation did not exceed the limits of subsection 91(24). The definition as conceded by the appellants in oral argument necessarily includes Non-Status Indians within that head of power.

[76] Parliament's authority to grant or withhold Indian status arises from subsection 91(24) (*Canard*, at page 207 of the *Supreme Court Reports*). In order for Parliament to grant status under the *Indian Act*, the person receiving status must be an Indian under the Constitution. In that sense, the *Indian Act* does not exhaustively define who is an Indian for the purposes of the division of powers; this is exemplified by subsection 4(1) of the *Indian Act*, which withholds status from the Inuit, notwithstanding their inclusion as "Indians" under subsection 91(24) (see *Re Eskimo Reference*). Therefore, if Parliament can grant status to a person under subsection 91(24), that person is necessarily an "Indian" within the meaning of that section. In the result, a declaration that Non-Status Indians who could be granted status through subsection 91(24) are Indians for the purpose of that section is redundant and lacks practical utility.

[77] It is also inappropriate to grant a declaration clarifying the limits of who may be considered an Indian notwithstanding their exclusion from the *Indian Act*. The reasons for excluding people from Indian status are complex, far-ranging and often unrelated to one another. As the Judge noted at paragraph 115 of his reasons, one situation which created Non-Status Indians were problems recording names during the treaty process and fear of the treaty process itself. The result was that some names were not recorded and those individuals were not

conduit à conclure que le jugement déclaratoire réclamé par les intimés en ce qui a trait aux Indiens non inscrits était dépourvu d'utilité pratique.

[75] Contrairement aux Métis, qui sont un peuple autochtone distinct, il est convenu que les Indiens non inscrits sont, de manière générale, des Indiens n'ayant pas de statut au titre de la *Loi sur les Indiens*. Au cours des plaidoiries, le procureur des appelants a admis que le groupe des Indiens non inscrits est composé de personnes qui pourraient obtenir un statut en vertu d'une loi fédérale, dans la mesure où la loi en question n'outrepasse pas les limites du paragraphe 91(24). Cette définition, qui fut admise par les appelants au cours des plaidoiries, entraîne nécessairement l'inclusion des Indiens non inscrits dans ce chef de compétence.

[76] Le pouvoir du Parlement d'accorder ou de retirer le statut d'Indien découle du paragraphe 91(24) (arrêt *Canard*, à la page 207 du *Recueil des arrêts de la Cour suprême*). Pour obtenir le statut au titre de la *Loi sur les Indiens*, une personne doit d'abord être un Indien au sens de la Constitution. En ce sens, la *Loi sur les Indiens* ne définit pas de manière exhaustive qui est un Indien aux fins du partage des compétences; le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit que le statut d'Indien n'est pas accordé aux Inuits — bien que ces derniers soient des Indiens au sens du paragraphe 91(24) (voir *Renvoi sur les Esquimaux*) —, illustre bien cette situation. Par conséquent, une personne qui se voit accorder le statut d'Indien en vertu du paragraphe 91(24) est nécessairement un Indien au sens de cette disposition. Partant, un jugement déclarant que sont Indiens les Indiens non inscrits admissibles au statut d'Indien au titre du paragraphe 91(24) serait redondant et dépourvu d'utilité pratique.

[77] Il ne convient pas non plus de prononcer un jugement déclaratoire précisant qui peut être considéré comme un Indien bien que la *Loi sur les Indiens* lui soit inapplicable. Les raisons pour lesquelles des personnes sont privées du statut d'Indien sont complexes, variées et souvent indépendantes les unes des autres. Au paragraphe 115 de ses motifs, le juge cite comme exemples les problèmes de consignation des noms au cours de la négociation des traités et la crainte qu'inspirait tout le processus chez certains. Par conséquent, les personnes

recognized as having status under the *Indian Act*. Other people were recognized as having status, but lost or gave up that status for various reasons, such as the many Indian women who lost status by marrying non-Aboriginal men.

[78] In that regard, to determine the limits of the word “Indian” as it pertains to Non-Status Indians under the division of powers it is necessary to analyse the reason each class of individual was excluded from the *Indian Act* on a case-by-case basis. To the extent that exclusions, or for that matter inclusions, are within the limits of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, they can be validly imposed. Otherwise such exclusions are outside the limits of Parliament’s powers and are, therefore, invalid. This question can only be answered after reviewing the particular reason for each exclusion.

[79] It follows that Non-Status Indians as a group do not lend themselves to the declaration of general application sought by the respondents. However the matter is considered, no purpose is served by addressing the question on the generic basis proposed: the declaration lacks utility and will not settle any issue between Non-Status Indians and the federal government. In consequence, the Judge ought not to have granted the declaration as it pertains to Non-Status Indians. I would therefore set aside the declaration as it applies to Non-Status Indians.

(iv) Is the declaration as it relates to the Métis unfounded in fact and law?

(a) Standard of review

[80] The scope of subsection 91(24) is a question of law reviewable for correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 36 and 37). Determining if the definition of Métis adopted by the Judge accords with Supreme Court jurisprudence is an extricable question of law which is also reviewed on

dont les noms n’ont pas été consignés, pour l’une ou l’autre raison, n’ont pas été reconnues comme Indiens inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens*. D’autres personnes s’étaient vues accorder le statut, mais l’ont perdu ou abandonné pour divers motifs, telles les nombreuses femmes autochtones qui ont perdu leur statut en épousant un homme non autochtone.

[78] À cet égard, pour cerner les contours du terme « Indien » en ce qui a trait aux Indiens non inscrits dans le contexte du partage des compétences, il est nécessaire d’analyser, au cas par cas, les motifs pour lesquels chaque groupe de personnes a été exclu de l’application de la *Loi sur les Indiens*. Ces exclusions ou inclusions peuvent être validement imposées dans la mesure où elles respectent les limites du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À défaut de respecter ces limites, elles seront considérées outrepasser les pouvoirs conférés au Parlement et seront par conséquent invalides. Il n’est possible de répondre à cette question qu’après avoir examiné le motif précis de chacune des exclusions.

[79] Il s’ensuit que les Indiens non inscrits, en tant que groupe, ne se prêtent pas au jugement déclaratoire d’application générale sollicité par les intimés. Peu importe l’angle adopté, il ne servirait à rien d’aborder la question de la manière proposée : le jugement déclaratoire est dépourvu d’utilité et ne réglerait aucun litige entre les Indiens non inscrits et le gouvernement fédéral. Par conséquent, le juge n’aurait pas dû faire droit à la demande de jugement déclaratoire en ce qui concerne les Indiens non inscrits.

(iv) Le jugement déclaratoire concernant les Métis est-il erroné en fait et en droit?

a) La norme de contrôle applicable

[80] La portée du paragraphe 91(24) est une question de droit, susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 36 et 37). Déterminer si la définition de Métis adoptée par le juge est conforme à la jurisprudence de la Cour suprême est

the correctness standard (*R. v. Hirsekorn*, 2012 ABCA 21, 524 A.R. 57, at paragraph 14).

(b) The asserted errors

[81] In support of their submission that the declaration is unfounded in fact and law, the appellants assert the Judge erred in:

- adopting a definition of Métis that is contrary to history and the jurisprudence of the Supreme Court;
- failing to follow the proper approach to constitutional analysis mandated by the Supreme Court; and
- granting a declaration that will create uncertainty about the jurisdiction of Parliament and the provincial legislatures.

[82] For the reasons that follow, these assertions are unfounded.

(c) Did the Judge adopt a definition of Métis that is contrary to history and the jurisprudence of the Supreme Court?

[83] The parties disagree on how the Judge defined Métis. In particular, the appellants argue the Judge defined Métis at paragraph 117 of his reasons, while the respondents submit this paragraph simply described a definition offered in a federal government document; according to the respondents, this description focused on the factual existence of a “core group” of Métis and Non-Status Indians, and did not constitute a legal definition.

