



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 1, Part 1

2020, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2020] 1 F.C.R., {³⁻²⁷²

Renvoi [2020] 1 R.C.F., {³⁻²⁷²

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

EMMA KALY

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, MARC A. GIROUX, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2020.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est MARC A. GIROUX.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2020.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should also address any inquiries and change of address notifications to the Editor:

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont également priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à l'arrê-tiste en chef.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–272

Chapman v. Canada (Attorney General) (F.C.) 3

Ethics—Procedural fairness—Judicial review of Department of National Defence, Assistant Deputy Minister – Review Services (ADM(RS)) decision to accept investigator’s report finding that applicant having engaged in wrongdoing under *Public Servants Disclosure Protection Act* (PSDPA)—National Defence employee alleging in letter that applicant engaging in wrongdoing—Applicant not provided with letter, particulars prior to investigation—Investigator finding, inter alia, applicant not accommodating employee, gross mismanagement occurring pursuant to PSDPA, s. 8(c)—Report not provided to applicant—Whether rights accorded to applicant consistent with duty of procedural fairness—Applicant not given right to be heard or opportunity to know case against her—Duty of fairness triggered herein—PSDPA, s. 27(3) providing clear directive as to duty to provide subjects of investigation full opportunity to answer allegations made against them—Applicant entitled to procedural fairness at high end of scale—Not afforded several protections herein, including right to know what was said against her—Report unfair, could not be basis for fair, reasonable new decision—Process having to be started afresh, or Report revised—ADM(RS) decision set aside—Application allowed.

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–272

Chapman c. Canada (Procureur général) (C.F.) 3

Éthique—Équité procédurale—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle le sous-ministre adjoint (Services d’examen) (SMA(Svcs Ex)) du ministère de la Défense nationale a accepté les conclusions d’une enquêteuse selon lesquelles la demanderesse a commis un acte répréhensible visé par la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles* (LFPDAR)—Un employé de la Défense nationale a allégué dans une lettre que la demanderesse avait commis des actes répréhensibles—La demanderesse n’a pas reçu cette lettre ni aucun détail avant l’enquête—L’enquêteuse a conclu notamment que la demanderesse n’avait pas pris de mesures d’adaptation à l’égard de l’employé et qu’un cas grave de mauvaise gestion visé à l’art. 8c) de la LFPDAR avait eu lieu—Le rapport n’a pas été remis à la demanderesse—Il s’agissait de savoir si les droits accordés à la demanderesse étaient conformes à l’obligation d’équité procédurale—La demanderesse n’a pas eu le droit d’être entendue ni la possibilité de connaître la preuve à réfuter—Cela a fait intervenir l’obligation d’équité—L’art. 27(3) de la LFPDAR donne une directive claire quant à l’obligation de donner à la personne faisant l’objet d’une enquête la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle—La demanderesse avait droit au degré le plus élevé d’équité procédurale—Bon nombre de protections n’ont pas été accordées à la demanderesse, dont le fait de savoir ce qui avait été dit contre elle—Le rapport était injuste et ne pouvait servir de fondement à aucune nouvelle décision juste et raisonnable—Soit le processus devait être repris depuis le début, soit le rapport devait être révisé—La décision du SMA(Svcs Ex) a été annulée—Demande accueillie.

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Jim Shot Both Sides v. Canada (F.C.) 22

Constitutional Law—Aboriginal and Treaty Rights—Plaintiffs claiming that their reserve located in southern Alberta not according with land defendant promising them in 1877—Defendant arguing action time-barred—In reply, plaintiffs raising constitutional arguments—Claiming that application of provincial limitation acts unconstitutional as it would affect category of “lands reserved for the Indians” which falls under federal government’s jurisdiction under *Constitution Act, 1867*, s. 91(24)—Provincial limitations laws applying pursuant to *Federal Courts Act*, s. 39, which operates to incorporate into federal law provincial limitations period—Therefore, plaintiffs’ submission that unconstitutional to incorporate provincial law into federal law using *Federal Courts Act*, s. 39 rejected—Plaintiffs also submitting that prior to April 17, 1982, when *Constitution Act, 1982*, s. 35 coming into effect recognizing existing aboriginal, treaty rights, plaintiffs having no actionable right to enforce defendant’s treaty obligations, that no limitation could run against claim for breach of treaty until becoming actionable—Plaintiffs correctly stating that prior to 1982, properly instructed Canadian court could not entertain their claim that defendant had breached TLE treaty promise—Accordingly, no limitation could commence to run until claim becoming actionable with passage of *Constitution Act, 1982*, s. 35.

Aboriginal Peoples—Lands—Action by plaintiffs claiming that their reserve (Reserve No. 148 or Blood reserve) not according with land promised by defendant—Territory plaintiffs laying claim to referred to as “Big Claim”, which territory extending west of current plaintiffs’ reserve to former Kootenai River, south to Canada-U.S.A. border—Plaintiffs’ reserve, located in southern Alberta, occupying 547.5 square miles—Treaty No. 7, dated September 22, 1877, made between defendant, other tribes including plaintiffs called Blood Tribe (plaintiffs or Blood Tribe)—Treaty No. 7 promising reserve to plaintiffs—Location of plaintiffs’ reserve set out in Treaty No. 7 but location changed by agreement between parties involved—Defendant making two surveys of area to become plaintiffs’ reserve: first completed in 1882, second in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Jim Shot Both Sides c. Canada (C.F.) 22

Droit constitutionnel—Droits ancestraux ou issus de traités—Les demandeurs ont fait valoir que leur réserve située dans le sud de l’Alberta n’était pas conforme à ce que leur avait promis la défenderesse en 1877—La défenderesse a fait valoir que l’action était prescrite—En réponse, les demandeurs ont fait valoir des arguments constitutionnels—Ils ont soutenu que l’application de lois provinciales sur la prescription était inconstitutionnelle, car cela aurait une incidence sur les « terres réservées pour les Indiens », ce qui relève de la compétence du gouvernement fédéral aux termes de l’art. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Les lois provinciales sur la prescription s’appliquent aux termes de l’art. 39 de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui a pour effet d’intégrer dans la loi fédérale les délais de prescription provinciaux—L’observation des demandeurs selon laquelle il est inconstitutionnel d’intégrer une loi provinciale dans une loi fédérale aux termes de l’art. 39 de la *Loi sur les Cours fédérales* a donc été écartée—Les demandeurs ont aussi affirmé qu’avant le 17 avril 1982, date à laquelle l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est entré en vigueur afin de reconnaître les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones, les demandeurs n’avaient aucun droit recevable de faire appliquer les obligations de la défenderesse aux termes du traité, et aucun délai de prescription ne pouvait courir concernant une allégation de manquement au traité avant la date où celle-ci est devenue recevable—Les demandeurs ont eu raison d’affirmer qu’avant 1982, un tribunal canadien bien informé n’aurait pas pu entendre une demande de la tribu selon laquelle la défenderesse n’avait pas respecté la promesse contenue dans le traité relativement aux DFIT—De ce fait, aucune période de prescription ne pouvait exister avant que la revendication ne devienne recevable, c’est-à-dire avant l’adoption de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Peuples autochtones—Terres—Action intentée par les demandeurs, qui ont affirmé que leur réserve (la réserve no 148 ou la réserve des Blood) n’était pas conforme au territoire que leur avait promis la défenderesse—Le territoire que les demandeurs ont réclaté s’appelle la « grande revendication », qui s’étend à l’ouest de la réserve actuelle des demandeurs jusqu’à l’ancienne rivière Kootenai et au sud jusqu’à la frontière avec les États-Unis—La réserve des demandeurs, qui se trouve dans le sud de l’Alberta, a une superficie de 547,5 milles carrés—Le Traité no 7, qui date du 22 septembre 1877, a été conclu entre la défenderesse et plusieurs autres tribus, dont celle des demandeurs, appelée la tribu des Blood (les demandeurs ou la tribu des Blood)—Le Traité no 7 promettait une réserve aux demandeurs—L’emplacement

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

1883—Surveys having different boundaries, sizes, population, geographic location—Defendant promising plaintiffs specific reserve known as Treaty Land Entitlement (TLE)—Plaintiffs arguing, in particular, that membership at relevant time being such that promised reserve under TLE larger than provided for under either survey; therefore, that defendant breaching treaty promise, failing in its fiduciary duty to honestly, accurately implement treaty promises—Main issue whether plaintiffs’ action should be allowed—Plaintiffs’ population to be determined for TLE purposes at date of signing Treaty No. 7 (September 22, 1877)—Based on evidence, on balance of probabilities, Blood Tribe population totalling 3 550 at date of Treaty No. 7 for purposes of TLE calculation—As such, under Treaty, plaintiffs entitled to reserve of 710 square miles—With respect to reserve creation, leading authority on reserve creation, *Ross River Dena Council Band v. Canada*, Supreme Court of Canada decision, applied in present case—Defendant’s intention to create reserve for Blood Tribe not extinguished by subsequent events relating to geographic relocation of reserve when 1883 Agreement entered into—Evidence showing that reserve created for Blood Tribe before 1883 Agreement; area laid out by 1882 Survey—Reserve could not be reduced in size without obtaining surrender from Blood Tribe—1883 Agreement not constituting surrender—As to Big Claim, no evidence that defendant or Blood Tribe taking any steps to set apart land having area equal to Big Claim—Therefore, on balance of probabilities, Big Claim not made out—Defendant having number of fiduciary duties to Blood Tribe as result of Treaty No. 7, as amended by agreement—Defendant failing to fulfill some treaty obligations after Blood reserve created in 1882—Therefore, plaintiffs, on balance of probabilities, proving that defendant breaching fiduciary duty to Blood Tribe in implementing Treaty No. 7; in dealing with plaintiffs subsequent to creation of Blood reserve—Action allowed in part.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de la réserve des demandeurs est établi dans le Traité no 7, mais cet emplacement a été modifié par accord entre les parties en cause—La défenderesse a établi deux levés de la zone qui allait devenir la réserve des demandeurs : le premier levé date de 1882 et le second, de 1883—Les limites, les superficies et l’emplacement géographique des levés étaient différents—La défenderesse a promis aux demandeurs une réserve en particulier fournissant des droits fonciers issus de traités (DFIT)—Les demandeurs ont affirmé plus particulièrement qu’au moment en cause, le nombre de leurs membres faisait en sorte que la superficie de la réserve promise conformément aux DFIT était supérieure aux résultats des deux levés; par conséquent, que la défenderesse n’a pas respecté sa promesse aux termes du traité et ne s’est pas acquittée de son obligation fiduciaire de mettre en œuvre de façon honnête et précise les promesses découlant du traité—Il s’agissait principalement de savoir si l’action des demandeurs devait être accueillie—La population des demandeurs devait être établie, aux fins du calcul des DFIT, en fonction de la date de la signature du Traité no 7 (22 septembre 1877)—Sur le fondement de la preuve produite et selon la prépondérance des probabilités, la tribu des Blood comptait 3 550 membres à la date de signature du Traité no 7 aux fins du calcul des DFIT—Par conséquent, conformément au traité, les demandeurs avaient droit à une réserve d’une superficie de 710 milles carrés—L’arrêt-clé en matière de création de réserves, l’arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, rendu par la Cour suprême du Canada, a été appliqué dans la présente affaire—L’intention de la défenderesse de créer une réserve pour la tribu des Blood n’a pas été contrecarrée par les événements ultérieurs liés au déplacement géographique de la réserve à la date à laquelle l’accord de 1883 a été conclu—La preuve a démontré qu’une réserve a été créée pour la tribu des Blood avant l’accord de 1883; la réserve a été tracée par le levé de 1882—Sa taille ne pouvait pas être réduite sans que l’on obtienne une cession de la tribu des Blood—L’accord de 1883 ne constituait pas une cession—En ce qui concerne la grande revendication, rien ne prouvait que la défenderesse ou la tribu des Blood ont pris des mesures pour mettre de côté des terres d’une superficie égale à celle issue de la grande revendication—Par conséquent, selon la prépondérance des probabilités, la grande revendication n’a pas été établie—La défenderesse avait certaines obligations fiduciaires à l’égard de la tribu des Blood en raison de la conclusion du Traité no 7, tel qu’il a été modifié par un accord—La défenderesse n’a pas respecté certaines obligations fiduciaires découlant du traité après la création de la réserve des Blood en 1882—Pour ces motifs, les demandeurs, selon la prépondérance des probabilités, ont prouvé que la défenderesse a manqué à son obligation fiduciaire à l’égard de la tribu des Blood lors de l’application du Traité no 7; et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant (F.C.A.)..... 231

Federal Court Jurisdiction—Federal Court granting application for judicial review of citizenship officer’s decision made under *Citizenship Act* (Act)—Federal Court declaring respondent to be citizen of Canada—Whether Federal Court impermissibly granting declaration of fact; whether Federal Court usurping role of appellant—Per Laskin J.A. (Webb J.A. concurring): Law of judicial review recognizing power on part of reviewing court to substitute its view for that of administrative decision maker provided that certain conditions met—Federal Court therefore not erring in holding that remedy available to it if set conditions satisfied—Substitution of Federal Court’s views for those of administrative decision maker can be achieved indirectly or through remedies that *Federal Courts Act* setting out—While indirect substitution recognized, albeit as exceptional power under law of judicial review, law also recognizing power even of direct substitution, in which court itself granting relief sought from administrative decision maker in exceptional circumstances—Finding herein bringing this case into class of exceptional cases in which relief amounting to substitution recognized as appropriate—Per Near J.A. (dissenting): Federal Court’s declaration about respondent’s citizenship in present circumstances amounting to error—Federal Court also usurping role of appellant, rendering decision on merits despite that Parliament has given appellant exclusive authority to determine applications made under Act, s. 12(1)—Federal Court clearly substituting its decision for that of appellant—Such substitution constituting exceptional power under judicial review law; having to be exercised with caution but present case not warranting exceptional power.

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeal from Federal Court decision granting application for judicial review of citizenship officer’s decision made under *Citizenship Act* (Act)—Federal Court declaring respondent to be citizen of Canada—Declining to certify question of general importance—Absent certified question, no appeal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

en traitant avec les demandeurs après la création de la réserve des Blood—Action accueillie en partie.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant (C.A.F.)..... 231

Compétence de la Cour fédérale—La Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue par une agente de la citoyenneté au titre de la *Loi sur la citoyenneté* (Loi)—La Cour fédérale a déclaré que l’intimé était citoyen canadien—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a prononcé une déclaration de fait alors qu’elle ne le pouvait pas; si la Cour fédérale a usurpé le rôle de l’appellant—Le juge Laskin, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le droit relatif au contrôle judiciaire reconnaît à la cour de révision le pouvoir de substituer son point de vue à celui du décideur administratif, sous réserve du respect de certaines conditions—La Cour fédérale n’a donc pas commis d’erreur en concluant que cette mesure de réparation était à sa disposition si les conditions étaient réunies—La Cour fédérale peut substituer ses conclusions à celles d’un décideur administratif indirectement ou au moyen des mesures de réparation prévues par la *Loi sur les Cours fédérales*—La substitution indirecte est un pouvoir reconnu, quoiqu’exceptionnel, dans le droit régissant le contrôle judiciaire, mais le droit reconnaît également un pouvoir de substitution directe, c’est-à-dire lorsque la Cour accorde elle-même la réparation demandée au décideur administratif dans des circonstances exceptionnelles—En raison de la conclusion tirée dans la présente affaire, celle-ci est entrée dans la catégorie des situations exceptionnelles où l’octroi d’une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué—Le juge Near, J.C.A. (dissident) : Le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale sur la citoyenneté de l’intimé dans les présentes circonstances constituait une erreur—La Cour fédérale a également usurpé le rôle de l’appellant et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré à l’appellant le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre de l’art. 12(1) de la Loi—La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle de l’appellant—Une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence, mais la présente affaire ne justifiait pas l’exercice de ce pouvoir exceptionnel.

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue par une agente de la citoyenneté au titre de la *Loi sur la citoyenneté* (Loi)—La Cour fédérale a déclaré que l’intimé était citoyen canadien—Elle n’a pas certifié de question de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

lying to Federal Court of Appeal from Federal Court (Act, s. 22.2(d))—Despite this preclusive clause, appellant, on appeal, arguing that Act, s. 22.2(d) will not, in certain circumstances, bar appeal from decision in respect of which no question certified—In present matter, Act, s. 3(1)(b) providing principle of citizenship by descent—Since 2009, citizenship by descent under s. 3(1)(b) limited by Act, s. 3(3)(b) to first generation born outside Canada to Canadian parent; however, first generation limit subject to, inter alia, Crown servant exception set out in Act, s. 3(5)(b)—Respondent, 3 years old, born in U.S, represented by biological father who is Canadian citizen—Respondent not first generation born outside Canada since biological father born in 1971 in Malaysia to Canadian citizens—Father of respondent's biological father working abroad as professor retained by Canadian government—Respondent's biological father applying for certificate of citizenship on behalf of respondent under Act, s. 12(1)—Citizenship officer concluding that Crown servant exception of Act, s. 3(5)(b) not applying since employment abroad with Canadian university not falling under categories of Crown service—Thus, citizenship officer concluding respondent not meeting legislative requirements for citizenship—Respondent's biological father applying for judicial review of officer's decision, seeking declaration that son Canadian citizen—Federal Court declining to return matter for redetermination; affirming that father of biological father had served as Crown servant abroad; that respondent thus Canadian citizen as matter of law—Appellant claiming that Federal Court's decision falling within narrow exception to certified question requirement because Federal Court making jurisdictional errors—Whether appellant's appeal barred by Act, s. 22.2(d); in particular, whether Federal Court impermissibly granting declaration of fact; whether Federal Court usurping role of appellant—Per Laskin J.A. (Webb J.A. concurring): Act, s. 22.2(d) governing judicial reviews under Act—Certain types of error will justify hearing appeal in face of preclusive clause—However, no need in present case to revisit nature, scope of exceptions since errors Federal Court allegedly making not errors at all or were ordinary errors—Federal Court having authority to issue declaratory relief in deciding application for judicial review as such stated power found in *Federal Courts Act*, s. 18(1)(a)—Status as citizen of Canada by descent may be subject of declaration—Court previously holding that Canadian citizenship creature of federal statute—Act itself confers citizenship by descent; not granted by appellant but acquired by birth—Nature of Federal Court's declaration therefore not basis to conclude that preclusive clause not applying—In present matter, Federal Court issuing declaration requiring that appellant issue certificate of citizenship to respondent—Substitution remedy at issue may follow in

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

portée générale—Il ne peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale d'un jugement de la Cour fédérale s'il n'y a pas de question certifiée (art. 22.2d) de la Loi—Malgré cette disposition privative, l'appellant, dans son appel, a fait valoir que, dans certaines circonstances, l'art. 22.2d n'interdit pas qu'il soit fait appel de décisions ne comportant pas de question certifiée—Dans la présente affaire, l'art. 3(1)b de la Loi énonce le principe de la citoyenneté par affiliation—Depuis 2009, l'art. 3(3)b vient limiter la citoyenneté par filiation prévue à l'art. 3(1)b à la première génération d'enfants nés à l'étranger d'un père ou d'une mère canadiens; toutefois, la règle limitant la citoyenneté à la première génération est assujettie, entre autres choses, à l'exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l'art. 3(5)b—L'intimé est âgé de trois ans, est né aux États-Unis, et était représenté par son père biologique, un citoyen canadien—L'intimé n'appartient pas à la première génération d'enfants nés à l'étranger de sa famille : son père biologique est né en 1971 en Malaisie de parents canadiens—Le père du père biologique de l'intimé travaillait à l'étranger comme professeur d'université engagé par le gouvernement du Canada—Le père biologique de l'intimé a présenté une demande de certificat de citoyenneté canadienne au nom de l'intimé au titre de l'art. 12(1) de la Loi—L'agente de la citoyenneté a conclu que l'exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l'art. 3(5)b de la Loi ne s'appliquait pas, puisque l'emploi à l'étranger pour le compte d'une université canadienne n'appartenait à ni l'une ni l'autre des catégories de services de la Couronne—L'agente a donc conclu que l'intimé ne satisfaisait pas aux critères légaux de citoyenneté—Le père biologique de l'intimé a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'agente et a demandé une déclaration selon laquelle son fils était un citoyen canadien—La Cour fédérale a refusé de renvoyer l'affaire pour nouvelle décision; elle a affirmé que le père du père biologique était un fonctionnaire de l'État à l'étranger et que l'intimé était légalement citoyen canadien—L'appellant a fait valoir que la décision de la Cour fédérale faisait partie des exceptions limitées à l'exigence de la question certifiée, car la Cour fédérale avait commis des erreurs de compétence—Il s'agissait de savoir si l'art. 22.2d) de la Loi empêche qu'un appel soit interjeté; plus particulièrement, si la Cour fédérale a prononcé une déclaration de fait sans en avoir le pouvoir; et si elle a usurpé le rôle de l'appellant—Le juge Laskin, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : L'art. 22.2d) de la Loi régit les demandes de contrôle judiciaire présentées en application de la Loi—Certains types d'erreurs justifient l'audition d'un appel malgré une disposition privative—Toutefois, il n'était pas nécessaire en l'espèce de revoir la nature et la portée des exceptions parce que les erreurs qu'aurait commises la Cour fédérale n'étaient pas des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

exceptional cases in which court determining that substitution warranted—Federal Court’s finding in particular that father of biological father indeed Crown servant bringing present case into class of exceptional cases in which relief amounting to substitution recognized as appropriate—While Federal Court may have erred in certain respects in present case, errors constituting “mere” or “everyday” errors of kind that Federal Court of Appeal regularly correcting in absence of preclusive clause—Not reaching level that would bring case into categories of cases in which Federal Court of Appeal would be justified in disregarding preclusive clause Parliament enacted in Act, s. 22.2(d)—Act, s. 22.2(d) barring appellant’s appeal, which appeal quashed—Appeal dismissed—Per Near J.A. (dissenting): Federal Court’s declaration about respondent’s citizenship in present circumstances amounting to error sufficient to conclude that preclusive clause not applying here—Federal Court also usurping role of appellant, rendering decision on merits despite that Parliament has given appellant exclusive authority to determine applications made under Act, s. 12(1)—Federal Court clearly substituting its decision for that of appellant—Such substitution constituting exceptional power under judicial review law; having to be exercised with caution but present case not exceptional.

SOMMAIRE (Fin)

erreurs du tout ou étaient des erreurs ordinaires—La Cour fédérale peut prononcer un jugement déclaratoire lorsqu’elle tranche une demande de contrôle judiciaire, car ce pouvoir lui est conféré par l’art. 18(1)a) de la Loi—Le statut de citoyen canadien par filiation pourrait faire l’objet d’un jugement déclaratoire—La Cour a conclu par le passé que la citoyenneté canadienne était une création statutaire fédérale—C’est la Loi en soi qui confère la citoyenneté par filiation; cette citoyenneté n’est pas attribuée par l’appellant, elle est acquise de naissance—La nature du jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale ne justifiait donc pas qu’il soit conclu à l’inapplicabilité de la disposition privative—En l’espèce, la Cour fédérale a prononcé un jugement déclaratoire qui obligera l’appellant à délivrer un certificat de citoyenneté à l’intimé—Ce type de réparation équivalant à une substitution pourrait être accordé dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la cour détermine que la substitution est justifiée—En raison de la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le père du père biologique de l’intimé était un fonctionnaire de l’État, la présente affaire est entrée dans la catégorie des situations exceptionnelles où l’octroi d’une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué—À supposer que la Cour fédérale ait commis des erreurs à certains égards dans la présente affaire, il s’agirait de « simples » erreurs ou d’erreurs « ordinaires » d’un type que la Cour d’appel fédérale corrige fréquemment lorsqu’il n’y a pas de disposition privative—Ces erreurs ne seraient pas suffisamment graves pour faire entrer la présente affaire dans l’une ou l’autre des catégories de situations justifiant que la Cour d’appel fédérale fasse abstraction de la disposition privative adoptée par le législateur à l’art. 22.2d) de la Loi—L’art. 22.2d) de la Loi empêchait l’appellant de faire appel, lequel a été annulé—Appel rejeté—Le juge Near, J.C.A. (dissident) : Le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale concernant la citoyenneté de l’intimé dans les présentes circonstances constituait une erreur suffisamment grave pour que l’on conclue que la disposition privative ne s’appliquait pas en l’espèce—La Cour fédérale a également usurpé le rôle de l’appellant et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré à l’appellant le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre de l’art. 12(1) de la Loi—La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle de l’appellant—Une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence, mais la présente affaire n’était pas exceptionnelle.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Dow Chemical Company v. Nova Chemicals Company, 2017 FC 350, [2018] 2 F.C.R. 154, supplementary reasons 2017 FC 637, reasons on costs 2017 FC 759, has been affirmed on appeal (A-150-17, A-227-17, 2020 FCA 141). The reasons for judgment, handed down September 15, 2020, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Apotex Inc. v. ADIR, A-128-18, 2020 FCA 60, Mactavish J.A., judgment dated March 11, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused September 24, 2020.

Bank of Montreal v. Li, A-46-19, 2020 FCA 22, de Montigny J.A., judgment dated January 24, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused September 24, 2020.

Barejo Holdings ULC v. Canada, A-335-18, 2020 FCA 47, Noël C.J., judgment dated February 18, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused October 1, 2020.

Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., A-315-18, 2020 FCA 43, Webb J.A., judgment dated February 12, 2020, leave to appeal to S.C.C. granted August 6, 2020.

Canada v. Colitto, A-189-19, 2020 FCA 70, Dawson J.A., judgment dated April 2, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused September 24, 2020.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Kassab, A-414-18, 2020 FCA 10, Dawson J.A., judgment dated January 16, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused October 8, 2020.

Ontario (Energy) v. Quality Program Services Inc., A-355-18, 2020 FCA 53, Stratas J.A., judgment dated February 24, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused October 8, 2020.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Dow Chemical Company c. Nova Chemicals Company*, 2017 CF 350, [2018] 2 R.C.F. 154, motifs supplémentaires 2017 CF 637, motifs relatifs aux dépens 2017 CF 759, a été confirmée en appel (A-150-17, A-227-17, 2020 CAF 141). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 15 septembre 2020, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Apotex Inc. c. ADIR, A-128-18, 2020 CAF 60, la juge Mactavish, J.C.A., jugement en date du 11 mars 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 septembre 2020.

Banque de Montréal c. Li, A-46-19, 2020 CAF 22, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 24 janvier 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 septembre 2020.

Barejo Holdings ULC c. Canada, A-335-18, 2020 CAF 47, le juge en chef Noël, jugement en date du 18 février 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1^{er} octobre 2020.

Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., A-315-18, 2020 CAF 43, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 12 février 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 6 août 2020.

Canada c. Colitto, A-189-19, 2020 CAF 70, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 2 avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 septembre 2020.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Kassab, A-414-18, 2020 CAF 10, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 16 janvier 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 octobre 2020.

Ontario (Energy) c. Quality Program Services Inc., A-355-18, 2020 CAF 53, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 24 février 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 octobre 2020.

**Federal Courts
Reports**

2020, Vol. 1, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 1, 1^{er} fascicule

T-1753-18
2019 FC 975

T-1753-18
2019 CF 975

Melanie Chapman (*Applicant*)

Melanie Chapman (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: CHAPMAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : CHAPMAN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Zinn J.—Ottawa, July 4 and 23, 2019.

Cour fédérale, juge Zinn—Ottawa, 4 et 23 juillet 2019.

Ethics — Procedural fairness — Judicial review of Department of National Defence, Assistant Deputy Minister – Review Services (ADM(RS)) decision to accept investigator’s report finding that applicant having engaged in wrongdoing under Public Servants Disclosure Protection Act (PSDPA) — National Defence employee alleging in letter that applicant engaging in wrongdoing — Applicant not provided with letter; particulars prior to investigation — Investigator finding, inter alia, applicant not accommodating employee, gross mismanagement occurring pursuant to PSDPA, s. 8(c) — Report not provided to applicant — Whether rights accorded to applicant consistent with duty of procedural fairness — Applicant not given right to be heard or opportunity to know case against her — Duty of fairness triggered herein — PSDPA, s. 27(3) providing clear directive as to duty to provide subjects of investigation full opportunity to answer allegations made against them — Applicant entitled to procedural fairness at high end of scale — Not afforded several protections herein, including right to know what was said against her — Report unfair; could not be basis for fair, reasonable new decision — Process having to be started afresh, or Report revised — ADM(RS) decision set aside — Application allowed.

Éthique — Équité procédurale — Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle le sous-ministre adjoint (Services d’examen) (SMA(Svcs Ex)) du ministère de la Défense nationale a accepté les conclusions d’une enquêteuse selon lesquelles la demanderesse a commis un acte répréhensible visé par la Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles (LPFDAR) — Un employé de la Défense nationale a allégué dans une lettre que la demanderesse avait commis des actes répréhensibles — La demanderesse n’a pas reçu cette lettre ni aucun détail avant l’enquête — L’enquêteuse a conclu notamment que la demanderesse n’avait pas pris de mesures d’adaptation à l’égard de l’employé et qu’un cas grave de mauvaise gestion visé à l’art. 8c) de la LPFDAR avait eu lieu — Le rapport n’a pas été remis à la demanderesse — Il s’agissait de savoir si les droits accordés à la demanderesse étaient conformes à l’obligation d’équité procédurale — La demanderesse n’a pas eu le droit d’être entendue ni la possibilité de connaître la preuve à réfuter — Cela a fait intervenir l’obligation d’équité — L’art. 27(3) de la LPFDAR donne une directive claire quant à l’obligation de donner à la personne faisant l’objet d’une enquête la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle — La demanderesse avait droit au degré le plus élevé d’équité procédurale — Bon nombre de protections n’ont pas été accordées à la demanderesse, dont le fait de savoir ce qui avait été dit contre elle — Le rapport était injuste et ne pouvait servir de fondement à aucune nouvelle décision juste et raisonnable — Soit le processus devait être repris depuis le début, soit le rapport devait être révisé — La décision du SMA(Svcs Ex) a été annulée — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by the Assistant Deputy Minister – Review Services (ADM(RS)) of the Department of National Defence to accept an investigator’s report finding that the applicant engaged in wrongdoing under the *Public Servants Disclosure Protection Act* (PSDPA).

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle le sous-ministre adjoint (Services d’examen) (SMA(Svcs Ex)) du ministère de la Défense nationale a accepté les conclusions d’une enquêteuse selon lesquelles la demanderesse a commis un acte répréhensible visé par la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles* (LPFDAR).

An employee with the Office of the National Defence and Canadian Forces Ombudsman (Office) wrote to the ADM(RS) concerning incidents of alleged wrongdoing and named the applicant, the Director of Investigations in the Office, as one of those who had engaged in the wrongdoings. The issue that led to application herein involved the suicide of an employee with a history of mental health issues who reported to the applicant. The applicant was not provided with this letter prior to the investigation. No particulars were provided to the applicant regarding the allegations prior to her interview by the investigator. The investigator found, *inter alia*, that the applicant failed to accommodate the employee, and treated the employee's health symptoms as a performance issue requiring discipline. The report further stated that on a balance of probabilities, gross mismanagement occurred pursuant to paragraph 8(c) of the PSDPA. The report was not provided to the applicant. The ADM(RS) stated that the investigation supported a finding of wrongdoing of gross mismanagement. The applicant submitted that she was denied procedural fairness.

The main issue was whether the rights accorded to the applicant were consistent with the duty of procedural fairness.

Held, the application should be allowed.

The applicant was not given a meaningful right to be heard or given the opportunity to know the case against her at any stage of the process. The decision affected the applicant's rights, privileges or interests and therefore the doctrine of duty of fairness was triggered. The investigation was a process leading to a decision that there was workplace wrongdoing. It involved extensive interviews, evidence gathering, and the potential for punishment. It was not unlike wrongful dismissal actions or arbitration hearings. The PSDPA provides those who wish to disclose potential wrongdoing with two avenues: a complaint may be made (1) to the Public Sector Integrity Commissioner, or (2) to one's supervisor or a senior officer. There is no principled basis to find that one is entitled to different procedural protection depending on the avenue of complaint selected by the discloser. The PSDPA explicitly states that the applicant had an equal right to procedural fairness and natural justice. It is wrong to suggest that entitlement to procedural fairness is in any way to be assessed based on one's education or status. Subsection 27(3) of the PSDPA provides a very clear directive as to the duty to provide the subjects of an investigation, such as the applicant in this case, a full opportunity to answer the allegations made against them. It was clear that the applicant was entitled to procedural fairness at the high end of the scale given the important interests at stake, her legitimate expectations, and specific requirements in the PSDPA that she receive procedural fairness. The applicant was not afforded several protections. Although the applicant had opportunities to speak with

Un employé du Bureau de l'ombudsman de la Défense nationale et des Forces canadiennes (Bureau) a écrit au SMA(Svcs Ex) au sujet d'incidents d'acte répréhensible allégués et a nommé la demanderesse, la directrice des enquêtes du Bureau, comme étant l'une des personnes ayant commis ces actes répréhensibles. La question à l'origine de la présente demande concernait le suicide d'un employé qui relevait de la demanderesse et qui avait vécu des épisodes de troubles mentaux. La demanderesse n'a pas reçu cette lettre avant l'enquête. Aucun détail ne lui a été fourni concernant les allégations avant son entrevue avec l'enquêtrice. L'enquêtrice a conclu dans son rapport, notamment, que la demanderesse n'a pas pris de mesures d'adaptation à l'égard de l'employé et qu'elle a traité ses symptômes comme un problème de rendement devant faire l'objet de mesures disciplinaires. Elle a déclaré en outre que, selon la prépondérance des probabilités, un cas grave de mauvaise gestion visé à l'alinéa 8c) de la LPFDAR a eu lieu. Le rapport n'a pas été remis à la demanderesse. Le SMA(Svcs Ex) a affirmé que l'enquête permettait de conclure qu'un acte répréhensible (cas grave de mauvaise gestion) avait été commis. La demanderesse a fait valoir qu'elle a été privée de son droit à l'équité procédurale.

Il s'agissait principalement de savoir si les droits accordés à la demanderesse étaient conformes à l'obligation d'équité procédurale.

Jugement : la demande doit être accueillie.

En aucun temps au cours du processus la demanderesse n'a réellement eu le droit d'être entendue ni la possibilité de connaître la preuve à réfuter. La décision touchait les droits, privilèges ou biens de la demanderesse et a donc fait intervenir la doctrine de l'obligation d'équité. L'enquête était un processus ayant mené à la décision selon laquelle un acte répréhensible a été commis en milieu de travail. Le processus comportait de nombreuses entrevues, la collecte d'éléments de preuve et la possibilité de sanctions. Il n'était pas si différent d'une poursuite pour congédiement injustifié ou d'une audience d'arbitrage. La LPFDAR offre deux voies à ceux qui souhaitent divulguer un acte répréhensible : ils peuvent déposer une plainte soit 1) au commissaire à l'intégrité du secteur public, soit 2) à leur superviseur ou à un cadre supérieur. Il n'y a aucun principe de base permettant de conclure qu'une personne a droit à une protection procédurale différente selon le mécanisme de traitement de la plainte que le divulgateur a choisi. La LPFDAR indique explicitement que la demanderesse avait un droit égal à l'équité procédurale et à la justice naturelle. Il est faux de laisser entendre que le droit à l'équité procédurale doit être évalué en fonction de l'éducation ou du statut de la personne. Le paragraphe 27(3) de la LPFDAR donne une directive très claire quant à l'obligation de donner à la personne faisant l'objet d'une enquête, comme la demanderesse en l'espèce, la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle. Il était clair que la demanderesse avait droit au degré le plus élevé d'équité procédurale compte tenu des intérêts importants en jeu, de ses attentes

the investigator, to provide comments and to submit evidence, the value of those processes was severely attenuated by not knowing what was said against her. It was not explained why it would not have been possible to provide any information regarding the allegations against the applicant while still protecting the identity of the discloser and other witnesses. If the applicant had seen the report, she could have both offered explanations to bolster her own credibility, and pointed out the weaknesses in the evidence that the investigator relied upon. In those circumstances, it could not be concluded that the decision maker would have reached the same result. The report was unfair and could not be the basis of any fair and reasonable new decision. Either the process had to be started afresh, or the Report, as it presently stood, revised. The decision of the ADM(RS) was set aside, and the allegation of wrongdoing was to be decided by a different decision maker.

légitimes et des exigences particulières de la LPFDAR selon lesquelles elle doit bénéficier de l'équité procédurale. Bon nombre de protections n'ont pas été accordées à la demanderesse. Bien que la demanderesse ait eu des occasions de parler à l'enquêteuse, de formuler des commentaires et de présenter des éléments de preuve, le fait de ne pas avoir su ce qui avait été dit contre elle a grandement atténué la valeur de ces procédures. On n'a pas expliqué pourquoi il n'aurait pas été possible de fournir quelque information que ce soit concernant les allégations visant la demanderesse tout en protégeant l'identité du divulgateur et des autres témoins. Si la demanderesse avait vu le rapport, elle aurait pu offrir des explications pour renforcer sa propre crédibilité et signaler les faiblesses de la preuve sur laquelle l'enquêteuse s'est fondée. Dans ces circonstances, la Cour ne saurait conclure que le décideur serait parvenu au même résultat. Le rapport était injuste et ne pouvait servir de fondement à aucune nouvelle décision juste et raisonnable. Soit le processus devait être repris depuis le début, soit le rapport, dans sa forme actuelle, devait être révisé. La décision du SMA(Svcs Ex) a été annulée et l'allégation d'acte répréhensible devait être tranchée par un autre décideur.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 318.
Public Servants Disclosure Protection Act, S.C. 2005, c. 46, ss. 11(1)(c)(i), 22(d), 27(3).

CASES CITED

APPLIED:

Mission Institution v. Khela, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

CONSIDERED:

Knight v. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 S.C.R. 653, (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 78 A.R. 1.

REFERRED TO:

Swarath v. Canada (Attorney General), 2015 FC 963, 11 Admin. L.R. (6th) 25; *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 373 D.L.R. (4th) 367; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; *El-Helou v. Courts Administration Service*, 2012 FC 1111, 4 C.C.E.L. (4th) 102; *Marchand v. Public Service Integrity Commissioner*, 2014 FC 329, 452 F.T.R. 182; *Lemelin v. Canada (Attorney*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, L.C. 2005, ch. 46, art. 11(1)(c)(i), 22(d), 27(3).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 318.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Établissement de Mission c. Khela, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Knight c. Indian Head School Division No. 19, [1990] 1 R.C.S. 653; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

DÉCISIONS CITÉES :

Swarath c. Canada (Procureur général), 2015 CF 963; *Maritime Broadcasting System Limited c. La guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59; *Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2012 CF 1111; *Marchand c. Commissaire à l'intégrité du secteur public*, 2014 CF 329; *Lemelin c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 286; *Mobil Oil Canada Ltd c. Office*

General), 2018 FC 286; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, 111 D.L.R. (4th) 1.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Assistant Deputy Minister – Review Services of the Department of National Defence to accept an investigator’s report finding that the applicant engaged in wrongdoing under the *Public Servants Disclosure Protection Act*. Application allowed.

APPEARANCES

Michael Fisher for applicant.
Spencer Shaw for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.,
Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent.

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

[1] ZINN J.: Ms. Chapman was found to have engaged in wrongdoing (gross mismanagement) under the *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46 (PSDPA) in failing to accommodate a disability (mental health issue) during a disciplinary process. She was denied procedural fairness in the investigation and in the decision-making process. The decision to accept the investigator’s findings that she engaged in wrongdoing must be set aside.

Background

[2] Ms. Chapman holds the position of Director of Investigations in the Office of the National Defence and Canadian Forces Ombudsman. On April 18, 2017, Patrick Martel, a senior investigator with that office, wrote to the Assistant Deputy Minister – Review Services (ADM(RS))

Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers, [1994] 1 R.C.S. 202.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle le sous-ministre adjoint (Services d’examen) du ministère de la Défense nationale a accepté les conclusions d’une enquêteuse selon lesquelles la demanderesse a commis un acte répréhensible visé par la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles*. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Michael Fisher pour la demanderesse.
Spencer Shaw pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l.,
Ottawa, pour la demanderesse.
La sous-procureure générale du Canada pour le
défendeur.

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

[1] LE JUGE ZINN : Il a été établi que M^{me} Chapman a commis un acte répréhensible (cas grave de mauvaise gestion) visé par la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46 (la LPFDAR), au motif qu’elle n’a pas pris les mesures d’adaptation nécessaires pour tenir compte d’une déficience (problème de santé mentale) au cours d’un processus disciplinaire. Elle a été privée de son droit à l’équité procédurale durant l’enquête et le processus décisionnel. La décision d’accepter les conclusions de l’enquêteuse selon lesquelles elle a commis un acte répréhensible doit être annulée.

Contexte

[2] M^{me} Chapman occupe le poste de directrice des enquêtes au Bureau de l’ombudsman de la Défense nationale et des Forces canadiennes. Le 18 avril 2017, Patrick Martel, enquêteur principal au sein de ce bureau, a écrit au sous-ministre adjoint (Services d’examen) (SMA(Svcs Ex))

concerning what he described as “an internal disclosure of wrongdoings”. His letter listed eight separate incidents of alleged wrongdoing and named six individuals within the office as having engaged in one or more of the wrongdoings he identified. Ms. Chapman was named in two; one of those was determined to be unfounded.

[3] The issue that led to this application involved the suicide of an employee, referred to in these reasons as AB, who reported to Ms. Chapman.

[4] In order to understand the significance of some of the submissions made in this application, the original letter of the discloser, Mr. Martel, regarding this issue is set out.

On 6 April 2017, AB committed suicide. I am told he was being subjected to a series of internal discipline procedures administered by Ms. Chapman. The day he was to attend a disciplinary hearing in front of Ms. Chapman, he was found dead in a hotel room.

AB was a jovial individual who nonetheless had a well-known recent history of mental health issues. He had shared with many colleagues that in recent years he had to take time off work due to depression. AB associated his depression with pressures he had endured at work for speaking up to management when he felt compelled. AB was 62 years old. It was well known that he had set to retire at the end of 2017. Many thought that this long forecasted retirement plan was a way for AB to pre-empt some of the pressures he felt to be ousted from his employment, and that he was not ready to retire.

It is difficult to imagine that managers at the DND and CAF Ombudsman were oblivious to the risks associated with the chosen path of actions towards AB. Managers of the DND and CF Ombudsman knew better. Their actions may be qualified as reckless or wilful blindness. At this time, the Ottawa Police has not released the 70-page suicide note left by AB. It may be that the Ottawa Police will conclude that no crime was committed. However, there may be administrative matters worth considering.

The DND and CAF Ombudsman has the vital role of assisting military and civilian personnel who may struggle with depression, suicidal ideation, and work pressures. Ensuring that staff working for the Ombudsman—especially in the

au sujet de ce qu’il a décrit comme [TRADUCTION] « une divulgation interne d’actes répréhensibles ». Dans sa lettre, il a énuméré huit incidents distincts d’acte répréhensible et a indiqué que six personnes du bureau avaient commis un ou plusieurs de ces actes répréhensibles. M^{me} Chapman a été nommée à l’égard de deux incidents; l’un d’entre eux a été jugé non fondé.

[3] La question à l’origine de la présente demande concernait le suicide d’un employé, appelé « AB » dans les présents motifs, qui relevait de M^{me} Chapman.

[4] Afin de comprendre le sens de certaines des observations formulées dans la présente demande, voici la lettre originale du divulgateur, M. Martel, concernant cette question.

[TRADUCTION] Le 6 avril 2017, AB s’est suicidé. On me dit qu’il était visé par une série de mesures disciplinaires internes gérées par M^{me} Chapman. Le jour où il devait assister à une audience disciplinaire devant M^{me} Chapman, il a été trouvé mort dans une chambre d’hôtel.

AB était une personne joviale qui avait néanmoins vécu des épisodes récents bien connus de troubles mentaux. Il avait fait savoir à de nombreux collègues que, au cours des dernières années, il avait dû s’absenter du travail à cause d’une dépression. Il a associé sa dépression aux pressions qu’il a subies au travail pour s’être exprimé librement à la direction lorsqu’il s’en est senti obligé. AB avait 62 ans. Il était bien connu qu’il s’apprêtait à prendre sa retraite à la fin de 2017. Nombreux sont ceux qui croyaient que ce plan de retraite prévu depuis longtemps était un moyen pour AB de soulager la pression qu’il ressentait de quitter son emploi et qu’il n’était pas prêt à prendre sa retraite.

Il est difficile d’imaginer que les gestionnaires de l’ombudsman du MDN et des FAC n’étaient pas conscients des risques associés aux mesures choisies envers AB. Les gestionnaires de l’ombudsman du MDN et des FAC auraient dû être plus prudents. Leurs actes peuvent être qualifiés d’insoyants ou d’ignorance volontaire. À l’heure actuelle, le Service de police d’Ottawa n’a pas publié la lettre de suicide de 70 pages qu’AB a laissée. Il se peut que le Service de police d’Ottawa en vienne à la conclusion qu’aucun crime n’a été commis. Toutefois, il y a peut-être des questions administratives qui valent la peine d’être prises en considération.

L’ombudsman du MDN et des FAC joue le rôle vital d’aider les membres du personnel militaire et civil qui peuvent être aux prises avec la dépression, des idées suicidaires et des pressions professionnelles. Il est dans l’intérêt

important role of director of investigations—is competent and know how to recognize and minimize suicide risk is in the public interest.

On Thursday, 7 April 2017, Ms. Chapman, Director of Investigations, and Ms. Parker, Director of Systemic Investigations, communicated with employees to announce the suicide death of AB. Ms. Parker delivered to me a very controlled message in which she said there were no signs, nothing could have provided a hint that AB would resort to suicide. I told her that I was not overly surprised of this outcome because of the way she and Ms. Chapman had been treating certain employees. I told Ms. Parker that they ought to have known, given AB's history of mental health issues, the way they were treating him was very risky.

Employees who felt a need to reach out to others to announce the sad news were scolded by Ms. Chapman. They were told not to deliver the news to others; it would be done by management only. I was told that, oddly, the Director of Investigation, Ms. Chapman; the Director of Systemic Investigations, Ms. Parker; the Staff Officer to the Ombudsman, Ms. Hadi and Mr. Walbourne, the Ombudsman, did not attend the wake or funeral.

Despite all this, only a full investigation can determine what really took place.

[5] Mr. Martel listed as potential witnesses and corroborating evidence: the suicide note, the personal, labour relations, and medical files of AB, Robert Basque (Union Steward), and Bob Howard (another colleague).

[6] Few, if any, of Mr. Martel's allegations against Ms. Chapman were based on first-hand knowledge. Ms. Chapman was never provided with this letter and saw it only after it was produced in this application pursuant to rule 318 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106].

[7] By letter of July 28 2019, the ADM(RS) wrote to Ms. Chapman to advise that he had received a disclosure of wrongdoing under the PSDPA, and that an independent third party would be retained to “conduct a preliminary assessment into these allegations.” The relevant allegation

public de veiller à ce que le personnel qui travaille pour l'ombudsman – surtout celui qui exerce la fonction importante de directeur des enquêtes – soit compétent et sache reconnaître et réduire au minimum le risque de suicide.

Le jeudi 7 avril 2017, M^{me} Chapman, directrice des enquêtes, et M^{me} Parker, directrice des enquêtes systémiques, ont communiqué avec les employés pour annoncer le suicide d'AB. M^{me} Parker m'a communiqué un message très maîtrisé dans lequel elle disait qu'il n'y avait eu aucun signe qu'AB en arriverait au suicide et que rien n'aurait pu donner cette indication. Je lui ai dit que je n'étais pas trop surpris de ce dénouement à cause de la façon dont M^{me} Chapman et elle traitaient certains employés. J'ai dit à M^{me} Parker qu'elles auraient dû savoir, étant donné qu'AB avait souffert de troubles mentaux, que la façon dont elles le traitaient était très risquée.

Les employés qui ont ressenti le besoin de communiquer avec d'autres employés pour annoncer la triste nouvelle ont été réprimandés par M^{me} Chapman. On leur a dit de ne pas transmettre la nouvelle aux autres; seule la direction s'en occuperait. On m'a dit que, étrangement, la directrice des enquêtes, M^{me} Chapman, la directrice des enquêtes systémiques, M^{me} Parker, l'officier d'état-major de l'ombudsman, M^{me} Hadi et M. Walbourne, l'ombudsman, n'ont pas assisté à la veillée funèbre ou aux funérailles.

Malgré tout cela, seule une enquête complète peut permettre de déterminer ce qui s'est vraiment passé.

[5] M. Martel a énuméré comme témoins potentiels et éléments de preuve à l'appui la lettre de suicide, les membres du personnel, les membres des relations de travail, le dossier médical d'AB, Robert Basque (délégué syndical) et Bob Howard (autre collègue).

[6] Peu d'allégations de M. Martel visant M^{me} Chapman, s'il en est, étaient fondées sur une connaissance directe. M^{me} Chapman n'a jamais reçu cette lettre et l'a vue seulement après qu'elle ait été produite dans le cadre de la présente demande sur le fondement de la règle 318 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106].

[7] Dans une lettre datée du 28 juillet 2019, le SMA(Svcs Ex) a écrit à M^{me} Chapman pour l'informer qu'il avait pris connaissance d'une divulgation d'actes répréhensibles au titre de la LPFDAR et qu'un tiers indépendant serait chargé de [TRADUCTION] « mener une évaluation préliminaire

against Ms. Chapman was described in the notification letter as “Gross Mismanagement (disciplinary actions)”. No particulars were provided.

[8] By letter dated October 31, 2017, the ADM(RS) informed Ms. Chapman that the preliminary assessment was completed and “it has been determined that a formal investigation is warranted”. Deborah Jelly of Glencastle Security Inc., who had conducted the preliminary assessment, was selected to conduct the formal investigation.

[9] After being advised by the ADM(RS) that Ms. Jelly would begin interviews in early January, Ms. Chapman wrote to the ADM(RS) on January 12, 2018, seeking disclosure:

I would like to know the substance of the allegation(s) made against me prior to the interview so that I am able to adequately prepare a response.

[10] The ADM(RS) responded to this request on January 31, 2018, stating “I will remind you that the allegations were outlined in my letter to you of 31 October 2017”. That “outline” is the phrase “Gross Mismanagement (disciplinary action)”. No particulars were provided to Ms. Chapman prior to her interview or thereafter before making the decision under review.

[11] Ms. Jelly conducted 12 other interviews before interviewing Ms. Chapman on March 29, 2018. She informed Ms. Chapman that in keeping with the department’s guidelines, Ms. Chapman was not permitted to take notes but would be permitted to review Ms. Jelly’s notes of the interview for accuracy. While not at issue, I note that the departmental guidelines do not state that an interviewee cannot take notes or record the interview; rather, it states that any notes or recording cannot be kept by the interviewee but must be handed over to the interviewer “as the information created in the process belongs to the investigation”.

de ces allégations ». L’allégation visant M^{me} Chapman a été décrite dans la lettre d’avis comme un [TRADUCTION] « cas grave de mauvaise gestion (mesures disciplinaires) ». Aucun détail n’a été fourni.

[8] Dans une lettre datée du 31 octobre 2017, le SMA(Svcs Ex) a informé M^{me} Chapman que l’évaluation préliminaire était terminée et qu’[TRADUCTION] « il a été décidé qu’une enquête officielle était justifiée ». Deborah Jelly, de Glencastle Security Inc., qui avait mené l’évaluation préliminaire, a été choisie pour mener l’enquête officielle.

[9] Après que le SMA(Svcs Ex) l’a informée que M^{me} Jelly commencerait les entrevues au début de janvier, M^{me} Chapman a écrit au SMA(Svcs Ex) le 12 janvier 2018 afin d’obtenir la divulgation :

[TRADUCTION] J’aimerais connaître la teneur de l’allégation ou des allégations formulées contre moi avant l’entrevue, de façon à ce que je puisse préparer adéquatement ma réponse.

[10] Le SMA(Svcs Ex) a répondu à cette demande le 31 janvier 2018, déclarant ce qui suit : [TRADUCTION] « Je vous rappellerai que les allégations ont été décrites dans la lettre que je vous ai adressée le 31 octobre 2017. » Cette « description » est constituée des mots « cas grave de mauvaise gestion (mesure disciplinaire) ». Aucun détail n’a été fourni à M^{me} Chapman avant son entrevue ou par la suite avant la prise de la décision faisant l’objet du contrôle.

[11] M^{me} Jelly a réalisé 12 autres entrevues avant d’interroger M^{me} Chapman le 29 mars 2018. Elle l’a informée que, conformément aux lignes directrices du ministère, M^{me} Chapman n’était pas autorisée à prendre des notes, mais serait autorisée à examiner les notes d’entrevue de M^{me} Jelly pour en vérifier l’exactitude. Bien que cela ne soit pas en cause, je remarque que les lignes directrices du ministère ne précisent pas qu’une personne interrogée ne peut pas prendre de notes ou enregistrer l’entrevue; elles indiquent plutôt que la personne interrogée ne peut conserver les notes ou l’enregistrement et que ceux-ci doivent être remis à l’enquêteur « étant donné que l’information créée au cours du processus appartient à l’enquête ».

[12] On April 27, 2018, Ms. Chapman met with an associate of Ms. Jelly to review the notes of her interview, and she made some corrections and additions to them.

[13] Ms. Jelly completed her report in May 2018 (the Report), and in it made the following findings regarding the issue identified by the ADM(RS):

The errors in Ms. Chapman’s management of AB and her failure to provide accommodation constitute more than trivial wrongdoing or negligence; they are actions and inactions which create substantial risk of significant adverse impacts on the ability of the organization, office or unit to carry out its mandate.