[84] At paragraph 130 of his reasons, the Judge stated that the persons described in paragraph 117 of his reasons are Métis for the purpose of the requested declarations. Paragraph 117, in turn, described “a group of Native people who maintained a strong affinity for their Indian heritage without possessing Indian status. Their ‘Indianness’ was based on self-identification and group

une pure question de droit qui doit elle aussi être révisée selon la norme de la décision correcte (*R. v. Hirsekorn*, 2012 ABCA 21, 524 A.R. 57, au paragraphe 14).

b) Les erreurs alléguées

[81] Les appelants affirment, à l’appui de leur argument selon lequel le jugement déclaratoire est erroné en fait et en droit, que le juge a commis les erreurs suivantes :

- Il a adopté une définition de Métis qui va à l’encontre des faits historiques ainsi que des précédents de la Cour suprême du Canada;
- Il a omis de suivre l’approche prescrite par la Cour suprême du Canada quant à l’analyse constitutionnelle;
- Il a prononcé un jugement déclaratoire qui créerait de l’incertitude à propos de la compétence du Parlement et de celle des législatures provinciales.

[82] Ces prétentions ne sont pas fondées, pour les motifs qui suivent.

c) Le juge a-t-il adopté une définition de Métis qui va à l’encontre de l’histoire ainsi que des précédents de la Cour suprême du Canada?

[83] Les parties ne s’entendent pas quant à la manière dont le juge a défini les Métis. Plus précisément, les appelants prétendent que le juge a défini les Métis au paragraphe 117 de ses motifs, alors que les intimés soutiennent que ce paragraphe ne faisait que reprendre une définition contenue dans un document du gouvernement fédéral, laquelle mettait l’accent sur l’existence factuelle d’un « groupe de base » de Métis et d’Indiens non inscrits, sans chercher à les définir sur le plan juridique.

[84] Au paragraphe 130 de ses motifs, le juge a déclaré que les personnes décrites au paragraphe 117 de ses motifs sont des Métis aux fins des jugements déclaratoires sollicités. Le paragraphe 117, de son côté, décrivait « un groupe d’Autochtones ayant maintenu une forte affinité avec leur patrimoine indien, sans toutefois être des Indiens inscrits. Leur “quiddité indienne” reposait

recognition.” In my opinion, paragraph 130 makes it clear that the Judge defined Métis in these terms, at least for the purpose of the relief he ultimately granted.

[85] In that regard, the appellants submit that the Supreme Court has previously concluded that history demonstrates the Métis are a distinct Aboriginal people, related to, but different from, their Indian forbearers. The appellants further submit that by defining the Métis in relation to their “Indianness”, the Judge’s definition is contrary to the notion of the Métis as a distinct Aboriginal people and inconsistent with four decisions of the Supreme Court: *Powley*; *Blais*; *Cunningham*; and *Manitoba Metis Federation*.

[86] With respect, the appellants’ submissions misread the Judge’s reasons.

Powley; *Cunningham*; and *Manitoba Metis Federation*

[87] To date, *Powley* is the leading authority on the meaning of Métis. At paragraph 10 of its reasons the Supreme Court concluded that the term Métis as used in section 35 of the *Constitution Act, 1982* “does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, way of life and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forbearers.” This was reaffirmed in *Cunningham* and *Manitoba Metis Federation*.

[88] I agree with the appellants that the definition advanced by the Judge is problematic. It lacks clarity and is open to at least three interpretations, one of which I believe is contrary to history and the jurisprudence of the Supreme Court.

sur l’auto-identification et la reconnaissance par le groupe ». À mon avis, il ressort clairement du paragraphe 130 que le juge a défini les Métis en ces termes, à tout le moins pour les fins du redressement qu’il a ultimement accordé.

[85] À cet égard, les appelants rappellent que la Cour suprême du Canada a conclu que l’histoire démontre que les Métis sont un peuple autochtone distinct, apparenté à leurs précurseurs Indiens, mais différent de ceux-ci. Les appelants soutiennent en outre que la définition du juge, qui s’appuie sur la « quiddité indienne » des Métis, contredit l’idée selon laquelle les Métis sont un peuple autochtone distinct. Elle serait donc incompatible avec les arrêts *Powley*; *Blais*; *Cunningham*; et *Manitoba Metis Federation* de la Cour suprême.

[86] En toute déférence, ces arguments reposent sur une interprétation erronée des motifs du juge.

Les arrêts *Powley*; *Cunningham*; et *Manitoba Metis Federation*

[87] À ce jour, l’arrêt *Powley* de la Cour suprême du Canada demeure l’arrêt de principe en ce qui concerne l’interprétation du terme Métis. Au paragraphe 10 de ses motifs, la Cour suprême concluait que le terme Métis, tel qu’employé à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, « ne vise pas toutes les personnes d’ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes, façons de vivre et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d’une part et de leurs ancêtres européens d’autre part ». Cette conclusion a été réaffirmée dans les arrêts *Cunningham* et *Manitoba Metis Federation*.

[88] Je conviens avec les appelants que la définition proposée par le juge pose problème. Elle manque de clarté et elle se prête à au moins trois interprétations; selon moi, l’une de ces interprétations va à l’encontre des faits historiques ainsi que des précédents de la Cour suprême du Canada.

[89] The first potential interpretation is that “Indian heritage” meant descent from members of the “Indian race”.

[90] The second potential interpretation is that advanced by the appellants: the Judge equated “Indian heritage” with “First Nations heritage”. If that is what the Judge meant, it is, in my view, contrary to history and the jurisprudence of the Supreme Court and must be rejected.

[91] The third potential interpretation is that by using the phrase “Indian heritage” the Judge meant to refer to indigenouness or Aboriginal heritage; broader concepts than First Nations heritage.

[92] I reject the interpretation that by using the term “Indian heritage”, the Judge meant descent from members of the “Indian race” for the following reasons.

[93] First, this interpretation is not consistent with the entirety of the Judge’s reasons.

[94] Second, I acknowledge that historically subsection 91(24) was viewed to be a race-based head of power. Thus, in *Canard*, at page 207, Justice Beetz wrote that by using the word “Indians” in subsection 91(24), the *Constitution Act, 1867* created a racial classification and referred to a racial group that could receive special treatment.

[95] However, the “Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life” (*Reference re Same-Sex Marriage*, at paragraph 22). This is particularly so when dealing with the heads of power enumerated in sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* as they must “continually adapt to cover new realities” (*Reference re Same-Sex Marriage*, at paragraph 30).

[89] Selon la première interprétation, « patrimoine indien » signifierait le fait de descendre de membres de la « race indienne ».

[90] La deuxième interprétation possible est celle mise de l’avant par les appelants : le juge a assimilé « patrimoine indien » à [TRADUCTION] « patrimoine des Premières Nations ». Si tel était le propos du juge, la définition devra être rejetée car elle va à l’encontre des faits historiques et de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

[91] D’après la troisième interprétation, on peut penser qu’en employant l’expression « patrimoine indien », le juge a voulu parler de quiddité ou de patrimoine autochtone, qui sont des concepts plus larges que celui de patrimoine des Premières Nations.

[92] Je rejette l’interprétation selon laquelle le juge, en employant le terme « patrimoine indien », renvoyait au fait d’avoir comme ancêtres des membres de la « race indienne », et ce, pour les motifs suivants.

[93] Dans un premier temps, cette interprétation n’est pas cohérente avec les motifs du juge dans leur ensemble.

[94] Ensuite, je reconnais qu’historiquement, le paragraphe 91(24) était considéré comme étant un chef de compétence fondé sur la race. Par conséquent, à la page 207 de l’arrêt *Canard*, le juge Beetz a écrit que la *Loi constitutionnelle de 1867*, par son emploi du mot « Indien » au paragraphe 91(24), créait une catégorie raciale et visait un groupe racial qui pourrait recevoir un traitement particulier.

[95] Cependant, la « Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s’adapte et répond aux réalités de la vie moderne » (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, au paragraphe 22). Cela est particulièrement vrai lorsqu’il s’agit d’examiner les chefs de compétence énumérés aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui doivent être « continuellement adaptée[s] à de nouvelles réalités » (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, au paragraphe 30).

[96] I accept the submission of the intervenor Métis Nation of Ontario that a progressive interpretation of subsection 91(24) requires the term Métis to mean more than individuals' racial connection to their Indian ancestors. The Métis have their own language, culture, kinship connections and territory. It is these factors that make the Métis one of the Aboriginal peoples of Canada.

[97] This is reflected in the jurisprudence of the Supreme Court of Canada in *Powley*; *Cunningham*; and *Manitoba Metis Federation*. In *Powley*, the Supreme Court did not exhaustively define who were included in the term Métis for the purpose of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. However, as discussed above, the Court rejected the notion that the term Métis encompassed all individuals with mixed Indian and European heritage. Instead, the term refers to a distinctive group of people who developed separate and distinct identities. The three broad factors that are the indicia of Métis identity for the purpose of claiming Métis rights under section 35 were found to be: self-identification, ancestral connection and community acceptance (*Powley*, at paragraphs 31 to 33).

[98] While these comments were made with reference to section 35 of the *Constitution Act, 1982*, individual elements of the Constitution are linked to one another and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paragraph 50). In *Reference Re Firearms Act*, 1998 ABCA 305, 219 A.R. 201, at paragraph 35, the Alberta Court of Appeal found there was no reason to exclude the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] from an interpretation of the division of powers provisions in the *Constitution Act, 1867*. I agree.

[99] It follows that the criteria identified by the Supreme Court in *Powley* inform the understanding of who the Métis people are for the purpose of the division

[96] Je souscris à l'argument de l'intervenante Métis Nation of Ontario, selon lequel une interprétation évolutive du paragraphe 91(24) voudrait que le terme Métis reçoive une interprétation large, qui irait au-delà du lien racial avec leurs ancêtres indiens. Les Métis ont une langue, une culture, des liens ancestraux et un territoire qui leur sont propres, autant de caractéristiques qui font des Métis l'un des peuples autochtones du Canada.

[97] Cela est d'ailleurs conforme aux enseignements de la Cour suprême du Canada dans les décisions *Powley*; *Cunningham*; et *Manitoba Metis Federation*. Dans *Powley*, la Cour suprême n'a pas défini de manière exhaustive quelles personnes étaient visées par le terme Métis au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, tel qu'indiqué précédemment, la Cour suprême a rejeté l'idée selon laquelle le terme Métis viserait toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne. Ce terme renvoie plutôt à un groupe distinctif de personnes s'étant forgé des identités distinctes. La Cour suprême a retenu trois facteurs comme indices tendant à établir l'identité métisse dans le cadre d'une revendication fondée sur l'article 35 : l'auto-identification, les liens ancestraux et l'acceptation par la communauté (*Powley*, aux paragraphes 31 à 33).

[98] Même si ces observations ont été formulées en lien avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au paragraphe 50). La Cour d'appel de l'Alberta, dans *Reference Re Firearms Act*, 1998 ABCA 305, 219 A.R. 201, au paragraphe 35, a conclu qu'il n'y avait pas lieu de faire abstraction de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] dans le contexte de l'interprétation des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des compétences. Je souscris à cette conclusion.

[99] Il s'ensuit que le critère établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Powley* peut servir d'assise pour déterminer qui sont les peuples Métis dans le cadre d'une analyse

of powers analysis. The *Powley* criteria are inconsistent with a race-based identification of the Métis.

[100] I also conclude that, read fairly, the Judge did not mean to equate “Indian heritage” with “First Nations heritage”. Instead, what the Judge intended was that “Indian heritage” means indigenoussness or Aboriginal heritage. I reach this conclusion for the following reasons.

[101] First, this interpretation is consistent with language used by the Judge in other passages in his reasons. To illustrate, at paragraph 420, referring to the post-1867 historical evidence, the Judge noted the evidence “shows that half-breeds were considered as at least a subset of a wider group of Aboriginal-based people called ‘Indians’.” This is explicit recognition by the Judge that the Métis and Indian peoples are distinct in that the Métis were a distinct subset of the Aboriginal population.

[102] Later, at paragraph 544, the Judge wrote:

Both in principle and in practice, one of the essential elements of the Indian power was to vest in the federal government the power to legislate in relation to people who are defined, at least in a significant way, by their Native heredity. As said earlier, the factor which distinguishes both Non-Status Indians and Métis from the rest of Canadians (and has done so when this country was less culturally and ethnically diverse) is that Native heritage—their “Indianess”.

[103] This paragraph reflects the Judge’s view that “Indianness” is synonymous with Native or Aboriginal heritage or indigenoussness.

[104] Second, the interpretation that the Judge meant “Indian heritage” to mean “Aboriginal heritage” or “indigenoussness”, in my view explains why, after separately defining Non-Status Indians and Métis, the Judge grouped them together for the remainder of his analysis; they could be grouped together because a person who

du partage des compétences. Le critère dégagé dans *Powley* n’est pas compatible avec une identification des Métis en fonction de la race.

[100] Je conclus aussi que, selon une interprétation raisonnable, le juge n’avait pas l’intention d’assimiler « patrimoine indien » à « patrimoine des Premières Nations ». Le juge entendait plutôt, par « patrimoine indien », la quiddité autochtone ou le patrimoine autochtone. J’en conclus ainsi pour les raisons qui suivent.

[101] Tout d’abord, cette interprétation est compatible avec les mots employés par le juge dans d’autres passages de sa décision. À titre d’illustration, en référant à la preuve historique postérieure à 1867 au paragraphe 420 de ses motifs, le juge a mentionné que « les métis étaient considérés comme étant, au moins, un sous-ensemble d’un plus grand groupe d’Autochtones nommé “Indiens” ». Le juge reconnaissait ainsi expressément que les Métis et les Indiens étaient distincts, en ce que les Métis étaient un sous-ensemble distinct de la population autochtone.

[102] Plus loin, le juge a affirmé ce qui suit au paragraphe 544 :

Un des éléments essentiels de la compétence sur les Indiens, autant en principe qu’en pratique, était de conférer au gouvernement fédéral le pouvoir d’adopter des lois relatives à des gens qui sont définis, au moins de manière significative, par leur ascendance autochtone. Comme il a été mentionné précédemment, le facteur qui distingue les Indiens non inscrits et les Métis du reste des Canadiens (et qui les distinguaient lorsque le pays était moins diversifié d’un point de vue culturel et ethnique) est leur ascendance autochtone, leur « quiddité indienne ».

[103] Ce paragraphe traduit l’opinion du juge selon laquelle la « quiddité indienne » est synonyme de patrimoine autochtone ou de quiddité autochtone.

[104] En deuxième lieu, la volonté du juge d’assimiler le « patrimoine indien » au « patrimoine autochtone » ou à la « quiddité autochtone » explique, à mon avis, sa décision de regrouper les Indiens non inscrits et les Métis dans le reste de son analyse après les avoir définis séparément; ces deux catégories pouvaient être regroupées

met either definition would satisfy the requirement of having a strong affinity for their Aboriginal heritage.

[105] Finally, at paragraph 117 of his reasons the Judge held that for both Non-Status Indians and Métis “[t]heir ‘Indianness’ was based on self-identification and group recognition.” Then, at paragraph 127 when considering the Métis, he set out the test outlined in *Powley* for determining Métis entitlement to section 35 Aboriginal rights.

[106] Those three factors relate to self-identification and group recognition.

[107] If the Judge intended that “Indian heritage” and “Indianness” only related to First Nations heritage and culture, he would not have recited the *Powley* test.

[108] Having concluded that the Judge meant Indian heritage to mean indigenusness or Aboriginal heritage, and considering the definition given by the Judge at paragraph 117 of his reasons, it follows that the Judge considered the Métis to be a group of native or Aboriginal people who maintain a strong affinity for their Aboriginal heritage or indigenusness without possessing Indian status. The Métis Aboriginal heritage or indigenusness is based upon self-identification and group recognition as Métis, not First Nations. It follows from this that the Judge recognized the Métis to be a distinct people.

[109] Properly understood, the Judge’s conception of the Métis was not contrary to history or the decisions of the Supreme Court in *Powley*, *Cunningham* or *Manitoba Metis Federation*.

[110] That said, I am not satisfied that it is necessary to exhaustively or definitively define the term Métis in order to determine whether the Métis people fall within the scope of subsection 91(24). The Constitution does not define “Indian” and the Supreme Court did not define

dans la mesure où l’appartenance à l’une ou l’autre de ces catégories satisfait à l’exigence d’avoir maintenu une forte affinité avec son patrimoine autochtone.