Ms. Chapman’s conduct poses a serious threat to public confidence in the integrity of the public service.

Ms. Chapman’s conduct and inaction regarding her failure to provide accommodation to AB and her treatment of AB’s health symptoms as a performance issue requiring discipline is consistent with any reasonable definition of gross mismanagement under the Public Service Disclosure Protection Act.

Having regard to the totality of the information available and on the balance of probabilities, Allegation One is supported and a Gross Mismanagement (Discipline) under the Public Service Disclosure Protection Act 8(c) (Reference C) has occurred.

[14] The Report was not provided to Ms. Chapman. She first saw it as part of the rule 318 disclosure.

[15] The ADM(RS) received the report and accepted its conclusions. On September 8, 2018, the ADM(RS) wrote to Ms. Chapman to inform her of the result of the investigation. He wrote that “you were previously informed of the allegations and were provided with an opportunity to respond”. He described the relevant allegation as “Failure to accommodate a disability (mental health problem) during a disciplinary process” and stated that the allegation is founded. He stated that the investigation supported

[12] Le 27 avril 2018, M^{me} Chapman a rencontré un collègue de M^{me} Jelly pour passer en revue les notes de son entrevue, et elle y a apporté certaines corrections et certains ajouts.

[13] M^{me} Jelly a terminé son rapport en mai 2018 [le rapport], dans lequel elle a formulé les conclusions suivantes concernant la question soulevée par le SMA(Svcs Ex) :

[TRADUCTION] Les erreurs de M^{me} Chapman dans la gestion du cas d’AB et le fait qu’elle n’a pas pris de mesures d’adaptation dépassent la négligence ou l’acte répréhensible insignifiant. Ce sont des actions et des inactions qui créent un risque substantiel de répercussions négatives importantes sur la capacité de l’organisation, du bureau ou de l’unité de s’acquitter de son mandat.

La conduite de M^{me} Chapman représente un grave danger pour la confiance du public envers l’intégrité de la fonction publique.

La conduite et l’inaction de M^{me} Chapman par rapport au fait qu’elle n’a pas pris de mesures d’adaptation à l’égard d’AB et qu’elle a traité les symptômes d’AB comme un problème de rendement devant faire l’objet de mesures disciplinaires correspondent à toute définition raisonnable de cas grave de mauvaise gestion prévue par la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles*.

Vu l’ensemble des renseignements disponibles et selon la prépondérance des probabilités, la première allégation est fondée, et un cas grave de mauvaise gestion (mesure disciplinaire) visé à l’alinéa 8c) de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles* (référence C) a eu lieu.

[14] Le rapport n’a pas été remis à M^{me} Chapman. Elle l’a vu pour la première fois dans le cadre de sa demande de communication fondée sur la règle 318 des *Règles des Cours fédérales*.

[15] Le SMA(Svcs Ex) a reçu le rapport et en a accepté les conclusions. Le 8 septembre 2018, il a écrit à M^{me} Chapman pour l’informer de l’issue de l’enquête. Il a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « [V]ous avez déjà été informé des allégations, et vous avez eu l’occasion de donner une réponse. » Il a décrit l’allégation la visant comme suit : [TRADUCTION] « Défaut de prendre des mesures d’adaptation à l’égard d’une déficience (problème de santé mentale) au cours d’un processus disciplinaire. » Il

a finding of wrongdoing of gross mismanagement under the PSDPA. He concluded by stating that the Deputy Minister “has been informed of the results of the investigation, and will direct whatever corrective action is deemed appropriate”.

[16] Ms. Chapman submits that she was denied procedural fairness. She asks the Court to review and set aside this decision and refer the matter back to a different decision maker to be dealt with in accordance with the Court’s reasons.

Standard of Review

[17] Ms. Chapman submits that the standard of review is correctness, which means that there is no deference to the ADM(RS)’s choice of procedure or his views of the fairness of the procedure. Several cases are cited in support of this proposition: *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*), at paragraph 79; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121 (*Canadian Pacific*), at paragraph 34; *Swarath v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 963, 11 Admin. L.R. (6th) 25, at paragraph 23. Canada submits that the standard of review is reasonableness, relying on *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 373 D.L.R. (4th) 367 (*Maritime Broadcasting*).

[18] The issue of the appropriate standard of review is a bit more nuanced than simple correctness, but the passage quoted from *Maritime Broadcasting* relied on by Canada is not the state of the law. As explained in *Canadian Pacific*, at paragraph 38:

In *Maritime Broadcasting* ..., decided before *Khela*, a reasonableness standard was expressed, but only in dissent. [Citations omitted.]

[19] *Canadian Pacific* is the most recent of the cases cited by Ms. Chapman, and is the most useful. From paragraph 32 to 57, it explains the state of the law, which had

a déclaré que l’allégation était fondée. Le SMA(Svcs Ex) a affirmé que l’enquête permettait de conclure qu’un acte répréhensible (cas grave de mauvaise gestion) visé par la LPPDAR avait été commis. Il a conclu en déclarant que le sous-ministre [TRADUCTION] « a été informé des résultats de l’enquête et ordonnera toute mesure corrective qu’il juge indiquée ».

[16] M^{me} Chapman fait valoir qu’elle a été privée de son droit à l’équité procédurale. Elle prie la Cour d’examiner et d’annuler la décision et de renvoyer l’affaire à un autre décideur pour que celui-ci l’examine conformément aux motifs de la Cour.

Norme de contrôle

[17] M^{me} Chapman soutient que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, ce qui signifie qu’il n’y a pas lieu de faire preuve de déférence envers le choix de procédure du SMA(Svcs Ex) ou son point de vue sur l’équité de la procédure. Plusieurs décisions sont citées à l’appui de cette proposition : *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*), au paragraphe 79; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121 (*Canadien Pacifique*), au paragraphe 34; *Swarath c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 963, au paragraphe 23. Le Canada soutient que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, s’appuyant sur l’arrêt *Maritime Broadcasting System Limited c. La guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59 (*Maritime Broadcasting*).

[18] La question de la norme de contrôle applicable est un peu plus nuancée que la simple norme de la décision correcte, mais l’extrait cité de l’arrêt *Maritime Broadcasting* sur lequel se fonde le Canada ne reflète pas l’état du droit. Comme il est expliqué au paragraphe 38 de l’arrêt *Canadien Pacifique* :

Dans l’arrêt *Maritime Broadcasting* [...], rendu avant l’arrêt *Khela*, la norme de la décision raisonnable a été mentionnée, mais seulement dans les motifs dissidents. [Références omises.]

[19] L’arrêt *Canadien Pacifique* est la plus récente des décisions que M^{me} Chapman a citées et la plus utile. Du paragraphe 32 à 57, il explique l’état du droit, qui a été

been confused by decisions applying “correctness with an element of deference.” At paragraph 34, the Federal Court of Appeal accepts that *Khela* means that “correctness” continues to be the standard of review:

Procedural fairness is a matter for the reviewing court to determine and, in so doing, “the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be ‘correctness’” (*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*), at paragraph 79). The use of the word “continues” is instructive. *Khela* did not change what Evans J.A. previously characterized as “[t]he black-letter rule” that allegations of procedural fairness are reviewed on a standard of correctness (*Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, 72 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 34).

Analysis of Procedural Fairness Owed to Ms. Chapman

[20] While the amount of procedural fairness owed may be variable, as Canada submits (relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*)), at the end of the day, as noted by the Federal Court of Appeal, at paragraph 56 of *Canadian Pacific*, deference is not a valid consideration:

No matter how much deference is accorded administrative tribunals in the exercise of their discretion to make procedural choices, the ultimate question remains whether the applicant knew the case to meet and had a full and fair chance to respond. It would be problematic if an *a priori* decision as to whether the standard of review is correctness or reasonableness generated a different answer to what is a singular question that is fundamental to the concept of justice—was the party given a right to be heard and the opportunity to know the case against them? Procedural fairness is not sacrificed on the altar of deference.

[21] Canada does not dispute that Ms. Chapman is entitled to be dealt with in a procedurally fair manner during the process leading to the decision under review; rather,

confondu dans les décisions appliquant « la norme de la décision correcte, assortie d’un élément de déférence ». Au paragraphe 34, la Cour d’appel fédérale reconnaît que l’arrêt *Khela* signifie que la norme de contrôle sera toujours celle de la norme de la « décision correcte » :

L’équité procédurale est une question que doit trancher la cour de révision et, ce faisant, « la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l’équité procédurale sera toujours celle de la “décision correcte” » (*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*), au paragraphe 79). L’utilisation du mot « toujours » est révélatrice. L’arrêt *Khela* n’a pas modifié ce que le juge Evans a affirmé précédemment, à savoir que « [l]e droit est bien fixé » : les allégations en matière d’équité procédurale sont examinées selon la norme de la décision correcte (*Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170, au paragraphe 34).

Analyse de l’obligation d’équité procédurale envers M^{me} Chapman

[20] Bien que le degré d’équité procédurale dont bénéficient les parties puisse varier, comme le fait valoir le Canada (s’appuyant sur l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, de la Cour suprême du Canada [*Baker*]), au final, la déférence n’est pas un facteur valide, comme l’a fait remarquer la Cour d’appel fédérale au paragraphe 56 de l’arrêt *Canadien Pacifique* :

Peu importe la déférence qui est accordée aux tribunaux administratifs en ce qui concerne l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire de faire des choix de procédure, la question fondamentale demeure celle de savoir si le demandeur connaissait la preuve à réfuter et s’il a eu possibilité complète et équitable d’y répondre. Cela pourrait s’avérer problématique si une décision *a priori* sur la question de savoir si la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte ou la norme de la décision raisonnable donnait une réponse différente à ce qui est une question singulière fondamentale à la notion de justice — a-t-on accordé à la partie le droit d’être entendue et la possibilité de connaître la preuve qu’elle doit réfuter? L’équité procédurale n’est pas sacrifiée sur l’autel de la déférence.

[21] Le Canada ne conteste pas que M^{me} Chapman avait le droit d’être traitée de façon équitable sur le plan de la procédure durant le processus menant à la décision faisant

it submits that “the process the employer selected was procedurally fair”. In so saying, Canada relies again on *Baker*. The issue before the Court there was whether the rights accorded to the appellant were consistent with the duty of procedural fairness. That is the very issue in this application.

[22] There, as here, the decision affected “the rights, privileges or interests of an individual” and therefore the doctrine of duty of fairness was triggered: *Baker*, at paragraph 20; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653.

[23] The doctrine of duty of fairness is “eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case”: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at page 682. Specifically at paragraph 22 of *Baker*, the Supreme Court noted that the nature of the duty of fairness applicable to a decision-making process will require the Court to appreciate “the context of the particular statute and the rights affected”. Moreover, Justice L’Heureux-Dubé observed that underlying all the factors to be considered when determining the duty of fairness required “is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.”

[24] The Supreme Court in *Baker* identified five factors recognized in the jurisprudence that are relevant to determining what is required by the duty of procedural fairness in any case. It also clearly stated that the list was not exhaustive and that there may be other factors.

[25] The first factor relevant to determining what is required by the duty of procedural fairness is described in *Baker*, at paragraph 23 as “the nature of the decision being

l’objet du contrôle. Il soutient plutôt que [TRADUCTION] « le processus choisi par l’employeur était équitable sur le plan de la procédure ». Pour étayer son affirmation, le Canada s’appuie encore sur l’arrêt *Baker*. Dans cette affaire, la question que la Cour devait trancher consistait à savoir si les droits accordés à l’appelante étaient conformes à l’obligation d’équité procédurale. C’est précisément la question à trancher en l’espèce.

[22] Dans cette affaire, comme en l’espèce, la décision touchait « les droits, privilèges ou biens d’une personne » et faisait donc intervenir la doctrine de l’obligation d’équité : *Baker*, au paragraphe 2; *Cardinal c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653.

[23] La doctrine de l’obligation d’équité est « éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas » (*Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 682). Tout particulièrement au paragraphe 22 de l’arrêt *Baker*, la Cour suprême a souligné que la nature de l’obligation d’équité applicable à un processus décisionnel reposera sur une appréciation « du contexte de la loi particulière et des droits visés ». De plus, la juge L’Heureux-Dubé a fait observer que l’idée sous-jacente à tous ces facteurs à examiner au moment de déterminer l’obligation d’équité requise « est que les droits de participation faisant partie de l’obligation d’équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d’une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu’ils soient considérés par le décideur ».

[24] Dans l’arrêt *Baker*, la Cour suprême a relevé cinq facteurs reconnus dans la jurisprudence qui sont utiles pour déterminer ce qu’exige l’obligation d’équité procédurale dans un cas donné. Elle a aussi clairement déclaré que la liste n’était pas exhaustive et qu’il pouvait y avoir d’autres facteurs.

[25] Le premier facteur permettant de déterminer les exigences de l’obligation d’équité procédurale est décrit au paragraphe 23 de l’arrêt *Baker* comme « la nature de la

made and the process followed in making it.” The Court observed:

...The more the process provided for, the function of the tribunal, the nature of the decision-making body, and the determinations that must be made to reach a decision resemble judicial decision making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required by the duty of fairness.

[26] Canada submits that “the investigation into workplace wrong doing is not the same as a court process”. Canada overlooks that this was not merely an investigation; it was a process leading to a decision that there was workplace wrongdoing. It involved extensive interviews, evidence gathering, and the potential for punishment. In my view, it was not unlike wrongful dismissal actions or arbitration hearings. Each of those involves a process leading to a decision on employee misconduct.

[27] The second factor relevant to determining what is required by the duty of procedural fairness is described in *Baker*, at paragraph 24 as “the nature of the statutory scheme and the ‘terms of the statute pursuant to which the body operates’” (reference omitted). The Supreme Court pointed out that the “role of the particular decision within the statutory scheme and other surrounding indications in the statute help determine the content of the duty of fairness owed when a particular administrative decision is made.”

[28] As to this factor, Canada submits that “[i]t is clear that the statutory nature of investigation under the PSDPA is focused on having procedural protections for the discloser.” While it is certainly true that the PSDPA provides protections to those who disclose wrongdoing, it is not as limited as Canada suggests.

[29] As was noted by Ms. Chapman in oral argument, the PSDPA provides those who wish to disclose potential wrongdoing with two avenues: a complaint may be made to

décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir ». La Cour a fait remarquer ce qui suit :

[...] Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l’organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l’obligation d’agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès.

[26] Le Canada soutient que [TRADUCTION] « l’enquête sur un acte répréhensible en milieu de travail n’est pas identique au processus judiciaire ». Le Canada ne tient pas compte du fait qu’il ne s’agissait pas simplement d’une enquête : il s’agissait d’un processus ayant mené à la décision selon laquelle un acte répréhensible a été commis en milieu de travail. Le processus comportait de nombreuses entrevues, la collecte d’éléments de preuve et la possibilité de sanctions. À mon avis, le processus n’était pas si différent d’une poursuite pour congédiement injustifié ou d’une audience d’arbitrage. Ceux-ci comportent un processus menant à une décision sur l’inconduite d’un employé.

[27] Le deuxième facteur permettant de déterminer les exigences de l’obligation d’équité procédurale est décrit au paragraphe 24 de l’arrêt *Baker* comme « la nature du régime législatif et les “termes de la loi en vertu de laquelle agit l’organisme en question” » (référence omise). La Cour suprême a souligné que « [l]e rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, et d’autres indications qui s’y rapportent dans la loi, aident à définir la nature de l’obligation d’équité dans le cadre d’une décision administrative précise ».

[28] En ce qui concerne ce facteur, le Canada soutient que [TRADUCTION] « [l]a nature législative de l’enquête menée au titre de la LPFDAR est clairement axée sur la mise en place de mécanismes de protection procédurale pour le divulgateur ». Bien qu’il soit certainement vrai que la LPFDAR offre des mécanismes de protection aux personnes qui divulguent un acte répréhensible, la portée de la LPFDAR n’est pas aussi restreinte que le Canada le laisse entendre.

[29] Comme l’a fait remarquer M^{me} Chapman dans sa plaidoirie, la LPFDAR offre deux voies à ceux qui souhaitent divulguer un acte répréhensible : ils peuvent déposer

the Commissioner, or to one's supervisor or a senior officer. Canada agrees with Ms. Chapman, as do I, that there is no principled basis to find that one is entitled to different procedural protection depending on the avenue of complaint selected by the discloser.

[30] Paragraph 22(d) of the PSDPA provides that it is the duty of the Commissioner to “ensure that the right to procedural fairness and natural justice of all persons involved in investigations is respected, including persons making [the] disclosures, witnesses and persons alleged to be responsible for wrongdoings” (emphasis added). While Canada is correct that persons making disclosures and witnesses must be protected, the PSDPA explicitly states that Ms. Chapman had an equal right to procedural fairness and natural justice.

[31] The third factor relevant to determining what is required by the duty of procedural fairness is described in *Baker*, at paragraph 25 as “the importance of the decision to the individual or individuals affected.” The Court notes that the “more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated.”

[32] Canada submits that unlike Ms. Baker, who the Supreme Court ultimately found was not entitled to an oral hearing, Ms. Chapman is a well-educated manager. I find it offensive and quite simply wrong to suggest that entitlement to procedural fairness is in any way to be assessed based on one's education or status. The ADM(RS) is entitled to the same procedural fairness as the most junior clerk in the department when each faces the same disciplinary action.

[33] While I agree with Canada that one's work and professional reputation are not the same as deportation, which Ms. Baker faced, a threat to one's job is by no means trivial. Indeed, as Chief Justice Dickson stated in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at paragraph 91 [page 368]:

une plainte soit au commissaire, soit à leur superviseur ou à un cadre supérieur. Le Canada et M^{me} Chapman estiment tous deux, comme moi, qu'il n'y a aucun principe de base permettant de conclure qu'une personne a droit à une protection procédurale différente selon le mécanisme de traitement de la plainte que le divulgateur a choisi.

[30] L'alinéa 22d) de la LPFDAR prévoit qu'il incombe au commissaire de « veiller à ce que les droits, en matière d'équité procédurale et de justice naturelle, des personnes mises en cause par une enquête soient protégés, notamment ceux du divulgateur, des témoins et de l'auteur présumé de l'acte répréhensible » (non souligné dans l'original). Bien que le Canada ait raison de dire que le divulgateur et les témoins doivent être protégés, la LPFDAR indique explicitement que M^{me} Chapman avait un droit égal à l'équité procédurale et à la justice naturelle.

[31] Le troisième facteur permettant de déterminer les exigences de l'obligation d'équité procédurale est décrit au paragraphe 25 de l'arrêt *Baker* comme « l'importance de la décision pour les personnes visées ». La Cour fait remarquer que « [p]lus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses ».

[32] Le Canada soutient que, contrairement à M^{me} Baker, qui, selon la Cour suprême, n'avait finalement pas droit à une audience, M^{me} Chapman est une gestionnaire instruite. Je trouve offensant et tout simplement faux de laisser entendre que le droit à l'équité procédurale doit être évalué en fonction de l'éducation ou du statut de la personne. Le SMA(Svcs Ex) a droit au même degré d'équité procédurale que le commis ayant le moins d'ancienneté au sein du ministère lorsqu'ils font face aux mêmes mesures disciplinaires.

[33] Je conviens avec le Canada que le travail et la réputation professionnelle d'une personne n'équivalent pas à une expulsion, ce que risquait M^{me} Baker, mais la menace de perdre son emploi n'est en aucun cas insignifiante. En effet, comme l'a déclaré le juge en chef Dickson au paragraphe 91 [page 368] du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 :

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

[34] In any case, Ms. Chapman pointed out that Canada's analogy to *Baker* is flawed because unlike Ms. Baker, Ms. Chapman's position is not that she is entitled to an oral hearing, but that she is entitled to know the case against her and be given an opportunity to respond, which could have been in writing.

[35] Canada further notes that "Ms. Chapman has yet to receive any discipline." To this last point, I note that Canada did not suggest that no discipline will be imposed on Ms. Chapman as a consequence of the decision of the ADM(RS) that she has engaged in wrongdoing.

[36] Under the PSDPA, there are consequences to an individual found to have engaged in wrongdoing even if disciplinary action has not been taken. Subparagraph 11(1)(c)(i) of the PSDPA provides that a chief executive "must ... if wrongdoing is found as a result of a disclosure made under section 12, promptly provide public access to information that describes the wrongdoing, including information that could identify the person found to have committed it if it is necessary to identify the person to adequately describe the wrongdoing". Given the wrongdoing references AB's mental health issues and suicide and the disciplinary process used by his superior, I agree with Ms. Chapman that her identity will become known and this will impact her professional reputation.

[37] The fourth factor relevant to determining what is required by the duty of procedural fairness is described in *Baker*, at paragraph 26 as "the legitimate expectations of the person challenging the decision." Canada submits that "the employer followed the DAOD [Defence Administrative Orders and Directives] 7024-1, Internal Procedure for Disclosure of Wrongdoings in the Workplace, and hired an independent third party from outside the department to conduct a preliminary assessment and investigation". It

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

[34] Quoi qu'il en soit, M^{me} Chapman a souligné que l'analogie que le Canada a établie avec l'arrêt *Baker* est boiteuse parce que, à la différence de M^{me} Baker, elle n'estime pas avoir droit à une audience, mais estime plutôt avoir le droit de connaître la preuve qu'elle doit réfuter et la possibilité de répondre, ce qu'elle aurait pu faire par écrit.

[35] Le Canada ajoute que [TRADUCTION] « M^{me} Chapman n'a pas encore fait l'objet de mesures disciplinaires ». Concernant ce dernier point, je fais remarquer que le Canada n'a pas laissé entendre qu'aucune mesure disciplinaire ne sera imposée à M^{me} Chapman à la suite de la décision du SMA(Svcs Ex) selon laquelle elle a commis un acte répréhensible.

[36] La LPFDAR prévoit des conséquences pour une personne reconnue coupable d'avoir commis un acte répréhensible, même si aucune mesure disciplinaire n'a été imposée. Le sous-alinéa 11(1)(c)(i) de la LPFDAR prévoit que l'administrateur général « veille à ce que [...] dans les cas où il est conclu par suite d'une divulgation faite au titre de l'article 12 qu'un acte répréhensible a été commis, soit mise promptement à la disposition du public de l'information faisant état : de l'acte répréhensible, y compris l'identité de son auteur si la divulgation de celle-ci est nécessaire pour en faire état adéquatement ». Étant donné que l'acte répréhensible concerne les troubles mentaux et le suicide d'AB, ainsi que le processus disciplinaire suivi par son supérieur, je suis d'accord avec M^{me} Chapman pour dire que son identité sera révélée et que cela aura une incidence sur sa réputation professionnelle.

[37] Le quatrième facteur permettant de déterminer les exigences de l'obligation d'équité procédurale est décrit au paragraphe 26 de l'arrêt *Baker* comme « les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision ». Le Canada soutient que [TRADUCTION] « l'employeur a suivi les DOAD (Directives et ordonnances administratives de la défense) 7024-1, Mécanismes internes de divulgation par des employés du MDN d'actes répréhensibles en milieu de travail, et a embauché un tiers indépendant provenant de

says that Ms. Chapman was not treated any differently from others and that the choice to follow its policy should receive deference.

[38] The policy Canada relies on says virtually nothing about the process the investigator is to follow, or the process to be followed by the ADM(RS) after receiving the report and prior to making a decision. On the other hand, subsection 27(3) of the PSDPA provides a very clear directive as to the duty to provide the subject of an investigation, such as Ms. Chapman in this case, a full opportunity to answer the allegations made against her:

27 ...

Opportunity to answer allegations

(3) It is not necessary for the Commissioner to hold any hearing and no person is entitled as of right to be heard by the Commissioner, but if at any time during the course of an investigation it appears to the Commissioner that there may be sufficient grounds to make a report or recommendation that may adversely affect any individual or any portion of the public sector, the Commissioner must, before completing the investigation, take every reasonable measure to give to that individual or the chief executive responsible for that portion of the public sector a full and ample opportunity to answer any allegation, and to be assisted or represented by counsel, or by any person, for that purpose. [Emphasis added.]

[39] The fifth factor relevant to determining what is required by the duty of procedural fairness is described in *Baker*, at paragraph 27 as “the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances”. The Court notes that while the choice made by the decision maker, “is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints”. Canada submits that the choice to use a third party to produce a final report should be respected and this process was selected to strike “an appropriate balance between investigating a wrongdoing fairly and efficiently, while giving those affected a chance their case and present their side of the story”.

l’extérieur du ministère pour mener une évaluation préliminaire et une enquête ». Il affirme que M^{me} Chapman n’a pas été traitée différemment des autres et que l’on devrait faire preuve de déférence envers son choix de suivre sa politique.

[38] La politique sur laquelle le Canada s’appuie ne dit pratiquement rien au sujet du processus que l’enquêteur doit suivre ou du processus que le SMA(Svcs Ex) doit suivre après avoir reçu le rapport et avant de prendre une décision. Par ailleurs, le paragraphe 27(3) de la LPFDAR donne une directive très claire quant à l’obligation de donner à la personne faisant l’objet d’une enquête, comme M^{me} Chapman en l’espèce, la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle :

27 [...]

Droit de réponse

(3) Le commissaire n’est pas obligé de tenir d’audience, et nul n’est en droit d’exiger d’être entendu par lui. Toutefois, si au cours de l’enquête, il estime qu’il peut y avoir des motifs suffisants pour faire un rapport ou une recommandation susceptibles de nuire à un particulier ou à un élément du secteur public, il prend, avant de clore l’enquête, les mesures indiquées pour leur donner toute possibilité de répondre aux allégations dont ils font l’objet et, à cette fin, de se faire représenter par un conseiller juridique ou par toute autre personne. [Non souligné dans l’original.]

[39] Le cinquième facteur permettant de déterminer les exigences de l’obligation d’équité procédurale est décrit au paragraphe 27 de l’arrêt *Baker* comme « les choix de procédure que l’organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l’organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances ». La Cour fait remarquer que, bien que le choix fait par le décideur « ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l’organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles ». Le Canada soutient que le choix de recourir à un tiers pour produire un rapport final devrait être respecté et que ce processus a été choisi pour établir « un équilibre approprié entre enquêter de manière juste et efficace sur un acte répréhensible et donner aux personnes touchées l’occasion de présenter leur preuve et leur version des faits ».

[40] Considering the *Baker* factors together, it is clear that Ms. Chapman is entitled to procedural fairness at the high end of the scale given the important interests at stake, her legitimate expectations, and specific requirements in the PSDPA that she receive procedural fairness. Although steps may need to be taken to protect persons making the disclosures and, witnesses as explained in the PSDPA, that Act also required that Ms. Chapman be given a full and ample opportunity to answer any allegation made against her. This is consistent with other findings by this Court on the degree of procedural fairness required to be given to persons under investigation under the PSDPA: see *El-Helou v. Courts Administration Service*, 2012 FC 1111, 4 C.C.E.L. (4th) 102; *Marchand v. Public Service Integrity Commissioner*, 2014 FC 329, 452 F.T.R. 182; *Lemelin v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 286.

[41] Canada submits that Ms. Chapman did receive a significant degree of procedural fairness. They submit that despite the process not being the same as a court process:

[T]he investigator spoke to 12 individuals before interviewing Ms. Chapman. The investigator allowed Ms. Chapman to submit documents, have an oral interview, submit follow-up documentation, and comment on the interview summary. The investigator afforded Ms. Chapman many of the same procedural protections given in a court process.

[42] I do not agree that many of the itemized processes “afforded Ms. Chapman many of the same procedural protections given in a court process”. Specifically, Ms. Chapman was not afforded the following protections: (1) the right to know the evidence against her prior to being examined, (2) the opportunity to provide a full response to that evidence, (3) the right to know beforehand exactly what wrongdoing she is alleged to have committed, (4) the right to call additional witnesses to support her position, or counter evidence already offered, and (5) the right to know the evidence against her before a decision regarding wrongdoing is reached on the basis of that evidence. Although Ms. Chapman had opportunities to speak with the investigator, provide comments, and submit evidence, the value of those processes was severely attenuated by not knowing

[40] Après avoir examiné dans leur ensemble les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker*, il est clair que M^{me} Chapman a droit au degré le plus élevé d’équité procédurale compte tenu des intérêts importants en jeu, de ses attentes légitimes et des exigences particulières de la LPFDAR selon lesquelles elle doit bénéficier de l’équité procédurale. Bien qu’il puisse être nécessaire de prendre des mesures pour protéger les divulgateurs et les témoins, comme cela est expliqué dans la LPFDAR, cette loi exige également qu’il soit donné à M^{me} Chapman la possibilité pleine et entière de répondre aux allégations formulées contre elle. Cela est conforme aux autres conclusions de notre Cour sur le degré d’équité procédurale devant être accordé à une personne faisant l’objet d’une enquête au titre de la LPFDAR : voir *El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2012 CF 1111; *Marchand c. Commissaire à l’intégrité du secteur public*, 2014 CF 329; *Lemelin c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 286.

[41] Le Canada soutient que M^{me} Chapman a bénéficié d’un degré important d’équité procédurale. Il fait valoir que même si le processus n’est pas le même qu’un processus judiciaire :

[TRADUCTION] L’enquêteuse a parlé à 12 personnes avant d’interroger M^{me} Chapman. Elle lui a permis de présenter des documents, de passer une entrevue orale, de présenter des documents de suivi et de commenter le résumé de l’entrevue. L’enquêteuse a accordé à M^{me} Chapman bon nombre des mêmes protections procédurales que celles accordées dans le cadre d’un processus judiciaire.

[42] Je ne suis pas d’accord pour dire que nombre des procédures énumérées ont permis d’[TRADUCTION] « accord[er] à M^{me} Chapman bon nombre des mêmes protections procédurales que celles accordées dans le cadre d’un processus judiciaire ». Plus précisément, M^{me} Chapman ne s’est pas vu offrir les protections suivantes : 1) le droit de connaître la preuve contre elle avant l’interrogatoire; 2) la possibilité de donner une réponse complète à cette preuve; 3) le droit de savoir à l’avance exactement quel acte répréhensible elle aurait commis; 4) le droit de citer d’autres témoins à comparaître pour appuyer sa position ou réfuter la preuve déjà présentée; et 5) le droit de connaître la preuve contre elle avant qu’une décision concernant un acte répréhensible ne soit prise sur le fondement de cette preuve. Bien que M^{me} Chapman ait eu des occasions de parler à

what was said against her. In my assessment, none of the processes Canada points to offered Ms. Chapman these procedural protections.

[43] I fundamentally disagree with Canada's submission that the "employer apprised that the discloser alleged that Ms. Chapman grossly mismanaged AB, and that's all that could be shared". I do not understand, and Canada has not explained, why it would not have been possible to provide any information regarding the allegations against Ms. Chapman while still protecting the identity of the discloser and other witnesses. First, there is no reason why the identity of the employee she is alleged to have grossly mismanaged, who was deceased, was not identified by the employer prior to her being interviewed by the investigator. Second, not only could his identity have been shared, I am unable to see any basis for failing to disclose the evidence of the witnesses who had been interviewed prior to her being interviewed, and most certainly there was no basis to conceal that information prior to the ADM(RS) reaching a decision on the complaint.

[44] Having been denied procedural fairness in the investigation process, this was compounded when Ms. Chapman was denied access to the Report by the ADM(RS). She was given no chance to be heard by him as to the "evidence" he was relying on in making his decision, and she most certainly did not know the case against her, having been denied access to the Report.

[45] I agree with Canada that the choice made by the decision maker to have a third party investigate deserves respect, and had Ms. Chapman been given procedural fairness by the investigator in that process, I may have agreed that it was not unreasonable for the ADM(RS) to reach the decision he did without asking Ms. Chapman for her position. However, she was not given procedural fairness in the investigation process. She was not clearly apprised on the alleged wrongdoing, and she was not informed what evidence had been gathered by the investigator. In

l'enquêteuse, de formuler des commentaires et de présenter des éléments de preuve, le fait de ne pas avoir su ce qui avait été dit contre elle a grandement atténué la valeur de ces procédures. D'après mon évaluation, aucune des procédures que le Canada souligne n'ont offert à M^{me} Chapman ces protections procédurales.

[43] Je suis fondamentalement en désaccord avec le Canada, qui affirme que [TRADUCTION] « l'employeur a été informé des allégations visant M^{me} Chapman formulées par le divulgateur, soit qu'elle a commis un cas grave de mauvaise gestion à l'égard d'AB, et c'est tout ce qui pouvait être communiqué ». Je ne comprends pas, et le Canada n'a pas expliqué, pourquoi il n'aurait pas été possible de fournir quelque information que ce soit concernant les allégations visant M^{me} Chapman tout en protégeant l'identité du divulgateur et des autres témoins. Premièrement, rien n'explique pourquoi l'employeur n'a pas identifié l'employé envers qui elle aurait commis un cas grave de mauvaise gestion, qui était décédé, avant qu'elle ne soit interrogée par l'enquêteuse. Deuxièmement, outre le fait que son identité aurait pu avoir été communiquée, je ne vois aucune raison de ne pas divulguer le témoignage des témoins qui avaient été interrogés avant M^{me} Chapman. Il n'y avait certainement aucune raison de dissimuler cette information avant que le SMA(Svcs Ex) ne rende une décision sur la plainte.

[44] M^{me} Chapman a été privée du droit à l'équité procédurale dans le processus d'enquête, et la situation s'est aggravée lorsque le SMA(Svcs Ex) lui a refusé l'accès au rapport. Il ne lui a donné aucune chance d'être entendue au sujet de la [TRADUCTION] « preuve » sur laquelle il s'était fondé pour prendre sa décision, et elle ne savait surtout pas ce qu'on lui reprochait, puisque l'accès au rapport lui avait été refusé.

[45] Je suis d'accord avec le Canada pour dire que le choix que le décideur a fait de demander à un tiers d'enquêter commande le respect. Si l'enquêteuse avait accordé à M^{me} Chapman le droit à l'équité procédurale dans ce processus, j'aurais peut-être convenu qu'il n'était pas déraisonnable pour le SMA(Svcs Ex) de prendre la décision qu'il a prise sans demander à M^{me} Chapman son point de vue. Toutefois, celle-ci n'a pas bénéficié de l'équité procédurale durant le processus d'enquête. Elle n'a pas été clairement informée de l'acte répréhensible allégué, et elle

short, she was not given a meaningful right to be heard or given the opportunity to know the case against her at any stage of this process.

Conclusion

[46] Canada submits that notwithstanding any breach of procedural fairness, the decision reached was reasonable based on the record. As I understand its position, akin to *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, a breach of procedural fairness can be disregarded if correcting the breach would not have any effect on the outcome of the case.

[47] I am unable to accept that submission on the facts before the Court. Ms. Chapman submits that if she had been provided with the Report and given an opportunity to respond to the investigator's findings, she would have provided additional evidence to counter some of the statements made by witnesses, she would have asked that other witnesses with additional or contradictory information be interviewed, and she would have corrected some of the factual errors made by the investigator. Additionally, while the investigator noted both that "credibility is a factor in determining if breach of conduct has occurred" and that "direct, firsthand knowledge" is to be preferred and given greater weight than hearsay evidence, I note that much of the evidence in the report appears to be hearsay. If Ms. Chapman had seen the Report, she could have both offered explanations to bolster her own credibility, and pointed out the weaknesses in the evidence that the investigator relied upon. In those circumstances, the Court cannot conclude that the same result would have been reached by the decision maker.

[48] Ms. Chapman has asked that the decision be set aside, and that the "matter be referred back to a different decision-maker with the direction that it be dealt with in accordance with this court's reasons".

[49] In my view, it is appropriate that someone other than the ADM(RS) be tasked with reaching a decision on

n'a pas été informée des éléments de preuve que l'enquêteuse a recueillis. En somme, en aucun temps au cours du processus M^{me} Chapman n'a réellement eu le droit d'être entendue ni la possibilité de connaître la preuve à réfuter.

Conclusion

[46] Le Canada soutient que, indépendamment de quelque manquement que ce soit à l'équité procédurale, la décision prise était raisonnable au vu du dossier. Si je comprends bien sa position, comme dans l'arrêt *Mobil Oil Canada Ltd c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, il est possible de ne pas tenir compte d'un manquement à l'équité procédurale si le fait de corriger le manquement n'aurait aucune incidence sur l'issue de l'affaire.

[47] Je ne puis accepter cet argument au vu des faits dont dispose la Cour. M^{me} Chapman soutient que, si le rapport lui avait été remis et si elle avait eu l'occasion de répondre aux conclusions de l'enquêteuse, elle aurait fourni d'autres éléments de preuve pour réfuter certaines des déclarations faites par les témoins. Elle aurait également demandé que d'autres témoins disposant de renseignements supplémentaires ou contradictoires soient interrogés, et elle aurait corrigé certaines des erreurs factuelles que l'enquêteuse a commises. Par ailleurs, l'enquêteuse a souligné que [TRADUCTION] « la crédibilité est un facteur pour établir s'il y a eu inconduite » et qu'il faut privilégier [TRADUCTION] « la connaissance directe » et lui accorder davantage de poids qu'à la preuve par ouï-dire. Je remarque toutefois qu'une grande partie de la preuve présentée dans le rapport semble être du ouï-dire. Si M^{me} Chapman avait vu le rapport, elle aurait pu offrir des explications pour renforcer sa propre crédibilité et signaler les faiblesses de la preuve sur laquelle l'enquêteuse s'est fondée. Dans ces circonstances, la Cour ne saurait conclure que le décideur serait parvenu au même résultat.

[48] M^{me} Chapman a demandé que la décision soit annulée et que [TRADUCTION] « l'affaire soit renvoyée à un autre décideur, qui aura comme directive de trancher l'affaire conformément aux présents motifs de la Cour ».

[49] À mon avis, il convient que quelqu'un d'autre que le SMA(Svcs Ex) soit chargé de décider si M^{me} Chapman a

whether Ms. Chapman has engaged in wrongdoing under the PSPDA. It is the usual when remitting a matter back to be redetermined, that it is referred to a different decision maker. In this manner of proceeding, if the same result is arrived at, there is less likelihood that the subject of the decision will question whether the decision was made with a fresh, open, and independent mind.

[50] The new decision should be made only after Ms. Chapman is given a full opportunity to respond to the Report, and any subsequent report generated in response to the shortcomings identified by the Court. In short, the decision as to the alleged wrongdoing is to be made only after Ms. Chapman has been afforded the full opportunity to respond to all of the evidence the decision maker is relying upon. The Report, as it currently stands, is unfair and cannot be the basis of any fair and reasonable new decision. Either the process must be started afresh, or the Report, as it presently stands, revised to address the factual errors identified by Ms. Chapman, and to incorporate new evidence provided by her and any relevant new witness she identifies.

[51] Ms. Chapman is entitled to her costs. The parties have agreed that the costs of the applicant, if successful, are \$6 000, and I so order.

JUDGMENT in T-1753-18

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is allowed;
2. The decision of the Assistant Deputy Minister (Review Services) under review is set aside;
3. The allegation of wrongdoing by Ms. Chapman under the *Public Servants Disclosure Protection Act*, is to be decided by a different decision maker, in accordance with these reasons; and
4. Ms. Chapman is awarded costs of \$6 000.

commis un acte répréhensible visé par la LPFDAR. Il est habituel qu'une affaire soit confiée à un autre décideur lorsqu'elle est renvoyée en vue d'un nouvel examen. Ainsi, si le même résultat est obtenu, il est moins probable que la personne visée par la décision remette en question le fait que la décision a été prise avec un œil nouveau et dans un esprit ouvert et objectif.

[50] La nouvelle décision ne devrait être prise qu'après que M^{me} Chapman a eu pleinement l'occasion de répondre au rapport et à tout rapport subséquent produit en réponse aux lacunes que la Cour a relevées. En somme, la décision relative à l'acte répréhensible allégué ne doit être prise qu'après que M^{me} Chapman a eu pleinement l'occasion de répondre à tous les éléments de preuve sur lesquels le décideur s'appuie. Le rapport, dans sa forme actuelle, est injuste et ne peut servir de fondement à une nouvelle décision juste et raisonnable. Soit le processus doit être repris depuis le début, soit le rapport, dans sa forme actuelle, doit être révisé afin de corriger les erreurs factuelles que M^{me} Chapman a relevées et d'intégrer les nouveaux éléments de preuve qu'elle fournira et tout nouveau témoin pertinent qu'elle nommera.

[51] M^{me} Chapman a droit à ses dépens. Les parties ont convenu que les dépens de la demanderesse, si elle obtient gain de cause, s'élèvent à 6 000 \$, et je rends une ordonnance en ce sens.

JUGEMENT dans le dossier n° T-1753-18

LA COUR STATUE que :

1. La présente demande est accueillie.
2. La décision du sous-ministre adjoint (Services d'examen) faisant l'objet du contrôle est annulée.
3. L'allégation d'acte répréhensible commis par M^{me} Chapman et visé par la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* doit être tranchée par un autre décideur, conformément aux présents motifs.
4. Les dépens, fixés à 6 000 \$, sont adjugés à M^{me} Chapman.

T-238-80
2019 FC 789

T-238-80
2019 CF 789

Jim Shot Both Sides and Roy Fox, Charles Fox, Steven Fox, Theresa Fox, Lester Tailfeathers, Gilbert Eagle Bear, Phillip Mistaken Chief, Pete Standing Alone, Rose Yellow Feet, Rufus Goodstriker, and Leslie Healy, Councillors of the Blood Band, for themselves and on behalf of the Indians of Blood Band Reserve Number 148; and the Blood Reserve Number 148 (Plaintiffs)

Jim Shot Both Sides et Roy Fox, Charles Fox, Steven Fox, Theresa Fox, Lester Tailfeathers, Gilbert Eagle Bear, Phillip Mistaken Chief, Pete Standing Alone, Rose Yellow Feet, Rufus Goodstriker et Leslie Healy, Conseillers de la bande des Blood, en leur propre nom et au nom des Indiens de la réserve numéro 148 de la bande des Blood; ainsi que de la réserve numéro 148 des Blood (demandeurs)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

INDEXED AS: JIM SHOT BOTH SIDES v. CANADA

RÉPERTORIÉ : JIM SHOT BOTH SIDES c. CANADA

Federal Court, Zinn J.—Stand Off, Alberta, May 4–6, 9–11, 16–19, 20, 24–25, 2016; Calgary, May 14–17, 22–25, 28–29, June 4–7, 11–14, 18–20, 25–27 and December 4, 5, 6, 2018; Ottawa, June 12, 2019.

Cour fédérale, juge Zinn—Stand Off (Alberta), 4 au 6, 9 au 11, 16 au 19, 20, 24 et 25 mai 2016; Calgary, 14 au 17, 22 au 25, 28 et 29 mai, 4 au 7, 11 au 14, 18 au 20, 25 au 27 juin, et 4, 5 et 6 décembre 2018; Ottawa, 12 juin 2019.

Aboriginal Peoples — Lands — Action by plaintiffs claiming that their reserve (Reserve No. 148 or Blood reserve) not according with land promised by defendant — Territory plaintiffs laying claim to referred to as “Big Claim”, which territory extending west of current plaintiffs’ reserve to former Kootenai River; south to Canada-U.S.A. border — Plaintiffs’ reserve, located in southern Alberta, occupying 547.5 square miles — Treaty No. 7, dated September 22, 1877, made between defendant, other tribes including plaintiffs called Blood Tribe (plaintiffs or Blood Tribe) — Treaty No. 7 promising reserve to plaintiffs — Location of plaintiffs’ reserve set out in Treaty No. 7 but location changed by agreement between parties involved — Defendant making two surveys of area to become plaintiffs’ reserve: first completed in 1882, second in 1883 — Surveys having different boundaries, sizes, population, geographic location — Defendant promising plaintiffs specific reserve known as Treaty Land Entitlement (TLE) — Plaintiffs arguing, in particular, that membership at relevant time being such that promised reserve under TLE larger than provided for under either survey; therefore, that defendant breaching treaty promise, failing in its fiduciary duty to honestly, accurately implement treaty promises — Main issue whether plaintiffs’ action should be allowed — Plaintiffs’ population to be determined for TLE purposes at date of signing Treaty No. 7 (September 22, 1877) — Based on evidence, on balance of probabilities, Blood Tribe population totalling 3 550 at date of Treaty No. 7 for purposes of TLE calculation — As such, under Treaty, plaintiffs entitled to reserve

Peuples autochtones — Terres — Action intentée par les demandeurs, qui ont affirmé que leur réserve (la réserve n° 148 ou la réserve des Blood) n’était pas conforme au territoire que leur avait promis la défenderesse — Le territoire que les demandeurs ont réclaté s’appelle la « grande revendication », qui s’étend à l’ouest de la réserve actuelle des demandeurs jusqu’à l’ancienne rivière Kootenai et au sud jusqu’à la frontière avec les États-Unis — La réserve des demandeurs, qui se trouve dans le sud de l’Alberta, a une superficie de 547,5 milles carrés — Le Traité n° 7, qui date du 22 septembre 1877, a été conclu entre la défenderesse et plusieurs autres tribus, dont celle des demandeurs, appelée la tribu des Blood (les demandeurs ou la tribu des Blood) — Le Traité n° 7 promettait une réserve aux demandeurs — L’emplacement de la réserve des demandeurs est établi dans le Traité n° 7, mais cet emplacement a été modifié par accord entre les parties en cause — La défenderesse a établi deux levés de la zone qui allait devenir la réserve des demandeurs : le premier levé date de 1882 et le second, de 1883 — Les limites, les superficies et l’emplacement géographique des levés étaient différents — La défenderesse a promis aux demandeurs une réserve en particulier fournissant des droits fonciers issus de traités (DFIT) — Les demandeurs ont affirmé plus particulièrement qu’au moment en cause, le nombre de leurs membres faisait en sorte que la superficie de la réserve promise conformément aux DFIT était supérieure aux résultats des deux levés; par conséquent, que la défenderesse n’a pas respecté sa promesse aux termes du traité et

of 710 square miles — With respect to reserve creation, leading authority on reserve creation, Ross River Dena Council Band v. Canada, Supreme Court of Canada decision, applied in present case — Defendant's intention to create reserve for Blood Tribe not extinguished by subsequent events relating to geographic relocation of reserve when 1883 Agreement entered into — Evidence showing that reserve created for Blood Tribe before 1883 Agreement; area laid out by 1882 Survey — Reserve could not be reduced in size without obtaining surrender from Blood Tribe — 1883 Agreement not constituting surrender — As to Big Claim, no evidence that defendant or Blood Tribe taking any steps to set apart land having area equal to Big Claim — Therefore, on balance of probabilities, Big Claim not made out — Defendant having number of fiduciary duties to Blood Tribe as result of Treaty No. 7, as amended by agreement — Defendant failing to fulfill some treaty obligations after Blood reserve created in 1882 — Therefore, plaintiffs, on balance of probabilities, proving that defendant breaching fiduciary duty to Blood Tribe in implementing Treaty No. 7; in dealing with plaintiffs subsequent to creation of Blood reserve — Action allowed in part.

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Plaintiffs claiming that their reserve located in southern Alberta not according with land defendant promising them in 1877 — Defendant arguing action time-barred — In reply, plaintiffs raising constitutional arguments — Claiming that application of provincial limitation acts unconstitutional as it would affect category of “lands reserved for the Indians” which falls under federal government's jurisdiction under Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Provincial limitations laws applying pursuant to Federal Courts Act, s. 39, which operates to incorporate into federal law provincial limitations period — Therefore, plaintiffs' submission that unconstitutional to incorporate provincial law into federal law using Federal Courts Act, s. 39 rejected — Plaintiffs also submitting that prior to April 17,

ne s'est pas acquittée de son obligation fiduciaire de mettre en œuvre de façon honnête et précise les promesses découlant du traité — Il s'agissait principalement de savoir si l'action des demandeurs devait être accueillie — La population des demandeurs devait être établie, aux fins du calcul des DFIT, en fonction de la date de la signature du Traité n° 7 (22 septembre 1877) — Sur le fondement de la preuve produite et selon la prépondérance des probabilités, la tribu des Blood comptait 3 550 membres à la date de signature du Traité n° 7 aux fins du calcul des DFIT — Par conséquent, conformément au traité, les demandeurs avaient droit à une réserve d'une superficie de 710 milles carrés — L'arrêt-clé en matière de création de réserves, l'arrêt Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada, rendu par la Cour suprême du Canada, a été appliqué dans la présente affaire — L'intention de la défenderesse de créer une réserve pour la tribu des Blood n'a pas été contrecarrée par les événements ultérieurs liés au déplacement géographique de la réserve à la date à laquelle l'accord de 1883 a été conclu — La preuve a démontré qu'une réserve a été créée pour la tribu des Blood avant l'accord de 1883; la réserve a été tracée par le levé de 1882 — Sa taille ne pouvait pas être réduite sans que l'on obtienne une cession de la tribu des Blood — L'accord de 1883 ne constituait pas une cession — En ce qui concerne la grande revendication, rien ne prouvait que la défenderesse ou la tribu des Blood ont pris des mesures pour mettre de côté des terres d'une superficie égale à celle issue de la grande revendication — Par conséquent, selon la prépondérance des probabilités, la grande revendication n'a pas été établie — La défenderesse avait certaines obligations fiduciaires à l'égard de la tribu des Blood en raison de la conclusion du Traité n° 7, tel qu'il a été modifié par un accord — La défenderesse n'a pas respecté certaines obligations fiduciaires découlant du traité après la création de la réserve des Blood en 1882 — Pour ces motifs, les demandeurs, selon la prépondérance des probabilités, ont prouvé que la défenderesse a manqué à son obligation fiduciaire à l'égard de la tribu des Blood lors de l'application du Traité n° 7; et en traitant avec les demandeurs après la création de la réserve des Blood — Action accueillie en partie.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Les demandeurs ont fait valoir que leur réserve située dans le sud de l'Alberta n'était pas conforme à ce que leur avait promis la défenderesse en 1877 — La défenderesse a fait valoir que l'action était prescrite — En réponse, les demandeurs ont fait valoir des arguments constitutionnels — Ils ont soutenu que l'application de lois provinciales sur la prescription était inconstitutionnelle, car cela aurait une incidence sur les « terres réservées pour les Indiens », ce qui relève de la compétence du gouvernement fédéral aux termes de l'art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Les lois provinciales sur la prescription s'appliquent aux termes de l'art. 39 de la Loi sur les Cours fédérales, qui a pour effet d'intégrer dans la loi fédérale les délais de prescription provinciaux — L'observation

1982, when Constitution Act, 1982, s. 35 coming into effect recognizing existing aboriginal, treaty rights, plaintiffs having no actionable right to enforce defendant's treaty obligations, that no limitation could run against claim for breach of treaty until becoming actionable — Plaintiffs correctly stating that prior to 1982, properly instructed Canadian court could not entertain their claim that defendant had breached TLE treaty promise — Accordingly, no limitation could commence to run until claim becoming actionable with passage of Constitution Act, 1982, s. 35.

Practice — Limitation of Actions — In action by plaintiffs (plaintiffs or Blood Tribe) claiming that their reserve not according with land historically promised by defendant, defendant pleading statutory limitation periods, equitable limitations — Crown Liability Act not extinguishing plaintiffs' ability to bring claim against Crown; having no application to action — Provincial limitations laws applying here pursuant to Federal Courts Acts, s. 39(1) — Not unconstitutional to incorporate provincial law into federal law using Federal Courts Act, s. 39 — Relevant provincial laws applying in present matter those of Alberta — Given time when action commenced, The Limitation of Actions Act, 1970 applying — Six-year limitation period applying to claims of Blood Tribe — Plaintiffs' claim that defendant breaching its fiduciary duty, claim to reserve established by 1882 Survey, claim to Big Claim (territory plaintiffs claiming) all time-barred — With respect to breach of Treaty Land Entitlement (TLE) treaty promise, Blood Tribe correctly stating that prior to 1982, properly instructed Canadian court could not entertain its claim that defendant had breached TLE treaty promise — Accordingly, no limitation could commence to run until claim became actionable with passage of Constitution Act, 1982, s. 35 — Limitation of Actions Act, 1970, s. 5 providing that action for breach of treaty must be commenced within six years after cause of action arising — In present case, Blood Tribe commencing action two years before cause of action arising — Therefore, Blood Tribe's claim for breach of TLE promise in Treaty No. 7 not time-barred.

des demandeurs selon laquelle il est inconstitutionnel d'intégrer une loi provinciale dans une loi fédérale aux termes de l'art. 39 de la Loi sur les Cours fédérales a donc été écartée — Les demandeurs ont aussi affirmé qu'avant le 17 avril 1982, date à laquelle l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 est entrée en vigueur afin de reconnaître les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, les demandeurs n'avaient aucun droit recevable de faire appliquer les obligations de la défenderesse aux termes du traité, et aucun délai de prescription ne pouvait courir concernant une allégation de manquement au traité avant la date où celle-ci est devenue recevable — Les demandeurs ont eu raison d'affirmer qu'avant 1982, un tribunal canadien bien informé n'aurait pas pu entendre une demande de la tribu selon laquelle la défenderesse n'avait pas respecté la promesse contenue dans le traité relativement aux DFIT — De ce fait, aucune période de prescription ne pouvait exister avant que la revendication ne devienne recevable, c'est-à-dire avant l'adoption de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Pratique — Prescription — Dans une action intentée par les demandeurs (demandeurs ou tribu des Blood), qui ont affirmé que leur réserve n'était pas conforme à ce qu'avait promis la défenderesse, cette dernière a invoqué le délai de prescription légal et la prescription en equity — La Loi sur la responsabilité de la Couronne n'a pas éteint la capacité des demandeurs d'intenter une action contre la Couronne et elle ne s'appliquait pas à l'égard de la présente action — Les lois provinciales sur la prescription s'appliquaient dans la présente affaire aux termes de l'art. 39(1) de la Loi sur les Cours fédérales — Il n'est pas inconstitutionnel d'intégrer une loi provinciale dans une loi fédérale aux termes de l'art. 39 de la Loi sur les Cours fédérales — Les lois provinciales pertinentes qui s'appliquaient dans la présente affaire étaient celles de l'Alberta — Étant donné la date à laquelle l'action a été intentée, la Limitation of Actions Act de 1970 s'appliquait — Un délai de prescription de six ans s'appliquait aux revendications de la tribu des Blood — La revendication des demandeurs voulant que la défenderesse ait manqué à son obligation fiduciaire, leur revendication concernant la réserve créée par le levé de 1882, ainsi que leur grande revendication (le territoire que les demandeurs revendiquent), étaient toutes prescrites — En ce qui concerne le manquement à la promesse contenue dans le traité relativement aux droits fonciers issus de traités (DFIT), la tribu des Blood a eu raison d'affirmer qu'avant 1982, un tribunal canadien bien informé n'aurait pas pu entendre sa demande selon laquelle la défenderesse n'avait pas respecté la promesse contenue dans le traité relativement aux DFIT — De ce fait, aucune période de prescription ne pouvait exister avant que la revendication ne devienne recevable, c'est-à-dire avant l'adoption de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Selon l'art. 5 de la Limitation of Actions Act de 1970, une action pour manquement à un traité doit être intentée dans les six années suivant le moment où la cause d'action a pris naissance — En l'espèce,

This was an action by the plaintiffs claiming that their reserve (Reserve No. 148 or Blood reserve) does not accord with the land promised by the defendant. The territory the plaintiffs lay claim to is known as the “Big Claim”. The Big Claim territory extends west of the current plaintiffs’ reserve to the former Kootenai River and south to the Canada-U.S.A. border. Reserve No. 148 is in southern Alberta. It is the largest reserve in Canada occupying an area of 547.5 square miles. Treaty No. 7, made on September 22, 1877, was between the defendant and several other tribes, which included the plaintiffs called the Blood Tribe (plaintiffs or Blood Tribe). Treaty No. 7 promised the plaintiffs and the other tribes involved a reserve. The location of the plaintiffs’ reserve is set out in Treaty No. 7; however, that location was changed by agreement between the plaintiffs and the defendant.