[105] En dernier lieu, le juge a conclu, au paragraphe 117 de ses motifs, que la « quiddité indienne » des Indiens non inscrits et des Métis « reposait sur l’auto-identification et la reconnaissance par le groupe ». Ensuite, au paragraphe 127, en examinant la question des Métis, il a exposé le critère dégagé dans l’arrêt *Powley* pour déterminer si les Métis peuvent se prévaloir des droits ancestraux visés par l’article 35.

[106] Ces trois facteurs se rapportent à l’auto-identification et à la reconnaissance par le groupe.

[107] Si le juge avait voulu que le « patrimoine indien » et la « quiddité indienne » se rapportent uniquement au patrimoine et à la culture des Premières Nations, il n’aurait pas reproduit le critère dégagé dans l’arrêt *Powley*.

[108] Étant donné ma conclusion selon laquelle le juge entendait, par patrimoine indien, la quiddité autochtone ou le patrimoine autochtone, et compte tenu de la définition donnée par le juge au paragraphe 117 de ses motifs, il ressort que le juge considérait les Métis comme un groupe de personnes autochtones qui maintiennent une forte affinité avec leur patrimoine autochtone ou leur quiddité autochtone, sans toutefois être des Indiens inscrits. Le patrimoine autochtone ou la quiddité autochtone des Métis repose sur l’auto-identification et la reconnaissance par le groupe à titre de Métis, et non de membres d’une Première Nation. De ce fait, le juge reconnaissait les Métis comme étant un peuple distinct.

[109] Le concept de Métis dégagé par le juge, lorsque correctement interprété, n’allait donc pas à l’encontre des faits historiques ou des arrêts *Powley*, *Cunningham* ou *Manitoba Metis Federation* de la Cour suprême du Canada.

[110] Cela dit, je ne suis pas convaincue qu’il soit nécessaire de définir le terme Métis de manière exhaustive ou définitive pour déterminer si les Métis sont visés par le paragraphe 91(24). La Constitution ne définit pas le terme « Indien » et la Cour Suprême du Canada n’a

“Eskimos” when determining they were included in subsection 91(24) in *Re Eskimo Reference*.

[111] It is sufficient that the Court not define the term Métis in a manner that is contradictory with history or the jurisprudence of the Supreme Court.

Blais

[112] In *Blais*, the Supreme Court found that the Métis are not “Indians” under the hunting rights provision contained in the Manitoba *Natural Resources Transfer Agreement*, incorporated as Schedule (1.) to the *Constitution Act, 1930* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26] (NRTA). To reach this conclusion the Supreme Court referred to the same census prepared by the Hudson’s Bay Company relied upon by the Supreme Court in *Re Eskimo Reference*. The census demonstrated that at the time of Confederation the Eskimo were regarded as a type of Indian. In *Blais*, the Supreme Court concluded that the same document “illustrates that the ‘Whites and half-breeds’ were viewed as an identifiable group, separate and distinct from the Indians” (at paragraph 27). It followed that the Métis were not “Indians” for the purpose of the NRTA.

[113] The appellants argue that the Judge erred by reaching the contrary conclusion in this case. The appellants also argue that *Blais* illustrates that *Re Eskimo Reference* is authority for the proposition the Métis are not Indians within the contemplation of subsection 91(24).

[114] The Judge distinguished *Blais* on the ground that in that case the Supreme Court considered the meaning of “Indian” in relation to a particular constitutional agreement as opposed to a head of power (reasons, paragraph 541).

[115] In my view, *Blais* is distinguishable from the present case on the following grounds.

pas défini le terme « Esquimaux » lorsqu’elle a statué, dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, que ces derniers étaient visés par le paragraphe 91(24).

[111] Il suffit que la Cour évite de définir le terme Métis d’une manière allant à l’encontre de l’histoire ou de la jurisprudence de la Cour suprême.

L’arrêt *Blais*

[112] Dans l’arrêt *Blais*, la Cour suprême du Canada a conclu que les Métis n’étaient pas des « Indiens » pour l’application des dispositions en matière de droits de chasse de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba, qui constitue l’annexe (1.) de la *Loi constitutionnelle de 1930* [R.S.C. (1985), appendice II, n° 26] (la Convention). Pour tirer cette conclusion, la Cour suprême s’est fiée au recensement effectué par la Compagnie de la Baie d’Hudson, sur lequel elle s’était précédemment fondée dans l’arrêt *Renvoi sur les Esquimaux*. Le recensement démontrait qu’au moment de la Confédération, les Esquimaux étaient considérés comme un type d’Indiens. Dans l’arrêt *Blais*, la Cour suprême a conclu que ce même document « indique que [TRADUCTION] “les Blancs et les Métis” étaient considérés comme un groupe identifiable, distinct des Indiens ». Par conséquent, les Métis n’étaient pas des Indiens au sens de la Convention.

[113] Les appelants prétendent que le juge a commis une erreur en parvenant à la conclusion opposée dans la présente affaire. Ils prétendent aussi que, selon l’arrêt *Blais*, le *Renvoi sur les Esquimaux* consacre la thèse selon laquelle les Métis ne sont pas des Indiens au sens du paragraphe 91(24).

[114] Le juge a établi une distinction entre la présente affaire et l’arrêt *Blais*, au motif que la Cour suprême y avait examiné la question de l’interprétation du terme « Indien » dans le contexte d’un accord constitutionnel précis, plutôt que dans celui d’un chef de compétence (motifs, paragraphe 541).

[115] Je suis d’avis que l’arrêt *Blais* doit être distingué de la présente affaire, pour les motifs suivants.

[116] First, at paragraph 36 of its reasons in *Blais*, the Supreme Court stated that it was leaving open for another day the issue of whether the term “Indians” in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* includes the Métis. The Judge did not err by failing to find *Blais* decided this issue.

[117] Second, the findings of fact made at trial in *Blais* are very different from the findings of fact made by the Judge in the present case. To illustrate, in *Blais*, at paragraph 31, the Court found no basis for interfering with the lower courts’ finding that, as a general matter, the terms “Indian” and “Métis” were used to refer to separate and distinguishable groups of people in Manitoba from the mid-19th century through to the period in which the NRTA was negotiated and enacted (1930).

[118] In the present case the Judge found:

- Prior to Confederation, the term “Indian” was understood by the Fathers of Confederation to include “half-breeds” (reasons, paragraphs 272 and 323).
- The Fathers of Confederation would have intended the word “Indians” in the Constitution, and the power which went with it, to be a broad power to allow the federal government to deal with the diversity and complexity of the native population, whatever their percentage mix of blood relationship, their economies, residency or culture (reasons, paragraphs 273, 308, 318 and 323).
- The Aboriginal population was mixed, varied and interrelated. “It was not possible to draw a bright line between half-breeds/Métis and Indians” (reasons, paragraph 381).

[119] Finally, in *Blais* the Court considered the philosophy or objectives lying behind section 13 of the NRTA. It found that the protection afforded by section 13 was predicated on the view that Indians required special protection and assistance. Rightly or wrongly this view did not extend to the Métis.

[116] Tout d’abord, dans *Blais*, la Cour suprême a indiqué, au paragraphe 36 de ses motifs, qu’elle préférerait ne pas répondre à la question de savoir si le terme « Indiens » au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* inclut les Métis. Le juge n’a pas commis d’erreur en concluant que l’arrêt *Blais* ne tranchait pas la question.

[117] Deuxièmement, les conclusions de fait tirées en première instance dans l’affaire *Blais* étaient très différentes de celles tirées par le juge en l’espèce. À titre d’illustration, la Cour suprême a conclu, au paragraphe 31 de ses motifs dans l’arrêt *Blais*, que rien dans le dossier ne justifiait de modifier la conclusion des instances inférieures selon laquelle, de façon générale, les mots « Indien » et « Métis » avaient servi à désigner des groupes distincts et distinguables au Manitoba, du milieu du dix-neuvième siècle jusqu’à l’adoption de la Convention (en 1930).

[118] En l’espèce, le juge a conclu que :

- Avant la Confédération, il était entendu par les Pères de la Confédération que le terme « Indiens » incluait les « Métis » (motifs, paragraphes 272 et 323).
- Les Pères de la Confédération auraient voulu que le terme « Indiens » dans la Constitution ainsi que la compétence à leur égard soient interprétés largement, pour que le gouvernement fédéral puisse composer avec le caractère diversifié et complexe de la population autochtone, sans égard à leur degré de métissage, à leur système économique, à leur lieu de résidence ou à leur culture (motifs, paragraphes 273, 308, 318 et 323).
- La population autochtone était métissée, variée et apparentée. « Il était impossible de tracer une ligne nette entre les Métis et les Indiens » (motifs, paragraphe 381).

[119] Enfin, dans l’arrêt *Blais*, la Cour suprême du Canada a examiné la philosophie ou les objectifs sous-tendant l’article 13 de la Convention. Elle a conclu que la protection conférée par l’article 13 était inspirée par l’idée selon laquelle les Indiens avaient besoin de mesures de protection et d’assistance particulières. À tort

[120] This is very different from the philosophy or objective of subsection 91(24) as found by the Judge. Those findings are described in paragraphs 36 and 37 above. The objectives of subsection 91(24) included the need to control all Native people and their communities in order to facilitate the development of the Dominion and to pursue the federal government's plan to develop and settle lands in the North-Western Territory.

[121] Before turning to the next asserted error, for completeness I will deal with the argument that *Re Eskimo Reference* establishes that the Métis are not Indians within the contemplation of subsection 91(24). There are three brief reasons why I do not accept this submission.

[122] First, as noted above, the Supreme Court expressly left open in *Blais* the question of whether the Métis fall within subsection 91(24). The Court reached this conclusion notwithstanding that *Re Eskimo Reference* was an authority referenced by the Court in its decision.

[123] Second, the evidentiary record discussed by the Court in *Re Eskimo Reference* would not permit a definitive conclusion concerning the Métis. This is particularly so where the only geographic territory considered was Rupert's Land and the coast of Labrador.

[124] Finally, there is a passage in *Re Eskimo Reference* which supports the inclusion of the Métis in subsection 91(24). At page 117 of the decision Justice Cannon, writing for himself and Justice Crocket, wrote that Sir John A. Macdonald and Sir Hector Langevin "always understood that the English word 'Indians' was to be construed and translated as 'sauvages' which admittedly did include *all* the aborigines living within the territories in North America under British authority" (emphasis in the original).

ou à raison, les Métis n'étaient pas perçus comme nécessitant pareille protection.

[120] Cela contraste avec les conclusions du juge quant à la philosophie ou à l'objectif du paragraphe 91(24), décrites aux paragraphes 36 et 37 ci-dessus. Pour rappel, parmi les objectifs du paragraphe 91(24) figurait le besoin d'exercer un contrôle sur les Autochtones et sur leurs collectivités pour faciliter le développement du Dominion et poursuivre le plan du gouvernement fédéral de développer et de coloniser les terres des Territoires-du-Nord-Ouest.

[121] Avant de passer à la prochaine erreur alléguée, par souci d'exhaustivité, je traiterai de l'argument selon lequel le *Renvoi sur les Esquimaux* établit que les Métis ne sont pas des Indiens au sens du paragraphe 91(24). Je ne peux accepter cet argument pour trois motifs, brièvement exposés ci-dessous.

[122] Premièrement, comme il a déjà été mentionné, dans l'arrêt *Blais*, la Cour suprême du Canada a expressément laissé en suspens la question de savoir si les Métis étaient visés par le paragraphe 91(24), bien qu'elle se soit référée au *Renvoi sur les Esquimaux* dans son jugement.

[123] Deuxièmement, le dossier de preuve analysé par la Cour suprême dans le *Renvoi sur les Esquimaux* ne permettait pas de tirer une conclusion définitive concernant les Métis, notamment en raison du fait que les seuls territoires géographiques considérés étaient la Terre de Rupert et la côte du Labrador.

[124] Enfin, un passage du *Renvoi sur les Esquimaux* appuie l'inclusion des Métis dans le paragraphe 91(24). À la page 117 de l'arrêt, le juge Cannon, en son nom et au nom du juge Crocket, écrit que sir John A. Macdonald et sir Hector Langevin [TRADUCTION] « [avaient] toujours cru comprendre que le terme anglais "*Indians*" devait être interprété dans le sens de "sauvages" et traduit comme tel, ce qui, il faut le reconnaître, comprend bel et bien tous les aborigènes vivant dans les territoires de l'Amérique du Nord sous l'autorité britannique » (souligné dans l'original).

(d) Did the Judge fail to follow the approach to constitutional analysis mandated by the Supreme Court?

[125] In their written submissions the appellants argue that the Judge erred by defining the limits of the constitutional term “Indians” contained in subsection 91(24) in the abstract. The appellants’ written submissions are confined to the Judge’s definition of Non-Status Indians. In particular, the appellants assert the Judge erred at paragraph 122 of his reasons by outlining the features of persons who could be granted status under the *Indian Act*. The appellants say that in the absence of a challenge to actual or proposed legislation a court should be limited to proposing a non-exhaustive list of criteria to guide the interpretation of the term Indian.

[126] Given my finding that the Judge erred by issuing the declaration in respect of Non-Status Indians, it is not necessary to address the error asserted by the appellants in respect of the Judge’s definition of Non-Status Indians.

[127] In oral argument the appellants submitted that the Judge misapplied the living tree doctrine, as explained by the Supreme Court in *Reference re Same-Sex Marriage*. As explained above, this doctrine posits that the Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the changing realities of modern life. The appellants say the Judge erred in his application of progressive statutory interpretation by failing to identify what changes require a new view of who are included in subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[128] The appellants’ submission is based on the propositions that the Judge applied the progressive approach to the interpretive exercise and that this approach was necessary because the Métis were not included in subsection 91(24) at the time of Confederation. On a proper reading of the Judge’s reasons, these propositions are incorrect.

d) Le juge a-t-il omis de suivre l’approche prescrite par la Cour suprême quant à l’analyse constitutionnelle?

[125] Dans leurs représentations écrites, les appelants font valoir que le juge a commis une erreur en définissant dans l’abstrait les limites du terme constitutionnel « Indiens » figurant au paragraphe 91(24). Les appelants concentrent leur argumentation sur la définition donnée par le juge à l’expression « Indiens non inscrits ». Plus particulièrement, les appelants allèguent que le juge a commis une erreur, au paragraphe 122 de ses motifs, en énumérant les caractéristiques des personnes qui pouvaient se voir accorder le statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Les appelants font valoir qu’en l’absence d’une contestation d’une législation actuelle ou proposée, le rôle d’une cour devrait se limiter à proposer une liste non exhaustive de critères pour guider l’interprétation du terme « Indiens ».

[126] Comme j’ai conclu que le juge avait commis une erreur en rendant le jugement déclaratoire à l’égard des Indiens non inscrits, il n’est pas nécessaire de traiter de l’allégation d’erreur dans la définition du terme « Indiens non inscrits ».

[127] Lors des plaidoiries, les appelants ont soutenu que le juge avait mal appliqué la doctrine de l’arbre vivant, tel qu’appliquée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*. Tel qu’expliqué ci-dessus, cette doctrine postule que la Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation évolutive, s’adapte et répond aux réalités de la vie moderne. Les appelants affirment que le juge a commis une erreur dans son application de l’interprétation évolutive, en omettant de préciser ce qui justifierait de modifier la portée du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[128] Les prétentions des appelants repose sur l’idée que le juge a appliqué l’approche évolutive à l’exercice d’interprétation et que cette approche était nécessaire, parce que les Métis n’étaient pas inclus dans le paragraphe 91(24) à l’époque de la Confédération. Une lecture appropriée des motifs du juge révèle que ces prétentions sont incorrectes.

Applicable principles of statutory interpretation

[129] In *Reference re Employment Insurance Act (Can)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, the Supreme Court set out the principles of interpretation to be applied when considering the scope of the powers assigned by the *Constitution Act, 1867*. In particular, a court must refer to the way the power was described by the Fathers of Confederation to identify its essential components.

The Judge's approach

[130] At paragraph 538 of his reasons, the Judge accepted “that the purposive approach—the ‘living tree’ doctrine—is the appropriate approach”. This is one source of confusion because the living tree doctrine is an expression of the progressive, not purposive, approach to interpretation.

[131] Notwithstanding, the Judge's reasons evidence a decidedly purposive approach to the interpretive exercise.

[132] There are no contemporary statements or records concerning the purpose of subsection 91(24). In the absence of such statements or records, the Judge properly made findings of fact about the content of subsection 91(24) and its essential components.