Two other aspects in this action related to the boundaries of the promised reserve. The first aspect related to the surveying of the reserve. The defendant made two surveys of the area that was to become the plaintiffs’ reserve. The first was done in 1882 (the 1882 Survey) and the second was done in 1883 (the 1883 Survey). The 1882 Survey marked out an area of 650 square miles. The 1883 Survey (marking the present reserve) moved the southern boundary and marked out an area of 547.5 square miles. The plaintiffs asserted that the 1882 Survey, at law, created a reserve and the reduction of 102.5 square miles by the 1883 Survey required that it surrender that land as is provided for in *The Indian Act, 1880*. The plaintiffs gave no such surrender and submitted that they were entitled to that land or compensation for the loss of it. The second aspect related to the promised geographic size of the reserve under the formula set out in Treaty No. 7. The defendant promised the plaintiffs and each of the other tribes under Treaty No. 7 a reserve equal to “one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families.” This was the Treaty Land Entitlement (TLE). The reserve described by the 1882 Survey equated to the membership of the plaintiffs being 650 families or 3 250 persons while the reserve described by the 1883 Survey equated to the membership of the plaintiffs being 547.5 families, or 2 738 persons.

The plaintiffs claimed that their membership at the relevant time was such that their promised reserve under the TLE was

la tribu des Blood a intenté cette action deux ans avant le moment où la cause d’action a pris naissance — Pour ces motifs, la revendication de la tribu des Blood concernant un manquement à la promesse de DFIT du Traité n° 7 n’était pas frappée de prescription.

Il s’agissait d’une action intentée par les demandeurs, qui ont affirmé que leur réserve (la réserve n° 148 ou la réserve des Blood) n’était pas conforme au territoire que leur avait promis la défenderesse. Le territoire que les demandeurs ont réclamé s’appelle la « grande revendication ». Le territoire de la grande revendication s’étend à l’ouest de la réserve actuelle des demandeurs jusqu’à l’ancienne rivière Kootenai et au sud jusqu’à la frontière avec les États-Unis. La réserve n° 148 se trouve dans le sud de l’Alberta. Avec 547,5 milles carrés, c’est la plus grande réserve du Canada. Le Traité n° 7, qui date du 22 septembre 1877, a été conclu entre la défenderesse et plusieurs autres tribus, dont les demandeurs, appelés la tribu des Blood (les demandeurs ou la tribu des Blood). Le Traité n° 7 promettait une réserve aux demandeurs et à chacune des autres tribus. L’emplacement de la réserve des demandeurs est établi dans le Traité n° 7; toutefois, cet emplacement a été modifié par accord entre les demandeurs et la défenderesse.

La revendication dans la présente action comprenait deux autres éléments, qui concernaient également les limites de la réserve promise. Le premier élément était lié à l’arpentage de la réserve. La défenderesse a établi deux levés de la zone qui allait devenir la réserve des demandeurs. Le premier levé date de 1882 (le levé de 1882) et le second, de 1883 (le levé de 1883). Le levé de 1882 a délimité une zone de 650 milles carrés. Le levé de 1883 (qui correspond aux limites actuelles de la réserve) a déplacé la limite méridionale de la réserve, délimitant une zone de 547,5 milles carrés. Les demandeurs ont fait valoir que le levé de 1882, au regard de la loi, créait une réserve et que la réduction de 102,5 milles carrés établie par le levé de 1883 nécessitait qu’ils cèdent ce territoire tel que le prévoyait l’*Acte relatif aux Sauvages, 1880*. Les demandeurs n’ont pas cédé le territoire et ont donc prétendu avoir droit à ce territoire ou à une indemnisation pour l’avoir perdu. Le deuxième élément était lié à la taille géographique promise de la réserve conformément à la formule indiquée dans le Traité n° 7. Aux termes du Traité n° 7, la défenderesse promettait aux demandeurs, ainsi qu’à chacune des autres tribus, une réserve fournissant [TRADUCTION] « un mille carré à chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses ». Ce sont les droits fonciers issus de traités (DFIT). La superficie de la réserve selon le levé de 1882 correspondait à une population de 3 250 membres des demandeurs, soit 650 familles. La superficie de la réserve selon le levé de 1883 correspondait à une population de 2 738 membres des demandeurs, soit 547,5 familles.

Les demandeurs ont affirmé qu’au moment en cause, le nombre de leurs membres faisait en sorte que la superficie de la

larger than provided for under either survey. Accordingly, they submitted that the defendant breached this treaty promise and failed in its fiduciary duty to honestly and accurately implement the treaty promises. The defendant meanwhile argued that the reserve size as defined by the 1883 Survey met its TLE obligation under Treaty No. 7 and that the 1882 Survey was a preliminary survey and did not create a reserve. The defendant also pleaded that no surrender was needed to change the southern boundary and that this action was time-barred by virtue of the *Limitations Act* (2000) and its precursors. In reply, the plaintiffs submitted that the defendant's breach of its Treaty obligations to the plaintiffs only became actionable in 1982 with the passage of the *Constitution Act, 1982* and therefore the limitation defence had to fail. The plaintiffs also submitted that the defendant, from at least the date of Treaty No. 7 onwards, as regards the plaintiffs' proper reserve size and location, breached its fiduciary duty to them and that they suffered a loss of land or were entitled to compensable damages.

The main issue was whether the plaintiffs' action should be allowed.

Held, the action should be allowed in part.

Under the provisions of Treaty No. 7, the plaintiffs were entitled to a reserve the size of which was determined by reference to its population. It was entitled to "one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families". This manner of calculating the reserve size remained in effect even though the plaintiffs surrendered their interest in the original reserve described in Treaty No. 7 in exchange for a reserve near Fort Kipp. With respect to the TLE, it had to be determined what was the relevant time for determining the population of the plaintiffs and what was the plaintiffs' population at that time. The plaintiffs' population was to be determined for TLE purposes as at the date of the signing of Treaty No. 7 (September 22, 1877). The best evidence of the plaintiffs' population in 1877 was found in the annuity payments made in 1881 and 1882 and reports of those at the time. On these figures, the plaintiffs were entitled under the TLE to a reserve of between 680 to 723 square miles. The determination of the actual population of the plaintiffs in 1877 for the purposes of TLE involved weighing competing factors, exercising judgment and ultimately arriving at a conclusion. Based on the evidence, on a balance of probabilities, there was a population of 3 550 members of the plaintiffs at the date of Treaty No. 7 for the purposes of the TLE calculation. As such, under the Treaty, the plaintiffs were entitled to a reserve of 710 square miles.

réserve promise conformément aux DFIT était supérieure aux résultats des deux levés. Ils ont donc affirmé que la défenderesse n'a pas respecté sa promesse aux termes du traité et ne s'est pas acquittée de son obligation fiduciaire de mettre en œuvre de façon honnête et précise les promesses découlant du traité. La défenderesse, pour sa part, a affirmé que la superficie de la réserve telle qu'elle est définie par le levé de 1883, est conforme à son obligation à l'égard des DFIT aux termes du Traité n° 7, et que le levé de 1882 était un levé préliminaire qui ne créait pas une réserve. La défenderesse a soutenu en outre qu'aucune cession n'était nécessaire pour que la limite méridionale soit modifiée et que cette action était frappée de prescription en raison de la *Limitations Act* de 2000 et des lois qui l'ont précédées. En réponse, les demandeurs ont objecté que le non-respect par la défenderesse de ses obligations envers eux aux termes du Traité n'a donné ouverture à des poursuites qu'en 1982 avec l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et donc que la défenderesse ne pouvait se défendre en invoquant la prescription. Les demandeurs ont soutenu en outre que la défenderesse, au moins à partir de la date de signature du Traité n° 7, a manqué à son obligation fiduciaire envers les demandeurs en ce qui a trait à la superficie et à l'emplacement justes de sa réserve, et que la tribu a perdu des terres ou a subi un préjudice indemnifiable.

Il s'agissait principalement de savoir si l'action des demandeurs devait être accueillie.

Jugement : l'action doit être accueillie en partie.

Aux termes des dispositions du Traité n° 7, les demandeurs avaient droit à une réserve dont la superficie était déterminée en fonction de sa population. Ils avaient droit à [TRADUCTION] « un mille carré pour chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses ». La méthode employée pour le calcul de la superficie de la réserve est demeurée en vigueur même lorsque les demandeurs ont renoncé à leur intérêt dans la réserve d'origine qui était décrite dans le Traité n° 7, en échange d'une réserve près de Fort Kipp. En ce qui concerne les DFIT, il a fallu déterminer quel était le moment opportun pour déterminer la population des demandeurs et quelle était la population des demandeurs à cette époque. La population des demandeurs devait être établie, aux fins du calcul des DFIT, en fonction de la date de la signature du Traité n° 7 (22 septembre 1877). La meilleure preuve de la population des demandeurs en 1877 était les versements d'annuités en 1881 et en 1882 et les déclarations de ceux-ci à l'époque. Selon ces chiffres, les demandeurs avaient droit, en vertu des DFIT, à une réserve d'une superficie de 680 à 723 milles carrés. La détermination de la population réelle des demandeurs en 1877 aux fins du calcul des DFIT englobait l'évaluation de facteurs concurrents, l'exercice de jugement et, ultimement, l'établissement d'une conclusion. Sur le fondement de la preuve produite et selon la prépondérance des probabilités, les demandeurs comptaient 3 550 membres à la date de signature du Traité n° 7

The plaintiffs submitted that a reserve was created for them prior to July 2, 1883, the date when the defendant and the Blood Tribe entered into the 1883 Agreement that removed just over a hundred square miles from the Blood reserve. With respect to reserve creation, the leading authority on reserve creation, *Ross River Dena Council Band v. Canada*, a Supreme Court decision, was applied in this case. The reserve creation test set out in that decision comprised four factors: the Crown must have an intention to create a reserve; the intention must be possessed by Crown agents holding sufficient authority to bind the Crown; steps must be taken to set apart land and the setting apart must be for the benefit of the Indians; and the Band concerned must have accepted the setting apart and must have started to make use of the lands set apart. The defendant's intention to create a reserve for the Blood Tribe was not extinguished by the subsequent events relating to the geographic relocation of the reserve to the Fort Kipp area. The defendant's intention to create a reserve occurred long before the 1882 Survey. A review of the evidence resulted in a finding that all of the four *Ross River* factors were met in this case and thus a reserve for the Blood Tribe was created prior to July 2, 1883. The reserve that was set apart for them was that laid out by the 1882 Survey. It could not be reduced in size without obtaining a surrender from the Blood Tribe. Also, the 1883 Agreement did not constitute a surrender.

With respect to the Big Claim, the new reserve that the plaintiffs alleged was established by agreement they reached with the defendant on or about September 1880, it was found that both the defendant and the Blood Tribe intended to create a reserve in the general area of the Big Claim. The defendant did create such a reserve in 1882 or in 1883. However, there was no evidence that the defendant or the Blood Tribe took any steps to set apart land of an area equal to the Big Claim. Therefore, on the balance of probabilities, the Big Claim was not made out.

As regards the breach of fiduciary duty, the defendant had a number of fiduciary duties to the Blood Tribe as a consequence of entering into Treaty No. 7 as amended by agreement including: a duty to provide a reserve for the Blood Tribe in keeping with the provisions of Treaty No. 7; a duty of loyalty and good faith to the Blood Tribe in the discharge of its mandate; a duty to provide full disclosure and to consult with the Blood Tribe with respect to its reserve lands; and a duty to protect and preserve the Blood Tribe's proprietary interest in the reserve from

aux fins du calcul des DFIT. Par conséquent, conformément au traité, les demandeurs avaient droit à une réserve d'une superficie de 710 milles carrés.

Les demandeurs ont soutenu qu'une réserve a été créée à leur intention avant le 2 juillet 1883, date à laquelle la défenderesse et la tribu des Blood ont conclu l'accord de 1883 qui a retiré un peu plus de cent milles carrés de la réserve des Blood. L'arrêt-clé en matière de création de réserves, l'arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, rendu par la Cour suprême, a été appliqué dans la présente affaire. Le critère de création de réserves énoncé dans cet arrêt englobait les quatre principes suivants : la Couronne doit avoir eu l'intention de créer une réserve; il faut que ce soit des représentants de la Couronne investis de l'autorité suffisante pour lier celle-ci qui aient eu cette intention; il faut prendre des mesures pour mettre à part des terres, et cette mise à part des terres doit être dans l'intérêt des Indiens; et la bande visée doit avoir accepté la mise à part et avoir commencé à utiliser les terres en question. L'intention de la défenderesse de créer une réserve pour la tribu des Blood n'a pas été contrecarrée par les événements ultérieurs liés au déplacement géographique de la réserve dans les environs de Fort Kipp. L'intention de la défenderesse de créer une réserve précédait de longtemps le levé de 1882. Un examen de la preuve a permis de conclure que les quatre facteurs de l'arrêt *Ross River* ont été satisfaits dans la présente affaire et donc qu'une réserve pour la tribu des Blood a été créée avant le 2 juillet 1883. La réserve qui a été mise de côté pour cette tribu est celle qui a été tracée par le levé de 1882. Sa taille ne pouvait pas être réduite sans obtenir une cession de la tribu des Blood. En outre, l'accord de 1883 ne constituait pas une cession.

En ce qui concerne la grande revendication, la nouvelle réserve qui, d'après les demandeurs, a été établie par l'accord qu'ils ont conclu avec la défenderesse au mois de septembre 1880 ou aux alentours de cette date, il a été conclu que la défenderesse et la tribu des Blood avaient l'intention de créer une réserve dans le secteur général issu de la grande revendication. La défenderesse a bien créé une telle réserve, en 1882 ou en 1883. Toutefois, rien ne prouvait que la défenderesse ou la tribu des Blood ont pris des mesures pour mettre de côté des terres d'une superficie égale à celle issue de la grande revendication. Par conséquent, selon la prépondérance des probabilités, la grande revendication n'a pas été établie.

En ce qui concerne le manquement à une obligation fiduciaire, la défenderesse avait certaines obligations fiduciaires à l'égard de la tribu des Blood en raison de la conclusion du Traité n° 7, tel qu'il a été modifié par un accord : une obligation de fournir une réserve à la tribu des Blood, conformément aux dispositions du Traité n° 7; une obligation de loyauté et de bonne foi à l'égard de la tribu des Blood dans l'exécution de son mandat; une obligation de communication intégrale à la tribu des Blood et de consultation avec celle-ci relativement à

exploitation. In implementing Treaty No. 7, as amended by agreement, the defendant had a duty to consult with the Blood Tribe regarding the location of its reserve and the record established that it did so. The defendant, having promised the Blood Tribe a reserve equal to one square mile for each family of five, first had to ascertain the population of the Blood Tribe. There was no evidence how the defendant arrived at the 650-square mile reserve created by the 1882 Survey. It appeared to be based on a Blood Tribe population of 3 250. Absent evidence as to how the defendant arrived at the population figure it used, and given that the actual population was 3 550, the defendant failed to fulfill its treaty obligation to provide a reserve equal to the TLE. Furthermore, after the Blood reserve was created in 1882, the defendant had a duty to protect and preserve that reserve but it failed in that duty. In April 1882, the defendant leased part of the reserve as defined by the 1882 Survey to third parties under grazing leases. After discovering that there was an overlap between the reserve and the leased land, the defendant failed to meet its fiduciary duty to the Blood Tribe and acted dishonourably by putting the interests of the white leaseholders ahead of the Blood Tribe's interests in the land, which it was to preserve and protect. Therefore, the Blood Tribe, on the balance of probabilities, proved that the defendant breached its fiduciary duty to the Blood Tribe in implementing Treaty No. 7 and in dealing with the plaintiffs subsequent to the creation of the Blood reserve.

The statutory limitation periods and equitable limitations pleaded by the defendant were addressed. The *Crown Liability Act* did not extinguish the plaintiffs' ability to bring a claim against the Crown and had no application to this action. A review of this Act showed that proceedings may be brought under it with regards to tort, but there is no mention of fiduciary duty, breach of treaty, or any catch-all provision. The ability to bring an action against the Crown for breach of fiduciary duty arises independent of this statute. As for the application of provincial limitation Acts to this matter, the plaintiffs claimed that this would affect the "lands reserved for the Indians" which falls under the federal government's jurisdiction under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Provincial limitations laws apply by virtue of subsection 39(1) of the *Federal Courts Act*. Section 39 operates to incorporate into federal law the provincial limitations period in place in the province where the cause of action arose. The plaintiffs' submission that it was unconstitutional to incorporate provincial law into federal law using section 39 of the *Federal Courts Act* was thus rejected.

ses terres de réserve; et une obligation de protéger et de préserver l'intérêt propriétaire de la tribu des Blood dans la réserve contre l'exploitation. En appliquant le Traité n° 7, tel qu'il a été modifié par un accord, la défenderesse avait l'obligation de consulter la tribu des Blood concernant l'emplacement de sa réserve, et il ressort du dossier que c'est ce qu'elle a fait. La défenderesse, ayant promis à la tribu des Blood une réserve égale à un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, devait d'abord déterminer la population de la tribu des Blood. Il n'y avait aucun élément de preuve sur la manière dont la défenderesse en est arrivée à une réserve de 650 milles carrés créée par le levé de 1882. La taille de la réserve semblait fondée sur une population de 3 250 membres de la tribu des Blood. Sans preuve de la manière dont la défenderesse en est arrivée au chiffre de population utilisé, et compte tenu du fait que la population réelle était de 3 550 personnes, la défenderesse n'a pas respecté son obligation issue du traité de fournir une réserve égale aux DFIT. En outre, après que la réserve des Blood a été créée en 1882, la défenderesse avait ensuite l'obligation de protéger et de préserver cette réserve, mais elle n'a pas respecté cette obligation. En avril 1882, la défenderesse a loué une partie de la réserve telle qu'elle est définie par le levé de 1882 à des tiers parties aux termes de baux de pâturage. Après avoir découvert qu'il existait un chevauchement entre la réserve et la terre louée, la défenderesse a manqué à son obligation fiduciaire à l'égard de la tribu des Blood et a manqué à son honneur en faisant passer les intérêts des titulaires de domaine à bail blancs devant les intérêts dans la terre de la tribu des Blood, qu'elle devait préserver et protéger. Pour ces motifs, la tribu des Blood, selon la prépondérance des probabilités, a prouvé que la défenderesse a manqué à son obligation fiduciaire à l'égard de la bande lors de l'application du Traité n° 7 et en traitant avec les demandeurs après la création de la réserve des Blood.

Le délai de prescription légal et la prescription en equity invoqués par la défenderesse ont été abordés. La *Loi sur la responsabilité de la Couronne* n'a pas éteint la capacité des demandeurs d'intenter une action contre la Couronne et elle ne s'appliquait pas à l'égard de la présente action. Il ressort d'un examen de cette loi que des procédures peuvent être intentées sous son régime en ce qui a trait à la responsabilité délictuelle, mais il n'y a aucune mention d'obligation fiduciaire, de manquement à un traité ou de toute autre disposition générale. La capacité d'intenter une action contre la Couronne pour manquement à son obligation fiduciaire est indépendante de cette loi. En ce qui concerne l'application à la présente affaire des lois provinciales sur la prescription, les demandeurs ont fait valoir que cela aurait une incidence sur les « terres réservées pour les Indiens », ce qui relève de la compétence du gouvernement fédéral aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les lois provinciales sur la prescription s'appliquent aux termes du paragraphe 39(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. L'article 39 a pour effet d'intégrer dans la loi fédérale les délais de prescription provinciaux en vigueur dans la

The relevant provincial limitations laws had to be determined. At the time when this action was commenced, the place that had the most substantial connection to the causes of action was the Treaty No. 7 lands of the Blood Tribe, which lands are now in the province of Alberta. Therefore, the relevant provincial laws were those of Alberta. Also, because the plaintiffs commenced this action on January 10, 1980, the limitations legislation in force in Alberta was *The Limitation of Actions Act*, 1970. While the events giving rise to this action occurred prior to that Act, that Act applied by virtue of section 3 which provides that the Act's provision applies to all causes of action whenever arising. The sections of the *Limitation of Actions Act*, 1970 that were relevant to this proceeding were paragraphs (e) and (g) of subsection 5(1).

The plaintiffs' argument that their breach of fiduciary duty claims were exempt from the six-year limitation periods because of the trusts exceptions in sections 40 and 41 of the *Limitation of Actions Act*, 1970 was rejected. Neither of these sections applied here since there was no express trust. Indeed, although the relationship is trust-like, reserve land is not held in trust and the defendant was not a trustee described in subsection 41(1) of that Act. Also, contrary to what the plaintiffs argued, lulling did not extend the limitations in this matter. There was no evidence that the defendant informed the plaintiffs or any First Nation that it could not continue to seek remedies in court but had to deal with the defendant directly.

Given that a six-year limitation period was applicable to the claims of the Blood Tribe, it had to be determined when the Blood Tribe discovered or ought to have discovered the facts underlying their claims. The evidence before the Court regarding each claim was examined. With reasonable diligence in 1971, the Blood Tribe would have discovered what it now described as "fraud" by the defendant regarding the TLE. In conclusion, the plaintiffs' claim that the defendant breached its fiduciary duty, its claim to the reserve established by the 1882 Survey, and its Big Claim were all time-barred by virtue of the Alberta *Limitation of Actions Act*, 1970.

province où la cause d'action a pris naissance. L'observation des demandeurs selon laquelle il est inconstitutionnel d'intégrer une loi provinciale dans une loi fédérale aux termes de l'article 39 de la *Loi sur les Cours fédérales* a donc été écartée.

Les lois provinciales sur la prescription qui sont pertinentes ont dû être déterminées. Au moment où la présente action a été intentée, les terres issues du Traité n° 7 de la tribu des Blood sont ce qui avait le lien le plus important avec les causes d'action. Ces terres se situent aujourd'hui dans la province de l'Alberta. Pour ces motifs, les lois provinciales pertinentes étaient celles de l'Alberta. En outre, étant donné que les demandeurs ont intenté la présente action le 10 janvier 1980, la loi sur la prescription en vigueur en Alberta était la *Limitation of Actions Act* de 1970. Bien que les événements ayant donné lieu à la présente action se soient produits bien avant cette loi, cette loi s'appliquait aux termes de l'article 3 qui prévoit que les dispositions de la Loi s'appliquent à toutes les causes d'action, le cas échéant. Les alinéas de la *Limitation of Actions Act* de 1970 pertinents en l'espèce étaient les alinéas 5(1)e) et g).

La prétention des demandeurs selon laquelle leurs revendications en matière de manquement à une obligation fiduciaire n'étaient pas visées par la période de prescription de six ans, en raison des exceptions en matière de fiducie prévues aux articles 40 et 41 de la *Limitation of Actions Act* de 1970 a été rejetée. Ni l'un ni l'autre article ne s'appliquait en l'espèce puisqu'il n'existait pas de fiducie explicite. En fait, même si la relation s'apparente à une fiducie, les terres d'une réserve ne sont pas détenues en fiducie, et la défenderesse n'était pas un fiduciaire au sens prévu par le paragraphe 41(1) de cette loi. En outre, contrairement à ce que les demandeurs ont fait valoir, le leurre n'a pas prolongé le délai de prescription en l'espèce. Rien n'indiquait que la défenderesse a informé les demandeurs ou toute autre Première Nation qu'il n'était plus possible de s'adresser aux tribunaux et qu'il fallait solliciter directement la défenderesse.

Étant donné qu'un délai de prescription de six ans s'appliquait aux revendications de la tribu des Blood, la question était de savoir à quel moment la tribu des Blood a découvert ou aurait dû découvrir les faits qui sous-tendent les revendications. Les éléments de preuve soumis à la Cour concernant chaque revendication ont été examinés. Pour ce qui est de la diligence raisonnable en 1971, la tribu des Blood aurait découvert ce qu'elle qualifie à présent de [TRADUCTION] « fraude » commise par la défenderesse au sujet des DFIT. En conclusion, la revendication des demandeurs voulant que la défenderesse ait manqué à son obligation fiduciaire, sa revendication concernant la réserve créée par le levé de 1882, ainsi que sa grande revendication, étaient toutes prescrites aux termes de la *Limitation of Actions Act* de 1970 de l'Alberta.

The Blood Tribe submitted that prior to April 17, 1982, when section 35 of the *Constitution Act, 1982* came into effect recognizing existing aboriginal and treaty rights, it had no actionable right to enforce the defendant's treaty obligations. Accordingly, they submitted that no limitation could run against a claim for breach of treaty until it became actionable, i.e. on April 17, 1982. The Blood Tribe submitted that its TLE action was a claim for breach of treaty. Although the facts of the underlying cause of action took place in the 1880s, they argued that they had no actionable cause of action for breach of treaty prior to April 17, 1982 when section 35 of the *Constitution Act, 1982*, entrenched treaty rights. The Blood Tribe correctly stated that prior to 1982, a properly instructed Canadian court could not entertain its claim that the defendant had breached the TLE treaty promise. Accordingly, no limitation could commence to run until the claim became actionable with the passage of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. Paragraph 5(1)(g) of the *Limitation of Actions Act, 1970* provides that an action for breach of treaty must be commenced within six years after the cause of action arose. In this case, the Blood Tribe commenced this action two years before the cause of action arose. Therefore, the claim of the Blood Tribe for breach of the TLE promise in Treaty No. 7 was not time-barred.

La tribu des Blood a affirmé qu'avant le 17 avril 1982, date à laquelle l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est entré en vigueur afin de reconnaître les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, elle n'avait aucun droit recevable de faire appliquer les obligations de la défenderesse aux termes du traité. Elle a donc prétendu qu'aucun délai de prescription ne pouvait courir concernant une allégation de manquement au traité avant la date où celle-ci est devenue recevable, c'est-à-dire le 17 avril 1982. La tribu des Blood a affirmé que son action concernant les DFIT était une revendication de manquement à un traité. Bien que les faits de la cause d'action sous-jacente se soient déroulés dans les années 1880, les membres de la tribu ont soutenu que le manquement au traité n'est devenu un recours possible que le 17 avril 1982, lorsque les droits issus de traités ont été inscrits à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La tribu des Blood a eu raison d'affirmer qu'avant 1982, un tribunal canadien bien informé n'aurait pas pu entendre une demande de la tribu selon laquelle la défenderesse n'avait pas respecté la promesse contenue dans le traité relativement aux DFIT. De ce fait, aucune période de prescription ne pouvait exister avant que la revendication ne devienne recevable, c'est-à-dire avant l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon l'alinéa 5(1)(g) de la *Limitation of Actions Act* de 1970, une action doit être intentée dans les six années suivant le moment où la cause d'action a pris naissance. En l'espèce, la tribu des Blood a intenté cette action deux ans avant le moment où la cause d'action a pris naissance. Pour ces motifs, la revendication de la tribu des Blood concernant un manquement à la promesse de DFIT du Traité n° 7 n'était pas frappée de prescription.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Alberta Act (The)*, 1905, 4-5 Edw. VII, c. 3 (Canada) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 19], ss. 2, 10, 16.
- An Act to amend "The Supreme and Exchequer Courts Act", and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, 50-51 Vict., c. 16, s. 15.
- An Ordinance Respecting Limitations of Actions in Certain Cases*, R.S.N.W.T. 1898, c. 31.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 15.
- City Act (The)*, R.S.A. 1955, c. 42, s. 731.
- 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], ss. 35, 91(24).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 32(2), 35, 53, Sch., Item 12.
- Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, ss. 11, 24(1).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte à l'effet de modifier l'Acte des cours Suprême et de l'Echiquier, et d'établir de meilleures dispositions pour l'instruction des réclamations contre la Couronne*, 50-51 Vict., ch. 16, art. 15.
- Acte de l'Alberta*, 1905, 4-5 Edw. VII, ch. 3 (Canada) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 19], art. 2, 10, 16.
- Acte des Territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50.
- Acte relatif aux Sauvages, 1880*, S.C. 1880, ch. 28, art. 2 « réserve », 36, 37.
- An Ordinance Respecting Limitations of Actions in Certain Cases*, R.S.N.W.T. 1898, ch. 31.
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 15.
- City Act (The)*, R.S.A. 1955, ch. 42, art. 731.
- Décret C.P. 1880-0565.
- Décret C.P. 1882-0722.
- Limitation of Action Act (The)*, R.S.A. 1922, ch. 90, art. 3.
- Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15.

- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 32.
Exchequer Court Act, R.S.C. 1927, c. 34.
Exchequer Court Act, R.S.C. 1958, c. 98.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 38.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985 c. F-7, ss. 38, 39, 57.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 52.2, 77, 175, Sch.
Game and Fish Act, R.S.O. 1970, c. 186.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.
Indian Act, 1880 (*The*), S.C. 1880, c. 28, ss. 2 “reserve”, 36, 37.
Limitation of Action Act (The), R.S.A. 1922, c. 90, s. 3.
Limitation of Actions Act, R.S.A. 1980, c. L-152.
Limitation of Actions Act (The), R.S.A. 1955, c. 177.
Limitation of Actions Act (The), R.S.A. 1970, c. 209, ss. 3, 5(1), 6, 40, 41.
Limitation of Actions Act, 1935 (The), S.A. 1935, c. 8.
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12.
Limitations Act (The), R.S.O. 1914, c. 75, s. 47.
Limitations Act (The), S.S. 2004, c. L-16.1.
Manitoba Act 1870, S.C. 1870, c. 3 [reprinted in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8].
North-West Territories Act, R.S.C. 1886, c. 50.
Order in Council P.C. 1880-0565.
Order in Council P.C. 1882-0722.
Royal Proclamation, 1763 (The), R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1960, c. 370, s. 38.
The Trustee Ordinance, 1903, Sess. 2, c. 11.
Limitation of Actions Act (The), R.S.A. 1955, ch. 177.
Limitation of Actions Act (The), R.S.A. 1970, ch. 209, art. 3, 5(1), 6, 40, 41.
Limitation of Actions Act, 1935 (The), S.A. 1935, ch. 8.
Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12.
Limitations Act (The), R.S.O. 1914, ch. 75, art. 47.
Limitations Act (The), S.S. 2004, ch. L-16.1.
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. 35, 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. 32(2), 35, 53, ann., n° 12.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3 [reproduite dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 8].
Loi de la cour de l'Échiquier, S.R.C. 1927, ch. 34.
Loi de la cour de l'Échiquier, S.R.C. 1958, ch. 98.
Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1970, ch. 186.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 38.
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 11, 24(1).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 32.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 38, 39, 57.
Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.
Proclamation royale (1763), L.R.C. (1985), appendice II, n° 1.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 52.2, 77, 175, ann.
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1960, ch. 370, art. 38.
The Trustee Ordinance, 1903, Sess. 2, ch. 11.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Jay Treaty (1794).
Treaties No. 4 (1874).
Treaty No. 6 (1877, 1878).
Treaty No. 7 (1877).
Treaty No. 8 (1899).
Treaty No. 19 (1818).

CASES CITED

APPLIED:

- Conohan v. Cooperators (The)*, 2002 FCA 60, [2002] 3 F.C. 421; *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446; *R. v. Van Der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220;

TRAITÉ ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Traité n° 4 (1874).
Traité n° 6 (1877, 1878).
Traité n° 7 (1877).
Traité n° 8 (1899).
Traité n° 19 (1818).
Traité Jay (1794).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Conohan c. Cooperators (The)*, 2002 CAF 60, [2002] 3 C.F. 421; *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S.

R. v. Sioui, [1990] 1 S.C.R. 1025, (1990), 70 D.L.R. (4th) 427; *Central & Eastern Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, (1986), 31 D.L.R. (4th) 481; *Luscar Ltd. v. Pembina Resources Limited*, 1994 ABCA 356 (CanLII), 162 A.R. 35; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54, [2002] 2 S.C.R. 816, affg 1999 BCCA 750, 182 D.L.R. (4th) 116 revg 1998 CanLII 14089, [1998] 3 C.N.L.R. 284 (Y.K.S.C.); *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; *Angeletakis v. Thymaros*, 1989 CanLII 3141, [1989] A.W.L.D. 450, 95 A.R. 81 (Q.B.).

DISTINGUISHED:

Henry v. R. (1905), 9 Ex. C.R. 417; *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, 2001 SKCA 109, 206 D.L.R. (4th) 638; *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.); *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Zbryski v. City of Calgary*, 1965 CanLII 528, 51 D.L.R. (2d) 54 (Alta. Q.B.); *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *Dreaver v. The King* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (Ex. Ct.).

CONSIDERED:

R. v. Sundown, [1999] 1 S.C.R. 393, (1999), 170 D.L.R. (4th) 385; *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576; *Apotex Inc. v. Shire LLC*, 2016 FC 1267, 2017 C.L.L.C. 240-002; *Mancuso v. Canada (National Health and Welfare)*, 2015 FCA 227, 476 N.R. 219; *Chippewas of Kettle & Stony Point v. Canada*, 1994 CanLII 7250, 17 O.R. (3d) 381, [1994] 4 C.N.L.R. 34 (Gen. Div.); *Bentley v. Peppard*, 1903 CanLII 69, 33 S.C.R. 444; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, (1995) 130 D.L.R. (4th) 193; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48, (1998), 156 F.T.R. 1 (T.D.); *Restoule v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701, 431 D.L.R. (4th) 32; *Samson First Nation v. Canada*, 2015 FC 836, affd 2016 FCA 223, 487 N.R. 306, leave to appeal to S.C.C. refused [2017] 1 S.C.R. viii.; *Canada v. Lefebvre*, 1986 ABCA 236 (CanLII), [1987] 1 W.W.R. 481, (1986), 41 D.L.R. (4th) 311; *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.); *Taylor v. Davies*, [1920] A.C. 636 (P.C.); *Huet v. Lynch*, 2000 ABCA 97 (CanLII), 255 A.R. 359; *Musurus Bey v. Gadban and Others*, [1894] 2 Q.B. 352 (C.A.); *Méthot v. Commission de Transport de Montréal*, [1972] S.C.R. 387, (1971), 25 D.L.R. (3d) 324; *Costello v. Calgary (City)*, 1989 ABCA 194

1025; *Central & Eastern Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Luscar Ltd. v. Pembina Resources Limited*, 1994 ABCA 356 (CanLII), 162 A.R. 35; *Conseil de la bande d'ennee de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, [2002] 2 R.C.S. 816, confirmant 1999 BCCA 750, 182 D.L.R. (4th) 116 infirmant 1998 CanLII 14089, [1998] 3 C.N.L.R. 284 (C. supr. Y.); *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Angeletakis v. Thymaros*, 1989 CanLII 3141, [1989] A.W.L.D. 450, 95 A.R. 81 (Q.B.).

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Henry v. R. (1905), 9 R. C. de l'É. 417; *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, 2001 SKCA 109, 206 D.L.R. (4th) 638; *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.); *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Zbryski v. City of Calgary*, 1965 CanLII 528, 51 D.L.R. (2d) 54 (B.R. Alb.); *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *Dreaver v. The King* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (C. de l'É.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Sundown, [1999] 1 R.C.S. 393; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576; *Apotex Inc. c. Shire LLC*, 2016 CF 1267; *Mancuso c. Canada (Santé Nationale et Bien-être Social)*, 2015 CAF 227; *Chippewas of Kettle & Stony Point v. Canada*, 1994 CanLII 7250, 17 O.R. (3d) 381, [1994] 4 C.N.L.R. 34 (div. gén.); *Bentley v. Peppard*, 1903 CanLII 69, 33 R.C.S. 444; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1^{re} inst.); *Restoule v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701, 431 D.L.R. (4th) 32; *Première nation Samson c. Canada*, 2015 CF 836, conf. par 2016 CAF 223, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 1 R.C.S. viii.; *Canada v. Lefebvre*, 1986 ABCA 236 (CanLII), [1987] 1 W.W.R. 481, 41 D.L.R. (4th) 311; *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.); *Taylor v. Davies*, [1920] A.C. 636 (P.C.); *Huet v. Lynch*, 2000 ABCA 97 (CanLII), 255 A.R. 359; *Musurus Bey v. Gadban and Others*, [1894] 2 Q.B. 352 (C.A.); *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387; *Costello v. Calgary (City)*, 1989 ABCA 194 (CanLII), 60 D.L.R. (4th) 732, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1990] 1 R.C.S. vi; *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009

(CanLII), 60 D.L.R. (4th) 732, leave to appeal to S.C.C. refused, [1990] 1 S.C.R. vi; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181; *Regina v. Taylor and Williams*, 1981 CanLII 1657, 34 O.R. (2d) 360, 3 C.N.L.R. 114 (C.A.); *The Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 (BAILII), [1859] E.R. 836; *Nayak Vajesingji Joravarsingji and others v. The Secretary of State for India in Council*, [1924] UKPC 51 (BAILII), (1924) L.R. 51 Ind. App. 357 (P.C.); *Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board*, [1941] UKPC 6 (BAILII), [1941] A.C. 308 (P.C.); *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, (1956), 3 D.L.R. (2d) 641; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, (1985), 24 D.L.R. (4th) 390; *R. v. Agawa*, 1988 CanLII 148, 65 O.R. (2d) 505, 53 D.L.R. (4th) 101 (C.A.); *Fox Lake Indian Band v. Reid Crowther & Partners Ltd.*, 2002 FCT 630, [2003] 1 F.C. 197.

REFERRED TO:

Adam v. Canada (Indian Affairs), 2000 ABQB 1017 (CanLII), 272 A.R. 92; *Horseman v. Canada*, 2015 FC 1149; *Peepeekisis Band v. Canada*, 2012 FC 915, [2012] 4 C.N.L.R. 260, aff'd 2013 FCA 191, [2014] 1 C.N.L.R. 306; *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372, sub nom. *Papaschase*; *Shade v. Canadian Pacific Railway Limited*, 2017 ABQB 292 (CanLII), 54 Alta. L.R. (6th) 343; *Tolofson v. Jensen*; *Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022, (1994), 120 D.L.R. (4th) 289; *Karl Mueller Construction Ltd. v. Canada*, [1989] 3 F.C. 626 (1989), 29 F.T.R. 1 (T.D.); *Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655 (CanLII), 365 A.R. 1; *J.L.O. Ranch Ltd. v. Logan*, 1987 CanLII 3174, [1987] A.W.L.D. 1244, 81 A.R. 261 (Q.B.); *James A. Meek, Jr. v. San Juan Resources Inc.*, 2005 ABCA 448 (CanLII), 376 A.R. 202; *Authorson (Litigation Administrator of) v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321; *R. v. White*, 1964 CanLII 452, 50 D.L.R. (2d) 613, 1964 B.C.J. No. 212 (QL) (C.A.); *Regina v. Moses*, 1969 CanLII 384, [1970] 5 C.C.C. 356, 13 D.L.R. (3d) 50 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Wesley*, 1932 CanLII 267, [1932] 4 D.L.R. 775, [1932] 2 W.W.R. 337 (Alta. Sup. Ct.).

AUTHORS CITED

Canada. Dept. of Indian Affairs and Northern Development. *Statement of the Government of Canada on Indian Policy*, 1969. Ottawa, 1969.

Canada. *Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890*, Vol. 2, Ottawa: Queen's Printer, 1871.

Canada. Indigenous and Northern Affairs Canada. Dept of Indian Affairs. *Annual report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December, 1883*. Ottawa: the Dept., 1884.

CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181; *Regina v. Taylor and Williams*, 1981 CanLII 1657, 34 O.R. (2d) 360, 3 C.N.L.R. 114 (C.A.); *The Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 (BAILII), [1859] E.R. 836; *Nayak Vajesingji Joravarsingji and others v. The Secretary of State for India in Council*, [1924] UKPC 51 (BAILII), (1924) L.R. 51 Ind. App. 357 (P.C.); *Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board*, [1941] UKPC 6 (BAILII), [1941] A.C. 308 (P.C.); *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Simon v. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. v. Agawa*, 1988 CanLII 148, 65 O.R. (2d) 505, 53 D.L.R. (4th) 101 (C.A.); *Bande indienne de Fox Lake c. Reid Crowther & Partners Ltd.*, 2002 CFPI 630, [2003] 1 C.F. 197.

DÉCISIONS CITÉES :

Adam v. Canada (Indian Affairs), 2000 ABQB 1017 (CanLII), 272 A.R. 92; *Horseman c. Canada*, 2015 CF 1149; *Bande de Peepeekisis c. Canada*, 2012 CF 915, conf. par 2013 CAF 191; *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, sub nom. *Papaschase*; *Shade v. Canadian Pacific Railway Limited*, 2017 ABQB 292 (CanLII), 54 Alta. L.R. (6th) 343; *Tolofson c. Jensen*; *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Karl Mueller Construction Ltd. c. Canada*, [1989] 3 C.F. 626 (1^{re} inst.); *Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655 (CanLII), 365 A.R. 1; *J.L.O. Ranch Ltd. v. Logan*, 1987 CanLII 3174, [1987] A.W.L.D. 1244, 81 A.R. 261 (Q.B.); *James A. Meek, Jr. v. San Juan Resources Inc.*, 2005 ABCA 448 (CanLII), 376 A.R. 202; *Authorson (Litigation Administrator of) v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321; *R. v. White*, 1964 CanLII 452, 50 D.L.R. (2d) 613, 1964 B.C.J. n° 212 (QL) (C.A.); *Regina v. Moses*, 1969 CanLII 384, [1970] 5 C.C.C. 356, 13 D.L.R. (3d) 50 (C. dist. Ont.); *R. v. Wesley*, 1932 CanLII 267, [1932] 4 D.L.R. 775, [1932] 2 W.W.R. 337 (C. sup. Alb.).

DOCTRINE CITÉE

Canada. Affaires autochtones et du Nord Canada. Ministère des affaires indiennes. *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l'année expirée le 31 décembre 1883*. Ottawa : Le ministère, 1884.

Canada. Affaires autochtones et du Nord Canada. Ministère des affaires indiennes. *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l'année expirée le 31 décembre 1882*. Ottawa : Le ministère, 1883.

- Canada. Indigenous and Northern Affairs Canada. Dept of Indian Affairs. *Annual report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December 1882*. Ottawa: the Dept., 1883.
- Canada. Indigenous and Northern Affairs Canada. Dept of Indian Affairs. *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December 1881*. Ottawa: the Dept., 1882.
- Canada. Indigenous and Northern Affairs Canada. Dept of Indian Affairs. *Annual report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December 1880*. Ottawa: the Dept., 1881.
- Dempsey, Hugh A. *Red Crow, Warrior Chief*. Saskatoon: Western Produce Prairie Books, 1980.
- Dempsey, Hugh A. *The Great Blackfoot Treaties*. Calgary: Heritage House Co. Ltd., 2015.
- Evans, Robert. *The Kid Stays in the Picture*. New York, NY: IT Books, 2013.
- Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories: including the negotiations on which they are based, and other information relating thereto*. Toronto: Belfords, Clarke & Co., 1880.
- Parliament. “Census Return of Resident and Nomadic Indians in the Dominion of Canada, By Provinces” in *Sessional Papers*, No. 6 (1887), at 225.
- Waters, Donovan W.M. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2012.
- “Where is the Blood Reservation?” *Macleod Gazette* (July 8, 1882).
- Canada. Affaires autochtones et du Nord Canada. Ministère des affaires indiennes. *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l’année expirée le 31 décembre 1881*. Ottawa : Le ministère, 1882.
- Canada. Affaires autochtones et du Nord Canada. Ministère des affaires indiennes. *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l’année expirée le 31 décembre 1880*. Ottawa : Le ministère, 1881.
- Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*. Ottawa, 1969.
- Canada. *Traités indiens et cessions de 1680 à 1890*, vol. 2, Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1871.
- Dempsey, Hugh A. *Red Crow, Warrior Chief*. Saskatoon : Western Produce Prairie Books, 1980.
- Dempsey, Hugh A. *The Great Blackfoot Treaties*. Calgary : Heritage House Co. Ltd., 2015.
- Evans, Robert. *L’enfant gâté d’Hollywood*. Paris : A contrario, 1995.
- Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories : including the negotiations on which they are based, and other information relating thereto*. Toronto : Belfords, Clarke & Co., 1880.
- Parlement. « Census Return of Resident and Nomadic Indians in the Dominion of Canada, By Provinces » dans *Sessional Papers*, n° 6 (1887), à la p. 225.
- Waters, Donovan W.M. *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 2012.
- « Where is the Blood Reservation? » *Macleod Gazette* (8 juillet 1882).

ACTION by plaintiffs claiming that their Reserve (Reserve No. 148), located in southern Alberta, does not accord with the land promised by the defendant under Treaty No. 7. Action allowed in part.

ACTION intentée par les demandeurs, qui ont affirmé que leur réserve (la réserve n° 148), située dans le sud de l’Alberta, n’était pas conforme au territoire que leur avait promis la défenderesse en vertu du traité n° 7. Action accueillie en partie.

APPEARANCES

Gary A. Befus, Brendan M. Miller, Joanne F. Crook and Paul Reid for plaintiffs.
Wayne Malcom Schafer, Q.C., Marianne Panenka, Bruce Piller, Damon Park, Amber Elliott, Olivia Furlong and Nathan Wiebe for defendant.

ONT COMPARU :

Gary A. Befus, Brendan M. Miller, Joanne F. Crook et Paul Reid pour les demandeurs.
Wayne Malcom Schafer, c.r., Marianne Panenka, Bruce Piller, Damon Park, Amber Elliott, Olivia Furlong et Nathan Wiebe pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD

Walsh LLP, Calgary, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Walsh LLP, Calgary, pour les demandeurs.
La sous-procureure générale du Canada pour la défenderesse.

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

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

ZINN J.:

LE JUGE ZINN :

Table of Contents

Table des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. INTRODUCTION	1	I. INTRODUCTION	1
A. Procedural History of this Action....	13	A. Historique procédural de la présente action.....	13
B. Canada’s Objections Based on the Pleadings.....	28	B. Objections du Canada fondées sur les actes de procédure	28
a. <i>Failure to Plead a Breach of Treaty</i>	28	a. <i>Omission d’invoquer un manquement au traité</i>	28
b. <i>Raising a New Constitutional Question</i>	51	b. <i>Formulation d’une nouvelle question constitutionnelle</i>	51
c. <i>Addressing the Constitutional Questions Only in Reply</i>	53	c. <i>Prise en compte des questions constitutionnelles seulement dans les observations en réponse</i>	53
C. Key Individuals.....	56	C. Personnes clés.....	56
II. THE EVIDENCE.....	57	II. ÉLÉMENTS DE PREUVE.....	57
A. Blood Tribe Oral History Evidence.....	58	A. Éléments de preuve fondés sur l’histoire orale de la tribu des Blood	58
a. <i>Traditional Territory of the Blackfoot Confederacy</i>	62	a. <i>Territoire traditionnel de la Confédération des Pieds-Noirs</i>	62
b. <i>Blood Tribe “Home Base”</i>	66	b. <i>« Lieu d’attache » de la tribu des Blood</i>	66
c. <i>Clans and Leadership and Decision-Making</i>	68	c. <i>Clans, leadership et prise de décisions</i>	68
d. <i>Traditional Treaty Making Process</i>	70	d. <i>Processus traditionnel de conclusion de traités</i>	70
e. <i>The Blood Tribe’s Understanding of Treaty No. 7</i>	72	e. <i>Compréhension du Traité n 7 par la tribu des Blood</i>	72
f. <i>Land the Blood Tribe Understood to be Reserved After Treaty No. 7</i>	77	f. <i>Territoire de la tribu des Blood considéré comme étant réservé après la conclusion du Traité n 7</i>	77
g. <i>Use by the Blood Tribe of the Big Claim Land After Treaty</i>	81	g. <i>Utilisation par la tribu des Blood du territoire de la grande revendication après la conclusion du Traité</i>	81

B. Assessing Oral History Evidence....	86	B. Évaluation des éléments de preuve fondés sur l'histoire orale.....	86
C. The Expert Evidence.....	100	C. Le témoignage d'expert.....	100
D. Relevant Historical Background...	116	D. Contexte historique pertinent	116
a. <i>Prelude to Treaty No. 7</i>	117	a. <i>Prélude au Traité n 7</i>	117
b. <i>Treaty No. 7 Negotiations</i>	125	b. <i>Négociations du Traité n 7</i>	125
c. <i>Locating the Blood Reserve and the Red Crow Agreement</i> ...	144	c. <i>Sélection de l'emplacement de la réserve des Blood et accord avec Red Crow</i>	144
d. <i>The Land Between the Kootenai and Belly Rivers</i>	167	d. <i>Les terres entre les rivières Kootenai et Belly</i>	167
e. <i>The 1882 Survey of the Blood Reserve</i>	177	e. <i>Le levé de la réserve des Blood de 1882</i>	177
f. <i>Grazing Leases</i>	187	f. <i>Baux de pâturage</i>	187
g. <i>The 1883 Agreement and the 1883 Survey</i>	196	g. <i>L'accord de 1883 et le levé de 1883</i>	196
h. <i>1888 Tour of the Southern Boundary</i>	206	h. <i>Visite de la limite sud en 1888</i>	206
i. <i>Decision to Move the Southern Boundary</i>	213	i. <i>Décision de déplacer la limite sud</i>	213
III. TREATY LAND ENTITLEMENT (TLE).....	220	III. DROITS FONCIERS ISSUS DE TRAITÉ (DFIT).....	220
A. Date for Population Determination...	229	A. Date servant à déterminer la population	229
B. The Population of the Blood Tribe on September 22, 1877	239	B. La population de la tribu des Blood le 22 septembre 1877	239
IV. RESERVE CREATION	278	IV. LA CRÉATION D'UNE RÉSERVE....	278
A. Crown Intention.....	290	A. Intention de la Couronne	290
B. The Intention Must Be Possessed by Authorized Crown Agents.....	300	B. Il faut que ce soit des représentants de la Couronne qui aient l'intention de créer une réserve.....	300
C. Steps to Set Apart Land for the Benefit of the Blood Tribe.....	301	C. Mesures pour mettre de côté des terres dans l'intérêt de la tribu des Blood.....	301
D. The Band Must Accept the Setting Apart	327	D. La bande doit accepter la mise de côté.....	327
E. Conclusion	340	E. Conclusion	340
V. THE BIG CLAIM.....	343	V. LA GRANDE REVENDICATION....	343
VI. BREACH OF FIDUCIARY DUTY...	359	VI. MANQUEMENT À UNE OBLIGATION FIDUCIAIRE.....	359
A. Canada's Duty to First Nations	360	A. Obligation du Canada envers les Premières Nations	360
B. Duty to Implement the Treaty.....	369	B. Obligation de mettre en œuvre le Traité	369
C. Canada's Duty to the Blood Tribe After the Reserve Was Created	374	C. L'obligation du Canada à l'égard de la tribu des Blood après la création de la réserve	374

VII. LIMITATIONS DEFENCE.....	380	VII. MOYEN DE DÉFENSE FONDÉ SUR LA PRESCRIPTION.....	380
A. Application of the <i>Crown Liability Act</i>	381	A. Application de la Loi sur la responsabilité de la Couronne.....	381
B. Application of Provincial Limitation Acts to Treaty and Aboriginal Rights.....	384	B. Application des lois provinciales sur la prescription au Traité et aux droits ancestraux	384
C. The Relevant Provincial Limitations Laws.....	401	C. Lois provinciales sur la prescription pertinentes.....	401
D. Alberta Limitations Act.....	410	D. Loi de l'Alberta sur la prescription...	410
E. Trust Exceptions in <i>The Limitation of Actions Act</i> , 1970.....	414	E. Exception en matière de fiducie dans la Limitation of Actions Act de 1970	414
F. Lulling / Abuse of Process.....	427	F. Leurre/abus de procédure	427
G. Discovery or Discoverability of the Facts Underlying the Claims.....	437	G. Découverte ou possibilité de découverte des faits qui sous-tendent les revendications.....	437
a. <i>The Big Claim</i>	443	a. <i>La grande revendication</i>	443
b. <i>The 1882 Reserve Claim</i>	447	b. <i>La revendication quant à la réserve délimitée en 1882</i>	447
c. <i>The TLE Claim</i>	452	c. <i>La revendication concernant les DFIT</i>	452
d. <i>Fraudulent Concealment</i>	455	d. <i>Dissimulation frauduleuse</i>	455
H. Equitable Defences.....	465	H. Moyens de défense en equity	465
I. Conclusion	467	I. Conclusion	467
VIII. BREACH OF TREATY AS AN ACTIONABLE CAUSE OF ACTION.....	469	VIII. LE MANQUEMENT AU TRAITÉ EN TANT QUE RECOURS POSSIBLE...	469
IX. CONCLUSION.....	511	IX. CONCLUSION.....	511
JUDGMENT		JUGEMENT	
APPENDICES		ANNEXES	
A. Map of the Blood Tribe Reserve and the Big Claim Area		A. Carte de la réserve de la tribu des Blood et du secteur visé par la grande revendication	
B. Map of the Blood Tribe Reserve and the Treaty No. 7 Area		B. Carte de la réserve de la tribu des Blood et du secteur du Traité n 7	
C. Map of Area to the South of the Blood Reserve		C. Carte de la région située au sud de la réserve des Blood	
D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)		D. Copie du traité et traité supplémentaire n 7, 22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n 7)	

E. Blackfoot, Blood, and Peigan Populations According to Treaty Annuity Paylists, 1877-1890

F. Agreement Releasing Blood Tribe Interest in Treaty No. 7 Reserve dated September 25, 1880 (Red Crow Agreement)

G. Map of Grazing Leases Showing the Location of Leases 13 and 17 and Nelson's 1882 Southern Boundary as Identified by Ms. Robidoux

H. July 2, 1883 Agreement Whereby the Blood Tribe Surrenders its Interest in the Land

“We know parts of the land, as we know each other as relatives.

We are kin with the land.”

Wilton Goodstriker

I. INTRODUCTION

[1] Blood Tribe Reserve No. 148 (the Blood Reserve or Reserve) is in southern Alberta. It is the largest reserve in Canada occupying an area of 547.5 square miles.¹ It is the reserve of the plaintiffs, the Kainai,² or the Blood Tribe.

[2] The northern boundary of the Blood Reserve is at the confluence of the St. Mary³ and Belly⁴ Rivers, near where old Fort Kipp was located. The Reserve extends south and west, bounded by the Belly River and the St. Mary River to an east west line about 14 miles north of the Canada-U.S. border. It lies just north of Cardston, Alberta, a town settled in 1887 by members of The Church

¹ There is also a 6.5 square mile timber limit described as Reserve 149B, which lies to the south and west of the Reserve. Although it is referenced in these reasons, it is not at issue in this action.

² Also called the Aakainawa.

³ Sometimes referred to as the St. Marys River or the St. Mary's River.

⁴ The Belly River is a tributary of the Oldman River.

E. Populations des Pieds-Noirs, des Blood et des Peigan d'après les listes de bénéficiaires d'annuités du Traité, entre 1877 et 1890

F. Accord de cession, par la tribu des Blood, de son intérêt dans la réserve attribuée aux termes du Traité n 7, daté du 25 septembre 1880 (accord de Red Crow)

G. Carte des baux de pâturage indiquant l'emplacement des baux n^{os} 13 et 17 et la limite sud établie en 1882 par l'arpenteur Nelson, selon les indications de M^{me} Robidoux

H. Accord du 2 juillet 1883 par lequel la tribu des Blood cède son intérêt dans les terres

[TRADUCTION] « Nous connaissons des parties du territoire de la même façon que nous nous connaissons en tant que parents. Le territoire fait partie de notre famille. »

Wilton Goodstriker

I. INTRODUCTION

[1] La réserve n° 148 de la tribu des Blood (la réserve des Blood ou la réserve) se trouve dans le sud de l'Alberta. Avec 547,5 milles carrés, c'est la plus grande réserve du Canada¹. Elle est occupée par les demandeurs, les Kainai², qu'on appelle également la tribu des Blood.

[2] La limite nord de la réserve des Blood se situe au confluent des rivières St. Mary³ et Belly⁴, près de l'emplacement où se trouvait auparavant le Fort Kipp. La réserve s'étend au sud et à l'ouest, délimitée par les rivières Belly et St. Mary jusqu'à une ligne d'est en ouest située à environ 14 milles au nord de la frontière avec les États-Unis. Elle se trouve immédiatement au nord de Cardston, en

¹ Une concession forestière de 6,5 milles carrés, présentée comme la réserve n° 149B, s'étend également au sud et à l'ouest de la réserve. Bien qu'il en soit question dans les présents motifs, cette concession forestière n'est pas visée par la présente action.

² On les appelle aussi les Aakainawa.

³ Parfois appelée la rivière St. Marys ou St. Mary's.

⁴ La rivière Belly est un affluent de la rivière Oldman.

of Jesus Christ of Latter-day Saints (the Mormons) who moved there from the Territory of Utah, apparently to escape restrictions on polygamous relationships.

[3] Treaty No. 7, made on September 22, 1877, was between Canada, the tribes of the Blackfoot Confederacy, the Stoney, and the Sarcee Indians. The Blackfoot Confederacy (the Confederacy) was comprised of three tribes: the Siksika (Blackfoot), Kainai (Blood), and Piikani (Peigan). Treaty No. 7 promised the Blood Tribe and each of the others, a reserve. The location of the Blood Tribe reserve is set out in Treaty No. 7; however, that location was changed by agreement between the Blood Tribe and Canada.

[4] The Blood Tribe claims that its Reserve does not accord with the land promised by Canada. The territory it lays claim to is known to the Blood Tribe as the “Big Claim”. The Big Claim territory extends west of the current Blood Reserve to the former Kootenai River⁵ (now the Waterton River) and south to the Canada-U.S.A. border. It includes Cardston and a part of Waterton Lakes National Park.

[5] There are two other aspects in this action to the claim of the Blood Tribe to land. They too relate to the boundaries of the promised reserve.

[6] The first aspect relates to the surveying of the reserve. Canada did two surveys of the area that was to become the Blood Reserve. The first was done in 1882 (the 1882 Survey) and the second was done in 1883 (the 1883 Survey). The 1882 Survey places the southern boundary of the reserve at an east-west line about 9 miles north of the Canada-U.S. border, marking out an area of 650 square miles. The town of Cardston falls within the area of the 1882 Survey. The 1883 Survey (marking the present Reserve) moved the southern boundary 5 miles north, marking out an area of 547.5 square miles. The Blood Tribe asserts that the 1882 Survey, at law, created a reserve

⁵ Sometimes spelled Kootenay River: not to be confused with the present-day Kootenay River in British Columbia, Montana and Idaho.

Alberta, qui est une ville fondée en 1887 par des membres de l'Église de Jésus-Christ des saints des derniers jours (les Mormons) qui arrivaient du territoire de l'Utah, apparemment pour échapper aux contraintes relatives aux unions polygames.

[3] Le Traité n° 7, qui date du 22 septembre 1877, a été conclu entre le Canada, les tribus de la Confédération des Pieds-Noirs, les Stoney et les Sarcis. La Confédération des Pieds-Noirs (la Confédération) rassemblait trois tribus : les Siksikas (Pieds-Noirs), les Kainai (Blood) et les Piikani (Peigan). Le Traité n° 7 promettait une réserve à la tribu des Blood et à chacune des autres tribus. L'emplacement de la réserve de la tribu des Blood est établi dans le Traité n° 7; toutefois, cet emplacement a été modifié par accord entre la tribu des Blood et le Canada.

[4] La tribu des Blood affirme que sa réserve n'est pas conforme à ce qu'avait promis le Canada. Elle appelle le territoire qu'elle réclame la « grande revendication ». Le territoire de la grande revendication s'étend à l'ouest de la réserve actuelle des Blood jusqu'à la rivière Kootenai⁵ (que l'on appelle désormais la rivière Waterton) et au sud jusqu'à la frontière avec les États-Unis. Il comprend la ville de Cardston et une partie du parc national des Lacs-Waterton.

[5] La revendication territoriale de la tribu des Blood dans la présente action comprend deux autres éléments, qui concernent également les limites de la réserve promise.

[6] Le premier élément est lié l'arpentage de la réserve. Le Canada a établi deux levés de la zone qui allait devenir la réserve des Blood. Le premier date de 1882 (le levé de 1882) et le second, de 1883 (le levé de 1883). Selon le levé de 1882, la limite sud de la réserve est une ligne d'est en ouest située à environ 9 milles au nord de la frontière avec les États-Unis et délimitant une zone de 650 milles carrés. La ville de Cardston se trouve dans la zone établie par le levé de 1882. Le levé de 1883 (qui correspond aux limites actuelles de la réserve) a déplacé de 5 milles vers le nord la limite méridionale de la réserve, délimitant ainsi une zone de 547,5 milles carrés. La tribu des

⁵ Parfois orthographiée « Kootenay »; ne pas confondre avec l'actuelle rivière Kootenay, qui parcourt la Colombie-Britannique, le Montana et l'Idaho.

and the reduction of 102.5 square miles by the 1883 Survey required that it surrender that land as is provided for in *The Indian Act*, 1880, S.C. 1880, c. 28 (*The Indian Act*, 1880). The Blood Tribe gave no such surrender. It therefore submits that it is entitled to that land or compensation for the loss of it.

[7] The second aspect relates to the promised geographic size of the reserve under the formula set out in Treaty No. 7. Canada promised the Blood Tribe and each of the other tribes under Treaty No. 7, a reserve equal to “one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families.” This is the Treaty Land Entitlement (TLE). The reserve described by the 1882 Survey equates to the membership of the Blood Tribe being 650 families or 3 250 persons. The reserve described by the 1883 Survey equates to the membership of the Blood Tribe being 547.5 families, or 2 738 persons. The Blood Tribe says that its membership at the relevant time was such that its promised reserve under the TLE is larger than provided for under either survey. Accordingly, it says that Canada breached this treaty promise, and failed in its fiduciary duty to honestly and to accurately implement the treaty promises.

[8] For its part, Canada says that the reserve size as defined by the 1883 Survey, the current Reserve, meets its TLE obligation under Treaty No. 7, and that the 1882 Survey was a preliminary survey and “did not create a reserve”. Under its theory of the case, no surrender was required to change the southern boundary described in the 1882 Survey to that in the 1883 Survey.

[9] Canada pleads that this action is time-barred by virtue of the *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12 (*Limitations Act* 2000), and its precursors, as made applicable by section 39 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985 c. F-7 (*Federal Courts Act*), and section 11 of the *Crown Liability*

Blood fait valoir que le levé de 1882, au regard de la loi, créait une réserve et que la réduction de 102,5 milles carrés établie par le levé de 1883 nécessitait qu’elle cède ce territoire tel que le prévoyait l’*Acte relatif aux Sauvages*, 1880, S.C. 1880, ch. 28 (*Acte relatif aux Sauvages*, 1880). La tribu des Blood n’a pas cédé le territoire. Elle prétend donc avoir droit à ce territoire ou à une indemnisation pour l’avoir perdu.

[7] Le deuxième élément est lié à la taille géographique promise de la réserve conformément à la formule indiquée dans le Traité n° 7. Aux termes du Traité n° 7, le Canada promettait à la tribu des Blood, ainsi qu’à chacune des autres tribus, une réserve fournissant [TRADUCTION] « un mille carré à chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses ». Ce sont les droits fonciers issus de traités (DFIT). La superficie de la réserve selon le levé de 1882 correspond à une population de 3 250 membres de la tribu des Blood, soit 650 familles. La superficie de la réserve selon le levé de 1883 correspond à une population de 2 738 membres de la tribu des Blood, soit 547,5 familles. La tribu des Blood affirme qu’au moment en cause, le nombre de ses membres faisait en sorte que la superficie de la réserve promise conformément aux DFIT était supérieure aux résultats des deux levés. Elle affirme donc que le Canada n’a pas respecté sa promesse aux termes du traité et ne s’est pas acquitté de son obligation fiduciaire de mettre en œuvre de façon honnête et précise les promesses découlant du traité.

[8] Le Canada, pour sa part, affirme que la superficie de la réserve telle qu’elle est définie par le levé de 1883, c’est-à-dire la réserve actuelle, est conforme à son obligation à l’égard des DFIT aux termes du Traité n° 7, et que le levé de 1882 était un levé préliminaire qui [TRADUCTION] « ne créait pas une réserve ». Sa thèse est qu’il n’était pas nécessaire que la tribu des Blood cède de territoire pour que la limite méridionale présentée dans le levé de 1883 remplace celle du levé de 1882.

[9] Le Canada soutient que cette action est frappée de prescription en raison de la *Limitations Act*, R.S.A. 2000, ch. L-12 (*Limitations Act* de 2000), et des lois qui l’ont précédées, telles qu’elles s’appliquent conformément à l’article 39 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985),

Act, R.S.C. 1970, c. C-38 (*Crown Liability Act*), and their respective precursors.

[10] In reply, the Blood Tribe submits that Canada's breach of its Treaty obligations to the Blood Tribe only became actionable in 1982 with the passage 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, 1982*)]. It therefore submits that Canada's limitation defence must fail. It further submits that at law, the 1882 Survey created a reserve and under *The Indian Act*, 1880, a surrender was required to effect a change in 1883. It also submits that Canada from at least the date of Treaty No. 7 onwards, as regards the proper Blood Tribe reserve size and location has breached its fiduciary duty to it, and that the Blood Tribe has suffered a loss of land or is entitled to compensable damages.

[11] If there is a finding of liability on any of the claims asserted by the Blood Tribe, the issue of remedy will be determined later in Phase III of this action.

[12] Appendix A is a map showing the current boundaries of the current Blood Reserve, and the Big Claim area. Appendix B is a map showing the current Blood Reserve and the area covered by Treaty No. 7. Appendix C is another map showing the location of the timber limit, marked as Blood No. 148A, the southern limit of the Reserve and some of the geographic features including Mountain View and Lee (or Lee's) Creek which are referred to in the reasons. Appendix D is a copy of the text of Treaty No. 7.

A. Procedural History of this Action

[13] The Blood Tribe commenced this action by statement of claim filed January 10, 1980. Canada filed its statement of defence on April 3, 1980. Nothing much happened until the fall of 1996.

ch. F-7 (*Loi sur les Cours fédérales*), et à l'article 11 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38 (*Loi sur la responsabilité de la Couronne*), et aux lois qui les ont précédées.

[10] La tribu des Blood objecte que le non-respect par le Canada de ses obligations envers elle aux termes du Traité n'a donné ouverture à des poursuites qu'en 1982 avec l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (*Loi constitutionnelle de 1982*). Elle prétend donc que le Canada ne peut se défendre en invoquant la prescription. Elle affirme également qu'au regard de la loi, le levé de 1882 a créé une réserve et que, conformément à l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880*, il était nécessaire que la tribu cède du territoire pour opérer un changement en 1883. Elle soutient en outre que le Canada, au moins à partir de la date de signature du Traité n° 7, a manqué à son obligation fiduciaire envers la tribu des Blood en ce qui a trait à la superficie et à l'emplacement justes de sa réserve, et que la tribu a perdu des terres ou a subi un préjudice indemnisable.

[11] Si une conclusion de responsabilité est tirée à l'égard de n'importe laquelle des revendications de la tribu des Blood, la question de la réparation sera tranchée plus tard, lors de la phase III de cette action.

[12] L'annexe A est une carte montrant les limites actuelles de la réserve des Blood, ainsi que le secteur visé par la grande revendication. L'annexe B est une carte montrant la réserve actuelle des Blood et le secteur visé par le Traité n° 7. L'annexe C est une autre carte montrant l'emplacement de la concession forestière (Blood n° 148A), la limite sud de la réserve, ainsi que certains accidents géographiques comme Mountain View et Lee (ou Lee's) Creek dont il est question dans les présents motifs. L'annexe D est une reproduction du texte du Traité n° 7.

A. Historique procédural de la présente action

[13] La tribu des Blood a intenté la présente action en déposant une déclaration le 10 janvier 1980. Le Canada a présenté sa défense le 3 avril 1980. Il ne s'est quasiment rien passé jusqu'à l'automne 1996.

[14] On August 7, 1996, the Blood Tribe filed a motion confirming that this action would be continued in Federal Court, notwithstanding that it had advanced its land entitlement claim under the Specific Claims Policy of the Department of Indian Affairs and Northern Development.

[15] Canada rejected the land entitlement claim in November 2003, taking the position that no outstanding obligation existed with respect to the TLE claim. The Blood Tribe then formally requested the Indian Claims Commission (ICC) to conduct an inquiry into its rejected claim. In a decision dated March 30, 2007, the ICC made two recommendations to the parties. First, it recommended that the “claim for the Big Claim lands constituting the reserve not be accepted”. Second, it recommended to the parties that “the claim that the 1882 Nelson survey established the Blood Tribe reserve be accepted” as it established the reserve and a surrender was required to move the southern boundary as happened in 1883. The findings and recommendations of the ICC are not binding on the parties or this Court.

[16] The parties could not agree on the claims and so reactivated this action. It was case-managed and the trial of this action divided into three phases. As noted, the action was bifurcated between liability and remedy.

[17] Phase I was held on the Blood Reserve in May 2016, for the purpose of receiving oral history evidence from members of the Blood Tribe. This portion of the evidence was taken some two years before the remainder of the evidence, as the Elders who had oral history evidence were aging.

[18] Phase II was held at the Federal Court in Calgary, Alberta, in May and June 2018, to hear fact and expert witness evidence. The parties then made extensive written

[14] Le 7 août 1996, la tribu des Blood a déposé une requête pour confirmer que l’instruction de sa demande se poursuivrait devant la Cour fédérale, même si elle avait revendiqué ses droits fonciers aux termes de la Politique sur les revendications particulières du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien.

[15] Le Canada a rejeté la revendication des droits fonciers en novembre 2003, en partant du principe qu’il n’existait aucune obligation en souffrance relativement à la revendication de DFIT. La tribu des Blood a ensuite demandé officiellement à la Commission des revendications des Indiens (CRI) de mener une enquête sur le refus de sa revendication. Dans une décision du 30 mars 2007, la CRI a émis deux recommandations à l’intention des parties. Tout d’abord, elle a recommandé de [TRADUCTION] « ne pas accepter la revendication voulant que le territoire de la grande revendication fasse partie de la réserve ». Ensuite, elle a recommandé que les parties [TRADUCTION] « acceptent la revendication selon laquelle le levé de 1882 effectué par M. Nelson a établi la réserve de la tribu des Blood » puisqu’il a établi la réserve et qu’il était nécessaire que la tribu cède du territoire pour déplacer la limite méridionale de la réserve comme cela a été fait en 1883. Les conclusions et les recommandations de la CRI ne sont pas contraignantes pour les parties ou notre Cour.

[16] Les parties ne sont pas parvenues à s’entendre quant aux revendications et ont donc réactivé cette action. Elle a fait l’objet d’une gestion d’instance et son instruction a été divisée en trois phases. Tel qu’il a été mentionné, la phase relative à la responsabilité a été séparée de celle relative à la réparation.

[17] La phase I s’est déroulée au sein de la réserve des Blood, en mai 2016; le but était de consulter les membres de la tribu des Blood afin d’obtenir des éléments de preuve fondés sur l’histoire orale. Cette partie des éléments de preuve a été recueillie environ deux ans avant le reste des éléments de preuve, en raison du vieillissement des aînés capables de fournir des éléments de preuve fondés sur l’histoire orale.

[18] La phase II, qui s’est déroulée en mai et juin 2018 devant la Cour fédérale, à Calgary (Alberta), a permis d’entendre les éléments de preuve des témoins experts et

submissions followed by oral submissions in Calgary, Alberta, in December 2018. Phase III, dealing with remedy, will be held in Calgary, Alberta, at a future date if the Court finds that Canada is liable to the Blood Tribe for any of the claims in this action.

[19] The statement of claim was amended by an order dated February 24, 1999. In an affidavit filed in support of its motion, a solicitor for the Blood Tribe attested that the amendment was required, as “the proclaiming of the new Limitations Act in Alberta on March 1, 1999 has necessitated that the Plaintiffs review the Statement of Claim to ensure that their rights are fully protected”. She further attests that there “have been considerable developments in the law since the filing of the original Statement of Claim in 1980 and the Plaintiffs have conducted research that has resulted in the submission of the Specific Claim in 1996” and the proposed amended statement of claim “reflects those changes and research”. Canada did not oppose the amendment.

[20] On April 11, 2016, the Blood Tribe served and filed a notice of constitutional question questioning “the constitutional applicability to the within matter of the *Limitations Act*, R.S.A. 2000 Ch. L-12, *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980 cL-15, *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1970, c. 209, *Limitation of Actions Act*, S.A. 1935, c. 8 or any of the preceding Acts passed by the Provincial Legislature of Alberta dealing with limitation periods to bring legal claims before the courts as they relate to Indians, and Lands reserved for Indians [*sic*]”.

[21] In the alternative, the plaintiffs also challenged the constitutional validity of section 39 of the *Federal Courts Act* (and its predecessors), and section 32 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (and its predecessors), insofar as they purport to incorporate provincial laws that would bar claims as they relate to “Lands reserved for the Indians” as unlawful subdelegation, in breach of Canada’s constitutional duty to consult

des témoins factuels. Les parties ont ensuite soumis des observations écrites détaillées auxquelles ont succédé des observations orales présentées à Calgary (Alberta), en décembre 2018. La phase III, qui concerne la réparation, se tiendra ultérieurement à Calgary (Alberta) si la Cour juge que le Canada est redevable à la tribu des Blood pour toute revendication formulée dans le contexte de la présente action.

[19] La déclaration a été modifiée par une ordonnance datée du 24 février 1999. Dans un affidavit déposé à l’appui de sa requête, une avocate de la tribu des Blood a affirmé que la modification était nécessaire, puisque [TRADUCTION] « la promulgation de la nouvelle *Limitations Act* en Alberta le 1^{er} mars 1999 a obligé les demandeurs à examiner la déclaration pour s’assurer que leurs droits étaient dûment protégés ». Elle a ajouté que [TRADUCTION] « la loi a beaucoup évolué depuis le dépôt de la déclaration initiale en 1980 et les demandeurs ont effectué des recherches ayant mené au dépôt de la revendication particulière en 1996 » et que la déclaration modifiée qui était proposée [TRADUCTION] « tenait compte de ces changements et des recherches effectuées ». Le Canada ne s’était pas opposé à la modification.

[20] Le 11 avril 2016, la tribu des Blood a signifié et déposé un avis de question constitutionnelle remettant en cause [TRADUCTION] « l’applicabilité constitutionnelle à l’affaire en cours de la *Limitations Act*, RSA 2000 c L-12, de la *Limitation of Actions Act*, RSA 1980 c L-15, de la *Limitation of Actions Act*, RSA 1970, c 209, de la *Limitation of Actions Act*, SA 1935, c 8, ou de toute autre loi antérieure adoptée par l’Assemblée législative de l’Alberta au sujet des délais de prescription pour la soumission aux tribunaux de revendications juridiques en lien avec les Indiens et les terres réservées pour les Indiens [*sic*] ».

[21] À titre subsidiaire, les demandeurs ont également remis en cause la validité constitutionnelle de l’article 39 de la *Loi sur les Cours fédérales* (et les articles qui l’ont précédé) et de l’article 32 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (et les articles qui l’ont précédé), étant donné qu’ils visent à incorporer des lois provinciales qui feraient obstacle aux revendications liées aux [TRADUCTION]

First Nations in matters affecting them, and in breach of section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[22] The focus of the plaintiffs' submission on the constitutional questions they raise is whether their claims can be "subject to a provincial limitation period, as a provincial limitation statute cannot deprive the Bloods of 'lands reserved for Indians' once a reservation is created".

[23] In its written closing, the Blood Tribe submitted that it had proved three causes of action on the evidence: (a) an actionable breach of treaty obligation; (b) the creation of a reserve in law prior to July 2, 1883, and the illegal taking of part of it in 1883; and (c) a breach by Canada of its fiduciary duty to the Blood Tribe.

[24] In its written reply submissions, the Blood Tribe addressed the constitutional questions and further submitted in response to Canada's limitation defence that "no civil cause of action in breach of treaty legally existed until April 17, 1982 and therefore no limitation period can run for that cause of action until that time".

[25] Canada raises two objections to this challenge. First, it submits that because the Blood Tribe has not made any submission on the questions raised in its notice of constitutional question in its initial written submissions "the Court should decline to hear any submissions on this issue". Second, it submits that the Court should decline to hear any constitutional issues raised in the reply or in oral submissions that are not included in the notice of constitutional question.

[26] Canada also submitted that the Blood Tribe had not pleaded a claim for breach of treaty in the amended statement of claim, and thus that cause of action was not

« terres réservées pour les Indiens » parce qu'elles constituent une sous-délégation irrégulière enfreignant l'obligation constitutionnelle du Canada de consulter les Premières Nations quant aux questions qui les concernent, et enfreignant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[22] Avec leur observation au sujet des questions constitutionnelles qu'ils soulèvent, les demandeurs s'attachent à savoir si leurs revendications peuvent être [TRADUCTION] « assujetties à un délai de prescription provincial, étant donné qu'une loi provinciale sur la prescription ne peut pas priver la tribu des Blood de "terres réservées pour les Indiens" une fois qu'une réserve est créée ».

[23] Dans sa plaidoirie finale, la tribu des Blood a prétendu avoir prouvé l'existence de trois causes d'action quant aux éléments de preuve : a) un non-respect passible de poursuites des obligations issues de traités; b) la création d'une réserve en droit avant le 2 juillet 1883, ainsi que la saisie illégale d'une partie de cette réserve en 1883; et c) un manquement, par le Canada, à son obligation fiduciaire envers la tribu des Blood.

[24] Dans ses observations écrites présentées en réponse, la tribu des Blood a abordé les questions constitutionnelles et a ajouté, en réponse à l'invocation de la prescription par le Canada, qu' [TRADUCTION] « aucune cause d'action de nature civile en manquement au traité n'existait légalement avant le 17 avril 1982 et, par conséquent, aucun délai de prescription ne peut exister pour cette cause d'action jusqu'à cette date ».

[25] Le Canada soulève deux objections face à cette contestation. Premièrement, il soutient que puisque la tribu des Blood n'a fait, dans ses observations écrites initiales, aucune observation quant aux questions soulevées dans son avis de question constitutionnelle, [TRADUCTION] « la Cour devrait refuser d'entendre toute observation sur ce point ». Deuxièmement, il affirme que la Cour devrait refuser d'entendre les questions constitutionnelles soulevées dans la réponse ou dans les observations orales, mais qui ne figurent pas dans l'avis de question constitutionnelle.

[26] Le Canada a également prétendu que la tribu des Blood n'avait pas invoqué d'allégation de manquement au traité dans la déclaration modifiée et que la Cour

properly before the Court. It says that the recent claim of breach of treaty coupled with the submission that prescription and limitations do not run against such claims prior to April 17, 1982, would “certainly create undue hardship and prejudice” to Canada.

[27] When these concerns were raised by Canada in its oral submissions, Canada was provided with an opportunity to file written sur-reply submissions addressing the plaintiffs’ reply submissions on the constitutional questions, and on whether prescription and limitations run against a claim for breach of treaty before April 17, 1982. Canada filed its sur-reply on January 30, 2019. The plaintiffs say that Canada made some “impermissible” arguments and asked to file a brief sur-sur-reply of their own. Upon review, I concluded that there was nothing impermissible in Canada’s sur-reply submissions and refused the motion.

B. Canada’s Objections Based on the Pleadings

a. *Failure to Plead a Breach of Treaty*

[28] I will first address Canada’s submission that the Blood Tribe failed to plead breach of treaty as a cause of action and therefore this cause of action is not now open to the plaintiffs.

[29] In their memorandum, the plaintiffs submit that their original statement of claim “was amended on February 24, 1999 to include s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and breach of treaty thereunder at paragraph 7 of the Amended Statement of Claim”. That paragraph reads as follows:

The members of the Blood Tribe have Aboriginal and Treaty rights which are constitutionally protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[30] It is questionable whether the Blood Tribe by amending its pleading as it did, pleaded breach of treaty

n’avait donc pas été dûment saisie d’une cause d’action. Il affirme que la récente allégation de manquement au traité, ajoutée à l’observation selon laquelle il n’y a pas de prescription pour les allégations antérieures au 17 avril 1982, allait [TRADUCTION] « certainement créer une contrainte et des difficultés excessives » pour le Canada.

[27] Lorsque le Canada a soulevé ces préoccupations dans ses observations orales, il a eu l’occasion de déposer des observations écrites en réplique aux observations formulées en réponse par les demandeurs quant aux questions constitutionnelles; il a également pu donner son avis quant à savoir s’il existe un délai de prescription pour les allégations de manquement au traité antérieures au 17 avril 1982. Le Canada a déposé sa réplique le 30 janvier 2019. Les demandeurs ont affirmé que le Canada avait avancé des arguments [TRADUCTION] « inadmissibles » et ont demandé à déposer à leur tour une brève réplique. Mon examen m’a amené à conclure que les observations en réplique formulées par le Canada ne contenaient pas d’éléments inadmissibles; j’ai donc rejeté la requête.

B. Objections du Canada fondées sur les actes de procédure

a. *Omission d’invoquer un manquement au traité*

[28] Je me pencherai d’abord sur l’observation du Canada voulant que la tribu des Blood ait omis de plaider un manquement au traité en tant que cause d’action, et que les demandeurs ne peuvent donc pas désormais invoquer cette cause d’action.

[29] Dans leur mémoire, les demandeurs ont indiqué que leur déclaration initiale [TRADUCTION] « avait été modifiée le 24 février 1999 pour inclure, au paragraphe 7 de la déclaration modifiée, l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le manquement au traité aux termes de celle-ci ». Voici le paragraphe en question :

[TRADUCTION] Les membres de la tribu des Blood ont des droits autochtones et issus de traités qui sont protégés par la constitution, conformément à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[30] Il n’est pas certain que la modification de l’acte de procédure de la tribu des Blood a donné à cette dernière

as a legal cause of action; however, as explained below, I find that there was no requirement that it do so. The original statement of claim was sufficient to permit it to make the submission that Canada was in breach of its treaty obligations.

[31] Canada, in my opinion, takes a far too narrow view of the current state of the law of pleadings. One will not find the words “breach of treaty” in the amended statement of claim; however, that does not entail that the claim does not include a claim for breach of treaty, and I find that it does.

[32] The plaintiffs in 1980 pleaded the treaty and the alleged breach regarding its promised reserve size in the statement of claim. These alleged breaches were characterized as constituting a breach of contract on the premise that Treaty No. 7 is a contract:

In the alternative, the Plaintiffs claim that the said Treaty Number 7 and the said amendment to Treaty Number 7 entered into on or about the 2nd day of July, A.D. 1883, constitute contracts between the Blood Band and the Defendant. The Plaintiffs claim that the Defendant, its predecessors in title and agents and/or servants for the time being have committed and continue to commit breaches of the said contracts in that they failed to accurately calculate the size of the said Reserve Number 148 as per the said contract in that the said size of the Reserve 148 did not correspond to previously existing population figures as shown in the 1881 and 1882 Treaty pay lists and was not substantiated by an official census or other accounting taken at the time of the execution of the said amended Treaty or at the time of the 1883 survey.

[33] Although this pleading characterizes these material facts as constituting a breach of contract, the pleading is relevant because it quite clearly put Canada on notice that the action related to the promised reserve size in Treaty No. 7, and the allegation that the size of reserve the Blood Tribe was given failed to meet that obligation. If that was not sufficient, at the opening of Phase I, on May 4, 2016, counsel for the Blood Tribe stated:

une cause d’action relativement au manquement au traité; cependant, comme je l’explique ci-dessous, j’estime qu’elle n’avait pas besoin de modifier son acte de procédure. La déclaration initiale était suffisante et lui permettait de formuler des observations selon lesquelles le Canada manquait à ses obligations issues de traités.

[31] À mon avis, le Canada interprète de façon beaucoup trop restrictive l’état actuel du droit relatif aux actes de procédure. Les mots [TRADUCTION] « manquement au traité » ne figurent nulle part dans la déclaration modifiée, mais cela ne signifie pas pour autant qu’il n’y a pas d’allégation de manquement au traité et, selon moi, cette allégation existe bel et bien.

[32] En 1980, les demandeurs ont invoqué, dans leur déclaration, le Traité et le manquement présumé pour ce qui est de la superficie promise de la réserve. Ces manquements présumés ont été présentés comme une rupture de contrat en partant du principe que le Traité n° 7 est un contrat :

[TRADUCTION] À titre subsidiaire, les demandeurs soutiennent que le Traité 7 et sa modification signée le 2 juillet 1883, ou aux alentours de cette date, constituent des contrats entre la bande des Blood et le défendeur. Les demandeurs affirment que le défendeur, ses prédécesseurs en titre, ainsi que ses préposés ou mandataires jusqu’à maintenant ont manqué et continuent de manquer à ces contrats parce qu’ils n’ont pas correctement calculé la superficie de la réserve numéro 148 conformément au contrat; en effet, la superficie de la réserve 148 ne correspondait pas aux chiffres de population préexistants tels qu’ils figurent sur les listes de paiement du Traité de 1881 et de 1882, et n’a pas été étayée par un recensement officiel ou un autre décompte effectué lors de l’exécution dudit Traité modifié ou lors de l’arpentage de 1883.

[33] Bien que ces faits substantiels soient présentés comme un manquement au contrat dans cet acte de procédure, ce dernier est pertinent puisqu’il informe assez clairement le Canada que l’action était liée à la superficie de la réserve promise dans le Traité n° 7 et au fait que le Canada n’avait pas respecté ses obligations quant à la superficie de la réserve accordée à la tribu des Blood. Et si ce n’était pas encore assez clair, les avocats de la tribu des Blood ont fait la déclaration suivante au début de la phase I, le 4 mai 2016 :

This trial is about an unfulfilled treaty promise made by Canada to the Blood Tribe. The treaty promise was made to set aside a reserve in the place according to their desire of a size representing their lawful entitlement. That's what this case is about.

[34] Canada understood that the Blood Tribe's action was grounded on alleged breaches of Treaty No. 7. This is clear from Canada's written submission at paragraph 58. It wrote, "It is important to note that in the original Statement of Claim, in paragraphs 12 through 14, the Plaintiffs asserted their claim based on treaty obligations".

[35] The plaintiffs' transition in seeing the matter as a breach of contract to a breach of treaty is unexplained. However, it is noted that in *Henry v. R.* (1905), 9 Ex. C.R. 417 (*Henry*), the Exchequer Court found it had jurisdiction to adjudicate on a Petition of Right filed by an Indian Band, alleging that a sum of money granted under a treaty was withheld by Canada and should be credited to its accounts. The Court did so on the basis that the treaty was a contract, observing [at page 446]: "as their right thereto rests upon the treaty or contract between the Crown and them, and upon *The British North America Act, 1867*, the court has, I think, jurisdiction so to declare" (emphasis added). I add that the question of the Court's jurisdiction does not seem to have been raised by Canada in that case.

[36] It has only been more recently that courts have recognized that treaties are not, *per se*, contracts. In *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, (1999), 170 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 24, the Supreme Court of Canada stated:

Treaties may appear to be no more than contracts. Yet they are far more. They are a solemn exchange of promises made by the Crown and various First Nations. They often formed the basis for peace and the expansion of European settlement. In many if not most treaty negotiations, members of the First Nations could not read or write English

Ce procès porte sur le non-respect d'une promesse que le Canada a faite à la tribu des Blood dans le contexte d'un traité. Cette promesse issue de traité visait à créer une réserve dont la taille serait conforme au droit légitime de la tribu, à l'endroit où cette dernière le souhaitait. Voilà de quoi il s'agit.

[34] Le Canada comprenait que l'action de la tribu des Blood reposait sur des manquements présumés au Traité n° 7. Les observations écrites du Canada au paragraphe 58 le montrent clairement. Le Canada y a écrit : [TRADUCTION] « Il convient de noter que dans les paragraphes 12 à 14 de la déclaration initiale, les demandeurs ont invoqué leurs revendications en se fondant sur les obligations imposées par le Traité ».

[35] Rien ne vient expliquer pourquoi les demandeurs, qui ont d'abord considéré l'affaire comme un manquement à un contrat, l'ont ensuite considérée comme un manquement à un traité. Il est cependant indiqué que, dans la décision *Henry v. R.* (1905), 9 R.C. de l'É. 417 (*Henry*), la Cour de l'Échiquier a déterminé qu'elle avait compétence pour se prononcer sur une pétition de droit déposée par une bande indienne, qui affirmait qu'une somme d'argent accordée aux termes d'un traité était retenue par le Canada et devait être versée à la bande. La Cour de l'Échiquier, prenant cette décision pour le motif que le traité était un contrat, a fait remarquer [à la page 446] que [TRADUCTION] « puisque leur droit repose sur le traité ou contrat établi entre eux et la Couronne, ainsi que sur *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* la Cour a, semble-t-il, compétence pour faire cette déclaration » (non souligné dans l'original). J'ajoute que, dans cette affaire, le Canada n'avait apparemment pas soulevé la question de la compétence de la Cour.

[36] Ce n'est que récemment que les tribunaux ont reconnu que les traités ne sont pas des contrats en tant que tels. Au paragraphe 24 de l'arrêt *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit :

Les traités peuvent sembler n'être que de simples contrats. Pourtant, ils sont bien plus que cela. En effet, ils constatent un échange solennel de promesses entre Sa Majesté et diverses premières nations. Ils ont souvent constitué le fondement de la paix et de l'expansion de la colonisation européenne. Bien souvent, sinon dans la plupart des cas,

and relied completely on the oral promises made by the Canadian negotiators. There is a sound historical basis for interpreting treaties in the manner summarized in *Badger*. Anything else would amount to be a denial of fair dealing and justice between the parties. [Emphasis added.]

[37] Similarly, in *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576, at paragraph 37, the Supreme Court of Canada stated:

Paying close attention to the terms of a modern treaty means interpreting the provision at issue in light of the treaty text *as a whole* and the treaty's objectives (*Little Salmon*, at para. 10; *Moses*, at para. 7; ss. 2.6.1, 2.6.6 and 2.6.7 of the Final Agreements; see also the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12). Indeed, a modern treaty will not accomplish its purpose of fostering positive, long-term relationships between Indigenous peoples and the Crown if it is interpreted "in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract" (*Little Salmon*, at para. 10; see also D. Newman, "Contractual and Covenantal Conceptions of Modern Treaty Interpretation" (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 475). Furthermore, while courts must "strive to respect [the] handiwork" of the parties to a modern treaty, this is always "subject to such constitutional limitations as the honour of the Crown" (*Little Salmon*, at para. 54). [Emphasis in original.]

[38] Canada in its memorandum notes, "'breach of treaty' is a phrase that is commonly used in more recent jurisprudence". While the phrase "breach of treaty" was not in use when this action commenced in 1980, it was more widely used when the plaintiffs amended their claim; however, they did not change the allegation of a breach of contract to a breach of treaty. In my view, this is not fatal to the plaintiffs' position, nor even material to the action as pleaded, because in this Court one need plead only the material facts, not the legal consequences of those facts.

les membres des premières nations qui participaient à la négociation des traités ne savaient ni lire ni parler l'anglais, et ils se fiaient entièrement aux promesses verbales des négociateurs canadiens. Il existe de solides raisons historiques justifiant d'interpréter les traités de la manière résumée dans l'arrêt *Badger*. Appliquer toute autre méthode équivaldrait à refuser d'assurer l'équité et la justice dans les rapports entre les parties. [Non souligné dans l'original.]

[37] Voici également ce qu'a affirmé la Cour suprême du Canada au paragraphe 37 de l'arrêt *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576 :

Porter une grande attention au libellé des traités modernes signifie qu'il faut interpréter la disposition en cause à la lumière du texte du traité *dans son ensemble* et des objectifs du traité (*Little Salmon*, par. 10; *Moses*, par. 7; art. 2.6.1, 2.6.6 et 2.6.7 des ententes définitives; voir aussi la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12). Certes, un traité moderne n'atteindra pas son objectif, qui consiste à favoriser une relation à long terme harmonieuse entre les peuples autochtones et la Couronne, s'il est interprété « de façon mesquine ou comme s'il s'agissait d'un banal contrat commercial » (*Little Salmon*, par. 10; voir aussi D. Newman, « Contractual and Covenantal Conceptions of Modern Treaty Interpretation » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 475). De plus, les tribunaux doivent « essayer de respecter le fruit [du] travail » des parties à un traité moderne, mais toujours « sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l'honneur de la Couronne » (*Little Salmon*, par. 54). [Italiques dans l'original.]

[38] Dans les notes accompagnant son mémoire, le Canada indique que [TRADUCTION] « l'expression "manquement à un traité" est couramment utilisée dans la jurisprudence récente ». Si l'expression [TRADUCTION] « manquement à un traité » n'était pas utilisée lorsque cette action a été intentée en 1980, son usage est devenu fréquent lorsque les demandeurs ont modifié leur revendication; toutefois, les demandeurs n'ont pas remplacé l'allégation de manquement à un contrat par une allégation de manquement à un traité. À mon avis, cela n'invalide pas la thèse des demandeurs et n'est même important pour la cause d'action telle qu'elle est invoquée, puisque notre Cour entend uniquement les faits substantiels et non les conséquences juridiques de ces faits.

[39] An illustration of this proposition may be found in *Conohan v. Cooperators (The)*, 2002 FCA 60, [2002] 3 F.C. 421 (*Conohan*), at paragraphs 14 and 15, where the Federal Court of Appeal considered whether the failure to plead a defence was fatal when the defendant later tried to rely upon it. It found that it was not, provided the party opposite was not taken by surprise:

.... Moreover, there can be no serious suggestion that because it was not expressly pleaded or listed in the order of the Prothonotary, the appellants were taken by surprise and thereby prejudiced in their introduction of evidence or otherwise in the prosecution of their claims at trial.

Rule 174 requires a party to plead “a concise statement of the material facts on which the party relies”, which is a fundamental principle of pleading. In my view, the facts touching on the Clause 16 defence are few and straightforward. The respondent sufficiently pleaded that because Gaudet had not paid anything to the appellant Conohan in respect of his liability arising out of the collision Gaudet was not, by reason of Clause 16, entitled to be paid anything under the policy. Even if it could be said that the respondent did not plead the “pay to be paid” requirement of Clause 16 but only the other defences listed in the Prothonotary’s order, in my view this did not prevent the respondent from relying on that requirement. As Lord Denning M.R. explained in *Vandervell’s Trusts (No. 2)*, *In re*, [1974] Ch. 269 (C.A.), at pages 321-322:

It is sufficient for the pleader to state the material facts. He need not state the legal result. If, for convenience, he does so, he is not bound by, or limited to, what he has stated. He can present, in argument, any legal consequence of which the facts permit. [Emphasis added.]

[40] In my view, this reasoning applies when a plaintiff fails to plead a cause of action that it later wishes to rely upon. One must look at the material facts pleaded, not the terminology used.

[41] Prothonotary Tabib recently applied *Conohan* when considering a motion to strike. In *Apotex Inc. v. Shire LLC*,

[39] Les paragraphes 14 et 15 de l’arrêt *Conohan c. Cooperators (The)*, 2002 CAF 60, [2002] 3 C.F. 421 (*Conohan*), illustrent bien ces propos; la Cour d’appel fédérale s’est demandé, dans ce dossier, s’il avait été fatal à la demande que le défendeur ait tenté, ultérieurement, de s’appuyer sur un moyen de défense qu’il avait omis d’invoquer précédemment. Elle a conclu que cette omission n’avait pas été fatale, dans la mesure où la partie adverse n’avait pas été prise au dépourvu :

[...] Par ailleurs, on ne peut prétendre sérieusement que, parce qu’elle n’a pas été expressément invoquée ou énumérée dans l’ordonnance du protonotaire, les appelants ont été pris par surprise et ont été, par conséquent, lésés dans leur production de la preuve ou, d’une autre manière, dans la poursuite de leurs réclamations au procès.

La règle 174 exige qu’une partie fournisse « un exposé concis des faits substantiels sur lesquels la partie se fonde », ce qui constitue un principe fondamental dans les actes de procédure. À mon avis, les faits touchant au moyen de défense fondé sur la clause 16 sont peu nombreux et directs. L’intimée a suffisamment fait valoir que, parce que Gaudet n’avait rien payé à l’appellant Conohan pour l’acquiescement de sa responsabilité découlant de l’abordage, il n’avait pas le droit, en raison de la clause 16, d’être payé en vertu de la police. Même si on peut dire que l’intimée n’a pas invoqué l’obligation de « payer avant d’être remboursé » que prévoit la clause 16, mais uniquement les autres moyens de défense énumérés dans l’ordonnance du protonotaire, cela ne l’empêche pas, à mon sens, d’invoquer cette obligation. Comme l’a expliqué le maître des rôles lord Denning dans *Vandervell’s Trusts (No. 2)*, *In re*, [1974] Ch. 269 (C.A.), aux pages 321 et 322 :

[TRADUCTION] Il suffit que le plaideur énonce les faits importants. Il n’est pas nécessaire qu’il indique le résultat juridique. Si, par souci de commodité, il le fait, il n’est pas lié par ce qu’il a dit ni limité par cela. Il peut, dans son argumentation, présenter toute conséquence juridique justifiée par les faits. [Non souligné dans l’original.]

[40] Je suis d’avis que ce raisonnement s’applique lorsqu’un demandeur omet d’invoquer une cause d’action sur laquelle il souhaite plus tard s’appuyer. Il convient de se pencher sur les faits substantiels invoqués, et non sur la terminologie utilisée.

[41] La protonotaire Tabib a récemment appliqué l’arrêt *Conohan* lorsqu’elle a examiné une requête en radiation.

2016 FC 1267, 2017 C.L.L.C. 240-002, at paragraph 6, she comments:

The parties may, but are not required to raise points of law in their pleadings. Even if they do, neither the parties nor the Court are bound by the legal result or legal label pleaded. The party is free to argue and the Court is free to rule on any legal consequence supported by the facts pleaded (*Conohan v Cooperators*, 2002 FCA 60 at para 15). [Emphasis added.]

[42] To the same effect is a recent decision of the Federal Court of Appeal in *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446 (*Paradis Honey*), at paragraphs 113–114:

A statement of claim must contain allegations of material facts sufficient to support a viable cause of action: *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rule 174. Plaintiffs need not plead the particular legal label associated with a cause of action: rule 175; see also *Cahoon v. Franks*, [1967] S.C.R. 455 at pages 458–459. Similarly, plaintiffs who choose to use a particular legal label are not struck out just because they chose the wrong label: *Sivak v. Canada*, 2012 FC 272, 7 Imm. L.R. (4th) 247, at paragraph 20; *J2 Global Communications Inc. v. Protus IP Solutions Inc.*, 2008 FC 759, 330 F.T.R. 176, at paragraphs 33–36; *Johnson & Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd.*, 2004 FC 1672, [2005] 4 F.C.R. 110, at paragraph 54.

.... Sometimes the pleading gives rise to more than one cause of action. It all depends on the substance of the pleading, not the labels. As Lord Denning M.R. explained in *White & Ors v. Vandervell's Trustees Ltd. (No. 2)*, [1974] EWCA Civ. 7 (BAILII), [1974] Ch. 269, at pages 321–322:

It is sufficient for the pleader to state the material facts. He need not state the legal result. If, for convenience, he does so, he is not bound by, or limited to, what he has stated. He can present, in argument, any legal consequence of which the facts present. [Emphasis added.]

[43] The Federal Court of Appeal in *Mancuso v. Canada (National Health and Welfare)*, 2015 FCA 227, 476 N.R. 219, at paragraph 16, explained that pleadings are to allow the other side to prepare its defence and prevent prejudice:

Au paragraphe 6 de la décision *Apotex Inc. c. Shire LLC*, 2016 CF 1267, elle a indiqué ce qui suit :

Les parties peuvent, sans toutefois y être obligées, soulever des points de droit dans leurs actes de procédure. Quand bien même elles le feraient, ni elle ni la Cour ne sont liées par l'issue ou les termes juridiques plaidés. Les parties sont libres de faire valoir leurs arguments et la Cour est libre de statuer sur les conséquences juridiques justifiées par les faits plaidés (*Conohan c Cooperators*, 2002 CAF 60, au paragraphe 15). [Non souligné dans l'original.]

[42] Un arrêt récemment prononcé par la Cour d'appel fédérale va dans le même sens (arrêt *Paradis Honey Ltd. c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446 (*Paradis Honey*), aux paragraphes 113 et 114) :

Une déclaration doit alléguer des faits substantiels suffisants dont il ressort des moyens sérieux (règle 174 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles]). Les demandeurs ne sont pas tenus de plaider le point de droit particulier relatif au moyen (règle 175 des Règles; voir également *Cahoon v. Franks*, [1967] R.C.S. 455, pages 458 et 459). De même, les demandeurs qui décident d'utiliser un point de droit en particulier ne sont pas déboutés pour la simple raison qu'ils retiennent le mauvais point de droit (*Sivak c. Canada*, 2012 CF 272, au paragraphe 20; *J2 Global Communications Inc. c. Protus IP Solutions Inc.*, 2008 CF 759, aux paragraphes 33 à 36; *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientific Liée*, 2004 CF 1672, [2005] 4 R.C.F. 110, au paragraphe 54).

[...] Il arrive que l'acte de procédure donne lieu à plus d'un moyen. Tout dépend de la teneur de l'acte de procédure, et non de l'appellation retenue. Comme l'a expliqué le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *White & Ors v. Vandervell's Trustees Ltd. (No. 2)*, [1974] EWCA Civ. 7 (BAILII), [1974] Ch. 269, aux pages 321 et 322 :

[TRADUCTION] Il suffit pour le plaideur d'exposer les faits substantiels. Il n'a pas à énoncer le résultat en droit. Si, à des fins par souci de commodité, il le fait, il n'est pas tenu à ce qu'il a déclaré ni limité par ses affirmations. Il peut faire valoir toute conséquence juridique découlant des faits. [Non souligné dans l'original.]

[43] Au paragraphe 16 de l'arrêt *Mancuso c. Canada (Santé Nationale et Bien-être Social)*, 2015 CAF 227, la Cour d'appel fédérale a expliqué que le but des actes de procédures est de permettre à la partie adverse de préparer sa défense et d'éviter tout préjudice :

It is fundamental to the trial process that a plaintiff plead material facts in sufficient detail to support the claim and relief sought. As the judge noted “pleadings play an important role in providing notice and defining the issues to be tried and that the Court and opposing parties cannot be left to speculate as to how the facts might be variously arranged to support various causes of action.”

[44] In addition to the reference noted previously at paragraph 9 of the amended statement of claim, the Blood Tribe says that it entered into Treaty No. 7 relying on Canada’s representations and promises. These representations and promises include those set out in Treaty No. 7 itself. They say that Canada breached these representations and promises, and in paragraph 36 provide “some particulars of the said breach or breaches”. These facts as pleaded, in my view, are sufficient to support an action for breach of treaty.

[45] Canada is not prejudiced by this cause of action being raised. It led evidence at trial and made submissions that Canada fulfilled all of its treaty obligations.

[46] Canada’s further submission on the failure to plead the breach of treaty is that it was taken by surprise by the plaintiffs’ submission that no limitation period runs in an action for breach of treaty until section 35 of the *Constitution Act, 1982*, came into effect on April 17, 1982. The plaintiffs’ submission will be analyzed when discussing Canada’s limitations defence.

[47] For present purposes, it is sufficient to note first that the plaintiffs pleaded that provision in its amended statement of claim, and Canada consented to that amendment. Second, rule 175 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (*Federal Courts Rules*), provides that a party may raise any point of law in a pleading, but it is not required. The bare pleading that “members of the Blood Tribe have Aboriginal and Treaty rights which are constitutionally protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*” might not alert Canada to the consequences now asserted by the Blood

L’instruction d’un procès requiert du demandeur qu’il allègue des faits matériels suffisamment précis à l’appui de la déclaration et de la mesure sollicitée. Comme le juge l’a relevé, les « actes de procédure jouent un rôle important pour aviser les intéressés et définir les questions à trancher, et la Cour et les parties adverses n’ont pas à émettre des hypothèses sur la façon dont les faits pourraient être organisés différemment pour appuyer diverses causes d’action ».

[44] En plus de la référence mentionnée précédemment au paragraphe 9 de la déclaration modifiée, la tribu des Blood affirme avoir signé le Traité n° 7 en se fiant aux déclarations et aux promesses du Canada. Ces déclarations et promesses incluent celles qui figurent dans le Traité n° 7 en tant que tel. Les demandeurs affirment que le Canada n’a pas respecté ces déclarations et promesses; ils donnent, au paragraphe 36, [TRADUCTION] « des détails au sujet du ou des manquement(s) en question ». Je suis d’avis que ces faits, tels qu’ils sont invoqués, sont suffisants pour étayer une action fondée sur le manquement à un traité.

[45] Cette cause d’action ne fait subir aucun préjudice au Canada. Il a soumis des éléments de preuve lors du procès et a présenté des observations indiquant qu’il avait rempli toutes ses obligations aux termes du traité.

[46] Dans son observation quant à l’omission d’invoquer le manquement à un traité, le Canada affirme avoir été pris au dépourvu par l’observation des demandeurs selon laquelle il n’existe aucun délai de prescription dans le contexte d’une action fondée sur le manquement à un traité avant l’entrée en vigueur de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le 17 avril 1982. J’analyserai l’observation formulée par les demandeurs lorsque j’examinerai la défense de prescription plaidée par le Canada.