[133] The Judge made the following findings of fact:

- As early as 1818 the Métis were considered to be Indians (reasons, paragraph 577).
- Prior to Confederation, the Fathers of Confederation understood the term “Indian” to include “half-breeds” (reasons, paragraphs 265 and 287).
- The Fathers of Confederation intended the word “Indian” in the Constitution, and the power which went with it, to apply broadly so that the government could deal with the diversity and complexity of the native

Les principes applicables en matière d'interprétation des lois

[129] Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, la Cour suprême a énoncé les principes applicables en matière d'interprétation des lois lorsqu'il s'agit d'examiner la portée des pouvoirs conférés par la *Loi constitutionnelle de 1867*. En particulier, les tribunaux doivent se reporter à la description de la compétence faite par les Pères de la Confédération pour en dégager les composantes essentielles.

L'approche adoptée par le juge

[130] Au paragraphe 538 de ses motifs, le juge a souscrit à l'idée « voulant que l'approche téléologique — la doctrine de “l'arbre vivant” — soit l'approche à retenir ». Ce passage porte à confusion, parce que la doctrine de l'arbre vivant constitue une expression de l'approche évolutive, et non téléologique, de l'interprétation.

[131] En dépit de ce qui précède, le juge semble avoir adopté une approche résolument téléologique à l'exercice d'interprétation.

[132] Il n'existe pas de déclarations ou de documents contemporains concernant l'objet du paragraphe 91(24). En l'absence de déclarations ou de documents sur le sujet, le juge a tiré à bon droit des conclusions de fait quant à la teneur du paragraphe 91(24) et de ses composantes essentielles.

[133] Il a tiré les conclusions de fait suivantes :

- Dès 1818, les Métis étaient considérés comme des Indiens (motifs, paragraphe 577).
- Avant la Confédération, il était entendu par les Pères de la Confédération que le terme « Indiens » incluait les « sang-mêlé » (motifs, paragraphes 265 et 287)
- Les Pères de la Confédération auraient voulu que le terme « Indiens » dans la Constitution ainsi que la compétence à leur égard soient appliqués largement, pour que le gouvernement soit en mesure de composer

population, whatever their percentage of mixed blood, economy, residency, or culture (reasons, paragraphs 273, 318 and 323).

- The relationship between the purpose of Confederation (in terms of settlement and expansion) and the Native people was critical to Confederation (reasons, paragraphs 252 and 351).
- The lands occupied by Natives would have to be surrendered (reasons, paragraph 351).
- The purpose of subsection 91(24) was integral to the central government's plan to develop and settle lands in the North-Western Territory (reasons, paragraphs 353 and 354).

[134] These findings are inconsistent with the submission that the Judge found the Métis were not included in subsection 91(24) at the time of Confederation. As such, these findings are also inconsistent with the application of the living tree doctrine, since no progression was necessary.

[135] The Judge then went on to make a number of findings of fact that were confirmatory of his view that the subsection 91(24) power was intended to include the Métis. Those findings included the following:

- Immediately post-Confederation, persons referred to as half-breeds were considered to be closely associated with "Indians" and to be part of the problem that needed to be addressed by subsection 91(24) to permit expansion, settlement and the building of the railway (reasons, paragraph 412).
- Early post-1867, half-breeds (as they were then called) were considered to be at least a subset of a wider group of Aboriginal-based people called Indians (reasons, paragraph 420).
- Fifteen families of half-breeds living on the Rainy River adhered to Treaty No. 3. The government treated

avec le caractère diversifié et complexe de la population autochtone, sans égard à leur degré de métissage, à leur système économique, à leur lieu de résidence ou à leur culture (motifs, paragraphes 273, 318 et 323).

- Le lien entre les objectifs visés par la Confédération (en matière de colonisation et d'expansion) et les Autochtones était essentiel au succès de la Confédération (motifs, paragraphes 252 et 351).
- Les terres occupées par les Autochtones devraient être cédées, d'une manière ou d'une autre (motifs, paragraphe 351).
- L'objet du paragraphe 91(24) faisait partie intégrante du plan du gouvernement central de développer et de coloniser les terres des Territoires-du-Nord-Ouest (motifs, paragraphes 353 et 354).

[134] Ces conclusions contredisent l'argument que le juge aurait conclu que les Métis n'étaient pas inclus dans le paragraphe 91(24) à l'époque de la Confédération. Ainsi, ces conclusions ne concordent pas non plus avec l'application de la doctrine de l'arbre vivant, puisqu'aucune progression n'était nécessaire.

[135] Le juge a ensuite tiré un certain nombre de conclusions de fait à l'appui de sa conclusion à l'effet que le pouvoir conféré par le paragraphe 91(24) visait l'inclusion des Métis. Parmi ces conclusions, je retiens les suivantes :

- Immédiatement après la Confédération, les personnes désignées comme Sang-Mêlé étaient considérées comme étant étroitement liés aux « Indiens » et comme étant une partie du problème à régler avec le paragraphe 91(24) pour permettre l'expansion, la colonisation et la construction du chemin de fer (motifs, paragraphe 412).
- À l'époque suivant 1867, les Sang-Mêlé étaient considérés comme étant, au moins, un sous-ensemble d'un plus grand groupe d'Autochtones nommé « Indiens » (motifs, paragraphe 420).
- Quinze familles sang-mêlé qui vivaient à la Rivière à la Pluie avaient adhéré au Traité n° 3. Le gouvernement

the half-breeds group as if it had a claim to Indian title, and gave the group a reserve as part of the surrender of that claim (reasons, paragraphs 424, 430 and 434).

- A reserve was established at St.-Paul-des-Métis for the exclusive use of the Métis people. This was found by the Judge not to be a policy accident (reasons, paragraphs 437, 439 and 441).
- In 1894 Parliament amended the *Indian Act* to broaden the provision dealing with persons who sold intoxicating liquor to an Indian. The provision was amended to make it an offence to sell alcohol to any person “who follows the Indian mode of life” (reasons, paragraphs 444, 446 and 447).

[136] Applying the purposive approach, and looking primarily to the pre-and post-Confederation facts and the manner in which the government dealt with the Métis, the Judge found the Métis were included in subsection 91(24) (reasons, paragraph 525).

[137] Other factors support the conclusion that the Métis were a people included in subsection 91(24) at the time of Confederation.

[138] Importantly, at least three iterations of federal legislation relating to Indians could reasonably be read to have included the Métis.

[139] In 1868, *An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42 was enacted. This legislation made the Secretary of State the Superintendent General of Indian Affairs. The statute dealt with matters such as the holding of lands reserved for Indians, the surrender of Treaty lands, the application of monies resulting from the sale of Indian lands and the penalty for giving or selling liquor to Indians.

[140] Section 15 of the legislation was entitled “What persons only shall be deemed Indians” and stated “[f]or the purpose of determining what persons are entitled to hold, use or enjoy the lands and other immovable

avait traité le groupe sang-mêlé comme s’il avait une revendication au titre ancestral et lui avait donné une réserve, en contrepartie de la cession de cette revendication (motifs, paragraphes 424, 430 et 434).

- Une réserve avait été établie à Saint-Paul-des-Métis dédiée exclusivement aux Métis. Selon le juge, cela n’était pas un cas fortuit (motifs, paragraphes 437, 439 et 441).
- En 1894, le Parlement avait modifié l’*Acte des Sauvages* dans le but d’élargir la disposition portant sur la vente de boissons enivrantes à un Indien. Le fait de vendre de l’alcool à toute personne « qui vit à la façon des Sauvages » devenait désormais une infraction (motifs, paragraphes 444, 446 et 447).

[136] Après avoir appliqué l’approche téléologique, et examiné le contexte factuel entourant la naissance de la Confédération ainsi que le traitement que le gouvernement réservait aux Métis à l’époque, le juge a conclu que ces derniers étaient inclus dans le paragraphe 91(24) (motifs, paragraphe 525).

[137] D’autres facteurs étayaient la conclusion selon laquelle les Métis étaient inclus dans le paragraphe 91(24) à l’époque de la Confédération.

[138] Soulignons qu’au moins trois lois fédérales concernant les Indiens pouvaient raisonnablement être lues comme couvrant les Métis.