[47] Aux fins qui nous intéressent, il suffit de mentionner, premièrement, que les demandeurs ont invoqué cette disposition dans leur déclaration modifiée, à laquelle le Canada a consenti. Deuxièmement, la règle 175 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (*Règles des Cours fédérales*), dispose qu’il est loisible à une partie de soulever des points de droit dans un acte de procédure, mais qu’elle n’est pas tenue de le faire. Le simple énoncé selon lequel [TRADUCTION] « les membres de la tribu des Blood ont des droits autochtones et issus de traités qui sont

Tribe. However, Canada made no inquiries then as to why this amendment was necessary, nor did it apparently seek an explanation as to its impact on this action and Canada's limitation defence before consenting to the amendment.

[48] Any prejudice relating to the intersection of its limitations defence with the claim that it cannot have application to a claim of breach of treaty prior to the *Constitution Act, 1982*, was cured when Canada was permitted to file sur-reply submissions.

[49] Aside from these considerations, where there is no prejudice to Canada, it is my view that a First Nation must be accorded some latitude and its pleadings not read so finely that legitimate complaints and grievances are dismissed by courts without adjudication. In part, this is because the field of Aboriginal litigation is relatively recent and is constantly evolving. Indeed, the Court's own research has not found a pleading claiming a "breach of treaty" as a unique cause of action prior to the 1990s. An early example of a claim which appears to bring a breach of treaty claim using those words is *Chippewas of Kettle & Stony Point v. Canada*, 1994 CanLII 7250, 17 O.R. (3d) 381, [1994] 4 C.N.L.R. 34 (Gen. Div.). It involves a motion for a certificate of pending litigation, and the Court mentions the claims for money damages for "breach of fiduciary duty, negligence, breach of Treaty Rights and/or breach of trust".

[50] For these reasons, I reject Canada's submission that the alleged breach of treaty is not properly before the Court.

protégés par la constitution, conformément à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* », n'attire pas nécessairement l'attention du Canada sur les conséquences que la tribu des Blood fait valoir à présent. Cependant, avant de consentir à la modification, le Canada n'a pas tenté de savoir pourquoi elle était nécessaire et n'a pas non plus cherché d'explication quant à son incidence sur cette action et sur la défense de prescription qu'il plaide.

[48] S'il existe un préjudice se rattachant au recouvrement de sa défense de prescription avec la prétention selon laquelle cette défense ne peut s'appliquer à une allégation de manquement au traité antérieure à la *Loi constitutionnelle de 1982*, ce préjudice a été corrigé lorsque le Canada a été autorisé à déposer des observations en réplique.

[49] Indépendamment de ces considérations, je suis d'avis que lorsque le Canada ne subit aucun préjudice, une Première Nation doit jouir d'une certaine latitude et ses actes de procédure ne doivent pas être interprétés avec une subtilité telle que les tribunaux rejettent des plaintes et des griefs légitimes sans statuer dessus. Cela s'explique, en partie, par le fait que les litiges intéressant les Autochtones sont un domaine du droit relativement récent qui ne cesse d'évoluer. En effet, les recherches menées par notre Cour n'ont pas permis de trouver d'acte de procédure ayant pour seule cause d'action un [TRADUCTION] « manquement à un traité » avant les années 1990. La décision *Chippewas of Kettle & Stony Point v. Canada*, 1994 CanLII 7250, 17 O.R. (3d) 831, [1994] 4 C.N.L.R. 34 (div. gén.), est l'un des premiers exemples de revendication où une action en manquement à un traité semble intentée en utilisant ces termes. Dans cette décision sur une requête concernant un certificat d'affaire en instance, il est question de demandes de dommages-intérêts pour [TRADUCTION] « manquement à des obligations fiduciaires, négligence, violation de droits issus de traités et manquement aux obligations fiduciaires ».

[50] Pour ces motifs, je rejette l'observation du Canada selon laquelle la Cour n'a pas été dûment saisie d'une cause d'action.

b. *Raising a New Constitutional Question*

[51] I turn next to Canada's submission that the Blood Tribe has improperly raised in reply a new constitutional question without providing the Attorneys General with notice as required by the *Federal Courts Act*.

[52] The Blood Tribe, in my view, has not raised any new constitutional question in its written reply that would trigger the requirement in section 57 of the *Federal Courts Act* that it serve and file a notice of Constitutional Question. The "new" submission it makes is that no limitation can run as against a cause of action for breach of treaty until after section 35 of the *Constitution Act, 1982* came into force because the cause of action had not yet arisen. This submission does not raise the "constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament". Section 57 of the *Federal Courts Act* is not engaged.

c. *Addressing the Constitutional Questions Only in Reply*

[53] Canada objects to the Court considering the constitutional issues raised by the Blood Tribe because it made its submissions for the first time in reply.

[54] The notice of Constitutional Question is required in order to put the Attorneys General on notice that the question stated is to be raised and to permit them an opportunity to put whatever evidence they see fit before the Court. Canada had that opportunity.

[55] Moreover, the question of whether the limitation defence pleaded by Canada only applies to a breach of treaty claim after the *Constitution Act, 1982*, because a breach of treaty was not an actionable claim prior to that date, is a question that arises in response to Canada's limitation defence. I see nothing improper in the Blood Tribe waiting to respond to Canada's limitation defence with its submission that these provisions do not apply to it in the case before the Court. In any event, as noted, Canada was

b. *Formulation d'une nouvelle question constitutionnelle*

[51] Je passe maintenant à l'observation du Canada voulant que la tribu des Blood ait eu tort de soulever, en réponse, une nouvelle question constitutionnelle sans aviser les procureurs généraux comme le prévoit la *Loi sur les Cours fédérales*.

[52] À mon avis, la tribu des Blood n'a soulevé, dans sa réponse écrite, aucune nouvelle question constitutionnelle déclenchant l'obligation de déposer un avis de question constitutionnelle aux termes de l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Elle affirme, dans sa [TRADUCTION] « nouvelle » observation, qu'il ne peut y avoir aucun délai de prescription à l'encontre d'une cause d'action pour manquement à un traité avant l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce que la cause d'action n'existait pas encore. Cette observation ne met pas en cause « la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, » d'une loi fédérale. L'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne s'applique pas.

c. *Prise en compte des questions constitutionnelles seulement dans les observations en réponse*

[53] Le Canada s'oppose à ce que la Cour examine les questions constitutionnelles soulevées par la tribu des Blood parce que celle-ci a fait ses observations pour la première fois en réponse.

[54] Un avis de question constitutionnelle est requis pour signifier aux procureurs généraux que la question indiquée doit être soulevée et pour leur permettre de présenter à la Cour tous les éléments de preuve qu'ils jugent appropriés. Le Canada a eu cette possibilité.

[55] En outre, c'est en réponse à la défense de prescription présentée par le Canada que se pose la question de savoir si cette défense ne s'applique à une revendication de manquement à un traité qu'après l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* parce que le manquement à un traité n'était pas un recours possible avant cette date. Je ne vois rien d'irrégulier au fait que la tribu des Blood ait attendu pour répondre à la défense de prescription présentée par le Canada en avançant que ces dispositions ne

permitted to file sur-reply submissions on the issue. The Court therefore has had the benefit of fulsome submissions from both parties on the issue.

C. Key Individuals

[56] As an aid to the reader, I have set out the names and a brief description of some of the key individuals involved in the making of Treaty No. 7 and the creation of the Blood Reserve.⁶

James Bird aka Jimmy Jock (Bird): Bird was of “mixed blood” and was originally employed by the Hudson’s Bay Company as a fur-trader and interpreter. He lived among the Blackfoot tribes for many years and was considered proficient in their language. He was an interpreter at the Lame Bull Treaty in the U.S., and in 1877, he was an interpreter at Treaty No. 7.

Crowfoot aka Isapo-Muxika (Crowfoot): Crowfoot was a Blackfoot Chief. He was born into the Blood Tribe but after his father died, his mother married a Blackfoot man, and he was raised in the Blackfoot Tribe. As a chief, he was among the first to welcome the North-West Mounted Police (NWMP) and their efforts to stem the whiskey trade. Crowfoot was the principal First Nation spokesperson at the making of Treaty No. 7.

Lief Crozier (Crozier): Crozier was appointed as an officer of the NWMP in 1873. He was promoted and was a Superintendent of the NWMP by 1876. He was a witness to Treaty No. 7 in 1877.

Sir Cecil Edward Denny (Denny): Denny was a member of the NWMP until 1881. He was present at Blackfoot

⁶ Names are occasionally spelled differently or incorrectly in the portions of the exhibits recited in these reasons. I have copied passages verbatim and not made any corrections or indicated where misspellings occur as in all cases, it is obvious who is intended.

s’appliquent pas à l’affaire dont est saisie la Cour. Quoi qu’il en soit, tel qu’il a été indiqué, le Canada a été autorisé à déposer des observations en réplique sur ce point. La Cour a donc pu entendre les observations exhaustives des deux parties sur le sujet.

C. Personnes clés

[56] Pour aider le lecteur, voici les noms et une brève présentation de certains des principaux acteurs de la signature du Traité n° 7 et de la création de la réserve des Blood⁶.

James Bird, aussi connu sous le nom de Jimmy Jock (M. Bird) : M. Bird était « métis » et travaillait au début comme commerçant de fourrures et interprète pour la Compagnie de la Baie d’Hudson. Il a longtemps vécu parmi les tribus des Pieds-Noirs et on considérait qu’il maîtrisait leur langue. Il a été interprète à l’occasion du Traité de Lame Bull aux États-Unis et, en 1877, il a été interprète pour la conclusion du Traité n° 7.

Crowfoot, aussi connu sous le nom de Isapo-Muxika (Crowfoot) : Crowfoot était un chef Pied-Noir. Il est né au sein de la tribu des Blood, mais après le décès de son père, sa mère a épousé un membre de la tribu des Pieds-Noirs et c’est au sein de cette tribu qu’il a été élevé. Il a été l’un des premiers, à titre de chef, à féliciter les membres de la Police à cheval du Nord-Ouest (P.C.N.-O.) et leurs efforts pour endiguer la traite du whisky. Crowfoot a été le principal porte-parole des Premières Nations lors de la conclusion du Traité n° 7.

Lief Crozier (M. Crozier) : M. Crozier a été nommé agent de la P.C.N.-O. en 1873. Il a obtenu des promotions et, en 1876, il était surintendant de la P.C.N.-O. Il était présent en tant que témoin lors de la signature du Traité n° 7, en 1877.

Sir Cecil Edward Denny (M. Denny) : M. Denny a été membre de la P.C.N.-O. jusqu’en 1881. Il était présent à

⁶ Les noms sont parfois épelés de façon différente ou inexacte dans les parties des pièces exposées dans les présents motifs. J’ai reproduit textuellement les passages, sans apporter de corrections ni indiquer les éventuelles fautes d’orthographe puisque, dans tous les cas, on comprend clairement de qui il s’agit.

Crossing and signed Treaty No. 7 as a witness and assisted in the initial Treaty annuity payments. He was involved in a scandal that obliged him to resign from the force in June of 1881, having been charged with having “criminal connection” with Victoria Robinson, the wife of Constable Percy Robinson (the same man involved in paying annuities to the Bloods). Edgar Dewdney appointed Denny Indian Agent in October 1881. His authority was throughout the Treaty No. 7 reserves.

Edgar Dewdney (Dewdney): Dewdney was a surveyor in the early 1860s. In May 1879, he was appointed by Sir John A. Macdonald as Indian Commissioner of the North-West Territories. In December 1881, he succeeded David Laird as Lieutenant Governor (while also continuing as Indian Commissioner).

Elliott Torrance Galt (Galt): Galt was the son of Alexander Tilloch Galt, one of the fathers of confederation. He was a businessman and politician. In 1879, he was made secretary and clerk to Dewdney, newly appointed Indian Commissioner of the North-West Territories. He later became Assistant Commissioner to Dewdney. He was said to have recognized the investment potential of southern Alberta, especially the coalfields.

David Laird (Laird): Laird was Minister of the Interior and Superintendent General of Indian Affairs under Prime Minister Alexander Mackenzie from 1873 to 1876. He then served as the Lieutenant Governor of the North-West Territories from October 1876 to 1881, where he was responsible for Indian Affairs. In 1898, he was appointed Indian Commissioner for Manitoba and the North-West Territories by the Laurier government. Laird played a significant role in the negotiation of Treaties No. 4 (1874), Treaty No. 6 adhesions (1877, 1878), Treaty No. 7 (1877), and Treaty No. 8 (1899).

Jean L’Heureux (L’Heureux): L’Heureux attended a seminary in Québec and studied for the priesthood but was expelled, allegedly when it became known that he was homosexual. He travelled west passing himself off as a Jesuit Priest, and joined with the Blackfoot. In 1876

Blackfoot Crossing et a signé le Traité n° 7 en tant que témoin, et a également facilité les versements initiaux des annuités aux termes du Traité. Il a été impliqué dans un scandale qui l’a contraint à démissionner de la P.C.N.-O. en 1881, ayant été accusé d’avoir [TRADUCTION] « des liens criminels » avec Victoria Robinson, l’épouse de l’agent Percy Robinson (l’homme qui participait au versement des annuités aux membres de la tribu des Blood). M. Edgar Dewdney a nommé M. Denny agent des Indiens en octobre 1881. Il était responsable de l’ensemble des réserves du Traité n° 7.

Edgar Dewdney (M. Dewdney) : M. Dewdney a travaillé comme arpenteur au début des années 1860. En mai 1879, John A. Macdonald l’a nommé commissaire des Indiens pour les Territoires du Nord-Ouest. En décembre 1881, il a succédé à David Laird en tant que lieutenant-gouverneur (tout en demeurant commissaire des Indiens).

Elliott Torrance Galt (M. Galt) : Homme d’affaires et politicien, M. Galt était le fils d’Alexander Tilloch Galt, un des Pères de la Confédération. En 1879, il a été nommé secrétaire et commis de M. Dewdney lorsque celui-ci est devenu commissaire des Indiens pour les Territoires du Nord-Ouest. Il est ensuite devenu l’adjoint de M. Dewdney. Il aurait été celui qui a pris conscience des possibilités d’investissement dans le sud de l’Alberta, notamment avec les terrains houillers.

David Laird (M. Laird) : M. Laird a été ministre de l’Intérieur et surintendant général des Affaires indiennes sous le premier ministre Alexander Mackenzie, de 1873 à 1876. D’octobre 1876 à 1881, il a été lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest et a été responsable des Affaires indiennes. En 1898, le gouvernement Laurier l’a nommé commissaire des Indiens pour le Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest. M. Laird a joué un rôle important dans la négociation du Traité n° 4 (1874), des adhesions au Traité n° 6 (1877, 1878), du Traité n° 7 (1877) et du Traité n° 8 (1899).

Jean L’Heureux (M. L’Heureux) : M. L’Heureux a suivi des études sacerdotales au Québec, dans un séminaire dont il a été expulsé, apparemment, lorsque son homosexualité a été révélée. Il s’est rendu dans l’Ouest en se faisant passer pour un prêtre jésuite, avant se joindre

on behalf of the Blackfoot tribes, he wrote to Canada seeking a treaty. He signed Treaty No. 7 as a witness.

Sir John Alexander Macdonald (Macdonald): Macdonald was a prominent Canadian politician. He was Prime Minister from 1867 to 1873 and 1878 to 1891. He also was Minister of the Interior from 1878 to 1883 and Superintendent General of Indian Affairs from 1878 to 1887.

James Farquharson Macleod (Colonel Macleod): Colonel Macleod accepted a commission as Superintendent and Inspector in the NWMP. Beginning in 1874, he travelled to Fort Macleod to suppress the whiskey trade. He was promoted to Commissioner of the NWMP in June 1876 by Prime Minister Mackenzie. He and Laird were appointed Commissioners to negotiate Treaty No. 7 in 1877. He resigned from the NWMP in 1880 and continued in a judicial role as a magistrate in the Bow River area.

Norman Thomas Macleod (Agent Macleod): Agent Macleod was Colonel Macleod's older brother and was Indian Agent from 1880 to 1881.

Alexander Morris (Morris): Morris was a member of Parliament and cabinet minister in the first Macdonald government. In 1872, he served as the first chief justice of the Court of Queen's Bench in Manitoba for a few months prior to being sworn in as Lieutenant Governor of Manitoba and the North-West Territories in December. He served in that role for five years.

William B. Pocklington (Pocklington): Pocklington was a member of the NWMP from 1877 to 1880, and Indian Agent from 1884 to 1891.

Jerry Potts (Potts): Potts was an interpreter. His mother was a member of the Blood Tribe. He was an interpreter when the NWMP and Macleod first met with Crowfoot to discuss the whiskey traders. He was present at the negotiations of Treaty No. 7. He was known to abuse alcohol throughout his life.

aux Pieds-Noirs. En 1876, au nom des tribus des Pieds-Noirs, il a écrit au Canada pour demander la conclusion d'un traité. Il a signé le Traité n° 7 en qualité de témoin.

Sir John Alexander Macdonald (M. Macdonald) : M. Macdonald était un grand homme politique canadien. Il a été premier ministre de 1867 à 1873, puis de 1878 à 1891. Il a également occupé les fonctions de ministre de l'Intérieur de 1878 à 1883, et de surintendant général des Affaires indiennes de 1878 à 1887.

James Farquharson Macleod (le colonel Macleod) : Le colonel Macleod a reçu le grade de surintendant et d'inspecteur de la P.C.N.-O. En 1874, il s'est rendu à Fort Macleod pour commencer à mettre fin à la traite du whisky. En juin 1876, le premier ministre Mackenzie l'a promu commissaire au sein de la P.C.N.-O. Il a été nommé, tout comme M. Laird, commissaire en vue de la négociation du Traité n° 7 en 1877. Il a quitté la P.C.N.-O. en 1880 et a continué d'occuper des fonctions judiciaires en tant que magistrat dans le secteur de la rivière Bow.

Norman Thomas Macleod (l'agent Macleod) : Frère aîné du colonel Macleod, l'agent Macleod a été agent des Indiens de 1880 à 1881.

Alexander Morris (M. Morris) : M. Morris a été député et ministre sous le premier gouvernement Macdonald. En 1872, il a été pendant quelques mois le premier juge en chef du Banc de la Reine du Manitoba, avant d'être assermenté en tant que lieutenant-gouverneur du Manitoba et des Territoires du Nord-Ouest, en décembre de la même année. Il a occupé cette fonction pendant cinq ans.

William B. Pocklington (M. Pocklington) : M. Pocklington a été membre de la P.C.N.-O. de 1877 à 1880, puis agent des Indiens de 1884 à 1891.

Jerry Potts (M. Potts) : M. Potts était interprète. Sa mère était membre de la tribu des Blood. Il a servi d'interprète lorsque la P.C.N.-O. et M. Macleod ont rencontré Crowfoot pour la première fois afin de discuter des commerçants de whiskey. Il était présent lors des négociations du Traité n° 7. Sa consommation excessive d'alcool, tout au long de sa vie, était bien connue.

Red Crow aka Mékaisto, Mekasto, Mikasto (Red Crow): Red Crow was a Chief of the Blood Tribe at the time of signing Treaty No. 7. Also signing Treaty No. 7 as a Blood Chief was Rainy Chief. When Rainy Chief died, Red Crow became the sole leader of the Blood Tribe. Hugh Dempsey writes of him in the Dictionary of Canadian Biography: “A warrior at heart, Red Crow had not accepted dependence upon the government and had encouraged farming, ranching, and education as means for his people to become self-sufficient. He instilled within the Bloods an independence and pride which made them subservient to no one, not even the white man”.

Lawrence Vankoughnet (Vankoughnet): Vankoughnet was first employed by the Department of Indian Affairs as an Indian Agent and later was promoted to Deputy Superintendent General, Indian Branch, Department of the Interior, from 1874 to 1893.

II. THE EVIDENCE

[57] The parties entered more than 2 300 exhibits at trial. Most are letters, reports, orders in council, maps, and journal entries dating to the late 1800s.⁷ These documents provide Canada’s account because representatives of the Crown wrote them. They detail dealings with the Blood Tribe and others. I have tried to keep in mind that in some instances the authors, when writing to their superiors, may have been drafting their reports in a light favourable to themselves. At the relevant time, the Blood Tribe had no written language and wrote no documents that tell their side of the story. The Blood Tribe relies on its oral history to provide its account.

⁷ In many of these ancient documents the spelling and wording is inaccurate or questionable. I have the quoted passages transcribed as best as I can based on the testimony of witnesses and the source text, complete with any erroneous, archaic, or otherwise nonstandard spelling. As there are so many instances of this, I have chosen not to employ the Latin word “*sic*” to denote that the quoted passage reflects the written text, trusting that in every instance the reader will recognize this to be the case.

Red Crow, aussi connu sous le nom de Mékaisto, Mekasto, Mikasto (Red Crow) : Red Crow était un des chefs de la tribu des Blood lors de la signature du Traité n°7. Rainy Chief a également signé le Traité n°7 en tant que chef de la tribu des Blood. Lorsque Rainy Chief est décédé, Red Crow est devenu l’unique chef de la tribu des Blood. Hugh Dempsey en parle dans le Dictionnaire biographique du Canada : « Guerrier de nature, Red Crow avait refusé de dépendre du gouvernement; pour amener son peuple à l’autosuffisance, il avait encouragé la pratique de l’agriculture et de l’élevage, ainsi que le goût de l’instruction. Il insuffla aux Gens-du-Sang l’indépendance et la fierté qui les préservèrent de la sujétion à quiconque, y compris à l’homme blanc ».

Lawrence Vankoughnet (M. Vankoughnet) : M. Vankoughnet a d’abord travaillé comme agent des Indiens au sein du département des Affaires des sauvages, avant d’être promu surintendant général adjoint de la division des Sauvages du département de l’Intérieur, poste qu’il a occupé de 1874 à 1893.

II. ÉLÉMENTS DE PREUVE

[57] Les parties ont présenté plus de 2 300 pièces au procès. Ce sont pour la plupart des lettres, des rapports, des décrets, des cartes et des notes de journal datant de la fin des années 1800⁷. Ces documents constituent le récit du Canada puisqu’ils ont été rédigés par des représentants de la Couronne. Ils présentent en détail les relations avec la tribu des Blood, entre autres. J’ai essayé de garder à l’esprit qu’il est possible que les auteurs, lorsqu’ils écrivaient à leurs supérieurs, aient parfois rédigé leur rapports d’une manière qui leur soit favorable. Au moment en cause, la tribu des Blood n’avait pas de langue écrite et n’a pas écrit de documents pour donner sa version de l’histoire. Le récit de la tribu des Blood repose sur son histoire orale.

⁷ Dans bon nombre de ces documents anciens, l’orthographe ou les tournures sont inexactes ou discutables. J’ai fait de mon mieux pour transcrire les passages cités d’après les déclarations des témoins et le contenu du texte source, sans omettre les erreurs d’orthographe, les archaïsmes ou toute autre orthographe non standard. Ces erreurs, variations orthographiques et archaïsmes étant nombreux, j’ai décidé de ne pas employer la locution latine « *sic* » pour indiquer que le passage cité reprend le texte tel qu’il est écrit, confiant que le lecteur saura s’en rendre compte dans chaque cas.

A. Blood Tribe Oral History Evidence

[58] In Phase I, the Court heard from a number of members of the Blood Tribe: Wilton Goodstriker, Pete Standing Alone, David Stripped Wolf, Dennis First Rider, Andrew Black Water, Mary First Rider, Charlie Crow Chief, and Bruce Wolf Child.

[59] Canada at paragraphs 290 to 341 of its written submissions provides a general summary of the evidence each gave. Canada offers submissions on the evidence of events of which these witnesses have no personal knowledge, suggesting but not asserting that the Court when weighing their evidence should consider this. Canada raises no serious issue as to the credibility of these oral history witnesses.

[60] The Court found that each Blood Tribe witness spoke sincerely and to the best of his or her recollection what he or she had been told by or had heard from persons now deceased. I find that each spoke their own truth; none exaggerated or added details of any facts. They recounted only what they recalled. In some instances, I have made findings contrary to the oral history of the Blood Tribe, or have concluded that the oral history evidence alone fails to meet the plaintiffs' burden of proof. This is not to be interpreted as a finding that the witness offering the evidence was not credible or is untruthful. The Court's role is to weigh all of the evidence before it and arrive at findings of fact on the balance of probabilities. I am reminded of a statement made by Robert Evans in *The Kid Stays in the Picture* [New York, NY: IT Books, 2013]:

There are three sides to every story: your side, my side, and the truth. And no one is lying. Memories shared serve each differently.

[61] The Blood Tribe summarized the oral history evidence of these witnesses at paragraphs 44 to 89 of its memorandum under seven headings, which provide a

A. Éléments de preuve fondés sur l'histoire orale de la tribu des Blood

[58] Au cours de la phase I, la Cour a entendu un certain nombre de membres de la tribu des Blood : Wilton Goodstriker, Pete Standing Alone, David Stripped Wolf, Dennis First Rider, Andrew Black Water, Mary First Rider, Charlie Crow Chief et Bruce Wolf Child.

[59] Le Canada, aux paragraphes 290 à 341 de ses observations écrites, donne un résumé général des éléments de preuve fournis par chacun. Il présente, face aux éléments de preuve, des événements dont ces témoins n'ont pas connaissance, en laissant entendre, sans toutefois l'affirmer, que la Cour devrait en tenir compte lors de l'examen des éléments de preuve fournis par les membres de la tribu. Le Canada ne soulève aucune question sérieuse quant à la crédibilité de ces témoins qui présentent des éléments de preuve de tradition orale.

[60] Selon la Cour, tous les membres de la tribu des Blood qui ont témoigné ont été sincères et ont évoqué, selon leurs souvenirs, ce que leur avaient dit des personnes désormais décédées. J'estime que chacun a dit la vérité, sans rien exagérer et sans ajouter de détails à des faits quels qu'ils soient. Ils n'ont fait que relater leurs souvenirs. Parfois, j'ai tiré des conclusions qui n'allaient pas dans le sens de l'histoire orale de la tribu des Blood, ou j'ai conclu que les éléments de preuve fondés sur l'histoire orale, à eux seuls, ne permettent pas aux demandeurs de s'acquitter du fardeau de la preuve qui leur incombe. Ces conclusions ne doivent pas porter à croire que le témoin concerné n'était pas crédible ou honnête. Le rôle de la Cour est d'évaluer tous les éléments de preuve qui lui sont présentés et de tirer des conclusions de fait selon la prépondérance des probabilités. Ceci me rappelle les propos tenus par Robert Evans dans *L'enfant gâté d'Hollywood* [Paris: A contrario, 1995]:

Il y a trois facettes à chaque histoire : la mienne, la vôtre et la vérité. Mais personne ne ment. La mémoire partagée se met au service de chacun, d'une manière différente.

[61] La tribu des Blood a résumé les éléments de preuve fondés sur l'histoire orale présentés par ces témoins aux paragraphes 44 à 89 de son mémoire; elle les a répartis

useful framework to outline this evidence as it relates to the facts and issues to be decided.

a. *Traditional Territory of the Blackfoot Confederacy*

[62] David Stripped Wolf described that the Blackfoot Confederacy, comprised of the tribes of the Blackfoot people got along with each other and were “one people”. “The giver of life gave us this land and we never made war among each other”.

[63] Andrew Black Water said that the traditional territory of the Confederacy went from the North Saskatchewan River in the north “near Jasper area where the river flows from the mountains”, to near the Manitoba border in the east, to the northern tip of Wyoming and on to the Yellowstone River in the south, and following the Yellowstone River, west to the mountains. He added that the first mountain range was also considered to be within the territory of the Confederacy.

[64] No others could enter the territory of the Confederacy without permission. Andrew Black Water explained:

[H]istorically we sometimes allow passage for other tribes to go through our territory by way of making treaties with them. With the understanding that they will be allowed passage to go through our territory to wherever destiny not in the territory, but outside of the territory.

Sometimes we enter into treaty arrangements where we will come to an agreement that they can come and harvest some things that perhaps they don't have in their territory, such as game, medicinal roots and other edible, you know, food. And in turn, they will allow us to — to go into their territory for the same. And those are short-term sort of arrangements that we make.

[65] As the Blood Tribe notes, this evidence is not disputed by Canada, and is affirmed by Dr. Evans in his report where he says, “scholars have long been aware of the Blackfoot tribes’ dominance of southern Alberta and

dans sept rubriques qui fournissent un cadre utile pour relater ces témoignages en ce qui concerne les faits et les questions à trancher.

a. *Territoire traditionnel de la Confédération des Pieds-Noirs*

[62] David Stripped Wolf a expliqué que la Confédération des Pieds-Noirs était composée de tribus de Pieds-Noirs qui entretenaient de bonnes relations et formaient [TRADUCTION] « un seul peuple ». [TRADUCTION] « Nous avons reçu la vie et ce territoire, et nous ne nous sommes jamais fait la guerre ».

[63] Andrew Black Water a déclaré que le territoire traditionnel de la confédération allait de la rivière North Saskatchewan dans le nord [TRADUCTION] « près de Jasper, là où la rivière s'écoule depuis les montagnes », jusqu'à proximité de la frontière du Manitoba à l'est, jusqu'à la pointe nord du Wyoming et à la rivière Yellowstone au sud et, en longeant la rivière Yellowstone, vers l'ouest jusqu'aux montagnes. Il a ajouté que la première chaîne de montagnes était également considérée comme faisant partie du territoire de la Confédération.

[64] Ceux qui ne faisaient pas partie de la Confédération ne pouvaient pénétrer sur son territoire sans autorisation. Andrew Black Water a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] [A]utefois, il nous arrivait de permettre à d'autres tribus de traverser notre territoire, en concluant des traités avec elles. Il était entendu qu'elles étaient autorisées à traverser notre territoire pour atteindre une destination située en dehors du territoire, et non à l'intérieur.

Il nous arrivait de conclure des traités leur permettant de venir récolter ce qu'ils ne trouvaient peut-être pas sur leur propre territoire, comme du gibier, des racines médicinales et d'autres produits comestibles, vous savez, de la nourriture. En retour, ils nous permettaient d'aller sur leur territoire pour y faire le même genre de récoltes. Voici le type d'ententes à court terme qui étaient conclues.

[65] Comme le fait remarquer la tribu des Blood, le Canada ne remet pas en question ces éléments de preuve qui sont confirmés dans le rapport rédigé par M. Clint Evans, dans lequel on peut lire que [TRADUCTION] « les

adjacent portions of Montana during the first seven decades of the nineteenth century”.

b. *Blood Tribe “Home Base”*

[66] Andrew Black Water described the area within the territory of the Confederacy that was the home base of the Blood Tribe, the “Aakainawa, the Tribe of Many Leaders” as being:

... from the mountains ongoing east to the Sand Hills to the—this side of Sweet Pine Hills, including Writing-on-Stone, the Cypress Hills, and of course to the boundary, the east boundary.

Then we make our way rounds back, kind of to the north. I would say around what we’d refer to as Medicine Hat, north of that area and coming back west to the mountains.

[67] The area so described includes within it the area described by Red Crow to be where he wished the Blood reserve to be located.

c. *Clans and Leadership and Decision Making*

[68] Many of the oral history witnesses described that there were many leaders of the Blood Tribe. Indeed, as Andrew Black Water said, the tribe is known as, the “Aakainawa, the Tribe of Many Leaders”. Wilton Good Striker said that the term “chief” only came to the Blood Tribe at the time of treaty. There they had two significant leaders, Red Crow representing the southern clans, and Rainy Chief or Thunder Chief, representing the northern clans. Each was a war leader and Wilton Goodstriker says they operated as such, “until the death of Thunder Chief and then we ended up with one leader [Red Crow] representing the tribe”.

[69] The Blood Tribe was represented by both Red Crow and Rainy Chief at Treaty No. 7. Although Crowfoot, the Blackfoot Chief, was the principal First Nation

universitaires savent depuis longtemps que les tribus Pieds-Noirs ont dominé le sud de l’Alberta et les parties adjacentes du Montana au cours des sept premières décennies du XIX^e siècle ».

b. *« Lieu d’attache » de la tribu des Blood*

[66] Voici, selon Andrew Black Water, le secteur au sein du territoire de la Confédération qui était le lieu d’attache de la tribu des Blood, les [TRADUCTION] « Aakainawa, la tribu des nombreux chefs » :

[TRADUCTION] [...] depuis les montagnes en allant vers l’est jusqu’aux Sand Hills, jusqu’à ce côté des Sweet Pine Hills, incluant Writing-on-Stone, Cypress Hills, et bien sûr jusqu’à la limite, la limite est.

Ensuite on repart vers le nord, en quelque sorte. Je dirais aux alentours de ce qu’on appelle Medicine Hat, au nord de ce secteur, puis on retourne vers l’ouest en direction des montagnes.

[67] Cette description comprend le secteur que Red Crow avait présenté comme étant l’endroit où il souhaitait que soit située la réserve des Blood.

c. *Clans, leadership et prise de décisions*

[68] Bon nombre des témoins ayant présenté des éléments de preuve de tradition orale ont indiqué que la tribu des Blood comptait de nombreux chefs de clans. En effet, comme l’a expliqué Andrew Black Water, la tribu porte également le nom de [TRADUCTION] « Aakainawa, la tribu des nombreux chefs ». Wilton Good Striker a déclaré que c’est seulement à l’époque du traité que le terme « chef » a commencé à être employé par la tribu des Blood. Il y avait alors deux chefs de clans importants : Red Crow, qui représentait les clans du sud, et Rainy Chief (également appelé Thunder Chief), qui représentait les clans du nord. Ils étaient tous deux chefs de guerre et Wilton Goodstriker explique qu’ils l’ont été [TRADUCTION] « jusqu’au décès de Thunder Chief, après quoi la tribu n’a plus été représentée que par un chef [Red Crow] ».

[69] Lors de la conclusion du Traité n° 7, la tribu des Blood était représentée par Red Crow et Rainy Chief. Même si Crowfoot, le chef Pied-Noir, était le principal

spokesperson at the Treaty, Crowfoot did not speak for the Bloods. His mother was a Blood and he was related to Red Crow, but as Andrew Black Water testified, he “would not have spoken for the Blood Tribe”.

d. *Traditional Treaty Making Process*

[70] The plaintiffs note that “[t]he Elders testified to the importance of sacred alliances and the strength of such alliances because they were made in front of a pipe”. The same happened with Treaty No. 7. Red Crow was advised to use the pipe, as there were fears that the white men would be deceitful. Wilton Goodstriker explains:

The pipe was suggested in during the treaty talks by the Elders. In our case, by an Elder who was known as Maanistoko’s, a Father of Many Children.

He was sacred teacher, he was sacred adviser to people, like Red Crow, the leaders at the time. Father of Many Children. He was one of the people present at the Lame Bull Treaty on the American side of the border. He was present at the Laramie treaties.

And he cautioned Red Crow and the other leaders, when you come together with the authorities, be careful because they do not speak the truth. Because they will be deceitful in their relationship with you, use a pipe to solidify your alliance with them, your peace alliance with them.

[71] There is evidence from these Elders that the Blackfoot tribes had experience in treaty-making in addition to making agreements with other tribes for trade and alliances. They were present at the negotiation of a treaty in Montana before Treaty No. 7, and some were present at Treaty No. 6 negotiations.

porte-parole des Premières Nations lors de la conclusion du Traité, il ne s’est pas exprimé au nom de la tribu des Blood. Sa mère était membre de la tribu des Blood et il avait un lien de parenté avec Red Crow, mais, comme l’a indiqué Andrew Black Water lors de son témoignage, Crowfoot [TRADUCTION] « n’aurait pas parlé au nom de la tribu des Blood ».

d. *Processus traditionnel de conclusion de traités*

[70] Les demandeurs notent que [TRADUCTION] « [I]es aînés ont confirmé que les alliances sacrées étaient importantes et solides parce qu’elles avaient été conclues autour d’un calumet ». C’est ce qui s’est passé dans le cas du Traité n° 7. On avait conseillé à Red Crow d’utiliser le calumet, car on craignait que les hommes blancs se montrent malhonnêtes. Wilton Goodstriker donne les explications suivantes :

[TRADUCTION] Ce sont les aînés qui ont suggéré d’utiliser le calumet lors des négociations du traité. Dans notre cas, il s’agissait d’un aîné appelé Maanistoko, ce qui signifie [TRADUCTION] « père de nombreux enfants ».

C’était un enseignant sacré, un conseiller sacré pour les gens, comme Red Crow, qui étaient les chefs de l’époque. Père de nombreux enfants. Il était l’une des personnes présentes lors de la signature du traité de Lame Bull sur le territoire américain. Il était présent lors des négociations des traités de Fort Laramie.

Et il a mis en garde Red Crow et les autres chefs, en leur disant de se méfier lorsqu’ils rencontreraient les autorités, car ces personnes ne disaient pas la vérité. Il leur a dit que puisque ces personnes seraient malhonnêtes, il fallait utiliser un calumet pour concrétiser l’alliance de paix forgée avec eux.

[71] Ces aînés nous donnent la preuve que les tribus Pieds-Noirs avaient une certaine expérience quant à la conclusion de traités, en plus de conclure des accords avec d’autres tribus afin de faire des échanges et de forger des alliances. Ils étaient là lors de la négociation d’un traité dans le Montana avant la conclusion du Traité n° 7, et certains étaient présents lors des négociations du Traité n° 6.

e. *The Blood Tribe's Understanding of Treaty No. 7*

[72] Andrew Black Water, among others, testified that Treaty No. 7 was seen by the Blood Tribe as a peace treaty:

[S]peaking to the Blackfoot treaty, it's based on friendship. It's a treaty to live in peace with the new—the newcomers, on the—upon the land, the surface of the land, but it was more the need to live in peace, you know, with each other.

[73] None of the Blood Tribe members spoke English, and none of those negotiating for Canada spoke Blackfoot. Each side was dependent on translators. The oral history of the Blood Tribe is that Potts was rejected as a translator because he drank heavily and, as Wilton Goodstriker said, “He is not all there”. L'Heureux was suggested as well, but the tribal leadership rejected him as they “quickly determined that he didn't know enough Blackfoot to be a representative of our leaders that were there”. Father Lacombe was also suggested but rejected because when he was asked to try to speak Blackfoot, he spoke Cree. As Wilton Goodstriker explained: “Cree and Blackfoot are about as different as English and Chinese”. Ultimately, the Blackfoot accepted Bird as the translator. This evidence was consistent among many who testified, including Andrew Black Water, David Stripped Wolf, and Bruce Wolf Child. Wilton Goodstriker explained why Bird was selected, the results, and his death-bed confession:

Bird who was identified as an interpreter, he was married into the Blackfoot Tribe in Montana, knew some Blackfoot and didn't have a good command but knew, I suppose, enough to share what was being discussed and later on, in the stories about the old ladies that I talked to a few years back, namely, Rosie Red Crow and Louise Crop Eared Wolf, they shared a story with me that Bird, on that his death bed in Montana, had confessed to the people that were present with him there that he had not interpreted properly what was being discussed.

e. *Compréhension du Traité n° 7 par la tribu des Blood*

[72] Andrew Black Water, entre autres, a indiqué dans son témoignage que la tribu des Blood voyait le Traité n° 7 comme un traité de paix :

[TRADUCTION] [L]e Traité des Pieds-Noirs repose sur l'amitié. Il a été conclu afin de vivre en paix avec les nouveaux — les nouveaux arrivants — sur le territoire, à la surface du territoire, mais il s'agissait davantage d'un besoin de vivre en harmonie, vous savez, les uns avec les autres.

[73] Aucun membre de la tribu des Blood ne parlait l'anglais, et aucun des négociateurs représentant le Canada ne parlaient le pied-noir. Tous dépendaient des traducteurs. Selon l'histoire orale de la tribu des Blood, M. Potts a été rejeté en tant qu'interprète parce qu'il buvait beaucoup et, pour reprendre les propos de Wilton Goodstriker, [TRADUCTION] « il [était] un peu étrange ». Le nom de M. L'Heureux a également été proposé, mais les chefs de la tribu n'ont pas voulu de lui puisqu'ils ont [TRADUCTION] « rapidement déterminé qu'il ne connaissait pas suffisamment les Pieds-Noirs pour représenter les chefs présents ». On a également songé à faire appel au père Lacombe, mais il n'a pas été retenu puisque lorsqu'on lui a demandé d'essayer de parler en pied-noir, il a parlé en cri. Comme l'a expliqué Wilton Goodstriker : [TRADUCTION] « Le cri et le pied-noir ont à peu près autant en commun que l'anglais et le chinois ». Au bout du compte, les Pieds-Noirs ont accepté que M. Bird soit leur interprète. C'est ce qui a été relaté par bon nombre de ceux qui ont donné leur témoignage, notamment Andrew Black Water, David Stripped Wolf et Bruce Wolf Child. Wilton Goodstriker a expliqué pourquoi M. Bird a été choisi et quels ont été les résultats, et a relaté la confession que M. Bird a faite juste avant de mourir :

[TRADUCTION] Bird, qui avait été désigné comme interprète, était marié à une femme de la tribu des Pieds-Noirs dans le Montana. Il parlait un peu le pied-noir, mais ne le maîtrisait pas assez bien, je suppose, pour rapporter ce qui était dit. Plus tard, dans les histoires sur les vieilles dames auxquelles j'avais parlé quelques années auparavant, à savoir Rosie Red Crow et Louise Crop Eared Wolf, j'ai appris que M. Bird, avant de mourir dans le Montana, avait avoué aux personnes présentes qu'il n'avait pas correctement interprété ce qui avait été dit.

In fact, he had misled people and that he was sorry. He didn't want to take, I suppose, a lie to his grave, came clean and so to many of our people, that story quickly spread and that he had not been truthful in the translation of what transpired at Blackfoot Crossing.

[74] David Stripped Wolf's testimony is that towards the end of the negotiations, Red Crow took some grass and some earth and he told Laird to look at him, and he said that this grass is what we will share but the earth is something that we cannot talk about. "[T]he earth is something we embody. And so that's why we can't—we can't discuss the earth".

[75] This account echoes that of Wilton Goodstriker:

Through the translator, the government representative said that he will share the land. Red Crow spoke back and with his left hand, he picked up some earth and with his right—with his right hand, he picked up some grass.

And he told the—he told the government representatives, we will share the glass [*sic*], but not the—but not the earth. We embody the earth. We cannot—it's part of our ceremonies. We cannot do anything about that. We can't share that.

[76] Oral history has it that there was some discussion about reserve location. The Commissioners told the Blood Tribe that their land would be further down the Bow River, to which Red Crow responded:

Our land is by the Belly Buttes and the Chief Mountain. That's where our land is. And that's where we will live.⁸

f. *Land the Blood Tribe Understood to be Reserved After Treaty No. 7*

[77] Immediately after the signing of Treaty No. 7, Red Crow and the Blood Tribe left Blackfoot Crossing for the

⁸ Although the Belly Buttes was often mentioned and is marked on a number of the maps in evidence; the Court heard no evidence as to the location of Chief Mountain, and it was rarely mentioned, save for this one reference.

En fait, il avait induit les gens en erreur et le regrettait. Je suppose qu'il ne voulait pas emporter la vérité dans sa tombe, qu'il voulait faire son *mea culpa*, et c'est ainsi que la nouvelle s'est rapidement répandue parmi notre peuple qu'il n'avait pas été honnête lorsqu'il a traduit ce qui a été dit à Blackfoot Crossing.

[74] Dans son témoignage, David Stripped Wolf a raconté que vers la fin des négociations, Red Crow a pris de l'herbe et de la terre et a demandé à M. Laird de le regarder, déclarant que cette herbe était ce qu'ils partageraient, mais qu'il n'était pas possible de discuter de la terre. [TRADUCTION] « [L]a terre est ce que nous incarnons. Voilà pourquoi nous ne pouvons pas — nous ne pouvons pas discuter de la terre ».

[75] Ce récit fait écho à celui de Wilton Goodstriker :

[TRADUCTION]

Par l'entremise du traducteur, le représentant du gouvernement a dit qu'il partagerait le territoire. Red Crow, lorsqu'il a répondu, a ramassé de la terre avec sa main gauche et de l'herbe avec la droite — sa main droite.

Et il a dit aux — il a dit aux représentants du gouvernement : nous partagerons l'herbe, mais pas — mais pas la terre. Nous incarnons la terre. Nous ne pouvons pas — elle fait partie de nos cérémonies. Nous n'y pouvons rien. Nous ne pouvons pas la partager.

[76] Selon l'histoire orale, il y a eu des débats quant à l'emplacement de la réserve. Lorsque les commissaires ont indiqué à la tribu des Blood que son territoire serait situé en aval de la rivière Bow, voici ce que Red Crow a répondu :

[TRADUCTION] Notre territoire se situe près des buttes Belly et de la montagne Chief. Voilà où il se trouve. Et c'est là que nous vivrons⁸.

f. *Territoire de la tribu des Blood considéré comme étant réservé après la conclusion du Traité n° 7*

[77] Juste après la signature du Traité n° 7, Red Crow et la tribu des Blood ont quitté Blackfoot Crossing pour

⁸ Les buttes Belly ont été mentionnées fréquemment et sont indiquées sur un certain nombre de cartes déposées en preuve, mais la Cour n'a reçu aucun élément de preuve quant à l'emplacement de la montagne Chief, et celle-ci n'a été évoquée que rarement en dehors de cette mention.

area of the Belly Buttes. David Stripped Wolf testified that when they arrived, Red Crow said, “I will never leave this place. I will be buried here”. David Stripped Wolf says that this “place” is at the confluence of the Kootenai River and the Belly River.

[78] David Stripped Wolf testified that the next summer (1878) Red Crow was told at Fort ““Kipp or iitapitsikamo’pi’ ... there will be a white man who will come and you will mark the land where you will be given a reserve, where your reserve will be marked””.

[79] The area the Blood Tribe understood to have been reserved for it was described by Wilton Goodstriker:

The story that I shared when Red Crow met with Colonel MacLeod, at that time, they discussed the west boundary of the reserve, which at that time was overlooking the Kootenay River, all the way up to where it comes out of the mountains at the mouth of the Kootenay River. That’s at the Waterton Lakes now as we know.

At that time, the lake—lakes inside the mountains, that’s what we call Waterton Lakes.

And on the south, my grandfather said our land was adjacent to our families in the south, the Blackfeet in the south, which would indicate right at the 49th parallel.

And on the east side, from the—there’s a—the line from Fort Whoop-Up about—Whoop-Up, then you go straight south, it goes over the Milk River ridge, that’s what I understand was the—that side of the border as far as the allocated land was.

[80] The area so described is the land of the Big Claim.

g. *Use by the Blood Tribe of the Big Claim Land After Treaty*

[81] There is oral history that members of the Blood Tribe used the land between the Kootenai and Belly Rivers for horse racing, ceremonial purposes including Sun Dance piercing ceremonies, and some lived there. The oral history of the Blood Tribe is that the NWMP told those living there that they had to move as the area was going to

se rendre dans le secteur des buttes Belly. Dans son témoignage, David Stripped Wolf a raconté que lorsqu’ils sont arrivés, Red Crow a dit : [TRADUCTION] « Jamais ne quitterai cet endroit. C’est ici que je serai enterré ». Selon David Stripped Wolf, cet [TRADUCTION] « endroit » se trouve au confluent des rivières Kootenai et Belly.

[78] David Stripped Wolf a témoigné qu’au cours de l’été suivant (1878), on a dit à Red Crow qu’à Fort [TRADUCTION] « Kipp ou iitapitsikamo’pi’ [...], un homme blanc viendra et vous indiquerez le territoire de la réserve qui vous sera donnée, là où se trouvera votre réserve ».

[79] Wilton Goodstriker a présenté le secteur qui, selon la tribu des Blood, lui avait été réservé :

[TRADUCTION] Je vous ai raconté que Red Crow avait rencontré le colonel MacLeod. À ce moment-là, ils ont discuté de la limite ouest de la réserve, qui donnait alors sur la rivière Kootenay, jusqu’à l’endroit où la rivière émerge des montagnes, à l’entrée de la rivière Kootenay. C’est au niveau des lacs Waterton tels qu’on les connaît actuellement.

Il y avait alors le lac — les lacs situés dans les montagnes, ce qu’on appelle les lacs Waterton.

Et au sud, d’après mon grand-père, notre territoire était voisin de nos familles du sud, les Pieds-Noirs du sud, ce qui correspondrait exactement au 49^e parallèle.

Et du côté est, en partant de — il y a une — la ligne qui part de Fort Whoop-Up vers — Whoop-Up, puis on va directement vers le sud, on traverse la crête de Milk River, c’est, d’après ce que je comprends, la — la frontière du territoire accordé.

[80] Le secteur décrit correspond au territoire de la grande revendication.

g. *Utilisation par la tribu des Blood du territoire de la grande revendication après la conclusion du Traité*

[81] Selon l’histoire orale, les membres de la tribu des Blood utilisaient le territoire situé entre les rivières Kootenai et Belly pour des courses de chevaux, à des fins rituelles (y compris les cérémonies de perçage corporel de la danse du soleil), ou encore pour y vivre. Toujours selon l’histoire orale, la P.C.N.-O. avait dit à ceux qui vivaient là

flood. Wilton Goodstriker's evidence was that they told the residents:

We will protect these lands for you, but you have to move to the east side of the Belly River and we will watch this area.

There is cattle coming that will be used to feed your people in terms of rations. We will situate them between the two rivers. So we will guard and we will place our post between the two rivers and guard that place.

[82] The oral history recounts that those that refused to leave were "forcefully removed and burned out". The Blood Tribe surreptitiously still gather some of the sacred articles needed for their ceremonies from that area.

[83] Bruce Wolf Child provided evidence that the Blood Tribe continued to use the land south of the current Reserve's border:

The areas south of Cardston were used frequently. We moved camps to follow the buffalo. The buffalo was our source of life. We moved to areas that provided good water, where game was plentiful and where we were going to be in safety.

Those areas south of here provided all those things that we needed to survive.

...

We continued to use this land, even though we weren't permitted because of the newcomers that settled in that area.

[84] Charlie Crow Chief offered oral history about the displacement of members of the Blood Tribe from the area south of the current Reserve.

Then the people talk about when they were kicked out of—hurried out from the—from the St. Mary's River, upstream towards St. Mary's River—St. Mary's Lake, in that area, and they camp around that area, And there's two camps. One is closer to the border and the one was a little further east by the river, where the shelter and firewood and everything.

qu'ils devaient déménager puisque la zone allait être inondée. Selon le témoignage de Wilton Goodstriker, voici ce que la P.C.N.-O. a dit aux résidents :

[TRADUCTION] Nous protégerons ces terres pour vous, mais vous devez partir à l'est de la rivière Belly et nous surveillerons cette zone.

Du bétail arrive et sera utilisé pour vous nourrir votre peuple en ce qui a trait aux rations. Nous les établirons entre les deux rivières. Nous montrerons la garde et nous installerons notre poste entre les deux rivières et nous surveillerons cet endroit.

[82] L'histoire orale veut que ceux qui ont refusé de partir ont été [TRADUCTION] « déplacés de force et surmenés ». La tribu des Blood a continué, en cachette, à recueillir dans cette zone les objets sacrés dont elle avait besoin pour ses cérémonies.

[83] Bruce Wolf Child a fourni la preuve que la tribu des Blood a continué d'utiliser le territoire au sud de la limite de la réserve actuelle :

[TRADUCTION] Les secteurs au sud de Cardston étaient fréquemment utilisés. Nous avons déplacé nos camps pour suivre les bisons, qui étaient notre source de vie. Nous sommes allés dans des secteurs où l'eau était bonne, où le gibier était abondant et où nous serions en sécurité.

Ces secteurs au sud offraient tout ce qu'il nous fallait pour survivre.

[...]

Nous avons continué à utiliser ce territoire même si nous n'y étions pas autorisés, à cause des nouveaux arrivants qui s'étaient installés dans cette région.

[84] Charlie Crow Chief a fait part de l'histoire orale au sujet du déplacement des membres de la tribu des Blood qui se trouvaient dans la zone située au sud de la réserve actuelle.

[TRADUCTION] Les gens parlent ensuite du moment où ils ont été chassés de — déplacés de façon précipitée de — de la rivière St. Mary's, en amont vers la rivière St. Mary's — le lac St. Mary's, dans cette zone, puis ils ont établi un campement là-bas. Il y avait deux camps. Un des camps était plus proche de la frontière; l'autre se trouvait un peu plus à l'est, près de la rivière, et c'est là que se trouvaient les abris, le bois à brûler et tout.

So when that thing happened, the North-West Mounted Police went over there on horseback with guns and they herd them out early in the morning. And these guys that talk about it, they were little boys at that time. So they told them, you don't belong to this place anymore. And the other one told them, only 18 years you can come back. Double 9 was 18. So one of them, okay, it's not that long. It's only 18 years. We'll just move out and come back.

[85] The Mormons headed by Charles Ora Card settled in what is now known as Cardston, Alberta, on the southern border of the Blood Tribe Reserve, in 1887. Blood oral history records that when they came to the area, they spoke to Red Crow and explained that their families were sick, and their horses hungry from the long trip from Utah. They asked to stay for a while before proceeding north on their journey. The Bloods believe that they stayed on afterward under the terms of a 99-year lease and that the land would then be returned to the Blood Tribe. Despite their efforts to locate such a document, it has not been found.

B. Assessing Oral History Evidence

[86] The issue raised by Canada regarding this oral history evidence relates to the opinions of the experts as to the Blood Tribe oral history tradition, and the weight the Court ought to give to the testimony of these witnesses.

[87] John Dewhirst, called by the Blood Tribe, is a cultural anthropologist. He was qualified to provide opinion evidence on “the oral history, tradition and practices of the Blood Tribe, the process of the preservation and transmission of Blood Tribe, oral history through their oral tradition and a continuance of that tradition and its practice as it relates to the present group of elder witnesses”.

[88] Mr. Dewhirst's opinion was that because of the customary validation procedure used by the Blood Tribe, its oral tradition produces reliable content. That process, as detailed by Mr. Dewhirst, was summarized by the Blood Tribe in its Written Submission in the following way:

Alors quand c'est arrivé, la Police à cheval du Nord-Ouest y est allée à cheval, avec des pistolets, et ils ont rassemblé les gens tôt le matin pour les faire partir. Ceux qui racontent cette histoire étaient de petits garçons à l'époque. Alors ils leur ont dit “vous n'avez plus rien à faire ici”. Et l'autre a ajouté “18 ans seulement, et vous pourrez revenir”. Et 18, c'est deux fois neuf. Alors un d'eux a dit “d'accord, ce n'est pas si long. Seulement 18 ans. On va partir, puis on reviendra”.

[85] En 1887, les mormons, dirigés par Charles Ora Card, se sont établis à l'endroit qu'est maintenant Cardston, en Alberta, à la limite sud de la réserve de la tribu des Blood. D'après l'histoire orale des Blood, lorsque les mormons sont arrivés dans la région, ils se sont adressés à Red Crow et ont expliqué que leurs familles étaient malades et que leurs chevaux étaient affamés après leur long périple depuis l'Utah. Ils ont demandé à rester un moment avant de poursuivre leur voyage vers le nord. Les membres de la tribu des Blood pensent qu'ils sont ensuite restés aux termes d'un bail de 99 ans, après quoi le territoire devait être rendu à la tribu des Blood. Malgré leurs efforts, ils ne sont pas parvenus à retrouver ce bail.

B. Évaluation des éléments de preuve fondés sur l'histoire orale

[86] La question soulevée par le Canada concernant ces Évaluation des éléments de preuve fondés sur l'histoire orale éléments de preuve fondés sur l'histoire orale concerne les opinions d'experts quant à la tradition orale de la tribu des Blood et au poids que la Cour devrait accorder aux témoignages de ces personnes.

[87] John Dewhirst, appelé par la tribu des Blood, est anthropologue des cultures. Il était qualifié pour livrer un témoignage d'opinion sur [TRADUCTION] « l'histoire orale, les traditions et les pratiques de la tribu des Blood, le processus de préservation et de transmission de la tribu, l'histoire orale transmise grâce à leur tradition orale, ainsi que la survie de cette tradition et sa pratique en ce qui concerne le groupe actuel d'ainés appelés à témoigner ».

[88] M. Dewhirst a estimé que compte tenu du processus de validation coutumière suivi par la tribu des Blood, sa tradition orale offre un contenu fiable. Ce processus, que M. Dewhirst a présenté, était résumé de la manière suivante dans les observations écrites de la tribu des Blood :

- a. Tell the truth;
- b. Tell only what you know. If you do not know, ask someone who knows the correct information;
- c. Tell the whole narrative. Never tell just parts or cut the narrative short;
- d. Tell the narrative only if you know the whole narrative and that you can tell it properly and completely;
- e. Tell only what you heard as the narrative—no more and no less;
- f. Tell the narrative exactly in the way that your reliable source told you;
- g. Identify the source of your knowledge, your own firsthand experience and/or other reliable narrator(s);
- h. If you are the source of the narrative, qualify yourself in relation to your firsthand knowledge;
- i. If you learned the narrative from others, identify and qualify them in relation to firsthand knowledge of the event;
- j. When the narrative cannot be qualified in relation to firsthand knowledge, the narrative also qualifies as accurate and complete when it matches the same narrative told by reputable knowledge source.

[89] Although Canada agreed that Mr. Dewhirst was qualified as an expert witness in the areas identified, it submits that whether a particular witness providing oral history evidence is a reliable source of the history provided is a matter for the trial judge. As I stated at the trial, I agree that the weight to be given any witness's testimony is a matter wholly within the purview of the trial judge and it is not something on which an expert may properly opine. Accordingly, the opinions expressed by Mr. Dewhirst as to the reliability of a specific witness's testimony are not of assistance to the Court and are not considered.

[TRANSDUCTION]

- a. Dites la vérité.
- b. Ne dites que ce que vous savez. Si vous ne savez pas, demandez à une personne qui connaît l'information exacte.
- c. Faites un récit complet. Vous ne devez pas raconter certaines parties seulement, ni abrégé le récit.
- d. Ne faites le récit que si vous le connaissez au complet et si vous pouvez raconter l'histoire de façon correcte et complète.
- e. Dans votre récit, incluez uniquement ce que vous avez entendu, ni plus ni moins.
- f. Faites le récit exactement de la façon dont votre source fiable vous l'a raconté.
- g. Précisez d'où viennent vos connaissances, s'il s'agit de votre propre expérience ou si l'information vient d'un ou de plusieurs narrateur(s) fiable(s).
- h. Si vous êtes la source du récit, situez-vous par rapport à votre connaissance directe.
- i. Si le récit vous a été transmis par d'autres personnes, dites qui elles sont et situez-les par rapport à la connaissance directe de l'événement en question.
- j. Lorsqu'il est impossible de situer le récit par rapport à la connaissance directe, on considérera qu'il est exact et complet s'il cadre avec le même récit fait par une source de connaissances fiable.

[89] Bien que le Canada ait convenu que M. Dewhirst était qualifié pour livrer un témoignage d'expert dans les domaines mentionnés, il affirme qu'il revient au juge qui préside de décider si un témoin qui présente des éléments de preuve fondés sur l'histoire orale est une source fiable pour ce qui est de l'histoire relatée. Comme je l'ai dit lors du procès, je conviens que le poids qu'il faut accorder à un témoignage est une question qui relève entièrement du juge qui préside et que ce n'est pas un point sur lequel un expert peut à juste titre donner son avis. Par conséquent, les opinions exprimées par M. Dewhirst quant à la fiabilité d'un témoignage en particulier n'aident pas la Cour et ne sont pas prises en compte.

[90] Canada says, “little weight should be given to Mr. Dewhirst’s opinion, as he limited the scope of the research that underpinned his report”. Canada notes that his career centres on the study of seven Aboriginal cultures in British Columbia. It points out that he had not previously worked with the Blackfoot peoples, that he visited the Reserve only twice, and that the majority of the interviews he had lasted less than one day. It notes that the Blood Tribe selected the interviewees, and it submits they were not representative of the demography of the Blood Tribe.

[91] Canada called as an expert on Blood Tribe oral tradition, Dr. Susan Gray. Dr. Gray was qualified as an expert in Aboriginal history with an emphasis on the oral history traditions of the Algonquin peoples, including the Tribes of the Blackfoot Confederacy. She was also qualified to comment on Mr. Dewhirst’s report.

[92] Dr. Gray acknowledged that she had not met or interviewed any member of the Blood Tribe. She was critical of Mr. Dewhirst’s report for the reasons advanced by Canada as set out above, and because he used a theoretical framework advanced by an Africanist scholar, Jan Vanisa, that “fixes form in time” whereas the Blood were a nomadic people.

[93] The Court has issues with both expert witnesses. Notwithstanding her education and credentials, I give little weight to Dr. Gray’s view of Blood Tribe oral history as she has never directly studied it nor met with any of its members. On a theoretical level, her criticism of Mr. Dewhirst’s report may be sound; however, he did interview and interact with members of the Blood Tribe and the explanation he offers as to the creation and verification of its oral tradition is supported by others from the Blood Tribe who testified, and most particularly by Wilton Goodstriker.

[90] Selon le Canada, [TRADUCTION] « il ne faut pas accorder une grande importance à l’opinion de M. Dewhirst puisqu’il a limité la portée des recherches qui ont servi de base à son rapport ». Il mentionne que la carrière de M. Dewhirst est consacrée à l’étude de sept cultures autochtones en Colombie-Britannique. Il fait remarquer que M. Dewhirst n’a jamais travaillé avec les Pieds-Noirs auparavant, qu’il n’a visité la réserve que deux fois et que la majorité des entrevues qu’il a menées ont duré moins d’une journée. Il ajoute que la tribu des Blood a choisi les personnes qui seraient interrogées et que ces personnes n’étaient pas représentatives de la démographie de la tribu.

[91] Le Canada a appelé M^{me} Susan Gray à titre de témoin expert quant à la tradition orale de la tribu des Blood. M^{me} Gray a été reconnue comme témoin expert en histoire autochtone, particulièrement en ce qui concerne les traditions orales des peuples algonquins, y compris les tribus de la Confédération des Pieds-Noirs. Elle a également été jugée compétente pour commenter le rapport préparé par M. Dewhirst.

[92] M^{me} Gray a reconnu qu’elle n’avait rencontré ou interrogé aucun des membres de la tribu des Blood. Elle a critiqué le rapport de M. Dewhirst pour les motifs susmentionnés invoqués par le Canada, ainsi que pour son utilisation d’un cadre théorique mis au point par un chercheur africaniste, Jan Vanisa, qui [TRADUCTION] « arrête la forme dans le temps » alors que les Blood étaient un peuple nomade.

[93] Les deux témoins experts posent problème à la Cour. En dépit de sa formation et de ses diplômes, j’accorde peu de poids au point de vue de M^{me} Gray sur l’histoire orale de la tribu des Blood puisqu’elle ne l’a jamais étudiée directement et n’a jamais rencontré aucun de ses membres. Sur le plan théorique, sa critique du rapport de M. Dewhirst peut être valable; toutefois, M. Dewhirst a interrogé les membres de la tribu des Blood et a interagi avec eux, et l’explication qu’il propose quant à la création et à la vérification de l’histoire orale de la tribu est appuyée par les témoignages d’autres membres de la tribu des Blood, et plus particulièrement celui de Wilton Goodstriker.

[94] The challenge a Band has in presenting oral history evidence in matters such as that before the Court is obvious. Those with memory of the Band's history are not first-hand observers; often their stories are third or fourth-hand recitations of events that occurred more than a century earlier. The challenge for the Court is how to assess and assign weight to such evidence. In *R. v. Van Der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, Chief Justice Lamer at paragraph 68 recognized these difficulties and instructed courts that these difficulties cannot prevent the acceptance of and reliance on oral history evidence:

In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal culture, a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case.

[95] In *R. v. Marshall; R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, at paragraphs 68 and 69, Chief Justice McLachlin directed courts to have a sensitive and generous view of oral history evidence:

Underlying all these issues is the need for a sensitive and generous approach to the evidence tendered to establish aboriginal rights, be they the right to title or lesser rights to fish, hunt or gather. Aboriginal peoples did not write down events in their pre-sovereignty histories. Therefore, orally transmitted history must be accepted, provided the conditions of usefulness and reasonable reliability set out in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, are respected. Usefulness asks whether the oral history provides evidence that would not otherwise be available or evidence of the aboriginal perspective on the right claimed. Reasonable reliability ensures that the witness represents a credible source of the particular people's history. In determining the usefulness and reliability

[94] Une bande qui présente des éléments de preuve fondés sur l'histoire orale dans des cas comme celui-ci est confrontée à une difficulté évidente : ceux qui se rappellent de l'histoire de la bande n'en ont pas été directement témoins; souvent, ils récitent les histoires de troisième ou de quatrième main à propos d'événements qui se sont déroulés il y a plus d'un siècle. La Cour doit déterminer comment évaluer ces éléments de preuve et quel poids leur accorder. Au paragraphe 68 de l'arrêt *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, le juge en chef Lamer a reconnu ces difficultés et a indiqué aux tribunaux qu'elles ne sauraient faire obstacle à l'acceptation et à la prise en compte des éléments de preuve fondés sur l'histoire orale :

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple.

[95] Aux paragraphes 68 et 69 de l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, la juge en chef McLachlin a demandé aux tribunaux de faire preuve de réceptivité et de générosité relativement aux éléments de preuve fondés sur l'histoire orale :

Relativement à toutes ces questions, il est nécessaire de faire preuve de réceptivité et de générosité à l'égard de la preuve présentée pour établir le droit revendiqué, qu'il s'agisse du titre aborigène ou des droits plus limités de chasser, de pêcher ou de cueillir. Les peuples autochtones n'ont pas de relations historiques écrites au sujet des événements antérieurs à l'affirmation de la souveraineté. Par conséquent, il convient d'accepter les récits transmis oralement dans la mesure où ils satisfont aux conditions d'utilité et de fiabilité raisonnable formulées dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33. Le récit oral est utile s'il fournit des éléments de preuve auxquels le tribunal n'aurait pas accès autrement ou qui concernent le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. Il est

of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts.

The evidence, oral and documentary, must be evaluated from the aboriginal perspective. What would a certain practice or event have signified in their world and value system? Having evaluated the evidence, the final step is to translate the facts found and thus interpreted into a modern common law right. The right must be accurately delineated in a way that reflects common law traditions, while respecting the aboriginal perspective.

[96] I have assessed the oral history evidence with these principles front-of-mind. The assessment of the value of the oral history evidence comes down to the weight given it. In assessing that evidence, I am guided by the following. Where oral history evidence is supported by, or is consistent with written records, I give it significant weight. Where the oral history evidence is uncontradicted, I generally give it significant weight. Where the oral history evidence rings true in the context of events at the time, I generally give it significant weight. Where the oral history evidence reflects common sense, I generally give it significant weight.

[97] The value of the oral history of the Blood Tribe is that noted by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at page 1068, (1990), 70 D.L.R. (4th) 427:

The historical context, which has been used to demonstrate the existence of the treaty, may equally assist us in interpreting the extent of the rights contained in it. As MacKinnon J.A. said in *Taylor and Williams*, *supra*, at p. 232:

Cases on Indian or aboriginal rights can never be determined in a vacuum. It is of importance to consider the history and oral traditions of the tribes concerned, and the surrounding circumstances at the time of the

raisonnablement fiable si le témoin constitue une source crédible pour ce qui est de l'histoire du peuple en question. Les juges appelés à se prononcer sur l'utilité et la fiabilité de récits oraux doivent se garder des suppositions faciles inspirées des traditions eurocentriques en matière de cueillette et de transmission de faits historiques.

L'appréciation de la preuve, testimoniale et documentaire, doit se faire du point de vue des Autochtones, en se demandant ce qu'une pratique ou un événement aurait signifié dans leur monde et leur système de valeurs. Après cette appréciation de la preuve vient l'étape finale où les conclusions de fait, ainsi interprétées, sont transposées en un droit moderne en common law. Ce droit doit être circonscrit avec précision conformément aux traditions de la common law, tout en respectant le point de vue autochtone.

[96] J'ai évalué les éléments de preuve fondés sur l'histoire orale sans perdre de vue ces principes. L'évaluation de la valeur des éléments de preuve fondés sur l'histoire orale se résume au poids qu'on leur accorde. Je suis guidé par ce qui suit pour évaluer ces éléments de preuve. Lorsque les éléments de preuve fondés sur l'histoire orale sont confirmés par des documents écrits ou y sont conformes, je leur accorde beaucoup de poids. Lorsque les éléments de preuve fondés sur l'histoire orale ne sont pas contredits, je leur accorde généralement beaucoup de poids. Lorsque les éléments de preuve fondés sur l'histoire orale semblent refléter la vérité dans le contexte des événements de l'époque, je leur accorde généralement beaucoup de poids. Lorsque les éléments de preuve fondés sur l'histoire orale sont logiques, je leur accorde généralement beaucoup de poids.

[97] La valeur accordée à l'histoire orale de la tribu des Blood est celle indiquée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la page 1068 :

Si le contexte historique a pu servir à démontrer l'existence du traité, il peut tout aussi bien nous aider à interpréter l'étendue des droits qui sont contenus dans ce traité. Comme le disait le juge MacKinnon dans *Taylor and Williams*, précité, à la p. 232:

[TRADUCTION] Les affaires concernant les droits indiens ou autochtones ne peuvent jamais être décidées dans l'abstrait. Il importe de tenir compte de l'histoire et des traditions orales des tribus concernées et des circonstances

treaty, relied on by both parties, in determining the treaty's effect.

[98] Although Canada takes issue with the veracity of some of the oral history testimony, I note that Canada also relies on some of it to establish the knowledge of the Blood Tribe regarding its reserve, which it then uses to support its limitations defence.

[99] At the commencement of Phase 2, the Blood Tribe led the evidence of Dorothy First Rider, a representative of the Blood Tribe. She did not provide oral history evidence; rather, her evidence was limited to her personal experience and what the Blood Tribe presently knows.

C. The Expert Evidence

[100] All of the experts who testified at trial produced extensive written reports that were entered as read. In addition to the oral history experts discussed above, the areas of expertise of the other experts included history, archival history, and surveying.

[101] Each party called historians. The Blood Tribe called Dr. Sarah Carter⁹ and Canada called Dr. Clint Evans.¹⁰ Each was challenged by the party opposite on the basis of an alleged bias. The initial challenge to Dr. Evans was dismissed after a *voir dire*. However, in closing, the Blood Tribe submitted that his “credibility and independence

⁹ Dr. Sarah Carter was qualified as an expert historian to give evidence in the area of the history of relations between the Blood Tribe and the Canadian government for the period of the prelude to the Blackfoot Treaty up to the period when the Mormon community settled in the vicinity of the southern boundary of the reserve, a period from 1875 to 1888, and to also opine on the state of the Blood Tribe for the period of the Blackfoot Treaty until the July 2, 1883, Agreement, and she was further qualified as an expert on historical analysis.

¹⁰ Dr. Clint Evans, following a vigorously contested *voir dire*, was qualified as an expert historian with particular expertise in western Canadian aboriginal history, including the numbered Treaties, federal government policies and practices, historic population estimates and the history of prairie First Nations. He was specifically found not qualified to express any opinion on the population of the Blood Tribe for the purposes of the TLE.

prévalant à l'époque du traité, sur lesquelles les parties se sont appuyées pour déterminer les incidences du traité.

[98] Bien que le Canada conteste la véracité de certains témoignages concernant l'histoire orale, je constate qu'il s'appuie aussi sur une partie de cette histoire orale pour établir les connaissances de la tribu des Blood quant à sa réserve, puis s'en sert pour étayer sa défense de prescription.

[99] Au début de la phase 2, la tribu des Blood a produit le témoignage d'une de ses représentantes, Dorothy First Rider. Elle n'a pas fourni d'éléments de preuve fondés sur l'histoire orale, mais a plutôt témoigné de son expérience personnelle et des connaissances actuelles de la tribu des Blood.

C. Le témoignage d'expert

[100] Tous les experts qui ont témoigné au procès ont produit des rapports écrits approfondis qui ont été déposés comme lus. En plus des experts en histoire orale susmentionnés, les domaines d'expertise des autres experts comprenaient l'histoire, l'histoire archivistique et l'arpentage.

[101] Chaque partie a fait appel à des historiens. La tribu des Blood a fait appel à M^{me} Sarah Carter⁹ et le Canada a fait appel à M. Clint Evans¹⁰. Chacun d'eux a été interrogé par la partie adverse sur le fondement d'une allégation de partialité. L'interrogatoire initial de M. Evans a été rejeté après un *voir dire*. Toutefois, en conclusion, la tribu des

⁹ M^{me} Sarah Carter a été reconnue comme historienne entendue à titre d'experte pour témoigner dans le domaine de l'histoire des relations entre la tribu des Blood et le gouvernement du Canada pour la période allant du préluce au Traité des Pieds-Noirs jusqu'à la période où la communauté mormone s'est établie à proximité de la frontière sud de la réserve, soit une période allant de 1875 à 1888, mais aussi pour se prononcer sur l'état de la tribu des Blood pour la période allant du Traité des Pieds-Noirs à l'accord du 2 juillet 1883. Elle a également été reconnue comme experte en analyse historique.

¹⁰ M. Clint Evans, après un *voir dire* vigoureusement contesté, été reconnue comme historien entendu à titre d'expert avec une expertise dans le domaine particulier de l'histoire autochtone dans l'Ouest canadien, y compris les traités numérotés, les politiques et les pratiques du gouvernement fédéral, les traités numérotés, les estimations des populations historiques et l'histoire des Premières Nations des Prairies. Il a expressément été jugé non qualifié pour se prononcer sur la population de la tribu des Blood aux fins de la DFIT.

was undermined significantly at trial” and that where there was any conflict, the evidence of Dr. Carter should be preferred. Canada in its closing submits that the evidence and report of Dr. Carter should be excluded primarily because she “lacked independence and impartiality”.

[102] I agree that the wording in parts of Dr. Carter’s report may suggest a possible bias in favour of the First Nations. The following from the Introduction to her report serves as an illustration:

Since the Numbered Treaties were concluded there has been unrelenting pressure in one form or another to alienate First Nations’ reserve lands and from the outset government and settler forces worked to grant First Nations less land than the amount to which they were legally entitled. They also cast covetous eyes on land that was reserved for First Nations that they wanted for themselves, particularly where land was valuable for agriculture, cattle, speculation or other profits. Specious arguments were floated to gain access to Indigenous reserve lands. Arguments included that the First Nations did not deserve lands because they did not pay taxes or that their lands were lying idle and were not properly being used to make the land bountiful. Such arguments demonstrated that there was a poor understanding of what the treaties were about.

It was not just settlers who wanted some of the best reserve lands, governments especially under prime ministers J.A. Macdonald and Wilfrid Laurier pursued policies intended to free up land for their supporters as patronage rewards. These governments were involved in using fraudulent tactics and methods to secure illegal surrender votes from reserve residents, finding dubious ways to circumvent the *Indian Act* clauses that stipulated that reserve lands could not be taken from First Nations without the consent of the majority of male members of a band. The Kainai people faced relentless pressure to surrender land, and contended with numerous questionable tactics and methods where ideological, state and racial apparatuses and arguments were used against them. Many people wanted their land or access to the resources of that land. [Endnotes omitted.]

Blood a prétendu que sa [TRADUCTION] « crédibilité et son indépendance ont été sérieusement minées au procès » et qu’en cas de conflit, le témoignage de M^{me} Carter devrait être privilégié. Dans ses observations finales, le Canada prétend que le témoignage et le rapport de M^{me} Carter devraient être principalement exclus, car elle [TRADUCTION] « a manqué d’indépendance et d’impartialité ».

[102] Je conviens que le libellé des parties du rapport de M^{me} Carter peut faire état d’une possible partialité en faveur des Premières Nations. À titre d’illustration, voici un passage de l’introduction de son rapport :

[TRADUCTION] Depuis que les traités numérotés ont été conclus, il y a eu une pression incessante, sous une forme ou une autre, pour céder des terres de réserve de Premières Nations, et dès le départ, le gouvernement et les forces colonisatrices ont déployé des efforts pour accorder aux Premières Nations moins de terre que ce à quoi elles avaient légalement droit. Des terres réservées aux Premières Nations qu’ils auraient aimées pour eux-mêmes faisaient aussi l’objet de leur convoitise, tout particulièrement lorsque les terres avaient une valeur pour l’agriculture, le bétail, la spéculation ou d’autres profits. Des arguments trompeurs ont été avancés pour avoir accès aux terres de réserves autochtones. Selon certains arguments, les Premières Nations ne méritaient pas de terres parce qu’elles ne payaient pas d’impôts ou parce que leurs terres étaient laissées à l’abandon et n’étaient pas adéquatement utilisées pour les rendre abondantes. De tels arguments ont montré qu’il y avait une mauvaise compréhension de l’objet des traités.

Ce ne sont pas seulement les colons qui voulaient certaines des meilleures terres de réserve, les gouvernements, en particulier sous les premiers ministres J. A. Macdonald et Wilfrid Laurier, ont mis en œuvre des politiques visant à libérer des terrains pour leurs partisans pour récompenser le favoritisme politique. Ces gouvernements avaient recours à des tactiques et à des méthodes frauduleuses pour s’assurer des votes unanimes illégaux des résidents, en trouvant des moyens discutables de contourner les dispositions de l’*Acte relatif aux Sauvages* qui prévoyait que les terres de réserve ne pouvaient pas être prises aux Premières Nations sans le consentement de la majorité des hommes d’une bande. Le peuple Kainai a fait face à des pressions incessantes pour céder des terres et a dû composer avec de nombreuses tactiques et méthodes douteuses aux termes desquelles des systèmes et des arguments idéologiques, étatiques et raciaux ont été utilisés contre eux. De nombreuses personnes ont perdu leurs terres ou leur accès aux ressources de ces terres. [Note en fin de texte omis.]

[103] While her language may suggest a possible bias, I find that Dr. Carter provides historical support for the opinions she expresses regarding the Blood Tribe, Canada, and Treaty No. 7. In my view, it is not surprising that one who devotes her career to Canadian aboriginal history forms an opinion or point of view about the general treatment of our First Nations by Canada. Canada's position appears to be that the expert evidence of a historian ought to be given weight only if that person recites historical facts, without placing them in the context of the times, and interpreting them based on the knowledge the historian has obtained over her career. There may be merit in that submission where the historian fails to provide the evidentiary basis for the opinions held. That is not the case with Dr. Carter.

[104] I also note that Dr. Carter provides some historical insight into the character and character flaws of some of the principal actors, such as Dewdney, Denny, and others that has been useful in the Court's deliberations. Moreover, she provides evidence not found in Dr. Evans' report.

[105] For these reasons, I give her testimony weight. On the other hand, when she expresses an opinion, rather than stating historical facts, I have kept front of mind, when assessing that opinion, her general assessment of the relationship between Canada and its First Nations.

[106] Dr. Evans' testimony regarding his statements of facts is entitled to weight. However, I agree with the Blood Tribe that the cross-examination, both on the *voir dire* and when his evidence in chief was tested, raised significant concerns relating to his credibility. Specifically, he was shown to have been selective in the data relied upon relating to the population of the tribes of the Blackfoot Confederacy prior to Treaty No. 7. He was also shown to be unyielding when presented with evidence contrary to that he presented. For example, he unreasonably refused to admit that it is possible that the reference in Nelson's report in 1888 that he "heard Potts tell [Red Crow] that the south boundary of the reserve would run from Lee's Creek to Fish Creek" is a reference to the location of Mountain View, which at that time was called Fish Creek. Instead, he was insistent that it was a reference to Fishing Creek. Fishing Creek and Lee's Creek both run more-less north

[103] Bien que le langage qu'elle utilise peut indiquer une potentielle partialité, j'estime que M^{me} Carter offre un fondement historique aux opinions qu'elle exprime sur la tribu des Blood, le Canada et le Traité n° 7. À mon avis, il n'est pas surprenant qu'une personne qui consacre sa carrière à l'histoire autochtone canadienne se forge une opinion ou un point de vue sur le traitement général de nos Premières Nations par le Canada. La thèse du Canada est qu'il faut accorder du poids au témoignage d'expert d'un historien seulement s'il énonce des faits historiques, sans les placer dans le contexte de l'époque, et les interprète selon les connaissances qu'il a acquises au cours de sa carrière. Cette observation peut être fondée si l'historien ne fait pas état du fondement probatoire des opinions exprimées. Ce n'est pas le cas pour M^{me} Carter.

[104] Je note aussi que M^{me} Carter offre un aperçu historique du caractère et des défauts de caractères de certains des principaux protagonistes, comme M. Dewdney, M. Denny et d'autres, qui ont été utiles aux délibérations de la Cour. De plus, elle fournit des éléments de preuve qui ne se trouvent pas dans le rapport de M. Evans.

[105] Pour ces motifs, j'accorde du poids à son témoignage. Toutefois, lorsqu'elle exprime une opinion, plutôt que d'énoncer des faits historiques, j'ai tenu compte en évaluant son opinion, de son évaluation générale de la relation entre le Canada et ses Premières Nations.

[106] Le témoignage de M. Evans concernant ses exposés des faits a une certaine valeur. Cependant, je suis d'accord avec la tribu Blood pour dire que le contre-interrogatoire, au moment du *voir dire* et quand sa preuve en interrogatoire principal a été analysée, a soulevé des préoccupations quant à sa crédibilité. Plus précisément, il a été démontré qu'il s'était appuyé sur des données de manière sélective en ce qui a trait à la population des tribus de la Confédération des Pieds-Noirs avant le Traité n° 7. Il a également été démontré qu'il s'est montré intransigent lorsqu'on lui a présenté des éléments de preuve contraires à ceux qu'il avait présentés. Par exemple, il a déraisonnablement refusé d'admettre qu'il est possible que le renvoi dans le rapport de M. Nelson de 1888 indiquant qu'il [TRADUCTION] « a entendu Potts lui dire que la limite sud de la réserve irait de Lee's Creek à Fish Creek » était une référence à l'emplacement de Mountain View, qui s'appelait Fish Creek à

south. His suggestion that it meant the location where those creeks met the Belly and St. Mary Rivers makes little sense, as that is a point north of the most northerly of the surveyed southern reserve boundary. In fairness, he appears to have conceded as much when cross-examined on this point:

Q. But the confluence of those two streams, do they connect? They are still above the current boundary, so it makes no sense, does it?

A. Well, I just interpreted what he was saying as—because the boundaries were fixed by St. Mary’s and Belly and he was just saying that it’s where the Fishing Creek or Fish Creek joins one and where Lee’s Creek joins the other, which would make two points, and it would be something that the Blood would be familiar with.

...

Q But the points between the creek is still not the current southern boundary either, that you’re trying to say it is?

A Well, I’m—I’m not trying to say really all that much, other than this is what John Nelson said.

So I would have to look at a map and look at Fish Creek and Lee Creek and see exactly where they intersect the larger rivers and then—then I could maybe make a call whether it coincides with the ‘82 or ‘83 boundary.

Q So if Lee’s Creek and Fish Creek don’t coincide with the other rivers at the ‘83 boundary, you would agree that that makes no sense?

A Yeah. If I did that, if I looked where they join, the Fish Creek joins the Belly, and Lee Creek joined the St. Mary’s, and if it doesn’t coordinate or, you know, coordinate with either of the boundaries or only one of them and that, yeah, that would be, I would think, meaningful.

[107] It is difficult, if not impossible to understand how the reference Dr. Evans proposes would permit Red Crow to know where the boundary was located with any degree of certainty. If, as counsel suggested, it were a reference to Mountain View, then the description would appear to be a

l’époque. Il a plutôt insisté pour dire qu’il s’agissait d’une référence à Fishing Creek. Fishing Creek et Lee’s Creek coulaient tous les deux plus ou moins du nord au sud. Son argument selon lequel cela voulait dire que l’emplacement de ces ruisseaux confluaient avec les rivières Belly et St. Mary n’est pas très logique puisqu’il s’agit d’un point au nord de l’extrême point nord de la limite sud de la réserve arpentée. Pour être juste, il semble en avoir reconnu autant lorsqu’il a été contre-interrogé sur ce point :

[TRADUCTION] Q. Mais on parle du confluent de ces deux ruisseaux; se connectent-ils? Ils sont toujours en amont de la limite actuelle, alors ce n’est pas logique, n’est-ce pas?

R. Eh bien, j’ai seulement interprété ce qu’il disait comme — parce que les limites ont été établies par les rivières St. Mary et Belly, et il disait simplement que c’est là que Fishing Creek ou Fish Creek rejoint l’une et là où Lee’s Creek rejoint l’autre, ce qui fait deux points, et c’est quelque chose que les Blood sauraient.

[...]

Q. Mais les points entre le ruisseau ne correspondent toujours pas à la limite sud non plus, vous essayez de dire que c’est le cas?

R. Eh bien, je — je n’essaie pas de dire tant que cela vraiment, mis à part que c’est ce que John Nelson a dit.

Il faudrait que je consulte une carte et que je regarde Fish Creek et Lee Creek, et que je voie exactement où ils se jettent dans les grandes rivières, puis — puis, je pourrais peut-être juger si cela coïncide avec la limite de 1882 ou de 1883.

Q. Alors si Lee’s Creek et Fish Creek ne coïncident pas avec les autres rivières à la limite fixée en 1883, vous conviendriez que cela n’est pas logique?

A. Oui. Si je faisais cela, si je regardais où ils confluent, Fish Creek se jette dans la rivière Belly et Lee Creek conflue avec la rivière St. Mary, et si cela ne correspond pas ou, vous savez, ne correspond à aucune des limites ou qu’à une seule d’elles, et que, oui, cela, je pense, aurait de l’importance.

[107] Il est difficile, voire impossible de comprendre comment la référence que présente M. Evan permettrait à Red Crow de savoir où la limite était située avec une quelconque certitude. Si, comme le soutiennent les avocats, il s’agissait d’une référence à Mountain View, alors la

reference to the 1882 Survey south boundary and not to the 1883 Survey south boundary because, as even Dr. Evans acknowledged, Mountain View appears to be on the 1882 Survey's southern boundary line.

[108] Accordingly, I give his opinions little weight and I have exercised caution when relying on his evidence for facts not otherwise supported.

[109] Each party called an expert in surveying. Canada called Dr. Brian Andrew Ballantyne¹¹ and the Blood Tribe called Ms. Marie Robidoux.¹² The major divergence in their opinions rested on when the reserve for the Blood Tribe was first created—1882 or 1883. In the end, that is a question of law to be determined by the Court, and I do not rely on either's opinion on reserve creation. Except for this aspect of their evidence, their reports are given equal weight.

[110] The Blood Tribe also called Ms. Joan Homes as an expert.¹³ She described the purpose of her report as follows:

The purpose of this report is to examine the historical documentation related to the agreement made between Mekasto or Red Crow, Head Chief of the Blood Tribe, and the Government of Canada on September 25, 1880, and to determine “if chief Red Crow’s formal application for a reserve in the vicinity of Fort Kipp was completed by Canada

¹¹ Dr. Ballantyne, although not a certified land surveyor, was qualified to provide opinion evidence in the area of surveying and boundary making, including but not limited to boundary principles, the technical aspects of surveying, including the giving of instructions to surveyors, the marking of boundaries, the examining of survey returns, the interpretation of survey plans, maps, sketches, field notes and field books, the procedures and practices of survey work and the practice of surveying in western Canada, including surveys of Indian Reserves and of Dominion Lands.

¹² Ms. Robidoux was qualified as an expert able to give opinion evidence as a Canada Lands Surveyor, on the survey work performed by John C. Nelson and his associates on Blood Reserve.

¹³ With the consent of Canada, she was qualified as an expert historical researcher, as an expert historian on historical and archival records relating to the establishment of the Blood Reserve.

description semblerait faire référence au levé de la limite sud de 1882 et non du levé de la limite sud de 1883, car comme M. Evans l’a lui-même reconnu, Mountain View semble se trouver sur la ligne de la limite sud de 1882.

[108] Par conséquent, j’accorde peu de poids à ses opinions et j’ai fait preuve de prudence en me fondant sur son témoignage relatif à des faits non étayés par ailleurs.

[109] Chaque partie a cité un expert en arpentage. Le Canada a cité M. Brian Andrew Ballantyne¹¹ et la tribu des Blood a cité M^{me} Marie Robidoux¹². La différence majeure dans leurs opinions portait sur l’année où la réserve de la tribu des Blood a d’abord été établie : 1882 ou 1883. En fin de compte, c’est une question de droit que la Cour est appelée à trancher, et je ne me fonde sur l’opinion d’aucun d’eux relativement à la création de la réserve. Mis à part cet aspect de leur témoignage, la même importance est donnée à leurs rapports.

[110] La tribu des Blood a aussi cité M^{me} Joan Homes à titre d’experte¹³. Elle décrit l’objet de son rapport ainsi :

Le but de ce rapport est d’examiner les documents historiques liés à l’accord conclu entre Mekasto ou Red Crow, chef principal de la tribu des Blood, et le gouvernement du Canada le 25 septembre 1880 et pour déterminer [TRADUCTION] « si la demande officielle de réserve du chef Red Crow dans les environs de Fort Kipp a été traitée par le

¹¹ M. Ballantyne, bien qu’il ne soit pas un arpenteur certifié, était qualifié pour livrer un témoignage d’opinion dans le domaine de l’arpentage et de la délimitation, y compris, sans toutefois s’y limiter, les principes relatifs aux limites, les aspects techniques de l’arpentage, y compris donner des instructions aux arpenteurs, fixer des limites, examiner des rapports des travaux d’arpentage, interpréter des plans de levés, des cartes, des croquis, des notes de terrain et des carnets de terrain, les procédures et les pratiques liées aux travaux d’arpentage et la pratique en matière d’arpentage dans l’Ouest canadien, y compris les levés des réserves indiennes et de terres fédérales.

¹² M^{me} Robidoux était qualifiée en tant qu’experte pour livrer un témoignage d’opinion en tant qu’arpenteuse du Canada sur les travaux d’arpentage réalisés par John C. Nelson et ses associés dans la réserve des Blood.

¹³ Avec le consentement du Canada, elle a été reconnue comme spécialiste de la recherche historique et historique en documents historiques et archivistiques entendue à titre d’experte en lien avec l’établissement de la réserve des Blood.

on October 12, 1882 when John C. Nelson finished his survey of the Reserve.” In order to reply to the question, the report also traces the history of Red Crow’s application and the government’s handling of that request to July 2, 1883.

[111] Canada submits that her report ought to be accorded very little if any weight:

Ms. Holmes provided minimal assistance to the Court. Constraints on her independence coloured her report, which was not sufficiently meticulous to be useful. She was also cavalier in her adherence to the rules governing Federal Court expert witnesses.

[112] The concerns raised by Canada are valid and do concern the Court. Ms. Holmes did not comply with the Court’s Code of Conduct for Expert Witnesses, Schedule to rule 52.2 of the *Federal Court Rules*. She failed to list the facts on which she based her opinion, as required by paragraph 3(d) of the Code. She failed to inform the Court and the party opposite that she had been provided by the Blood Tribe with an instruction package that included a Statement of Key Facts, the language of which often finds its way into the wording of her report. She also failed to advise that an assistant reviewed some archival sources for the purposes of her report. This omission alone would not likely have caused the Court concern; however, the similarity of the Key Facts document prepared by the Blood Tribe with her report is indeed troubling.

[113] While some similarity may be explained by the reliance of both on the same documents, it is, as Canada notes, “peculiar how both Ms. Holmes and the drafter of the Statement of Key Facts chose to summarize various historical documents in such a similar manner”.

[114] It is also of concern that she chose to omit from her report, and thus her consideration, the document from Nelson that purports to show Red Crow’s satisfaction with the reserve the Blood Tribe received following the 1883 Survey. I agree with Canada that in so doing, she may have failed to provide a fully objective opinion.

Canada le 12 octobre 1882 lorsque John C. Nelson a achevé son levé de la réserve ». Pour répondre à cette question, le rapport doit aussi faire état de l’historique de la demande de Red Crow et du traitement de cette demande par le gouvernement en date du 2 juillet 1883.

[111] Le Canada prétend que très peu de poids doit être accordé à son rapport :

M^{me} Holmes a apporté une aide minimale à la Cour. Des limites à son indépendance ont influencé son rapport qui n’était pas suffisamment méticuleux pour être utile. Elle s’est aussi montrée cavalière dans son respect des règles régissant les témoins experts de la Cour fédérale.

[112] Les préoccupations soulevées par le Canada sont valides et inquiètent la Cour. M^{me} Holmes n’a pas respecté le Code de déontologie régissant les témoins experts, annexé à la règle 52.2 des *Règles des Cours fédérales*. Elle n’a pas établi la liste des faits sur lesquels son opinion est fondée, conformément à l’alinéa 3d) du Code. Elle n’a pas avisé la Cour ni la partie adverse que la tribu des Blood lui avait fourni une trousse d’information qui comprenait un exposé des faits principaux, dont les tournures se retrouvent souvent dans le libellé de son rapport. Elle n’a également pas dit qu’un assistant avait examiné certaines sources d’archives pour son rapport. Cette omission seule n’aurait probablement pas été une source de préoccupation pour la Cour; toutefois, la similitude entre le document lié aux faits principaux préparé par la tribu Blood et son rapport est en effet troublante.

[113] Bien que certaines similitudes puissent être expliquées par le fait qu’elles se sont toutes les deux appuyées sur les mêmes documents, comme le souligne le Canada, il est « curieux que M^{me} Holmes et le rédacteur de l’énoncé des faits principaux aient choisi de résumer divers documents historiques de manière aussi semblable ».

[114] Il est également préoccupant qu’elle ait choisi d’omettre de son rapport, et par conséquent de son examen, le document de M. Nelson censé démontrer la satisfaction de Red Crow relativement à la réserve que la tribu des Blood a reçu par suite du levé de 1883. Je suis d’accord avec le Canada pour dire que, ce faisant, elle n’a peut-être pas livré une opinion entièrement objective.

[115] For these reasons, while I accept her evidence on the historical archival documents, her opinions, unless otherwise supported or based on common sense, are given little weight.

D. Relevant Historical Background

[116] I shall provide an outline of the historical background generally relevant to the issues in dispute. Where a more detailed examination of the facts as found is required, it will be set out in the relevant section below dealing with specific issues.

a. *Prelude to Treaty No. 7*

[117] The Blood Tribe was historically a part of the Confederacy, with the Blackfoot and Peigan. The traditional territory of the Confederacy was on both sides of the Canada-U.S. border. It included the northern part of Montana to the south, the southern part of Alberta to the north, was bounded by the Rocky Mountains to the west, and the Great Sand Hills of Saskatchewan, to the east. The tribes of the Confederacy were nomadic people who lived in teepees and moved constantly following the buffalo herds.

[118] The Confederacy had made alliances with other First Nations who wished to enter their traditional lands. As Europeans moved into this area to farm and hunt, the tribes of the Confederacy gained experience in treaty-making with white men. Its tribes were parties to the Lame Bull Treaty of 1855 in the U.S., and had been involved at Fort Benton, Montana, in the 1860s. There is evidence before the Court that the experience of the Confederacy with the Americans failing to honour their treaties made them skeptical when it came to making treaty with Canada.

[119] It is suggested by Dr. Evans that the American experience accounts for the attitude of the Blood at Treaty No. 7 in arriving late and showing little interest in selecting the location of their reserve prior to the conclusion of the treaty.

[115] Pour ces motifs, bien que j'admette son témoignage sur les documents d'archives historiques, peu de poids est accordé à ses opinions, à moins qu'elles ne soient étayées ou fondées sur le bon sens par ailleurs.

D. Contexte historique pertinent

[116] Je vais donner un aperçu du contexte historique généralement pertinent à l'égard des questions en litige. Lorsqu'un examen plus approfondi des faits établis est requis, il sera exposé dans la section pertinente ci-dessous portant sur des questions précises.

a. *Prélude au Traité n° 7*

[117] La tribu des Blood a toujours fait partie de la Confédération avec les Pieds-Noirs et les Peigan. Le territoire traditionnel de la Confédération s'étendait des deux côtés de la frontière entre le Canada et les États-Unis. Ce territoire comprenait la partie nord du Montana au Sud, la partie sud de l'Alberta au Nord, il était délimité par les montagnes Rocheuses à l'Ouest et la région des Great SandHills de Saskatchewan, à l'Est. Les tribus de la Confédération étaient des peuples nomades qui vivaient dans des tipis et se déplaçaient constamment pour suivre les troupeaux de bisons.

[118] La Confédération avait conclu des alliances avec d'autres Premières Nations qui souhaitaient pénétrer sur leurs terres traditionnelles. À mesure que les Européens ont investi cette région pour pratiquer l'agriculture et la chasse, les tribus de la Confédération ont acquis de l'expérience en matière de conclusion de traités avec les hommes blancs. Ses tribus étaient parties au Traité de Lame Bull de 1855 aux États-Unis et ont pris part aux activités de Fort Benton, dans le Montana, dans les années 1860. La Cour dispose d'éléments de preuve selon lesquels l'expérience de la Confédération avec les Américains, qui n'ont pas respecté les traités qu'ils avaient conclus, les a rendus méfiants au moment de conclure des traités avec le Canada.

[119] M. Evans allègue que l'expérience avec les Américains explique l'attitude des Blood au moment du Traité n° 7. Ils étaient arrivés en retard et avaient manifesté peu d'intérêt pour choisir l'emplacement de leur réserve

I doubt that this experience had anything to do with the suggested lack of interest by Red Crow in reserve selection at the time of Treaty No. 7. As discussed below, I doubt that Red Crow was ever consulted at the time of Treaty No. 7 about his choice for the location of the Blood reserve. He arrived just prior to the treaty being signed, and in his absence, it is unlikely anyone else from the tribe would have made a selection.

[120] Beginning in the late 1870s, the tribes of the Confederacy in Canada faced a diminishing supply of buffalo, and an increase in the supply of whiskey. Canada sent the NWMP under Colonel Macleod into the area to establish Canadian sovereignty and to end the whiskey trade. The success Colonel Macleod had in stemming the whiskey trade, which was wreaking havoc in the Confederacy, endeared him to the leaders of the First Nations. They respected him. This relationship and his involvement as a treaty commissioner proved useful to Canada when it came to treaty-making with the Confederacy.

[121] The Confederacy learned that Canada was negotiating treaties with First Nations in Western Canada, and in 1875 wrote, through L'Heureux, requesting a meeting with Canada to enter into treaty.

[122] Dr. Evans reports that L'Heureux drafted the document requesting a meeting "at the request & behalf of the Blackfoot Indian Chiefs" and that it was delivered to Morris. It reads as follows:

[A]t a General Council of the Nation held by the respective tribes of Blackfeet, Bloods & Piegans in the Fall of 1875, it was decided to call the attention of your Excellency and honorable NWT Council to the following facts.

That in the winter of 1871, a message of Leut Governor Archibald was forwarded into the Saskatchewan by WJ Christie a member of your honourable NWT Council and the contain of said message was duly communicated to all your petitioners.

avant de conclure le traité. Je doute que cette expérience ait eu quelque chose à voir avec le manque d'intérêt allégué par Red Crow quant au choix d'une réserve lors de la conclusion du Traité n° 7. Tel qu'il en est question ci-dessous, je doute que Red Crow ait été consulté au moment de la conclusion du Traité n° 7 sur son choix d'emplacement de la réserve des Blood. Il est arrivé juste avant la signature du traité et en son absence, il est peu probable qu'un autre membre de la tribu ait fait un choix.

[120] À partir de la fin des années 1870, les tribus de la Confédération au Canada ont fait face à une diminution de la provision de bison et ont connu une augmentation des stocks de whisky. Le Canada a envoyé la P.C.N.-O. sous le colonel Macleod dans la région pour établir la souveraineté canadienne et mettre un terme à la traite du whisky. Le succès que le colonel Macleod a connu lorsqu'il a endigué la traite du whisky, qui avait eu des effets dévastateurs dans la Confédération, lui a valu de gagner l'affection des chefs des Premières Nations. Ils le respectaient. Cette relation et sa participation en tant que commissaire du traité se sont avérées utiles au Canada lorsqu'elle a effectué la conclusion de traités avec la Confédération.

[121] La Confédération a appris que le Canada négociait des traités avec les Premières Nations dans l'ouest du Canada, et a écrit en 1875, par l'intermédiaire de M. L'Heureux, pour demander une rencontre avec le Canada afin de signer un traité.

[122] M. Evans déclare que M. L'Heureux a rédigé le document pour demander une rencontre [TRADUCTION] « à la demande et au nom des chefs des Indiens Pieds-Noirs » et qu'il a été remis à M. Morris. La lettre est rédigée ainsi :

[TRADUCTION] [À] un conseil général de la nation tenu par les chefs respectifs des Pieds-Noirs, des Blood et des Piegans à l'automne 1875, il a été décidé d'attirer l'attention de Votre Excellence et de notre honorable Conseil du Nord-Ouest sur les faits suivants.

Attendu qu'au cours de l'hiver 1871, un message du lieutenant-gouverneur Archibald a été acheminé à la Saskatchewan par W.J. Christie, un membre de votre honorable Conseil du Nord-Ouest, et que le contenu dudit message a été communiqué dûment à tous les signataires de la présente pétition.

That yours petitioners understood that a promise was made to them in that document, that the Government or the White men will not take the Indians Lands, without a Council of Her Majesty Indian Commissioner and the respective Indian Chiefs.

That the White men have already taken the best of location and build houses in any place they please into yours petitioners hunting grounds.

That the Half Breed and Cree Indians hunted Buffalo Sumer & Winter in the Center of the hunting grunds of the Blackfeet Nation, since 4 years.

That Americains traders and others are forming large settlement in Belly River, the best Winter hunting quarters of yours petitioners.

That Lieut Gov message to us has not been effected since no Indian Commissioner has been seen by us.

That yours petitioners do pray for an Indian Commissioner to visited us this Sumer at Hand Hills and asked the time of his arrival there, so we could meet him and held a Council for puting a rule to the invasion of our Country, till our treaty be made with the Government.

That we are perfectly wiling the Monted Police and the Missionary remains in our Country for we are indebted to them for important service.

That we have apply to the Honorable Hudson Bay Company for the erection of a trading Post at Belly River, if the removal of Americains traders should be effected.

That your petitioners feel perfectly confident the representative of our Great Mother Her Majesty the Queen will do justice to her Indian Children.

Praying the Ottawa Government to grant us the Petition, or do in the matter what to you and your honorable NWT Council seem proper.

[123] Canada reasonably interpreted this and a subsequent letter from the Confederacy as a request to treaty. In

Attendu que les signataires de la présente pétition ont compris qu'une promesse leur a été faite dans ledit document que le gouvernement des hommes blancs ne prendra pas les terres des Indiens sans réunir un conseil formé de commissaires des Indiens de Sa Majesté et des chefs indiens respectifs.

Attendu que les hommes blancs ont déjà pris les meilleurs emplacements et construit des maisons partout où ils le désirent sur les territoires de chasse des signataires de la présente pétition.

Attendu que, depuis quatre ans, les Sangs-Mêlés et les Cris chassaient le bison été comme hiver au beau milieu du territoire de chasse de la nation des Pieds-Noirs.

Attendu que les commerçants américains et d'autres personnes en sont à fonder un important établissement aux abords de la rivière Belly, soit sur les meilleures terres de chasse des signataires de la présente pétition.

Attendu que le lieutenant-gouverneur à notre attention n'a eu aucun effet puisqu'aucun commissaire indien ne nous a recentrés.

Attendu que les signataires de la présente pétition réclament la visite d'un commissaire des Indiens l'été prochain aux collines Hand et demandent qu'on leur dise à quel moment il viendra afin de le rencontrer et de convoquer un conseil dans le but de régler l'invasion de notre pays jusqu'à ce qu'un traité soit conclu avec le gouvernement.

Que nous sommes parfaitement d'accord que la police à cheval et les missionnaires restent dans le pays, car nous leurs sommes redevables pour les importants services qu'ils nous rendent.

Que nous avons fait appel à l'honorable Compagnie de la Baie d'Hudson pour la création d'un poste de traite aux abords de la rivière Belly, si le retrait des commerçants américains devait entrer en vigueur.

Attendu que les signataires de la présente pétition ont entièrement confiance que les représentants de notre Vénérable Mère, Sa Majesté la Reine, rendront justice rapidement à ses enfants indiens.

En priant pour que le gouvernement d'Ottawa accepte notre demande ou qu'il fasse en cette affaire ce que vous et votre honorable Conseil du Nord-Ouest pensez être convenable.

[123] Le Canada a raisonnablement interprété cette lettre et une autre lettre de la Confédération comme une demande

response, Prime Minister Mackenzie wired Morris authorizing him to promise the Confederacy a treaty the following year.

[124] Minister of Interior David Mills (Minister Mills) sent Laird and Colonel Macleod instructions on the treaty they were to negotiate. They were instructed to hold the treaty negotiation at Fort Macleod, and were given instructions that the location of the reserves should be identified “at an early day”. Based on the record, this last instruction was likely given because Canada was interested in knowing at an early date where the railway and settlers could be located.

b. *Treaty No. 7 Negotiations*

[125] The location for treaty negotiations changed from Fort Macleod to Blackfoot Crossing in response to requests from Chiefs Crowfoot and Old Sun, both of them Blackfoot, who thought that it would give better access to buffalo, and there would be where fewer U.S. traders there who might cheat them out of their treaty money. Laird reports that the Blood Chiefs were not happy with this change but he told them their annuities would be paid at a place of their choosing.

[126] Treaty negotiations were to begin Monday, September 17, 1877, but very few Blood, Sarcee, and Piegan attended at Blackfoot Crossing, and so the negotiations were postponed. Negotiations resumed on Wednesday, September 19, 1877. Laird says several Indians arrived on the 18th, and the account in the October 30, 1877 *Globe* says nearly all are there.¹⁴ Laird presented the proposed treaty terms to those assembled. *The Globe* reports that Laird addressed the assembled Indians and said, in part:

[I]n a very few years the buffalo will probably be all destroyed, and for this reason the Queen wishes to help you to live in the future in some other way. She wishes you to allow her white children to come and live on your land and raise cattle, and should you agree to this she will assist

¹⁴ *The Globe* was a Toronto newspaper that would later become *The Globe and Mail*.

de traité. En réponse, le premier ministre Mackenzie a envoyé un télégramme à M. Morris l’autorisant à promettre un traité à la Confédération au cours de l’année suivante.

[124] Le ministre de l’Intérieur, David Mills (le ministre Mills) a envoyé des instructions à M. Laird et au Colonel Macleod sur le traité qu’ils devaient négocier. Ils ont eu comme directive de tenir les négociations du traité à Fort Macleod et ont eu pour instruction de désigner l’emplacement des réserves [TRADUCTION] « aussitôt que possible ». Selon le dossier, cette dernière instruction a probablement été donnée, car le Canada souhaitait savoir le plus tôt possible où le chemin de fer et les colons se situeraient.

b. *Négociations du Traité n° 7*

[125] L’emplacement des négociations du traité est passé de Fort Macleod à Blackfoot Crossing en réponse aux demandes des chefs Crowfoot et Old Sun, tous les deux des Pieds-Noirs, qui pensait qu’il y aurait un meilleur accès aux bisons et qu’il y aurait moins de commerçants américains pouvant leur voler l’argent du traité. M. Laird déclare que les chefs Blood n’étaient pas satisfaits de ce changement, mais qu’il leur a dit que leurs annuités leur seraient versées à l’emplacement de leur choix.