[139] En 1868, fut édicté l’*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42. Cette loi confiait au secrétaire d’État le rôle de Surintendant-Général des Affaires indiennes. Elle traitait de sujets comme la détention de terres réservées aux Indiens, la cession de terres faisant l’objet de traités, la dévolution des sommes provenant de la vente de terres indiennes et la sanction pour le don ou la vente d’alcool aux Indiens.

[140] L’article 15 de cette loi, intitulé « Quelles personnes seulement seront considérés être des Sauvages », énonçait que « [d]ans le but de déterminer quelles personnes ont droit de posséder, occuper ou exploiter les

property belonging to or appropriated to the use of the various tribes, bands or bodies of Indians in Canada, the following persons and classes of persons, and none other, shall be considered as Indians belonging to the tribe, band or body of Indians interested in any such lands or immoveable property:” The second enumerated class of persons deemed to be Indians was “[a]ll persons residing among such Indians, whose parents were or are, or either of them was or is, descended on either side from Indians or an Indian reputed to belong to the particular tribe, band or body of Indians interested in such lands or immoveable property, and the descendents of all such persons”.

[141] This class of persons would include half-breeds if they resided among Indians and their descendents. Since the Act did not impose a generational limit, persons descended from “half-breeds” would also have been considered Indians, if their parents met that definition. To that end, it stands to reason that a community of half-breeds could have arisen in which all of its members were considered “Indians”. And since the Act does not define what constitutes a “body of Indians”, this definition could logically include Métis living in their own communities, or any Métis who resided among Indians and their descendents.

[142] Along the same lines, *An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6 was passed shortly after Confederation. While this Act did not define the persons it applied to, section 4 of this Act, dealing with the division of annuity money, demonstrates the Act applied to “half-breeds”. Section 4 provided that:

Division of annuity money, &c.

4. In the division among the members of any tribe, band, or body of Indians, of any annuity money, interest money or rents, no person of less than one fourth Indian blood, born after the passing of this Act, shall be deemed entitled to share in any annuity, interest or rents, after a certificate to that effect is given by the Chief or Chiefs of

terres et autres propriétés immobilières, appartenant ou affectées aux diverses nations, tribus ou peuplades de Sauvages en Canada, les personnes et classes de personnes suivantes, et nulles autres, seront considérées comme Sauvages appartenant aux nations, tribus ou peuplades de Sauvages intéressées dans les terres ou propriétés immobilières en question ». La deuxième catégorie de personnes considérées comme des Sauvages était « [t]outes personnes résidant parmi ces Sauvages, dont le père et mère étaient ou sont descendus, ou dont l’un ou l’autre était ou est descendu, de l’un ou de l’autre côté, de Sauvages ou d’un Sauvage réputé appartenir à la nation, tribu ou peuplade particulière de sauvages intéressés dans ces terres ou propriétés immobilières, ainsi que leurs descendants ».

[141] Cette seconde catégorie de personnes comprenait les Métis résidant parmi les Indiens et leurs descendants. Puisque cette loi n’imposait aucune limite générationnelle, les descendants des Métis auraient aussi été considérés comme des Indiens si leurs parents avaient satisfait à cette définition. À cet effet, il va de soi qu’une communauté de Métis aurait pu surgir, dont tous les membres seraient considérés comme des « Indiens ». En outre, puisque cette loi ne définit pas la notion de « peuplade de Sauvages », la catégorie pouvait logiquement comprendre les Métis vivant dans leur propre collectivité, ou tout Métis qui résidait parmi les Indiens et leurs descendants.

[142] Dans le même sens, l’*Acte pourvoyant à l’émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l’extension des dispositions de l’acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, c. 6, a été adopté peu après la Confédération. Bien que cette loi ne précise pas à qui elle s’applique, son article 4 sur la distribution d’annuités démontre que cette loi s’appliquait aux « Sang-Mêlé ». Il prévoit ce qui suit :

Distribution des annuités; etc.

4. Lors de la distribution d’annuités, intérêts ou rentes entre les membres d’une nation, tribu ou peuplade de Sauvages, nulle personne ayant moins d’un quart de sang sauvage et née après la passation du présent acte, n’aura droit de partager dans ces annuités, intérêts ou rentes, après qu’un certificat à cet effet aura été donné par le ou les chefs.

the band or tribe in Council, and sanctioned by the Superintendent General of Indian affairs

de la tribu ou peuplade en conseil assemblés et approuvé par le surintendant-général des affaires des Sauvages

[143] Finally, *The Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18 specifically defined the term “Indian” [at section 3] to include half-breeds, subject to some provisions. Thus, an Indian included any child of any male person of Indian blood reputed to belong to a particular band. One proviso [at paragraph 3(e)] was that “no half-breed in Manitoba who has shared in the distribution of half-breed lands shall be accounted an Indian; and that no half-breed head of a family (except the widow of an Indian, or a half-breed who has already been admitted into a treaty), shall, unless under very special circumstances, to be determined by the Superintendent-General or his agent, be accounted an Indian, or entitled to be admitted into any Indian treaty.” These exceptions prove the rule that half-breeds could be considered Indians, and that apart from accepting scrip, no distinction was drawn between half-breeds maintaining Métis culture and those adopting a First Nations way of life.

[143] Enfin, l’*Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, c. 18, définissait expressément [à l’article 3] le terme « Sauvage » comme comprenant les Métis, sous réserve de certaines dispositions. De fait, le terme « Sauvage » comprenait un enfant de tout individu de sexe masculin et de sang sauvage réputé appartenir à une bande particulière. Une disposition [au paragraphe 3(e)] prévoyait cependant que « tout Métis dans Manitoba qui aura partagé dans la distribution des terres des Métis, ne sera pas compté comme Sauvage; et [...] aucun Métis chef de famille (sauf la veuve d’un Sauvage, ou un Métis qui aura déjà été admis dans un traité), ne pourra, à moins de circonstances très exceptionnelles, qui seront déterminées dans chaque cas par le Surintendant-Général ou son agent, être compté comme Sauvage, ou avoir droit à être admis dans un traité avec les Sauvages ». Ces exceptions confirment la règle selon laquelle les Métis pouvaient être considérés comme des Indiens et qu’à l’exception de ceux qui acceptaient un certificat, aucune distinction n’était faite entre les Métis conservant une culture métisse et ceux qui adoptaient le mode de vie des Premières Nations.

[144] Also, in my view, section 35 of the *Constitution Act, 1982* confirms that the Métis were included within subsection 91(24) [of the *Constitution Act, 1867*] from the time of Confederation. Subsections 35(1) and (2) of the *Constitution Act, 1982* are repeated for ease of reference:

[144] De même, à mon avis, l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confirme que les Métis étaient inclus dans le paragraphe 91(24) depuis l’époque de la Confédération. Les paragraphes 35(1) et (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont reproduits ci-dessous par souci de commodité :

Recognition of existing aboriginal and treaty rights **35.** (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. Confirmation des droits existants des peuples autochtones

Definition of “aboriginal peoples of Canada” (2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. Définition de «peuples autochtones du Canada»

[145] In oral argument, counsel for the appellants conceded that section 35 confirms that the Métis are Aboriginal, that they are in a fiduciary relationship with the Crown, and that the honour of the Crown is engaged in its dealings with the Métis. These concessions are

[145] Lors de leur plaidoirie, les procureurs des appelants ont concédé que l’article 35 confirmait que les Métis étaient des Autochtones, qu’ils avaient une relation fiduciaire avec la Couronne et que l’honneur de la Couronne était en jeu dans ses relations avec les

consistent with the decision of the Supreme Court in *Manitoba Metis Federation*.

[146] Tellingly, counsel for the appellants also conceded that it would be anomalous for the Métis to be included as Aboriginal peoples for the purpose of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and to be the only enumerated Aboriginal peoples not included within subsection 91(24) [of the *Constitution Act, 1867*].

[147] This anomaly disappears when subsection 91(24) is interpreted to have included the Métis from the time of Confederation.

[148] In the result, there is ample evidence to support the view that Métis were considered within subsection 91(24) at the time of Confederation. A progressive interpretation was, therefore, unnecessary, and the Judge did not err by failing to address the social changes that would underlie such an interpretation.