[126] Les négociations du Traité ont commencé le lundi 17 septembre 1877, mais peu de Blood, de Sarcee et de Piegan étaient présents à Blackfoot Crossing, les négociations ont donc été repoussées. Les négociations ont repris le mercredi 19 septembre 1877. M. Laird dit que plusieurs Indiens sont arrivés le 18 et il est indiqué dans le récit publié dans *The Globe* le 30 octobre 1877 qu’ils étaient presque tous présents¹⁴. M. Laird a présenté les modalités proposées du traité aux personnes assemblées. Selon *The Globe*, M. Laird s’est adressé aux Indiens assemblés et a notamment dit :

[TRADUCTION] Dans quelques années à peine, il ne restera probablement plus de bisons. C’est pourquoi la Reine veut vous aider à adopter un autre mode de vie. La Reine veut que vous permettiez à ses enfants blancs de venir vivre sur vos terres et d’y élever du bétail et, si vous acceptez, elle

¹⁴ *The Globe* était un journal torontois qui plus tard est devenu *The Globe and Mail*.

you to raise cattle and grain, and thus give you the means of living when the buffalo are no more. She will also pay you and your children money every year, which you can spend as you please. By being paid in money you cannot be cheated, as with it you can buy what you may think proper.

...

A reserve of land will be set apart for yourselves and your cattle, upon which none others will be permitted to encroach; for every five persons one square mile will be allotted on this reserve, on which they can cut trees and brush for firewood and other purposes. The Queen's officers will permit no white man or Half-breed to build or cut timber on your reserves.

...

I have now spoken. I have made you acquainted with the principal terms contained in the treaty which you are asked to sign.

You may wish to talk it over in your council lodges; you may not know what to do before you speak your thoughts in council. Go, therefore, to your council, and I hope that you may be able to give me an answer tomorrow.

[127] Laird¹⁵ and *The Globe* both report that Friday, September 21, 1877, the treaty terms were agreed upon, and the Commissioners advised the First Nations assembled that they “would prepare the treaty and bring it to-morrow for signature”.

[128] *The Globe* reports that Red Crow spoke on September 21 indicating that he “entirely” trusted Macleod and “will leave everything to him” and that he would sign the treaty. This runs contrary to Laird's account in which he states that Red Crow arrived on Friday evening, September 21, 1877, or Saturday September 22, the day when he was introduced to the Commissioners.

¹⁵ As recorded in Morris, Alexander, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (Toronto: Belfords, Clarke & Co., 1880), at page 259.

vous aidera à élever du bétail et à faire pousser des céréales; elle vous donnera ainsi les moyens d'assurer votre subsistance lorsqu'il n'y aura plus de bisons. Elle vous donnera aussi chaque année, à vous et à vos enfants, de l'argent que vous pourrez dépenser comme bon vous semblera. En étant payés en argent, vous ne pouvez pas vous faire escroquer, puisqu'avec cet argent, vous pouvez acheter ce qui vous semble adéquat.

[...]

Des terres de réserve seront mises de côté pour vous et votre bétail sur lesquelles personne d'autre ne pourra empiéter; une superficie sera allouée dans cette réserve à raison d'un mille carré par famille de cinq personnes où vous pourrez couper des arbres et faire des préparer du bois de chauffage ou à d'autres fins. Les officiers de la Reine ne permettront pas à des hommes blancs ou à des Sangs-Mêlés de construire ou de couper du bois dans vos réserves.

[...]

J'ai parlé. Je vous ai fait connaître les principales modalités du traité que l'on vous demande de signer.

Vous souhaiterez peut-être en discuter dans vos conseils; vous ne saurez peut-être pas quoi faire avant d'avoir exprimé vos pensées en conseil. Convoquez par conséquent votre conseil, et j'espère que vous pourrez me donner une réponse demain.

[127] M. Laird¹⁵ et *The Globe* déclarent que le vendredi 21 septembre 1877, les modalités du traité ont été acceptées et les commissaires ont avisé les Premières Nations assemblées qu'elles [TRADUCTION] « prépareraient le traité et l'apporteraient demain pour le signer ».

[128] Il est déclaré dans *The Globe* que Red Crow s'est exprimé le 21 septembre indiquant qu'il faisait [TRADUCTION] confiance à M. Macleod, qu'il [TRADUCTION] « lui laisserait tout » et qu'il signerait le traité. Cela contredit le récit de M. Laird qui dit que Red Crow est arrivé le soir du vendredi 21 septembre 1877 ou le samedi 22 septembre, jour où il a été présenté aux commissaires.

¹⁵ Tel que cela est consigné dans *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, Morris, Alexander, (Toronto : Belfords, Clarke & Co., 1880), à la page 259.

[129] Laird reports that after noting the agreement of those in attendance on September 21 to the proposed terms, the only outstanding “difficult matter” was that of the reserve locations. The Commissioners decided that it was better not to attempt to do this in an open meeting. Macleod agreed that he would meet separately with the Chiefs to ascertain the reserve locations, while Laird prepared the treaty terms. Laird reports [at page 259]: “He succeeded so well in his mission that we were able to name the places chosen in the treaty.” This included a location for the Blood Reserve on the Bow River, next to that of the Blackfoot.

[130] I find it unlikely that any Blood were consulted about the reserve location for the Blood Tribe specified in Treaty No. 7. I find that it is improbable that Red Crow was consulted on that reserve location for several reasons. First, he was absent on Friday, September 21, 1877, when the terms were being drafted, and was only introduced to the Commissioners on the following day, Saturday, September 22, 1877; the day Treaty No. 7 was signed.

[131] There is evidence that suggests that Red Crow did express his wishes at the time of treaty. At a meeting on February 2, 1888, with Pocklington and others, Red Crow is reported as saying:

White man spoke and told us to say where we wanted Reserve. God made the mountains for us and put the timber there and we said at that time we wanted the country where the mountains and the timber were.

[132] It is unclear from this note whether this area was selected by Red Crow at the time of treaty or subsequently when the location of the reserve changed. I think it most probable that it is the latter. If the statement as to his selection in reserve location was made at the time of treaty, then one must conclude that the Commissioners ignored this selection when setting out the reserve location in the treaty. There is no reason to think they would have deliberately ignored the wishes of Red Crow.

[129] M. Laird indique qu’après avoir pris en note l’accord des personnes présentes le 21 septembre relativement aux modalités proposées, la seule [TRADUCTION] « question difficile » en suspens était celle des emplacements de la réserve. Les commissaires ont décidé qu’il valait mieux ne pas tenter de la régler lors d’une réunion publique. M. Macleod a convenu qu’il rencontrerait séparément les chefs pour établir l’emplacement de la réserve pendant que M. Laird préparerait les modalités. M. Laird déclare [à la page 259] : [TRADUCTION] « Sa mission a été un tel succès que nous avons été en mesure de nommer les endroits choisis dans le traité ». Notamment un emplacement pour la réserve des Blood aux abords de la rivière Bow, près de celle des Pieds-Noirs.

[130] Je crois qu’il est peu probable que des membres des Blood aient été consultés quant à l’emplacement de la réserve de la tribu des Blood précisé dans le Traité n° 7. Je crois qu’il est improbable que Red Crow ait été consulté sur cet emplacement de réserve pour plusieurs raisons. Premièrement, il était absent le vendredi 21 septembre 1877, lorsque les modalités ont été rédigées. Elles n’ont été présentées aux commissaires que le jour suivant, le samedi 22 septembre 1877, jour où le Traité n° 7 a été signé.

[131] Des éléments de preuve indiquent que Red Crow a bien exprimé sa volonté au moment de la conclusion du traité. Lors d’une réunion le 2 février 1888, avec M. Pocklington et d’autres, Red Crow aurait déclaré :

[TRADUCTION] L’homme blanc a parlé et nous a demandé de dire où nous voulions la réserve. Dieu a créé les montagnes pour nous et a mis le bois là et nous avons dit à ce moment-là que nous voulions le territoire où étaient les montagnes et le bois.

[132] Cette déclaration ne permet pas de savoir précisément si cette région a été choisie par Red Crow au moment de la conclusion du traité ou après coup, lorsque l’emplacement de la réserve a changé. Je crois que cette dernière hypothèse est probable. Si la déclaration quant à son choix de l’emplacement de la réserve a été faite au moment de la conclusion du traité, il faut donc conclure que les commissaires n’ont pas tenu compte de ce choix lorsqu’ils ont établi l’emplacement de la réserve dans le traité. Il n’y a aucune raison de penser qu’ils auraient délibérément fait fi des volontés de Red Crow.

[133] Second, as soon as Treaty No. 7 was signed, Red Crow left for the Belly Buttes. Had he selected the Bow River as the reserve location, one would expect that he would have remained there.

[134] The oral history of the Blood Tribe is that Red Crow made it known quite soon after he signed Treaty No. 7 that he wanted the Blood Reserve at the Belly Buttes and not on the Bow River with the Blackfoot as the Treaty stated. This further supports that they had little if any role in selecting the reserve set out in Treaty No. 7. Joe Chief Body, in his interview of November 12, 1973, says the following:

This man called Tall White Man [Laird] told Crowfoot, right here where we just got through negotiating the Peace Treaty, is where your reserve will be set aside, for it will be surveyed. East and west are satisfied with this land and Crowfoot answered, Yes I am. Then he called on Red Crow, You are next in line. On the east end or the west end of Crowfoot's reservation, pick out which one you want for your reservations. The other end will go to Peigan tribe. When some assistance comes from the government, they will be shipped in one place. This is what Tall White Man told Red Crow and Red Crow answered him, "No I am going back to Belly Buttes and Whoop-Up and that's where I am going to stay." Tall White Man answered and said to Red Crow, "You have signed Peace Treaty. You cannot argue with me. What I tell you goes. We will close the meeting till tomorrow. When you hear the first shot of the cannon in the morning, it means you must be prepared to come to the meeting. The second, that means the meeting will start.

The next morning, the first shot came and Red Crow was already prepared with his spiritual powers, the powers he used on his warpaths. The second shot went off and he went over to where the meeting was to be held. He was the last to arrive. Tall White Man and the rest of the high officials and all other Tribal Chiefs were already waiting for him. He just walked straight to where Tall White Man was seated and offered to shake hands with him, which Tall White Man accepted. And right then, he told Tall White Man, "What I am going to tell you is what's going to be, as you are looking at me. This land you see is what I own and all these people who are here also own this land. I will give the command. For you, you were born across the big waters—that's where you can give your command. I signed the Peace Treaty to be brothers as long as we live and for the future, and as you are looking at me, my father,

[133] Deuxièmement, dès que le Traité n° 7 a été conclu, Red Crow est parti pour rejoindre les buttes Belly. S'il avait choisi la rivière Bow comme emplacement de la réserve, on s'attendrait à ce qu'il y soit resté.

[134] Selon l'histoire orale de la tribu des Blood, Red Crow a fait savoir peu de temps après avoir signé le Traité n° 7 qu'il voulait que la réserve des Blood se situe aux buttes Belly et non aux abords de la rivière Bow, avec les Pieds-Noirs, comme l'indique le Traité. Voilà qui confirme que s'ils ont joué un rôle dans le choix de la réserve établie dans le Traité n° 7, il était de faible importance. Joe Chief Body, dans un entretien du 12 novembre 1973, a déclaré :

[TRADUCTION] Cet homme, appelé Grand Homme Blanc [M. Laird] a dit à Crowfoot, c'est juste ici, où nous avons procédé à la négociation du traité de paix, que votre réserve sera mise de côté, car elle sera arpentée. L'est et l'ouest sont satisfaits de ces terres et Crowfoot a répondu : oui, je le suis. Il s'est ensuite adressé à Red Crow, vous êtes le suivant. À l'est ou à l'ouest de la réserve de Pied-de-Corbeau? Choisissez la région que vous voulez pour vos réserves. L'autre bout sera attribué à la tribu Peigan. Lorsque l'aide du gouvernement arrivera, ils seront envoyés au même endroit. C'est ce que le Grand Homme Blanc a dit à Red Crow qui lui a répondu : « Non, je retourne aux buttes Belly et Whoop-Up, et c'est là que je m'établirai ». Grand Homme Blanc a répondu et dit à Red Crow : « Vous avez signé un traité de paix. C'est indiscutable. Ce que je vous dis se fera. Nous ajournerons la réunion à demain. Quand vous entendrez le premier coup de canon au matin, cela voudra dire que vous devrez vous préparer à venir à la réunion. Le deuxième coup de canon signifiera que la réunion commence.

Le lendemain matin, le premier coup de canon a retenti et les pouvoirs spirituels de Red Crow était déjà prêts, pouvoirs qu'il utilisait sur les sentiers de guerre. Le deuxième coup a retenti et il s'est rendu là où la réunion devait avoir lieu. Il est arrivé en dernier. Grand Homme Blanc et les autres hauts fonctionnaires ainsi que tous les autres chefs tribaux l'attendait déjà. Il s'est dirigé directement où Grand Homme Blanc était assis et lui offert de lui serrer la main, ce que Grand Homme Blanc a accepté. C'est alors qu'il a dit à Grand Homme Blanc : « Ce que je vais vous dire, c'est exactement ce qui va se passer, alors que vous me regardez. Cette terre que vous voyez est ce que je possède et tous les gens qui sont ici la possèdent aussi. Je donnerai les ordres. Pour vous qui êtes nés au-delà des grandes eaux, c'est là que vous donnerez vos ordres. J'ai signé le traité de paix pour que nous soyons frères toute notre vie, et à l'avenir, alors

mother, blood relations and relatives are all buried in Belly Buttes and Whoop-Up, and that goes for all the Blood tribe because I know this part of the country for a fact. In winters, there are times when the buffalo freeze to death over at Belly Buttes and Whoop-Up. There is plenty of shelter to camp and the buffalo also spend the winter in that area.” When he got through talking to Tall white Man, he just leaned way back on his seat and he answered, “What you have just said is true. You have every right to choose which land you want to keep during the negotiations.” On the Peace Treaty, Tall White Man never mentioned land deal when he promised to pay \$12.00 every year as long as the sun shines and rivers flow.

[135] The documentary record shows that if not at the time of Treaty No. 7, then very soon thereafter, Red Crow made it known that he would not take a reserve at the Bow River location, but wanted to be at the Belly Buttes and, as stated previously, as soon as the treaty was done, he left Blackfoot Crossing for the Belly Buttes.

[136] On the selection of reserve locations in Treaty No. 7, I prefer the view of Dr. Carter who writes:

It is remarkable that [Colonel] Macleod was able to visit all of the Treaty 7 people (Sikiska, Piikani, Kainai, Tsuu T’ina, Stoney-Nakada) camping at Blackfoot Crossing and secure their agreement to reserve locations in such a short space of time. He would have had to then give the descriptions to Laird, who was preparing the “draft” treaty for the conclusion of the treaty on Saturday September 22nd.

[137] Little turns on the alleged agreement to the location of the Blood reserve at the time of Treaty No. 7, as it was subsequently changed by agreement. However, the unilateral selection by the white men, or ignoring the wishes of the Blood Tribe, suggests that the Blood were given short shrift by the white men regarding their reserve, and this treatment is a harbinger of future actions.

[138] Originally, Potts, a NWMP interpreter, was providing interpretation but it is agreed that he was not up to the task. There is also evidence, including oral history

que vous me regardez, mon père, ma mère et mes liens de sang et mes proches sont tous enterrés aux buttes Belly et Whoop-Up, et c’est aussi valable pour l’ensemble de la tribu des Blood, car je connais pertinemment cette partie du pays. En hiver, les bisons meurent de froid aux buttes Belly et Whoop-Up. Il y a de nombreux abris où camper et les bisons passent aussi l’hiver dans cette région. » Quand il a fini de parler à Grand Homme Blanc, il s’est simplement rassis sur sa chaise et il a répondu : « Ce que vous venez de dire est vrai. Vous avez tout à fait le droit de choisir la terre où que vous souhaitez garder pendant les négociations. » Dans le traité de paix, Grand Homme Blanc n’a jamais mentionné d’entente foncière lorsqu’il a promis de payer 12 \$ par an tant que le soleil brillera et que les rivières couleront.

[135] Selon la preuve documentaire, au moment de la conclusion du Traité n° 7 ou très peu de temps après, Red Crow a fait savoir qu’il ne prendrait pas de réserve à l’emplacement de la rivière Bow, mais il voulait être aux buttes Belly, comme cela a été mentionné précédemment, dès que le traité a été signé, il a quitté Blackfoot Crossing pour rejoindre les buttes Belly.

[136] En ce qui a trait au choix des emplacements des réserves dans le Traité n° 7, j’opte pour le point de vue exprimé par M^{me} Carter qui écrit :

[TRADUCTION] Il est remarquable que [le colonel] Macleod ait été en mesure de rendre visite à tous les peuples visés par le Traité 7 (Sikiska, Piikani, Kainai, Tsuu T’ina, Stoney-Nakada) qui campaient à Blackfoot Crossing et d’obtenir leur accord quant aux emplacements de réserve en si peu de temps. Il aurait ensuite dû donner les descriptions à M. Laird, qui préparait l’« ébauche » du traité aux fins de conclusion du traité le samedi 22 septembre.

[137] L’accord allégué a peu d’importance étant donné que l’emplacement de la réserve des Blood au moment de la conclusion du Traité n° 7 a ensuite été modifié par consentement. Toutefois, le choix unilatéral par les hommes blancs ou le fait de ne pas prendre en compte les volontés de la tribu des Blood, indique que les Blood ont été traités sans ménagement par les hommes blancs concernant leur réserve et que ce traitement laisse présager de futures actions.

[138] Initialement, M. Potts, un interprète de la P.C.N.-O., était chargé de l’interprétation, mais il est entendu qu’il n’était pas à la hauteur. Selon certains autres éléments

evidence, that Potts was fond of drink and was intoxicated during most of this time. Dr. Evans states that Bird was married to a Blood woman (an Aunt of Red Crow) and had been the interpreter at the Lame Bull Treaty.

[139] Laird reports [at page 259] that on September 22nd, “the treaty having been interpreted to the Indians” the Chiefs, including Red Crow, agreed to its terms, and “L’Heureux, being familiar with the Blackfoot language, attached the Chief’s names to the document at their request and witnessed their marks.” Indeed Treaty No. 7 shows L’Heureux as a witness, and recites that it was “Signed by the Chiefs and Councillors in presence of the following witnesses, the same having been explained by James Bird, Interpreter”. It is noted that Laird was of the view that L’Heureux was “familiar” with the Blackfoot language, whereas the Blackfoot themselves were of the view that he was not proficient enough to act as their interpreter when making Treaty No. 7. In any event, it appears from Laird’s account that all L’Heureux did was write the chiefs’ names on the document that had been prepared the night before, and serve as a witness.

[140] With respect to the reserves for the Indians, Treaty No. 7 provided “that Reserves shall be assigned them of sufficient area to allow one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families, and that Reserves shall be located as follows”. What follows are descriptions of three reserves: A single block of land on the north side of the Bow and South Saskatchewan Rivers for the “Blackfeet, Blood and Sarcee Bands of Indians”, and separate reserves for the Peigan and Stoney Bands.

[141] After the signing of the treaty, the Commissioners distributed the payments to those assembled. Laird reports that 4 392 were paid. Of note, in his Annual Report for the year ended 30th June 1877, Minister Mills writes that some 14 949 Indians were paid under treaties Nos. 4, 6 and 7 and that:

de preuve, y compris des éléments de preuve fondés sur l’histoire orale, M. Potts aimait boire et était ivre la plupart du temps. M. Evans indique que M. Bird était marié à une femme Blood (la tante de Red Crow) et qu’il avait tenu le rôle d’interprète lors de la conclusion du Traité de Lame Bull.

[139] M. Laird souligne [à la page 259] que le 22 septembre, [TRADUCTION] « le traité ayant été interprété aux Indiens », les chefs, y compris Red Crow, en ont accepté les modalités et [TRADUCTION] « M. L’Heureux, qui connaît la langue pied-noir, a inscrit le nom des chefs sur le document à leur demande et a été témoin de leurs marques ». En effet, le nom de M. L’Heureux figure à titre de témoin sur le Traité n° 7 où il est indiqué qu’il a été [TRADUCTION] « Signé par les chefs et conseillers [...] en présence des témoins suivants, ledit traité ayant été au préalable lu et expliqué par James Bird, interprète ». Il est noté que M. Laird était d’avis que M. L’Heureux [TRADUCTION] « connaissait » la langue pied-noir, tandis que les Pieds-Noirs eux-mêmes pensaient qu’il ne maîtrisait pas assez la langue pour être leur interprète lors de la conclusion du Traité n° 7. Quoi qu’il en soit, d’après le récit de M. Laird, il semble que M. L’heureux n’a fait qu’écrire les noms des chefs sur le document qui avait été préparé la veille, et servir de témoin.

[140] En ce qui a trait aux réserves pour les Indiens, le Traité n° 7 prévoit la mise [TRADUCTION] « à part des réserves propres à la culture de la terre, pourvu que toutes telles réserves ne devront pas excéder en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites, et lesdites réserves seront placées aux endroits suivants ». Voici une description des trois réserves : une seule parcelle de terre du côté nord des rivières Bow et South Saskatchewan pour les réserves [TRADUCTION] « des Pieds-Noirs, des Blood, et des Sarcis » et des réserves distinctes pour les bandes des Peigan et des Stoney.

[141] Après la signature du traité, les commissaires ont distribué des versements aux personnes assemblées. M. Laird indique que 4 392 personnes ont été payées. Il convient de souligner que dans son rapport annuel pour l’année s’étant terminée le 30 juin 1877, le ministre Mills écrit que quelque 14 949 indiens ont été payés aux termes des traités n^{os} 4, 6 et 7 et que :

Besides the Indians who have received payments, there are some in both Treaties Nos. 4 and 6, and a still larger number in Treaty No. 7, concluded last year, who have not yet received any payment. Mr. Laird is of the opinion that (including the paid Indians) the total number of Treaty Indians in his Superintendency may be estimated approximately at 17,000. [Emphasis added.]

[142] Minister Mills reports that the land surrendered under Treaty No. 7 was about 50 000 square miles of land. He reports that 4 392 Indians (from the Blackfoot, Blood, Sarcee, Peigan, and Stoney Bands) were paid gratuities at the time of Treaty and “[n]o estimate is given of the number of Indians not present, but the total number in the Treaty limits will probably not fall short of 5,000”.

[143] The Treaty payroll for 1877 shows that at the time of Treaty No. 7 in 1877, 1 234 Blackfoot were paid, 1 810 Blood were paid, and 589 Peigan were paid. The Treaty payroll for 1878 shows that 2 488 Blood Tribe members were paid. It shows that many of these received the 1877 payment as well, as they had not been present at Blackfoot Crossing. The payments indicated in the annual Treaty annuity paylists for the Blackfoot, Blood, and Peigan, are summarized in Appendix 2 of Dr. Evans’ Report, and is attached as Appendix E.

c. *Locating the Blood Reserve and the Red Crow Agreement*

[144] In September and October 1878, William Ogilvie commenced a survey of the reserves at the Bow River. He never completed this, as it became clear that neither the Blood nor the Sarcee wanted their reserves there.

[145] Both Dr. Carter and Ms. Holmes say that in 1878 during the payment of annuities to the Blood Tribe at Fort Kipp, Red Crow informed the Commissioners that he would take his reserve on the Belly River. Dr. Carter writes:

[TRANSCRIPTION] Mis à part les Indiens qui ont reçu des paiements, certains n’ont toujours reçu aucun paiement relative-ment aux deux traités 4 et 6, et encore plus pour le traité 7, signé l’année dernière. M. Laird est convaincu que (y compris les Indiens ayant été payés) le nombre total d’Indiens visés par un traité sous sa surintendance peut être estimé à près de 17 000. [Non souligné dans l’original.]

[142] Le ministre Mills indique que les terres cédées aux termes du Traité n° 7 représentent environ 50 000 milles carrés de terre. Il indique que 4 392 Indiens (des bandes des Pieds-Noirs, des Blood, des Sarceis, des Peigan et des Stoney) ont perçu des gratifications au moment de la conclusion du Traité et qu’ [TRANSCRIPTION] « aucune estimation du nombre d’Indiens absent n’est donnée, mais le nombre total de limites visées par le Traité ne sera probablement pas inférieur à 5 000 ».

[143] La liste des bénéficiaires de versements aux termes du Traité pour 1877 montre qu’à la conclusion du Traité n° 7 en 1877, 1 234 Pieds-Noirs, 1 810 Blood et 589 Peigan ont été payés. La liste des bénéficiaires de versements aux termes du Traité pour 1878 montre que 2 488 membres de la tribu des Blood ont été payés. Selon cette liste, bon nombre de ces membres ont aussi reçu le versement de 1877 comme ils n’étaient pas présents à Blackfoot Crossing. Les versements indiqués dans les listes de bénéficiaires d’annuités du Traité pour les Pieds-Noirs, les Blood et les Peigan, sont résumés à l’annexe 2 du rapport de M. Evans et figure à l’annexe E.

c. *Sélection de l’emplacement de la réserve des Blood et accord avec Red Crow*

[144] En septembre et en octobre 1878, William Ogilvie a commencé un levé des réserves aux abords de la rivière Bow. Il n’a jamais achevé le levé, car il est clairement apparu que ni les Blood ni les Sarcee ne voulaient y établir leurs réserves.

[145] M^{me} Carter et M. Holmes disent toutes les deux qu’en 1878, lors des versements d’annuités à la tribu des Blood à Fort Kipp, Red Crow a informé les commissaires qu’il établirait sa réserve aux abords de la rivière Belly. M^{me} Carter écrit :

Cecil Denny of the NWMP recalled in his memoir [Cecil Denny, *The Riders of the Plains* (Calgary: The Herald Company, 1905), p 106, 112-113] that in 1878 he had to inform Crowfoot that the Bloods “would have a separate reservation given them in the south” and that “surveyors would come up the following year to lay out all the reserves.” Denny wrote that “for two days he [Crowfoot] would not hear of, insisting that the Bloods and Blackfeet should have their reserve together as agreed in the treaty of the previous year...It was the most difficult job I ever undertook to make him agree to the change, and it was only after two days’ steady talk that he finally gave in.

[146] They also rely on a similar statement made by Hugh Dempsey (Dempsey) in his book *The Great Blackfoot Treaties* (Calgary: Heritage House Co. Ltd., 2015), page 130. Dempsey appears to rely on a statement in Denny’s memoir for this information. Dr. Evans does not think this statement is correct. It is his view that Red Crow’s statement that the Blood wished a separate reserve was made during the 1879 Treaty annuity payments, and not during the 1878 payments.

[147] Dr. Evans points to the lack of contemporaneous notes and reports to conclude that the reserve location was likely not mentioned at that time. He thinks that Denny’s recollection in 1905 is likely wrong as it is some time after the event, and he points to the lack of a reference by Dempsey as authority for his statement. Dr. Evans writes that Colonel Macleod met with Chiefs at this time and they did not raise the issue. Lastly, he notes that Denny is not named as someone present during the 1878 Treaty annuity payments. I note that Dr. Evans has no reference in his report to Denny being present at any annuity payment prior to 1883.

[148] Little rests on whether Denny is correct that Red Crow made this statement to the Commissioners at the 1878 annuity payments or not. Even Dr. Evans acknowledges that he did make such a statement to Dewdney in 1879. I note that Denny does not say that the statement

[TRADUCTION] Dans son mémoire [Cecil Denny, *The Riders of the Plains* (Calgary : The Herald Company, 1905), aux pages 106, 112 à 113], Cecil Denny, de la P.C.N.-O., se rappelle qu’en 1878, il a dû informer Crowfoot que les Blood [TRADUCTION] « se verraient attribuer une réserve distincte dans le Sud » et que [TRADUCTION] « les arpenteurs viendraient le jour suivant pour délimiter toutes les réserves ». M. Denny a écrit que [TRADUCTION] « pendant deux jours, il [Crowfoot] ne voulait rien entendre, insistant pour dire que les Blood et les Pieds-Noirs devraient avoir une réserve ensemble, tel que cela a été entendu dans le traité de l’année précédente [...] C’est la tâche la plus difficile que j’ai entreprise pour qu’il accepte le changement, et ce n’est qu’après deux jours de discussions constantes qu’il a finalement cédé.

[146] Elles se sont aussi fondées sur des déclarations similaires de Hugh Dempsey (M. Dempsey) dans son livre *The Great Blackfoot Treaties* (Calgary : Heritage House Co. Ltd., 2015), à la page 130. M. Dempsey semble se fonder sur une déclaration dans un mémoire de M. Denny pour offrir ce renseignement. M. Evans ne pense pas que cette déclaration soit correcte. Il pense que la déclaration de Red Crow selon laquelle les Blood souhaitaient une réserve distincte a été faite lors des versements des annuités aux termes du Traité de 1879 et non lors des versements 1878.

[147] M. Evans souligne que le manque de notes et de rapports de l’époque permettent de conclure que l’emplacement de la réserve n’a probablement pas été mentionné à ce moment-là. Il pense que le souvenir de M. Denny en 1905 est probablement erroné, puisque du temps s’était écoulé depuis l’événement et il souligne le manque de renvoi de la part de M. Dempsey à l’appui de sa déclaration. M. Evans écrit que le colonel Macleod a rencontré les chefs à ce moment-là et qu’ils n’ont pas soulevé la question. Enfin, il souligne que M. Denny n’est pas nommé en tant que personne présente lors des versements des annuités aux termes du Traité de 1878. Je souligne que dans son rapport, M. Evans ne fait nullement allusion à la présence de M. Denny lors d’un versement d’annuités avant 1883.

[148] Peu repose sur la question de savoir si M. Denny a raison de dire ou non que Red Crow a fait cette déclaration aux commissaires lors des versements des annuités de 1878. Même M. Evans reconnaît qu’il a fait une telle déclaration à M. Dewdney en 1879. Je souligne que

was made directly to him; it may have been made to someone else and reported to Denny. In any event, I prefer to accept the recollection of Denny over Dr. Evans whose opinion is based on an assumption that the statement was made directly to Denny. I do so even though the memoir was written some years later. As I say, nothing really hangs on this point. Red Crow made his wishes clear in 1879, if not earlier in 1877 when, after signing Treaty No. 7, he left for the Belly Buttes.

[149] In July 1879, Dewdney had Surveyors Allan Patrick (Patrick) and John C. Nelson (Nelson) accompany him “while he selected the location of ... the Peigan Reserve”. Patrick left Nelson to survey that reserve while he accompanied Dewdney to Calgary “in order that a reserve might be decided upon for the Stony Indians”. He reports that he “instructed Mr. Nelson to complete the Peigan Reserve, the survey of which I found on my return had been most satisfactorily made”.

[150] In Dewdney’s report dated January 2, 1880, he mentions that the Blood Reserve has not yet been determined:

The Blood Indians, the largest tribe of the Blackfoot nation, have not as yet settled on their reservation; they have, however, expressed, on more than one occasion, their determination to do so.

I have reported fully on their wishes, in respect to their reservation, and I am in hopes that next summer will see a large number of them engaged in agriculture and stock raising. [Emphasis added.]

[151] Dewdney, in a letter to Vankoughnet, dated December 15, 1879, details the wishes of the Blood Tribe regarding their reserve:

I have the honor to inform you that the “Blood” Indians are very desirous of having a Reserve apart from the other Indians of the “Blackfeet” nation, & made a formal application to me at an interview I had with them about two

M. Denny n’a pas dit que la déclaration lui avait été faite directement; elle a pu être faite à une autre personne et rapportée à M. Denny. Quoi qu’il en soit, je préfère accepter le souvenir de M. Denny plutôt que l’opinion de M. Evans qui est fondée sur l’hypothèse que la déclaration a été faite directement à M. Denny. Je le préfère même si le mémoire a été écrit quelques années plus tard. Comme je le dis, rien ne dépend vraiment de ce point. Red Crow a été clair au sujet de ce qu’il souhaitait en 1879, peut-être même avant en 1877, lorsqu’après la signature du Traité n° 7, il est parti pour rejoindre les buttes Belly.

[149] En juillet 1879, M. Dewdney a demandé à Allan Patrick (M. Patrick) et à John C. Nelson (M. Nelson) de l’accompagner [TRADUCTION] « pendant qu’il sélectionnait l’emplacement de [...] la réserve des Peigan ». M. Patrick a laissé M. Nelson arpenter cette réserve pendant qu’il a accompagné M. Dewdney à Calgary [TRADUCTION] « afin que l’on décide d’une réserve pour les Indiens Stony ». Il indique qu’il [TRADUCTION] « a demandé à M. Nelson d’achever la réserve des Peigan, dont le levé, comme je l’ai découvert à mon retour, avait été fait de manière satisfaisante ».

[150] Dans son rapport du 2 janvier 1880, M. Dewdney mentionne que la réserve des Blood n’a pas encore été établie :

[TRADUCTION]

Les Indiens Blood, la plus grande tribu de la nation des Pieds-Noirs, ne se sont pas encore établis dans sa réserve; ils ont toutefois exprimé à plusieurs reprises leur intention de le faire.

J’ai signalé l’intégralité de leurs volontés pour ce qui est de leur réserve, et j’espère que l’été prochain, bon nombre d’entre eux se livreront à l’agriculture et à l’élevage. [Non souligné dans l’original.]

[151] M. Dewdney, dans une lettre adressée à M. Vankoughnet, datée du 15 décembre 1879, détaille les volontés de la tribu des Blood concernant leur réserve :

[TRADUCTION] J’ai l’honneur de vous informer que la tribu des Blood souhaite avoir une réserve distincte de celles des autres Indiens de la nation des Pieds-Noirs et m’a présenté une demande officielle en ce sens à l’occasion d’un entretien

months ago. “Mekasto” the Head Chief spoke first, then “Running Rabbit” and all the minor chiefs one after the other followed in the same direction, they said they were all of one mind. They wanted the Reservation in the neighbourhood of Fort Kipp, where they say these Indians have mostly resided & where the bones of my ancestors lie. Upon my informing them it was out of my power to alter the treaty as agreed upon by them, they then requested that I would make known their wishes to the Government while at Ottawa.

I told them one objection I saw was that after the Treaty was made with them in 1877, several white men had settled in that locality, & had made considerable improvements, & they would have to be got rid of by the Government. They replied that there were only two of them there & that they would not trouble them. I promised to attend to this matter for them as soon as I arrived in Ottawa, & would give them an early reply.

Except at the time the Treaty was made, & this year when it was found more convenient to pay at Fort Macleod, the “Bloods” by agreement have received their Annuity at Fort Kipp.

“Crowfoot” the Chief of another branch of the “Blackfoot” Nation was annoyed at this when “Mekasto” first made application to be paid there, as he (Crowfoot) at the time of the Treaty had taken the foremost part in the negotiations & had been put forward by Mr. Jean L’Heureux as the Head Chief or King of the Blackfoot Nation & he did not like to see his authority diminished by the “Bloods” moving to a separate Reservation.

I found at the Payments this year that there was an unfriendly feeling or rather a cooling between the “Bloods” & “Blackfeet”, & when “Three Bulls” a minor chief, Head Soldier & Brother of “Crowfoots”, arrived at Fort Macleod from Cyprus (where he had been after Buffalo) for the Payments, the “Bloods” moved to the opposite side of the River as soon as they found the “Blackfeet” intended camping near them, & they did not mix with each other at all.

The “Bloods” represent nearly half the “Blackfeet” Nation and I am of the opinion that it would be desirable that they should be allowed to have their Reservation independently of the others and thus prevent the centralization of so large a number of Indians in one locality.

I should be glad if you would submit this to the Right Honourable the Supⁿ Genl. of Indian Affairs at an early

avec la tribu il y a environ deux mois. « Mekasto », le chef principal, a parlé en premier, puis « Running Rabbit » et tous les sous-chefs ont exprimés les uns après les autres la même opinion. Ils ont indiqué être tous du même avis. Ils voulaient leur réserve aux environs de Fort Kipp, où vivent selon eux la plupart de leurs Indiens, et où reposent les os de leurs ancêtres. Après que je leur eus dit que je n’étais pas investi du pouvoir de modifier le traité auquel ils avaient donné leur accord, ils ont demandé que je fasse part de leurs volontés au gouvernement lorsque je me rendrais à Ottawa.

Je leur ai dit que l’une des objections que j’y voyais était qu’après la conclusion du Traité avec eux en 1877, plusieurs hommes blancs s’étaient établis dans cette localité, qu’ils y avaient apporté de considérables améliorations et que le gouvernement devrait leur demander de s’en séparer. Ils ont répondu qu’ils n’étaient que deux là-bas et qu’ils ne leur causeraient pas d’ennuis. J’ai promis de me pencher sur cette question pour eux dès mon arrivée à Ottawa et que je leur donnerai une réponse tôt.

Sauf qu’au moment où le Traité a été signé et qu’il a été décidé cette année qu’il était plus pratique d’effectuer des versements à Fort Macleod, les « Blood » ont obtenu leurs annuités à Fort Kip par consentement.

« Crowfoot », le chef d’un autre groupe des Pieds-Noirs était contrarié par ce fait lorsque « Mekasto » a demandé à être payé là-bas pour la première fois, étant donné qu’il (Crowfoot), au moment de la conclusion du Traité avait pris le devant des négociations et avait été mis en avant par M. Jean L’Heureux comme chef principal ou roi de la nation des Pieds-Noirs et il n’a pas apprécié que son autorité soit minée par le déplacement des « Blood » dans une autre réserve.

Lors des versements cette année, l’atmosphère était froide ou plutôt les relations entre les « Blood » et les « Pieds-Noirs » s’étaient refroidies et lorsque « Three Bulls », sous-chef, soldat en chef et frère de « Crowfoot », est arrivé de Cyprus à Fort Macleod (où il chassait le bison) pour les versements, les « Blood » sont partis s’installer de l’autre côté de la rivière dès qu’ils ont appris que les « Pieds-Noirs » avaient l’intention d’installer leur campement près d’eux et qu’ils ne se mélangeaient pas du tout.

Les « Blood » représentent près de la moitié de la nation des « Pieds-Noirs » et je suis d’avis qu’il serait souhaitable qu’ils aient le droit d’avoir une réserve indépendamment des autres et évitent ainsi la centralisation d’un si grand nombre d’Indiens à un seul endroit.

Je vous saurais gré de transmettre cela au très honorable surintendant général des affaires des Sauvages aussitôt que

day, as should it be considered advisable to carry out the wishes of the “Blood” Indians, I propose to notify them, so that some work might be done on the Reservation this spring.

[152] Dr. Evans notes in his report that the “Blood chiefs’ comments were consistent with earlier sources which link the Blood and other Blackfoot tribes to the Belly River area at least as far back as the 1830s”.

[153] Upon receipt of this request from Dewdney, on December 19, 1879, Vankoughnet writes to Surveyor General Lindsay Russell (Russell) asking whether the Blood Reserve can be put separately near Fort Kipp. This letter is misplaced until March 14, 1880, when Russell responds that he is not aware of any objection in the interests of the Dominion Lands to the request to locate the reserve at Fort Kipp.

[154] On March 16, 1880, Vankoughnet writes to Macdonald, attaching Dewdney’s letter and recommends that a separate Blood Reserve be created, as requested. He writes:

The Blood Indians are said to number at least one-half of the Blackfeet Tribe; consequently, if a Reserve be allotted them elsewhere than first arranged, a corresponding deduction should be made from the Reserve allotted by the Treaty to the Blackfeet Nation

[155] Macdonald prepares a report dated March 19, 1880, for the Privy Council about Vankoughnet’s recommendations and comments that Dewdney and Colonel Macleod would need to obtain a surrender from the Blood Tribe of its interest in the Treaty No. 7 reserve. The Report of the Privy Council, approved by the Governor General became Order in Council P.C. 1880-0565. It provides, in relevant part:

For the reasons stated in his Report the Minister recommended that authority be given under Section 26, Subsections 1 and 2 of the Indian Act 1876 to C. Dewdney

possible, tout comme il serait jugé souhaitable de réaliser les volontés des Indiens « Blood »; je propose de les aviser afin que des travaux soient effectués dans la réserve ce printemps.

[152] M. Evans souligne dans son rapport que [TRADUCTION] « les commentaires des chefs des Blood étaient conformes à des sources antérieures qui lient les Blood à d’autres tribus pieds-noirs dans la région de la rivière Belly, au moins depuis les années 1830 ».

[153] Après avoir reçu la demande de M. Dewdney, le 19 décembre 1879, M. Vankoughnet écrit à l’arpenteur général, Lindsay Russell (M. Russell) pour le demander si la réserve des Blood peut être établie séparément, près de Fort Kipp. Cette lettre est égarée jusqu’au 14 mars 1880, lorsque M. Russell répond qu’il n’a connaissance d’aucune objection aux intérêts des terres fédérales relativement à la demande d’établir la réserve à Fort Kipp.

[154] Le 16 mars 1880, M. Vankoughnet écrit à M. Macdonald, en joignant la lettre de M. Dewdney et recommande qu’une réserve des Blood distincte soit établie, tel que cela est demandé. Voici ce qu’il écrit :

[TRADUCTION]

Les Indiens Blood sont réputés constituer au moins la moitié de la tribu des Pieds-Noirs; par conséquent, si une réserve leur est attribuée ailleurs que ce qui a été initialement été entendu, il faudrait déduire l’équivalent de la réserve attribuée par le Traité à la nation des Pieds-Noirs [...]

[155] M. Macdonald prépare un rapport daté du 19 mars 1880 à l’attention du conseil privé sur les recommandations et les commentaires de M. Vankoughnet selon lesquels M. Dewdney et le colonel Macleod auraient besoin d’obtenir une cession par la tribu des Blood de son intérêt dans la réserve attribuée aux termes du Traité n° 7. Le rapport du Conseil privé, approuvé par le gouverneur général est devenu le décret C.P. 1880-0565. En voici un passage pertinent :

[TRADUCTION]

Pour les motifs énoncés dans le rapport, le ministre recommande qu’aux termes des paragraphes 1 et 2 de l’article 26 de l’*Acte relatif aux Sauvages* de 1876, Monsieur

Esquire, Indian Commissioner for the North West Territories and Manitoba, and Lieut. Colonel McLeod, Commissioner of the North West Mounted Police, to attend a Council of the Blackfoot Nation interested in said Reserve, to be summoned by Mr. Dewdney for the purpose and to submit a proposition to them to surrender such portion of the Reserve allotted to them under Treaty stipulations as would be the proper share of the Blood Band, were that Band to settle upon the said Reserve, with a view to a Reserve near Fort Kipp being assigned to the Blood Indians, in accordance with their desire. And should the Indians assent to the proposal, the gentlemen above referred to should take a surrender from them executed in accordance with the provisions of the Indian Act 1876 covering the land in question.

[156] The surrender provisions in sections 36 and 37 of *The Indian Act*, 1880 required, among other things, a vote among the adult male members of the Band assenting to the surrender of reserve land. Those provisions read as follows:

Provisions respecting sale or lease of reserves.

36. No reserve or portion of a reserve shall be sold, alienated or leased until it has been released or surrendered to the Crown for the purposes of this Act, excepting that in cases of aged, sick and infirm Indians and widows or children left without a guardian, the Superintendent-General shall have the power to lease the lands to which they may be entitled for their support or benefit.

Conditions precedent for validity of release or surrender of a reserve.

37. No release or surrender of a reserve, or portion of a reserve, held for the use of the Indians of any band or of any individual Indian, shall be valid or binding, except on the following conditions :—

Assent of band.

1. The release or surrender shall be assented to by a majority of the male members of the band of the full age of twenty-one years, at a meeting or council thereof summoned for that purpose according to their rules, and held in the presence of the Superintendent-General, or of an officer duly authorized to attend such council by the Governor in Council or by the Superintendent-General: Provided, that no Indian shall be entitled to vote or be present at such council, unless he habitually resides on or near and is interested in the reserve in question :

C. Dewdney, commissaire des Indiens des Territoires du Nord-Ouest et du Manitoba, ainsi que le lieutenant-colonel Macleod, commissaire de la Police à cheval du Nord-Ouest, soient autorisés à participer à un conseil de la nation des Pieds-Noirs intéressé par ladite réserve, convoqué par M. Dewdney aux fins proposées; et à présenter à la nation une proposition selon laquelle cette dernière céderait une partie de la réserve lui ayant été attribuée aux termes du Traité, d'une superficie correspondant à la part que l'on attribuerait à la bande des Blood si cette bande avait choisi de s'établir dans ladite réserve, en vue de la création d'une réserve à l'intention de la bande des Blood aux environs de Fort Kipp, conformément à leurs volontés. Si les Indiens acceptent la proposition, les messieurs susmentionnés doivent consigner la cession en bonne et due forme conformément aux dispositions de l'*Acte des Sauvages*, 1876 à cet égard.

[156] Les dispositions relatives à la cession des articles 36 et 37 de l'*Acte relatif aux Sauvages*, 1880 nécessitaient, entre autres, un vote des hommes de la bande ratifiant la cession des terres de réserve. Ces dispositions sont ainsi rédigées :

Cession nécessaire avant la vente des réserves.

36. Nulle réserve ou partie de réserve ne pourra être vendue, aliénée ou affermée avant d'avoir été cédée ou abandonnée à la Couronne pour les objets prévus au présent acte ; mais, dans le cas de Sauvages âgés, malades ou infirmes et de veuves ou enfants sans tuteur, le Surintendant-Général aura le pouvoir de donner à bail pour leur soutien et profit les terres auxquelles ils auront droit.

A quelle condition une cession sera valide.

37. Nulle cession ou abandon d'une réserve ou d'une partie de réserve à l'usage d'une bande, ou de tout Sauvage individuel ne sera valide ou obligatoire s'il n'est fait aux conditions suivantes :—

Consentement de la bande.

1. La cession ou abandon sera ratifié par la majorité des hommes de la bande qui auront atteint l'âge de vingt et un ans révolus, à une assemblée ou conseil convoqué à cette fin conformément aux usages de la bande, et tenu en présence du Surintendant-Général, ou d'un officier régulièrement autorisé par le Gouverneur en conseil ou le Surintendant – Général à y assister; mais nul Sauvage ne pourra voter ou assister à ce conseil s'il ne réside habituellement sur la réserve en question ou près de cette réserve, et s'il n'y a un intérêt :

Proof of assent.

2. The fact that such release or surrender has been assented to by the band at such council or meeting, shall be certified on oath before some judge of a superior, county or district court, or Stipendiary Magistrate, by the Superintendent-General, or by the officer authorized by him to attend such council or meeting, and by some one of the chiefs or principal men present thereat and entitled to vote, and when so certified as aforesaid shall be submitted to the Governor in Council for acceptance or refusal.

[157] The substance of the Order in Council is transmitted to Dewdney who is asked to execute its terms. By letter dated September 18, 1880, to Vankoughnet, Dewdney advises that on his return he “notified the Bloods I will hold council with them, by this time I am in hope Col. Macleod will be back”.

[158] In another letter of the same date, Dewdney describes the situation he finds at Fort Macleod:

A large number of Bloods are here, some 800, all receiving rations and very little work being done in return. No arrangement has been made about this Reservation. They refuse to go to the Blackfoot Crossing & Crowfoot being across the line and no certainty of when he will return, I do not know how to act.

Micasto the head Chief, and a very good man, is anxious to go on his Reserve to commence work, and is ashamed to hang around the way he does having no place to go—the Circees a small Band included in the Blackfoot Crossing Reserve are also anxious to settle by themselves, they cannot agree with the Blackfeet and never will and unless separated there will be a row. My impression is that it is most desirable that the Blackfeet, Bloods and Circees should be apart and if Crowfoot does not return before I leave I feel I must take the responsibility of making the arrangements. They are all being fed and we are losing time, another season will be lost if we do not make a start for these Indians this autumn.

Col. Macleod is away but is expected back daily. I will do nothing until I see him—but something must be done—it has come to this that thousands of Indians in this southern country must be fed if they come back from across

Preuve du consentement.

2. Le fait que la cession ou abandon a été consenti par la bande à ce conseil ou assemblée devra être attesté sous serment devant un juge d’une cour supérieure, cour de comté ou de district, ou devant un magistrat stipendiaire, par le Surintendant-Général ou par l’officier autorisé par lui à assister à ce conseil ou assemblée, et par l’un des chefs ou principaux ayants-droit de vote qui y aura assisté ; et après que ledit fait aura été ainsi certifié, le consentement sera soumis au Gouverneur en conseil, pour qu’il l’accepte ou le refuse.

[157] La teneur du décret est transmise à M. Dewdney à qui on demande d’en faire appliquer les modalités. Par une lettre signée le 18 septembre 1880 à l’attention de M. Vankoughnet, M. Dewdney indique qu’à son retour il a [TRADUCTION] « avisé les Blood qu’il convoquerai[t] un conseil avec eux, d’ici là [il] espère que le colonel Macleod sera de retour ».

[158] Dans une autre lettre du même jour, M. Dewdney décrit la situation qu’il constate à Fort Macleod :

[TRADUCTION] Un grand nombre de Blood étaient ici, près de 800. Ils recevaient tous des rations et très peu de travail est fait en échange. Aucun accord n’a été conclu relativement à cette réserve. Ils refusent d’aller à Blackfoot Crossing; Crowfoot étant de l’autre côté de la frontière et ne sachant pas avec certitude quand il reviendra, je ne sais pas quoi faire.

Micasto, le chef principal, et un homme très bon, est très impatient d’aller dans sa réserve pour commencer à travailler et il a honte d’attendre comme il le fait sans avoir nulle part où aller, les Circee, une petite bande incluse dans la réserve de Blackfoot Crossing, sont aussi impatients de s’établir seuls; ils ne parviennent pas à s’entendre avec les Pieds-Noirs et ne s’entendront jamais. À moins qu’ils soient séparés, cela mènera à une dispute. Selon moi, il est très souhaitable que les Pieds-Noirs, les Blood et les Circee soient séparés et si Crowfoot ne revient pas avant mon départ, je pense que je dois endosser la responsabilité de prendre des dispositions. Ils reçoivent tous des vivres et nous perdons du temps, une autre saison sera perdue si nous ne prenons pas un peu d’avance avec ces Indiens cet automne.

Le colonel Macleod est parti, mais on s’attend à son retour d’un jour à l’autre. Je ne ferai rien avant de l’avoir vu, mais quelque chose doit être fait, nous en sommes au point où il va falloir distribuer des vivres à des milliers d’Indiens

the line—the country north of the line is barren of game, and I can see that the expenditure is going to be enormous compared to what it has been in the past—for the Indians have the for the last year not only to hunt when over the line but to protect their lives and property—many of the former have been lost and when they return they will not go back to the states.

[159] Given the perceived urgency as described above, and the absence of Crowfoot, Dewdney does indeed take matters in his own hands and gets Red Crow to make a “release” to allow the Blood to begin settling near Fort Kipp. This release describes settling “a Reserve on the Belly River in the neighbourhood of the Mouth of the Kootenai River” and it says that the Bloods will give up all the rights, titles and privileges related to their shared reserve, if they are granted a separate reserve. The Agreement is dated September 25, 1880 (the Red Crow Agreement), attached as Appendix F and reads as follows:

WHEREAS a Treaty was made and concluded on the twenty second day of September in the year of our Lord, one thousand eight hundred and seventy seven between Her Most Gracious Majesty the Queen of Great Britain and Ireland, by her Commissioners, the Honorable David Laird Lieutenant-Governor and Indian Superintendent of the North West Territories, and James Farquharson MacLeod, C.M.G., Commissioner of the North West Mounted Police, of the one part and the Blackfeet, Blood, Peigan, Sarcee, Stoney and other Indians, of the other part.

And whereas it was agreed in said Treaty that the reserve of the Blackfeet, Blood and Sarcee Bands of Indians should consist of a belt of land on the north side of the Bow and Saskatchewan Rivers of an average width of four miles along said Rivers downstream, commencing at a point on the Bow River, twenty miles North-Westerly of the Blackfoot Crossing, thereof and extending to the Red Deer River at its junction with the South Saskatchewan, I, “Mekasto” or “Red Crow” Head Chief of the Blood Indians, on behalf and with the consent of the Blood Indians included in said Treaty do hereby give up all our rights, titles, and privileges whatsoever to the lands included in the said Treaty, provided the Government will grant us a Reserve on the Belly River in the neighbourhood of the Mouth of the Kootenai River. [Emphasis added.]

dans ce secteur sud s’ils traversent la frontière de nouveau (il n’y a pas de gibier dans le secteur nord de la frontière et les dépenses seront considérables par rapport à ce qu’elles ont été par le passé), car au cours de la dernière année, les Indiens ont dû chasser de l’autre côté de la frontière, mais ils ont aussi dû protéger leurs vies et leurs biens, bon nombre de ceux-ci ont été perdus et à leur retour, ils ne rentreront pas aux États-Unis.

[159] Compte tenu de l’urgence perçue telle qu’elle est décrite ci-dessus, et en l’absence de Crowfoot, M. Dewdney prend effectivement les choses en mains et demande à Red Crow de procéder à une [TRADUCTION] « cession » pour permettre aux Blood de commencer à s’établir près de Fort Kipp. Cette cession fait état de l’établissement d’ [TRADUCTION] « une réserve sur la rivière Belly aux environs de l’embouchure de la rivière Kootenai » et indique que les Blood cèdent tous leurs droits, titres et privilèges liés à leur réserve partagée, si une réserve distincte leur est attribuée. L’accord est daté du 25 septembre 1880 (l’accord de Red Crow), joint en tant qu’annexe F, est rédigé ainsi :

[TRADUCTION] Attendu qu’un traité a été fait et conclu le vingt-deuxième jour de septembre de l’an de grâce mil huit cent soixante-dix-sept, entre Sa très Gracieuse Majesté la Reine de Grande-Bretagne et d’Irlande, par ses commissaires, l’honorable David Laird, lieutenant-gouverneur et surintendant des Indiens des Territoires du Nord-Ouest, et James Farquharson Macleod, CMG, commissaire de la Police à cheval du Nord-Ouest, d’une part, et les tribus des Pieds-Noirs, des Blood, des Peigan, des Sarcis, des Stoney d’autres tribus, d’autre part.