- (e) Did the Judge grant a declaration that will create uncertainty about the respective jurisdiction of Parliament and the provincial legislatures?

[149] The appellants present speculative, *in terrorem* arguments that granting a declaration that the Métis fall within subsection 91(24) will make provincial legislation vulnerable to challenge and may also have a detrimental effect on the ability of provincial governments to legislate in the future.

[150] I disagree. In *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, the Supreme Court observed that the power of one level of government to legislate in relation to one aspect of a matter takes nothing away from the power of the other level to control another aspect within its own jurisdiction (Supreme Court reasons, paragraph 8). In my view, this is a complete answer to the appellants' argument. This is particularly so where the Judge found the declaration will have a real and practical utility.

Métis. Ces concessions sont conformes à l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Manitoba Metis Federation*.

[146] Fait révélateur, les procureurs des appelants ont aussi concédé qu'il serait anormal que les Métis soient inclus comme peuple autochtone au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tout en étant le seul peuple autochtone ainsi inclus à être exclu du paragraphe 91(24).

[147] Cette anomalie disparaît lorsque l'on interprète le paragraphe 91(24) comme ayant inclus les Métis dès l'époque de la Confédération.

[148] Par conséquent, de nombreux éléments de preuve appuient la thèse selon laquelle les Métis étaient considérés comme étant inclus dans le paragraphe 91(24) à l'époque de la Confédération. Une interprétation évolutive n'était donc pas nécessaire, et le juge n'a pas commis d'erreur en omettant de traiter des changements sociaux qui sous-tendraient une telle interprétation.

- e) Le juge a-t-il rendu un jugement déclaratoire qui créera de l'incertitude au sujet des compétences respectives du Parlement et des législatures provinciales?

[149] Les appelants présentent des arguments spéculatifs, *in terrorem*, à l'effet qu'un jugement déclaratoire portant que les Métis sont visés par le paragraphe 91(24) exposerait la législation provinciale à la contestation et pourrait aussi nuire à la capacité des gouvernements provinciaux de légiférer à l'avenir.

[150] Je ne suis pas de cet avis. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que le pouvoir d'un ordre de gouvernement de légiférer sur un aspect d'une matière n'enlevait rien au pouvoir de l'autre ordre de gouvernement de régir un autre aspect relevant de sa compétence (motifs de la Cour suprême, paragraphe 8). À mon avis, cela répond entièrement à l'argument des appelants, d'autant plus que le juge de première instance a conclu que le jugement déclaratoire sollicité aurait une utilité réelle et pratique.

(f) Conclusion as to the validity of the declaration as it relates to the Métis

[151] The appellants do not challenge any of the Judge's detailed findings of fact. I have considered each of the legal errors posited by the appellants and have concluded they have not demonstrated any error that warrants intervention. I therefore conclude that the declaration, limited to the Métis, is founded in fact and in law.

(v) The cross-appeal: Did the Judge err by refusing to issue the second and third declarations?

(a) The standard of review

[152] As set out at paragraph 62 above, declaratory relief is a discretionary remedy. The test to be applied on appeal is whether the Judge gave sufficient weight to all of the relevant considerations.

(b) The asserted errors

[153] The Judge refused to issue the second and third declarations for the reasons set out at paragraphs 60 and 61 above.

[154] The respondents as appellants by cross-appeal say it was an error of principle to refuse the second declaration because the terminology used in its request has changed over time. Essentially, they argue that at the time the claim was framed, there was no distinction between a fiduciary duty and a fiduciary relationship. In turn, the Judge is said to have failed to properly consider the substance of what was requested: a declaration that the Métis and Non-Status Indians are in a fiduciary relationship with the Crown.

[155] No particular error is asserted in connection with the third declaration.

f) Conclusion quant à la validité du jugement déclaratoire en ce qui concerne les Métis

[151] Les appelants ne contestent aucune des conclusions de fait détaillées du juge. Après examen de chacune des erreurs de droit alléguées par les appelants, je conclus que ces derniers ne sont pas parvenus à démontrer une erreur justifiant mon intervention. Je conclus donc que le jugement déclaratoire, restreint aux Métis, est fondé en fait et en droit.

v) L'appel incident : le juge a-t-il commis une erreur en refusant de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires?

a) La norme de contrôle

[152] Comme il a été mentionné au paragraphe 62 ci-dessus, le jugement déclaratoire est un redressement discrétionnaire. Le critère à appliquer en appel est de savoir si le juge a donné suffisamment de poids à l'ensemble des facteurs pertinents.

b) Les erreurs alléguées

[153] Le juge a refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires pour les motifs énoncés aux paragraphes 60 et 61 ci-dessus.

[154] Les intimés, en tant qu'appelants dans l'appel incident, affirment que le fait de refuser de rendre le deuxième jugement déclaratoire constituait une erreur de principe, parce que la terminologie employée dans leur demande a changé avec le temps. Essentiellement, ils font valoir qu'à l'époque de la rédaction de la demande, il n'y avait aucune distinction entre une obligation de fiduciaire et une relation fiduciaire. Partant, les intimés affirment que le juge n'a pas correctement examiné le fond de la demande, laquelle sollicitait un jugement déclaratoire portant que les Métis et les Indiens non inscrits étaient dans une relation fiduciaire avec la Couronne.

[155] Aucune erreur particulière n'est alléguée en lien avec le troisième jugement déclaratoire.

(c) Did the Judge err in refusing the second and third declarations?

[156] On the reasons given, the Judge made no error in refusing the second declaration. The Judge recognized that the Crown has a fiduciary relationship with Aboriginal people both historically and pursuant to section 35 of the *Constitution Act, 1982* (reasons, paragraph 604). He also found that a declaration made in the absence of a specific fact scenario would lack utility.

[157] I agree. This is particularly the case where, after the release of the Judge's reasons, the Supreme Court confirmed that the Métis are in a fiduciary relationship with the Crown (*Manitoba Metis Federation*).

[158] No error is alleged with respect to the third declaration. Again, I agree that the declaration was properly withheld, substantially for the reasons given by the Judge.

7. Conclusion and Costs

[159] For the above reasons, I would allow the appeal in part by deleting reference in the declaration to Non-Status Indians. I would restate the declaration as follows: The Court declares that the Métis are included as "Indians" within the meaning of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[160] I would dismiss the cross-appeal.

[161] Finally, I would reserve the issue of the costs of the appeal and cross-appeal. Those costs, between the appellants and respondents, if not agreed, may be addressed in writing. The parties are requested to suggest a schedule for serving and filing written submissions on costs, such submissions not to exceed 10 pages in length.

NOËL J.A.: I agree.
TRUDEL J.A.: I agree.

c) Le juge a-t-il commis une erreur en refusant de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires?

[156] Compte tenu de ses motifs, le juge n'a commis aucune erreur en refusant de rendre le deuxième jugement déclaratoire. Il a reconnu que la Couronne avait une relation fiduciaire avec les Autochtones, tant d'un point de vue historique qu'aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (motifs, paragraphe 604). Il a également conclu qu'un jugement déclaratoire rendu dans l'abstrait serait inutile.

[157] Je suis d'accord. Cela est d'autant plus vrai que la que la Cour suprême a confirmé l'existence d'une relation fiduciaire entre les Métis et la Couronne dans son arrêt *Manitoba Metis Federation*, rendu après le prononcé des motifs du juge dans la présente affaire.

[158] On n'allègue aucune erreur en ce qui a trait au troisième jugement déclaratoire. Encore une fois, je conviens que c'est à bon droit que le juge a refusé de prononcer le jugement déclaratoire, essentiellement pour les motifs qu'il donne.

7. Conclusion et dépens

[159] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel en partie en supprimant la référence aux Indiens non inscrits dans le jugement déclaratoire. Je reformulerais le jugement déclaratoire de la manière suivante : la Cour déclare que les Métis sont considérés comme des « Indiens » au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[160] Je rejetterais l'appel incident.

[161] Enfin, je différerais la question des dépens à l'égard de l'appel et de l'appel incident. En cas de désaccord entre les appelants et les intimés, cette question des dépens peut être jugée sur dossier. La Cour demande aux parties de proposer un calendrier relativement à la signification et au dépôt d'observations écrites sur les dépens, de telles observations ne devant pas dépasser 10 pages.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.
LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.