Et attendu qu’il a été convenu dans ledit traité que la réserve des bandes d’Indiens Pieds-Noirs, Blood et Sarcis se composera d’une lisière de terre située sur le côté nord des rivières Bow et Saskatchewan, d’une largeur moyenne de quatre milles sur le bord desdites rivières en suivant le cours de l’eau, à partir d’un endroit sur la rivière Bow, située à vingt milles dans une direction nord-ouest de la traverse des Pieds-Noirs, et se prolongeant jusqu’à la rivière du Cerf à sa jonction avec la South Saskatchewan, je « Mekasto » ou « Red Crow », chef principal des Indiens Blood, pour le compte des Indiens Blood visés par le Traité et avec leur consentement, cède par la présente tous nos droits, titres et privilèges quelconques aux terres prévues dans ledit Traité, étant entendu que le gouvernement nous attribuera une réserve sur la rivière Belly aux environs de l’embouchure de la rivière Kootenay. [Non souligné dans l’original.]

[160] In his report dated December 31, 1880, Dewdney writes that he told Red Crow what would happen upon signing this release:

I would send an instructor with him and his band to the spot selected by himself, where he could build houses and prepare some ground for the next season, and that I would recommend on my arrival below that a reserve be given to him at that point. This greatly pleased the chief and his Indians who were with him.

In a day or two they all left, accompanied by an instructor, and I have since heard that every family has a house to live in, and some twenty or thirty acres of land have been broke.

[161] A few days after the signing of the Red Crow Agreement, Agent Macleod accompanies Red Crow to select a reservation. Agent Macleod's son, who accompanies them, later writes of his father and he being awakened by Potts who told them that Red Crow wished to speak to him. He writes:

Curious as usual, I followed to where he was sitting at the edge of the high bank opposite the Belly Buttes. As interpreted by Jerry, this is what he said: "That is where I wish to live the rest of my life and to die there."

[162] They find that at the forks of the Kootenai and Belly Rivers there is a large bottom, and a settler's ranch has already been set up on the top. The rest of the bottom has poor soil and is at risk of flooding. His son later wrote that after breakfast they drove across to Red Crow's choice of site:

By this time the weather had changed to a steady drizzle, and with the gumbo foundation the disadvantages were clearly apparent and pointed out to him, but with the same reply as before given. So the matter had to rest with his opinion.

[163] His father, Agent Macleod, writes a somewhat different account and given that it was written closer to the event and by an adult at the time, I prefer to accept his version as more likely accurate. He says that he thought the site selected was unfit, so they traveled north to the

[160] Dans ce rapport daté du 31 décembre 1880, M. Dewdney écrit avoir dit à Red Crow ce qui se passera à la signature de cette cession :

[TRADUCTION] Je le ferais accompagner, lui et sa bande à l'endroit qu'il choisirait, par un instructeur, et [...] on pourrait y construire des maisons et préparer la terre pour la prochaine saison; et [...] je recommanderais, à mon retour, au gouvernement de leur donner une réserve à cet endroit. Ceci a grandement ravi le chef et ses Indiens qui étaient avec lui.

En un jour ou deux, ils étaient tous partis, accompagnés par un instructeur, depuis, j'ai entendu dire que chaque famille avait une maison où vivre et quelque vingt ou trente acres de terre ont été réservés.

[161] Quelques jours après avoir signé l'accord de Red Crow, l'agent Macleod a accompagné Red Crow choisir une réserve. Le fils de l'agent Macleod, qui les a accompagnés, a plus tard écrit à son sujet et au sujet de son père qu'ils avaient été réveillés par M. Potts qui leur a dit que Red Crow souhaitait leur parler. Voici ce qu'il écrit :

[TRADUCTION] Curieux comme toujours, j'ai suivi jusqu'à l'endroit où Red Crow était assis sur le bord du haut rivage en face des buttes Belly. Voici ce qu'il a dit, selon l'interprétation de Jerry : « Voilà où je souhaite vivre le reste de ma vie et mourir ».

[162] Ils ont vu qu'à la jonction des rivières Kootenay et Belly se trouvait une grande terre et qu'un ranch de colon avait déjà été établi en amont. Le reste de la partie en aval était composée de sols pauvres et présentant un risque d'inondation. Son fils a ensuite écrit qu'après le petit déjeuner, ils se sont rendus en voiture au site choisi par Red Crow :

[TRADUCTION] Le temps avait alors changé et il y avait une bruine constante, et en raison des fondations en gombo, les désavantages étaient clairement visibles et lui ont été montrés, mais la même réponse qu'avant a été donnée. C'était donc à lui de trancher la question.

[163] Son père, l'agent Macleod, a rédigé un récit quelque peu différent, et compte tenu du fait qu'il a été écrit moins longtemps après l'événement et par un adulte à l'époque, je préfère retenir sa version puisqu'elle est davantage susceptible d'être exacte. Il dit qu'il pensait que le site choisi

Whiskey post “Slideout” and they ultimately decided on land east of the Belly River, opposite the Kootenai, and at the foot of the Belly Buttes. He writes in his report of October 15, 1880:

I have the honor to report for your information that according to your instructions I proceeded to the Belly River on the 29th [not legible] accompanied by “Red Crow” Head Chief of the Blood Indians to select a location for their reservation. I went to the forks of the Kootenai and Belly Rivers where I found a large bottom, the upper portion of which is occupied by Mr. Fredk Watcher’s ranch and below him a man of the name of Murray had a small ranch; the remaining portion of the bottom is chiefly gravel and sand with little soil and had been all overflowed during the high waters in Summer; there is no quantity of building timber available.

This is the bottom which “Red Crow” desired to settle upon, but I considered it unfit for a location. Below the mouth of the Kootenai River eastward and along the north side of the Belly River a high bank runs for several miles to the vicinity of “Slideout” leaving little room between it and the River, except that one point where there is a large gravelly bottom cut and up by slews; the country along the top of this bank is gravel and stone. There is some good timber along this side. I then crossed the Belly River to the south side, and from the mouth of the Kootenai eastward and extending from the River to the foot of the Belly Butte there are large level stretches of good clay soil with a large quantity of building and fence timber at the upper end opposite the Kootenai; this I decided upon as being the best location in that part of the Country. I had taken Mr. John MacDougall out with me and a small quantity of supplies and tools and he set to work at once to build a small house for himself and a small Store house.

About 300 Blood Indians have moved over to the Reserve and have gone to work with a good deal of heartiness to build houses for themselves. I hope to get some land broken for them this Fall. I had to yoke of oxen brought over from the Sarcee’s Farm for the use of the Reserve. “Red Crow” was quite satisfied with the selection of the location I had made.

[164] Dr. Evans states in his report that by the end of 1880 the Blood Tribe “had ‘built forty-five houses’ on the flat selected by [Agent] Macleod between Belly Buttes

n’était pas adéquat et qu’ils ont donc voyagé au nord jusqu’à un poste de traite de Whisky, « Slideout », et qu’ils ont finalement choisi une terre à l’est de la rivière Belly, de l’autre côté de Kootenai, et aux pieds des buttes Belly. Le 15 octobre 1880, il écrit, dans son rapport :

[TRADUCTION] J’ai l’honneur de vous informer que selon vos instructions, je me suis rendu à la rivière Belly le 29 [illisible], accompagné par « Red Crow », chef principal des Indiens Blood, dans le but de choisir un emplacement pour leur réserve. Je me suis rendu à la jonction des rivières Kootenay et Belly, où j’ai trouvé une grande terre, dont la partie supérieure est occupée par le ranch de M. Fred Wachter; en aval se trouve un petit ranch appartenant à un homme du nom de Murray, et la partie restante se compose principalement de gravier et de sable, avec très peu de terre; le secteur avait été inondé pendant les crues de l’été, et on n’y trouve pas beaucoup de bois de charpente.

Il s’agit de la terre où « Red Crow » souhaitait à un moment s’établir, mais que j’estimais inadéquate. En aval de l’embouchure de la rivière Kootenai à l’est et le long du côté nord de la rivière Belly, le haut rivage court sur plusieurs milles dans les environs de « Slidout », laissant peu d’espace entre cet endroit et la rivière, à l’exception d’un point où se trouve une grande terre détrempée de graviers; le secteur le long de la partie supérieure de ce rivage est constitué de graviers et de pierres. Il y a du bon bois d’œuvre le long de ce côté. Ensuite, j’ai traversé la rivière Belly pour rejoindre le côté sud, et de l’embouchure de la rivière Kootenai à l’est et allant de la rivière au pied des buttes Belly se trouve de grandes étendues de bonne terre argileuse avec une grande quantité de bois de construction et de clôture à l’extrémité opposée de Kootenai; j’ai décidé que c’était le meilleur endroit dans cette partie du pays. J’avais emmené M. John MacDougall avec moi et une petite quantité de matériel et d’outils et il a commencé immédiatement à construire une petite maison pour lui-même ainsi qu’un petit magasin.

Près de 300 Indiens Blood ont emménagé dans la réserve et ont commencé à se mettre au travail avec enthousiasme pour se construire des maisons. J’espère leur réserver des terres cet automne. J’ai fait venir une paire de bœufs de la ferme des Sarcee pour les besoins de la réserve. « Red Crow » était plutôt satisfait du choix de l’emplacement que j’avais fait.

[164] M. Evans indique dans son rapport qu’à la fin de l’année 1880, la tribu des Blood [TRADUCTION] « avait “construit quarante-cinq maisons” sur le plat sélectionné

and the Belly River or a few miles north of the modern Blood community of Standoff”.

[165] November 13, 1880, Dewdney sends a report attaching the Red Crow Agreement to Ottawa, saying he hopes they approve the conditional release. He explains that some 800 Blood Tribe members are camped at or near Fort Macleod and that although he wanted all Bands of the Confederacy to agree, Crowfoot had been gone for 12 months, and he was of the view that action was needed to settle the Blood Tribe. He writes that he met with Red Crow and some minor chiefs on September 25, 1880, at their request, as they wanted to know what the Government response was to their request for a separate reserve:

They wished to know whether I had represented to the Government their wishes in respect to the change of their Reserve made to me last winter.

They further stated that they had been drawing rations for some time and had done no work but would not go to the Crossing; that at the time of the Treaty they never agreed to take their Reserve there—that the Belly River was their Country and they were all of the same mind now that they were last fall.

I told them that I had represented to the Government in Ottawa their request to have the Reserve changed, and I had been authorized in conjunction with Col. Macleod to arrange in Council with the Blackfeet (Crowfoot) Bands and themselves for the carrying out of their wishes, but it was thought necessary inasmuch as the Treaty was made with the Blackfeet and Blood that all should be present so that there should be no misunderstanding in the future.

They said that they were very anxious to have the question settled, as they wanted to build houses for themselves for the winter their lodges being almost useless and several families packed into one lodge, they referred me to Mr. MacLeod who had seen the state they were in during the wet weather, they also said Crowfoot had been away for 12 months and they did not think he would return this winter.

As I found them very earnest in their appeals and know of no other way of getting work from them for what food they are were receiving, I determined to take a release from

par [l’agent] Macleod entre les buttes Belly et la rivière Belly ou quelque milles au nord de la communauté moderne des Blood de Standoff ».

[165] Le 13 novembre 1880, M. Dewdney a envoyé un rapport auquel était joint l’accord de Red Crow à Ottawa, dans lequel il indiquait espérer qu’ils approuvent la cession conditionnelle. Il explique que quelque 800 membres de la tribu des Blood campent à Fort Macleod ou près de Fort Macleod et que bien qu’il souhaite que toutes les bandes de la Confédération soient d’accord, Crowfoot était parti depuis 12 mois et il était d’avis qu’il fallait agir pour établir la tribu des Blood. Il écrit qu’il a rencontré Red Crow et quelques sous-chefs le 25 septembre 1880, à leur demande, étant donné qu’ils voulaient connaître la réponse du gouvernement à leur demande de réserve distincte :

[TRADUCTION] Ils voulaient savoir si j’avais présenté au gouvernement leurs volontés quant au changement de leur réserve qu’ils m’avaient soumises l’hiver dernier.

Ils ont ensuite indiqué qu’ils avaient obtenu des rations depuis un certain temps et qu’il n’avait pas travaillé, mais qu’ils n’iraient pas à la Traverse; qu’au moment de la conclusion du Traité, ils n’ont jamais accepté d’y établir leur réserve, que la rivière Belly était leur pays et qu’ils n’avaient pas changé d’avis depuis l’automne dernier.

Je leur ai dit que j’avais présenté leur demande de modification de la réserve au gouvernement à Ottawa et que j’avais été autorisé, avec le colonel Macleod, à prendre des dispositions en conseil avec les bandes des Pieds-Noirs (Crowfoot) et eux-mêmes pour que leurs volontés soient réalisées, mais il a été jugé nécessaire, étant donné que le Traité a été conclu entre les Pieds-Noirs et les Blood, que tous soient présents pour qu’il n’y ait aucun malentendu à l’avenir.

Ils ont dit qu’ils étaient impatients que la question soit réglée, car ils voulaient se construire des maisons pour l’hiver, leurs gîtes étant pratiquement inutilisables, et plusieurs familles étaient regroupées dans un gîte, ils m’ont dit de m’adresser à M. MacLeod qui avait vu l’état dans lequel ils étaient lorsque le temps était pluvieux, ils ont aussi dit que Crowfoot était parti depuis 12 mois et qu’ils ne pensaient pas qu’il reviendrait cet hiver.

Comme je les ai trouvés très sincères dans leurs appels et que je ne connais aucune autre façon de les faire travailler pour les vivres qu’ils reçoivent, j’ai décidé de consigner

MaKasto (Red Crow) on behalf of the Blood Indians of all their right, title, and interest in the Blackfeet Crossing Reserve, that they agreed to most cheerfully, MaKastro stating after signing it he hoped never to see the Crossing again. [Emphasis added.]

[166] On January 31, 1881, Dewdney writes to Macdonald that the Sarcee also want their own reserve apart from the Blackfoot. He recommends it and asks to be empowered to take a surrender as he had done in the case of the Bloods, whose position was similar. By letter of February 14, 1881, Dewdney is advised that the Department approves of his suggestion but he is reminded that it is still necessary for a surrender to occur for the Blood's portion of the Treaty No. 7 reserve. Dewdney on the 18th responds that he shall "make arrangements accordingly."

d. *The Land Between the Kootenai and Belly Rivers*

[167] In the Spring of 1881, more Blood Tribe members return to Canada from the U.S. and settle in the area identified for their reserve. Agent Macleod writes to Dewdney in his report of December 31, 1881, that during May and June, the tribe began to return across the line (the border) and their number went from 700 to 3 500. While some settled south of the Belly River, it is clear from the record that some settled in the area between the Kootenai and Belly Rivers.

[168] Dempsey writes of them settling between the two rivers:

In 1880, when Red Crow had gone to the Belly Buttes with Agent Macleod, he had selected the land on the south side of the Belly River for his tribe. In the following year, a delegation of Bloods met the Marquis of Lorne, the governor-general of Canada, during his tour of the West and asked that the reserve be broadened to include Standoff bottom, between the Belly and Waterton Rivers. Whatever answer the vice-regal gave, the Bloods took it as an indication of approval, and many of them began to build cabins and pitch their lodges in that river bottom.

la cession de MaKasto (Red Crow) au nom des Indiens Blood de tous leurs droits, titres et intérêts relatifs à la réserve de Blackfeet Crossing, qu'ils ont accepté avec enthousiasme, MaKastro indiquant après avoir signé qu'il espérait ne jamais revoir la Traverse. [Non souligné dans l'original.]

[166] Le 31 janvier 1881, M. Dewdney écrit à M. Macdonald pour lui dire que les Sarcee veulent aussi leur propre réserve distincte des Pieds-Noirs. Il le recommande et demande d'avoir l'autorisation de consigner une cession comme il l'avait fait dans le cas des Blood où la situation était semblable. Dans une lettre datée du 14 février 1881, M. Dewdney est avisé que le Ministère approuve sa suggestion, mais on lui a rappelé qu'il est quand même nécessaire qu'une cession ait lieu pour la portion des Blood de la réserve au titre du Traité n° 7. Le 18, M. Dewdney a répondu qu'il devait [TRADUCTION] « prendre les dispositions qui s'imposent ».

d. *Les terres entre les rivières Kootenai et Belly*

[167] Au printemps 1881, d'autres membres de la tribu des Blood ont quitté les États-Unis pour revenir au Canada et s'établir dans la région désignée pour leur réserve. L'agent Macleod écrit à M. Dewdney dans son rapport du 31 décembre 1881 que, pendant les mois de mai et de juin, la tribu des Blood a commencé à retraverser la frontière, faisant passer le nombre de membres de cette tribu de 700 à 3 500. Bien que certains se soient établis au sud de la rivière Belly, il ressort clairement du dossier que certains se sont établis dans la région située entre les rivières Kootenai et Belly.

[168] M. Dempsey fait le récit de leur établissement entre les deux rivières :

[TRADUCTION] En 1880, lorsque Red Crow est allé aux buttes Belly avec l'agent Macleod, il a choisi les terres du côté sud de la rivière Belly pour sa tribu. L'année suivante, une délégation de Blood a rencontré le Marquis de Lorne, le gouverneur général du Canada, au cours de sa visite de l'Ouest et a demandé à ce que la réserve soit élargie pour inclure la terre de Standoff, entre les rivières Belly et Waterton. Quelle que fût la réponse du titulaire vice-royal, les Blood l'ont interprétée comme une indication d'approbation, et bon nombre d'entre eux ont commencé à construire des cabanes et à jeter leurs gîtes au fond de la rivière.

When Agent Denny was appointed, [in 1881] he told the Bloods that they could not claim Standoff bottom and that their reserve was still on the south side of the Belly, “17 miles down and 17 miles up” from the Agency.¹⁶

[169] Dempsey’s source for this is a missive printed in the *Macleod Gazette* on July 8, 1882, entitled “Where is the Blood Reservation?” It reads as follows:

Sir—Where is the Blood Reservation? I have been trying to find out for the past two years but can find no one to enlighten me. At the Treaty at the Blackfoot Crossing in 1877, the Bloods were assigned a reservation adjoining the Blackfeet, or at all events in that vicinity. In the fall of 1880 Mr. N. Macleod, then Indian agent, Mr. John McDougall, Farm Instructor, and Red Crow, chief of the Bloods, picked on the river bottom below Stand Off, on the Belly river, as a fit and proper place, which seem satisfactory to all concerned at the time. After a year’s trial they found it was better adapted to raise bricks than vegetables, after a big outlay at the Government expense. Last year, 81, they the Bloods, went en mass to state their grievances to the Governor General, Lord Lorne. What his Excellency told them, I’m not in a position to say, only from report. The Bloods wanted Stand Off bottom, where they would raise something, and came back with the impression that the Governor General had given it to them, and commenced building in the bottom accordingly. Then Mr. Dewdney, through his agents, told the Indians the reservation was 17 miles down and 17 miles up on the south side of the Belly river, which seemed to be satisfactory, as they all made for the other side of the river and disposed of their buildings on the Stand Off bottom.

[170] Dr. Evans notes that the “fact that the Blood families moved across the river as soon as they were informed of their mistake is corroborated by a January 1887 affidavit by NWMP officer Lief Crozier in which he stated that he purchased ‘several buildings’ from the ‘Blood Indians’ on ‘Stand Off Bottom in 1881.’ He says that these were ‘erected prior to the Blood Reserve being set apart’”. Crozier subsequently rented these out to the NWMP for its Stand Off detachment.

¹⁶ Dempsey, Hugh A. *Red Crow, Warrior Chief* (Saskatoon: Western Produce Prairie Books, 1980), page 135. He footnotes at the end of this passage, *Fort Macleod Gazette*, July 8, 1882.

Lorsque l’agent Denny a été nommé [en 1881], il a dit aux Blood qu’ils ne pouvaient pas revendiquer la terre de Standoff et que leur réserve était toujours du côté sud de la rivière Belly [TRADUCTION] « 17 milles en amont et 17 milles en aval » de l’agence¹⁶.

[169] M. Dempsey tire sa source à cet égard d’une lettre imprimée dans la *Macleod Gazette* du 8 juillet 1882 intitulée « Where is the Blood Reservation? » La lettre est rédigée ainsi :

[TRADUCTION] Monsieur — Où se trouve la réserve des Blood? J’essaie de la trouver depuis deux ans, mais je ne trouve personne pour me renseigner. Lors de la conclusion du Traité à Blackfoot Crossing en 1877, les Blood se sont vus attribuer une réserve adjacente aux Pieds-Noirs, ou en tout cas, dans ces environs. À l’automne 1880, M. N. Macleod, alors agent des Indiens, M. John McDougall, instructeur de ferme, et Red Crow, chef des Blood, ont choisi l’emplacement le long du rivage en aval de Stand Off, sur la rivière Belly, comme étant adéquat, ce qui a semblé satisfaisant à toutes les personnes concernées à l’époque. Après un essai d’un an, ils ont trouvé que l’emplacement était plus adapté à la pose de briques qu’à la culture de légumes, après d’importantes dépenses aux frais du gouvernement. [L]’an dernier, en 1881, les Blood sont allés collectivement présenter leurs doléances au gouverneur général, Lord Lorne. Je ne suis pas en mesure de dire ce que Son Excellence leur a dit, on me l’a raconté. Les Blood voulaient les terres situées à Stand Off, où ils pouvaient s’adonner à la culture du sol et à l’élevage; ils y sont retournés pensant que le gouverneur les leur avait accordées, et, par conséquent, ont entrepris des travaux de construction sur les terres en question. Par la suite, M. Dewdney, par l’entremise de ses agents, a informé les Indiens du fait que leur réserve s’étendait 17 milles en amont et 17 milles en aval du côté sud de la rivière Belly, ce qui semblait les satisfaire, car ils se sont tous déplacés de l’autre côté de la rivière et ont démantelé les bâtiments érigés sur les terres à Stand Off.

[170] M. Evans note que le [TRADUCTION] « fait que les familles Blood se soient déplacées de l’autre côté de la rivière dès qu’ils ont été informés de leur erreur a été corroboré par un affidavit de Lief Crozier, agent de la P.C.N.-O., daté de janvier 1887, dans lequel il indique avoir acheté [TRADUCTION] “ plusieurs bâtiments ” aux “ Indiens Blood ” sur “ les terres à Stand Off en 1881 ”. Il dit que ceux-ci ont été [TRADUCTION] “ construits avant que la réserve Blood soit mise de côté ” ». M. Crozier a ensuite

¹⁶ Dempsey, Hugh A. *Red Crow, Warrior Chief* (Saskatoon : Western Produce Prairie Books, 1980), à la page 135. Notes de bas de page à la fin de ce passage, *Fort Macleod Gazette*, 8 juillet 1882.

[171] The Blood oral history concerning the relocation of these families from the area north of the Belly River is at odds with the account that they moved willingly. Wilton Goodstriker testified that they were forcibly removed by the NWMP and that some lost their lives:

There was a time when the northwest—I can't put a date to it, but the North-West Mounted Police told the people that were living between the two rivers, you need to move. This area is going to flood. We will protect these lands for you, but you need to move to the east side of the Belly River and we will watch this area. There is cattle coming that will be used to feed your people in terms of rations. We will situate them between the two rivers. So we will guard and we will place our post between the two rivers and guard that place. Some of our people refused to move, and again, the stories that they were forcefully removed and burned out, and in fact, some lost their lives because of the order to move them across into this side of the Belly River.

[172] Both Wilton Goodstriker and Mary First Rider testified that the land between the Kootenai and Belly Rivers was special to the Blood Tribe and used for ceremonies, horseracing, and the picking of medicinal and ceremonial herbs and grasses.

[173] Dr. Evans references a confidential memo penned by William Pearce (Pearce), Superintendent of Mines, to his superiors in the Department of the Interior. Dr. Evans writes that Pearce “accused just about every single current or former civil servant on the Prairies of questionable land dealings” and among them was Crozier. About him, Pearce wrote the following:

Is said to have a Ranche claim on the Belly River above Slide Out which is held in the name of one Jerry Potts, Interpreter to the Mounted Police and Indian Department at Macleod. It is stated that through the persons interested in the claim and their influence with the Blood Indians their Reservation is considerably changed from that which the Indians asked for and where it would have been in the public interest to locate it.

loué ces bâtiments à la P.C.N.-O. pour son détachement de Stand Off.

[171] L'histoire orale des Blood concernant la réinstallation de ces familles de la région du nord de la rivière Belly contredit le récit selon lequel elles se sont déplacées de leur plein gré. Wilton Goodstriker a témoigné qu'ils ont été déplacés de force par la P.C.N.-O. et que certains ont perdu la vie :

[TRADUCTION] À un moment donné, la police du nord-ouest — je ne pourrais pas donner de date, mais la P.C.N.-O. a dit aux gens qui vivaient entre les deux rivières : vous devez partir. Cette zone va être inondée. Nous protégerons ces terres pour vous, mais vous devez partir à l'est de la rivière Belly et nous surveillerons cette zone. Du bétail arrive et sera utilisé pour vous nourrir votre peuple en ce qui a trait aux rations. Nous les établirons entre les deux rivières. Nous montrerons la garde et nous installerons notre poste entre les deux rivières et nous surveillerons cet endroit. Certains membres de notre peuple ont refusé de partir, et une fois encore, l'histoire selon laquelle ils ont été déplacés de force et surmenés, et en fait, certains ont perdu la vie en raison de l'ordre de les déplacer de ce côté de la rivière Belly.

[172] Wilton Goodstriker et Mary First Rider ont témoigné que les terres entre les rivières Kootenai et Belly avaient une importance particulière pour la tribu des Blood et étaient utilisées pour les cérémonies, les courses de chevaux et la cueillette d'herbes et de plantes médicinales et cérémoniales.

[173] M. Evans renvoie à un mémoire confidentiel rédigé par William Pearce (M. Pearce), surintendant des mines, à ses supérieurs au ministère de l'Intérieur. M. Evans écrit que M. Pearce [TRADUCTION] « a accusé pratiquement chaque fonctionnaire en poste ou ancien des Prairies de se livrer à des opérations immobilières douteuses » et M. Crozier en faisait partie. Voici ce qu'a écrit M. Pearce au sujet :

[TRADUCTION] Est réputé avoir une revendication liée à un ranch aux abords de la rivière Belly, en amont de Slide Out, qui est détenu au nom d'un certain Jerry Potts, interprète à la Police à cheval et au ministère des Affaires indiennes à Macleod. Il est indiqué que par l'intermédiaire des personnes intéressées par la revendication et grâce à leur influence sur les Indiens Blood, leur réserve est considérablement différente de celle que les Indiens

[174] Indeed, Crozier in his affidavit states that he has such a claim:

That in the Season of 1881 I took up in what is known as “Stand Off Bottom” immediately north, or below Fred Watcher’s Ranche (Dutch Fred) a claim of 320 acres extending north from Fred Watcher’s claim towards the junction of the Kootenay & Belly Rivers, said claim fronted however on that latter River.

[175] I agree with Dr. Evans that Pearce has no first-hand knowledge of the facts he recites. However, the fact that Crozier claimed a large ranch in the area between the Kootenai and Belly Rivers in 1881, the very area where the Bloods were building houses and breaking land, and his later purchase of these houses, raises a question as to his motivation in moving them and whether they relocated as voluntarily as is suggested. The land between these rivers was valuable agricultural land, as evidenced by Pearce’s statement and by another columnist in the *Macleod Gazette* who writes:

There are now on the Belly and Kootenay rivers some nine or ten farms that have proved this to be one of the finest farming countries in the Northwest. Their yield in both grain and roots has been the best, take one year with another of any farms in the country.

[176] What is clear from all this is that at some point the Blood Tribe considered that their reserve included the land between the Belly and Kootenai Rivers. What is less clear is whether they “gave up” this land without complaint and whether there was ever an understanding that it was to form a part of their reserve.

e. *The 1882 Survey of the Blood Reserve*

[177] In December 1881, Dewdney became Lieutenant Governor of the North-West Territories, replacing Laird. On February 28, 1882, he sent the Minister of the Interior a map showing the reserves under Treaty No. 7. Dr. Evans is of the view that he likely prepared the map himself.

avaient demandée et ne cadre pas avec le lieu où il aurait été dans l’intérêt public de la placer.

[174] En effet, dans son affidavit M. Crozier formule une telle revendication :

[TRADUCTION] Attendu qu’au cours de la saison de 1881, j’ai occupé ce qui était connu comme « les terres de Stand Off », juste au nord ou en aval du ranch de Fred Watcher (Dutch Fred), une revendication de 320 acres s’étendant du nord de la revendication de Fred Watcher à la jonction des rivières Kootenay et Belly, ladite revendication était devant ce qui était sur cette rivière.

[175] Je suis d’accord avec M. Evans pour dire que M. Pearce n’avait aucune connaissance préalable des faits qu’il énonce. Toutefois, le fait que M. Crozier ait revendiqué un grand ranch dans la région entre les rivières Kootenai et Belly en 1881, la région même où les Blood construisaient des maisons et y réservaient la terre, et son achat subséquent de ces maisons, soulève une question quant à sa motivation pour les déplacer et quant à savoir s’ils se sont déplacés volontairement, tel que cela est dit. La terre entre ces rivières était une terre agricole de valeur, comme le montre la déclaration de M. Pearce et d’un autre chroniqueur dans la *Macleod Gazette* qui écrit :

[TRADUCTION] Il y a maintenant neuf ou dix fermes sur les rivières Belly et Kootenay qui ont prouvé qu’il s’agit de l’un des meilleurs secteurs agricoles du Nord-Ouest. Leur rendement en grains et en plantes racines s’est avéré le meilleur en un an comparativement à toute autre ferme du pays.

[176] Il ressort clairement de tout cela qu’à un moment donné, la tribu des Blood a envisagé que sa réserve inclut les terres entre les rivières Belly et Kootenai. La question se pose à savoir s’ils ont [TRADUCTION] « cédé » ces terres sans se plaindre ou s’il a jamais été entendu que cela ferait partie de leur réserve.

e. *Le levé de la réserve des Blood de 1882*

[177] En décembre 1881, M. Dewdney est devenu lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest, remplaçant M. Laird. Le 28 février 1882, il a envoyé une carte au ministre de l’Intérieur faisant état des réserves aux termes du Traité n° 7. M. Evans est

Regrettably, it has not survived and there is no way of determining where he placed the southern boundary of the Blood Reserve.

[178] Dr. Evans also expresses his view that Dewdney may also have supplied a copy of this lost map to Nelson prior to his 1882 survey of the reserves. The Blood Tribe submits that Nelson was provided with the layout of the Blood Reserve prior to travelling to southern Alberta in 1882 to do his first survey. I think this is likely the case. The information or instructions Nelson was given does not weigh into this judgment, as Nelson's specific instructions have not survived. Nevertheless, I find it to be probable that his instructions were based either on the map Dewdney prepared, or on information as to the general size of the Blood Tribe. There is no record that the population of the Blood Tribe was provided to Nelson for the purposes of determining reserve size based on the TLE. However, given that government officials including Macdonald were of the opinion that the Blood were one-half of the population of the Blackfoot Confederacy, I find that if he was given information on the population, it would have reflected that fact. Alternatively, and most likely in my view, he just would have been informed that the Blood reserve should be equal in size to the total of the Blackfoot and Peigan reserves.

[179] I base this, in part, on the fact that the evidence before me is that the 183.4 square mile Peigan reserve was surveyed by Nelson in September 1882, during a break from surveying the Blood reserve. Nelson then finished the Blood reserve and went to start surveying the Bow River Blackfoot reserve in October 1882. He says in his 1882 notes that they would get a tract 120 miles long (along the river) and 4 miles deep. Nelson who surveyed the reserve in 1883, says that it occupied an area of 470 square miles. Together these reserves as surveyed occupy 653.4 square miles, or an area roughly equal to the 650 square mile Blood reserve Nelson surveyed in 1882.

d'avis qu'il a probablement préparé la carte lui-même. Malheureusement, la carte n'existe plus et il n'y a aucun moyen de déterminer où il avait tracé la limite sud de la réserve des Blood.

[178] M. Evans a aussi dit qu'il pensait que M. Dewdney avait fourni une copie de la carte perdue à M. Nelson avant son levé des réserves de 1882. La tribu des Blood prétend que le plan de la réserve des Blood a été fourni à M. Nelson avant son voyage dans le sud de l'Alberta en 1882 pour procéder à son premier levé. Je crois que c'est probablement ce qui s'est passé. L'information ou les instructions données à M. Nelson ne pèsent pas dans ce jugement puisque les instructions précises données à M. Nelson ne nous sont pas parvenues. Néanmoins, je pense qu'il est probable que ces instructions aient été fondées sur la carte préparée par M. Dewdney ou sur l'information relative à la taille globale de la tribu des Blood. Rien n'indique au dossier que la population de la tribu des Blood a été indiquée à M. Nelson pour déterminer la taille de la réserve selon les DFIT. Toutefois, comme les fonctionnaires gouvernementaux, y compris M. Macdonald, pensaient que les Blood représentaient la moitié de la population de la Confédération des Pieds-Noirs, j'estime que s'il avait eu de l'information sur la population, ce fait aurait été reflété. Subsidiairement, et à mon avis vraisemblablement, il aurait juste été avisé que la réserve des Blood devrait être d'une taille égale au total des réserves des Pieds-Noirs et des Peigan.

[179] Je fonde cette conclusion sur le fait que les éléments de preuve dont je suis saisi indiquent que la réserve des Peigan de 183,4 milles carrés a été arpentée par M. Nelson en septembre 1882, au cours d'une pause dans l'arpentage de la réserve des Blood. M. Nelson a ensuite terminé la réserve des Blood et a commencé l'arpentage de la réserve des Pieds-Noirs à la rivière Bow en octobre 1882. Il dit dans ses notes de 1882 qu'il obtenait une bande de 120 milles de long (le long de la rivière) et de 4 milles de profondeur. M. Nelson, qui a arpenté la réserve en 1883, dit que cela occupait une zone de 470 milles carrés. Ensemble, ces réserves telles qu'elles ont été arpentées occupent 653,4 milles carrés, soit une zone à peu près égale aux 650 milles carrés de la réserve des Blood arpentée par M. Nelson en 1882.

[180] The 1882 Treaty annuities were paid to the Blood Tribe in late September of that year and 3 542 members of the Blood Tribe were paid. If the reserve size were based on that number, then the reserve ought to have been 708.4 square miles in area or some 58.4 square miles more than the 1882 Survey.

[181] Galt on October 5, 1882, issued a report to the Indian Commissioner following his recent visit to the reserves in Treaty No. 7. He writes:

I have the honor to submit the following Report on the condition of Indian Affairs in this Treaty, and would preface it by stating that I have visited the Blackfoot Reserve twice, the Sarcee Reserve once, the Piegan Reserve twice, the Blood Reserve once, and the Supply farms at Fish Creek and Picher Creek once each.¹⁷

[182] Galt reports with respect to the Blood reserve, “the survey of this Reserve was completed last summer”. In his report to the Superintendent of Indian Affairs dated December 29, 1882, Nelson writes that he arrived at Blackfoot Crossing on June 28, 1882, and that after doing the survey of the Sarcee reserve on July 24, 1882, he left for the Blood reserve to commence its survey. He commenced the survey at Whoop-up and made a survey of the St. Mary River to Lee’s Creek, he then did the southern boundary of which he says: “This east and west line lies about nine miles north of the International Boundary”. He appears to have then started the survey of the Belly River but left off for a time to survey the Peigan reserve, returning on September 26, 1882, to complete the survey of the Belly River on October 12, 1882. When Galt said that the survey was completed, he was likely referring to the southern boundary being done. As the other boundaries were rivers, natural geographic features, once the southern boundary was staked, it is fair to say that the reserve was laid out.

¹⁷ Note the reference to the supply farm at Fish Creek. As discussed earlier, this is a reference to the modern town of Mountain View.

[180] Les annuités aux termes du Traité de 1882 ont été versées à la tribu des Blood à la fin du mois de septembre de cette année et 3 542 membres de la tribu des Blood de cette année ont été payés. Si la taille de la réserve était fondée sur ce nombre, alors la réserve aurait dû être d’une superficie de 708,4 milles carrés dans la zone, soit quelque 58,4 milles carrés de plus que le levé de 1882.

[181] Le 5 octobre 1882, M. Galt a présenté un rapport au commissaire des Indiens par suite de sa récente visite dans les réserves établies aux termes du Traité n° 7. Voici ce qu’il écrit :

[TRADUCTION] Je suis honoré de vous remettre le rapport suivant sur la condition des Affaires indiennes dans ce Traité, et je commencerais par indiquer que j’ai visité la réserve des Pieds-Noirs deux fois, la réserve des Sarcee une fois, la réserve des Piegan deux fois, la réserve des Blood une fois et les fermes d’approvisionnement à Fish Creek et à Picher Creek, une fois chacune¹⁷.

[182] M. Galt indique qu’en ce qui a trait à la réserve des Blood, [TRADUCTION] « le levé de cette réserve a été achevé l’été dernier ». Dans son rapport au surintendant général des Affaires indiennes, daté du 29 décembre 1882, M. Nelson écrit qu’il est arrivé à Blackfoot Crossing le 28 juin 1882 et qu’après avoir fait le levé de la réserve des Sarcee le 24 juillet 1882, il a quitté la réserve des Blood pour commencer son levé. Il a commencé le levé à Whoop-up et a procédé à un levé à la rivière St. Mary jusqu’à Lee’s Creek, il s’est ensuite penché sur la limite sud au sujet de laquelle il a dit : [TRADUCTION] « Cette ligne allant de l’est à l’ouest se trouve à neuf milles environ au nord de la frontière internationale ». Il semble qu’il ait ensuite commencé le levé de la rivière Belly, mais il est parti pendant quelque temps pour arpenter la réserve des Peigan. Il est revenu le 26 septembre 1882, pour terminer le levé de la rivière Belly le 12 octobre 1882. Quand M. Galt a dit que le levé était terminé, il faisait vraisemblablement référence à l’achèvement de la limite sud. Comme les autres limites étaient des rivières, des aspects géographiques naturels, une fois la limite sud délimitée, il est raisonnable d’affirmer que la réserve était établie.

¹⁷ Il convient de noter la référence à la ferme d’approvisionnement de Fish Creek. Tel que cela a été mentionné plus tôt, il s’agit d’une référence à la ville moderne de Mountain View.

[183] Galt also writes in his report with respect to the Blood Reserve that “the number of Indians living on this Reserve is very large, there being no less than 3,600 souls in all”. This is greater than the number in Denny’s year-end report of December 31, 1882, where he records the Blood Tribe as being 3 400. Indian Agency Inspector Thomas P. Wadsworth (Wadsworth) who also visited the reserve in 1882 says that the Blood Tribe population in 1882 is 3 615. Another contemporaneous report has the population at 3 542, the number receiving annuity payments that year.

[184] Galt also reports that “One considerable result in the management of Indian Affairs in this Treaty has been attained, viz: the settlement of all of the Indians on their respective Reserves” (emphasis in original).

[185] On November 22, 1882, after Nelson’s first survey, Vankoughnet writes to Dewdney asking for a statement and sketches of the reserve lands so that their location may be communicated to the Department of the Interior “with a view to the prevention of the complications that might arise if any of the lands so set apart should be sold for settlement”.

[186] If Dewdney responded, it is not in the record. Nelson, however, in his December 29, 1882, report to the Superintendent General of Indian Affairs writes: “the surveys are now as well advanced, that any complications likely to arise for a want of knowledge of their location and extent, will be avoided”. He states that the Blood Reserve is 650.0 square miles and writes:

The large reserve occupies a tract of country lying between, and bounded by, the St. Mary’s and Belly rivers, from their junction below Whoop-up to an east and west line which forms its south boundary, as shown by the accompanying sketch marked (e). This east and west line lies about nine miles north of the International Boundary.¹⁸

¹⁸ The sketch marked (e) in this report has not been found.

[183] M. Galt écrit aussi dans son rapport, en ce qui a trait à la réserve des Blood, que [TRADUCTION] « le nombre d’Indiens vivant dans cette réserve est très important et se chiffre à tout le moins à 3 600 personnes ». C’est un nombre supérieur au nombre cité dans le rapport de fin d’année de M. Denny du 31 décembre 1882 dans lequel il a consigné que la tribu des Blood s’établissait à 3 400 personnes. Thomas P. Wadsworth (M. Wadsworth), inspecteur de l’agence indienne, qui a aussi visité la réserve en 1882 a dit que la population de la tribu des Blood en 1882 était de 3 615 personnes. Un autre rapport de l’époque établit la population à 3 542 personnes, soit le nombre de personnes ayant reçu les versements de l’annuité pour cette année-là.

[184] M. Galt déclare aussi qu’[TRADUCTION] « [u]n résultat considérable dans la gestion des Affaires indiennes dans ce Traité a été atteint, à savoir l’établissement de tous les Indiens dans leurs réserves respectives » (souligné dans l’original).

[185] Le 22 novembre 1882, après le premier levé de M. Nelson, M. Vankoughnet a écrit à M. Dewdney pour lui demander une déclaration et des croquis des terres de réserve afin que leur emplacement puisse être communiqué au ministère de l’Intérieur [TRADUCTION] « dans le but de prévenir les complications qui pourraient se survenir si les terres ainsi réservées devaient être vendues pour être colonisées ».

[186] Si M. Dewdney a répondu, ce n’est pas dans le dossier. M. Nelson, toutefois, dans son rapport du 29 décembre 1882 au surintendant général des Affaires indiennes a écrit : [TRADUCTION] « les levés ont maintenant si bien avancé que toute complication susceptible de survenir relativement à la volonté de connaître leur emplacement ou leur étendue sera évitée ». Il a indiqué que la réserve des Blood était de 650 milles carrés et a écrit :

[TRADUCTION] Cette grande réserve occupe un district borné par les rivières St. Mary et Belly, à partir de leur confluent en aval de Whoop-up jusqu’à une ligne allant de l’est à l’ouest qui forme la limite sud, comme l’indique l’esquisse ci-jointe, marquée (e). Cette ligne allant de l’est à l’ouest se trouve à neuf milles environ au nord de la frontière internationale¹⁸.

¹⁸ L’esquisse marquée (e) dans ce rapport n’a pas été trouvée.

f. *Grazing Leases*

[187] It is evident from many documents in the record that the Government was keen to have reserve land and non-reserve land surveyed in order, as Chief Inspector of Surveys E. Deville says, to know “what parts of the public lands are open for settlement”. It was at this time that the Government was entering into grazing leases of public land in southern Alberta.

[188] Grazing leases were approved under Order in Council P.C. 1882-0722 dated April 11, 1882. Three are relevant to this litigation.

[189] Lease No. 13, encompassing some 77 000 acres was granted to the York Grazing Company, being:

That part west of Lee’s Creek of Township two in Range twenty-six, Township two in Range twenty-seven; that part east of Belly River of Township two in Range twenty-eight; the west-half of Township one, Range twenty-seven, and Township one, Range twenty-eight, all west of the fourth meridian.

[190] Lease No. 17, encompassing some 66 000 acres was granted to John H. Parks (Parks), being:

Township one, and part east of Lee’s Creek of Township two, in Range twenty-six; that part West of the St. Mary’s River of the northern one-third of Township one; also all west of said River of Township two in Range twenty-five, and the portion west of said River of Township two, Range twenty four, and the east half of Township one in Range twenty-seven, all West of the fourth meridian.

This lease was subsequently assigned to the North-West Land and Grazing Company [NWLGC], of which Parks was the President.

[191] Lease No. 18, encompassing some 100 000 acres was granted to Messrs. Shereton and others, being:

Townships one and two, in Range twenty-three, and Township one, and the part east of St. Mary’s River, of Township two, and of the south half of Township three, in Range twenty-four, and that part of the eastern one-third of Township one, east of said river, all west of the fourth meridian.

f. *Baux de pâturage*

[187] Il ressort clairement de nombreux documents au dossier que le gouvernement tenait à arpenter des terres de réserve et des terres hors réserves afin de savoir, comme l’a dit E. Deville, inspecteur en chef des levés, [TRADUCTION] «*quelles parties des terres domaniales sont ouvertes à la colonisation* ». C’est à cette époque que le gouvernement concluait des baux de pâturage dans les terres domaniales du sud de l’Alberta.

[188] Des baux de pâturage ont été autorisés aux termes du décret C.P. 1882-0722, daté du 11 avril 1882. Trois baux sont pertinents en l’espèce.

[189] Le bail n° 13, comprenant quelque 77 000 acres, a été accordé à la York Grazing Compagny, rédigé ainsi :

[TRADUCTION] La partie du township deux, rang vingt-six, située à l’ouest de Lee’s Creek, le township deux, rang vingt-sept; la partie du township deux, rang vingt-huit, située à l’est de la rivière Belly; la moitié ouest du township un, rang vingt-sept, et le township un, rang vingt-huit, tous situés à l’ouest du quatrième méridien.

[190] Le bail n° 17, comprenant quelque 66 000 acres, a été accordé à John H. Parks (M. Parks), rédigé ainsi :

[TRADUCTION] Township un, puis une partie à Lee’s Creek dans le township deux, rang vingt-six. La partie du tiers nord du township un, située à l’ouest de la rivière St. Mary, puis la totalité du territoire situé à l’ouest de ladite rivière dans le township deux, rang vingt-cinq, puis la partie située à l’ouest de ladite rivière dans le township deux, rang vingt-quatre, en plus de la moitié est du township un, rang vingt-sept, tous situés à l’ouest du quatrième méridien.

Ce bail a ensuite été attribué à la North-West Land and Grazing Company [NWLGC], dont M. Parks était le président.

[191] Le bail n° 18, comprenant quelque 100 000 acres, a été accordé à MM. Shereton et autres, rédigé ainsi :

[TRADUCTION] Townships un et deux, rang vingt-trois, et township un, puis la partie située à l’est de la rivière St. Mary, dans le township deux, et dans la moitié sud du township trois, rang vingt-quatre, la partie située dans le tiers est du township un, à l’est de ladite rivière, tous situés à l’ouest du quatrième méridien.

[192] The form of lease provided under this Order in Council, excluded from the land described in the lease land of the Hudson's Bay Company, lands set aside for education, trails, public roads, and highways. No specific reference was made to reserve lands; although it might have been suggested that it could be removed from the lease as the form of lease also exempted "such lands as may, under the provisions and conditions of these presents, be or become hereafter withdrawn from the operation thereof".

[193] Appendix G is a map attached to the Order in Council showing the location of two of these leases as identified by Ms. Robidoux, with the location of the 1882 Nelson southern boundary marked by me. As is evident from the map and description of the leases, the northern most boundaries of leases 13 and 17 were 12 miles north of the international border, which is also shown as the southern boundary of the Blood reserve on the map. The leases were authorized prior to any survey of the Blood reserve, and it is unclear how the southern boundary of the reserve on this map was determined, and by whom.

[194] It is also to be noted that lease 18 included "the south half of Township three, in Range twenty-four" which includes the south-east triangular corner of the Blood Tribe reserve as shown on the map, being a small area west of and adjacent to the St. Mary River. In my assessment, this fact becomes relevant when we ask why the southern border of the Blood reserve was moved from where the 1882 survey had it to where it was placed in the 1883 Survey.

[195] The grazing leases and the boundary of the Blood reserve become a significant issue in 1883. On May 1, 1883, Russell writes to Vankoughnet asking him "to inform this Department whether the north halves of Twp. Numbers Two in Ranges 25 and 26 and that portion West of St. Marys river of the North half of Township Two Range 24 all West of the Fourth Meridian in the District of Alberta are within an Indian Reserve". The fact that the 1882 Survey included only the northern halves of these Townships within the reserve appears to have been known to Russell in light of how he words this request. Vankoughnet responds on May 14, 1882, that the

[192] La forme de bail prévue aux termes de ce décret excluait des terres décrites dans le bail les terres de la Compagnie de la Baie d'Hudson, et les terres réservées à l'éducation, aux sentiers, aux chemins publics et aux routes. Aucune référence précise n'a été faite aux terres de réserve; même s'il a pu être indiqué qu'elles pourraient être retirées du bail étant donné que [TRADUCTION] « ces terres qui peuvent, aux termes des dispositions et des conditions des présentes, être retirées de l'exploitation de ceux-ci » sont aussi exemptées de la forme de bail.

[193] L'annexe G est une carte jointe au décret indiquant l'emplacement de deux de ces baux, tel que l'a désigné M^{me} Robidoux, ainsi que l'emplacement de la limite sud du levé de 1882 de M. Nelson, désigné par moi. Tel qu'il ressort clairement de la carte et de la description des baux, les limites les plus au nord des baux n^{os} 13 et 17 se situaient à 12 milles au nord de la frontière internationale, qui est aussi indiquée comme étant la limite sud de la réserve des Blood sur la carte. Les baux ont été accordé avant tout arpentage de la réserve des Blood et il n'est pas clair de quelle manière a été fixée la limite sud de la réserve sur cette carte ni par qui.

[194] Il convient aussi de noter que [TRADUCTION] « la moitié sud du township trois, rang vingt-quatre » est inclus dans le bail n^o 18, ce qui comprend le coin triangulaire du sud-est de la réserve des Blood, tel qu'il figure sur la carte, soit une petite zone à l'ouest de la rivière St. Mary et adjacente à celle-ci. Dans mon évaluation, ce fait devient pertinent lorsque l'on se demande pourquoi la limite sud de la réserve des Blood a été déplacée de l'endroit déterminé lors du relevé de 1882 à celui du relevé de 1883.

[195] Les baux de pâturage et la limite de la réserve des Blood deviennent un enjeu important en 1883. Le 1^{er} mai 1883, M. Russell a écrit à M. Vankoughnet pour lui demander [TRADUCTION] « d'informer ce Ministère si les moitiés situées au nord des townships numéro deux, rangs vingt-cinq et vingt-six et la partie de la moitié nord du township deux, située à l'ouest de la rivière St. Mary, rang vingt-quatre, tous situés à l'ouest du quatrième méridien du district d'Alberta sont dans une réserve indienne ». Vu la formulation de sa demande, il semble que M. Russell savait que le levé de 1882 ne comprenait que les moitiés nord de ces townships dans la réserve. M. Vankoughnet répond

areas inquired about “are within an Indian Reserve”. Consequently, on June 22, 1883, Russell wrote to the NWLGC informing it that “part of the Rancho leased to Mr. Parks has been included in an Indian Reserve and the land described in the lease will have to be amended”. Ultimately, this was not required or done. The reserve’s southern boundary was moved north. The reason why will be discussed in detail when exploring the TLE claim.

g. *The 1883 Agreement and the 1883 Survey*

[196] On June 28, 1883, Nelson reports that he met Dewdney at Fort Macleod “in accordance with previous arrangements” and “received further instructions respecting certain changes in the boundaries of the Blood Reserve” (emphasis added). This establishes, to my satisfaction, that Dewdney was the person who made the decision that the southern boundary as set out in the 1882 Survey was to be moved to the north. A few days later on July 2, 1883, Dewdney, Nelson and others met with the Blood Tribe to execute an agreement surrendering their interest in the Bow River land described in Treaty No. 7 in exchange for a reserve near Fort Kipp, as they had requested. Appendix H is a transcript of this agreement [Canada. *Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890*, Vol. 2, Ottawa: Queen’s Printer, 1871] (the 1883 Agreement).

[197] A notable feature of the 1883 Agreement is that it defines the southern boundary of the new Blood reserve using the latitudinal description 49°12’16”. I accept that no Blood member and indeed most non-Bloods would have any idea where, in real terms, this line is drawn. The 1883 Agreement indicates [at page 185] that it was signed in the presence of seven witnesses, including Denny, Crozier, and Nelson after “having been first explained” to the Blood by “David Mills, Blackfoot Interpreter.” There is no record of how Mills would have understood in geographic terms what this latitudinal description meant, nor how he “explained” this to the Blood Tribe. While the other boundaries of the reserve are natural geographic features (rivers), that is not so with the southern boundary.

le 14 mai 1882 que les régions au sujet desquelles il s’est enquis [TRADUCTION] « sont dans une réserve indienne ». Par conséquent, le 22 juin 1883, M. Russel a écrit à la NWLGC pour l’informer qu’[TRADUCTION] « une partie du ranch loué à M. Parks a été incluse dans une réserve indienne et [que] les terres décrites dans le bail devront être modifiées ». En fin de compte, cela n’a été ni requis ni fait. La limite sud de la réserve a été déplacée au nord. Le motif sera abordé plus en détail lors de l’examen de la revendication de DFIT.

g. *L’accord de 1883 et le levé de 1883*

[196] Le 28 juin 1883, M. Nelson déclare qu’il a rencontré M. Dewdney à Fort Macleod [TRADUCTION] « conformément à de précédents arrangements » et qu’il a [TRADUCTION] « reçu des instructions supplémentaires concernant certains changements apportés aux limites de la réserve des Blood » (non souligné dans l’original). Cela établit, à ma satisfaction, que c’est M. Dewdney qui a décidé que la limite sud telle qu’elle avait été définie dans le levé de 1882 devait être déplacée vers le nord. Quelques jours plus tard, le 2 juillet 1883, M. Dewdney, M. Nelson et d’autres personnes ont rencontré la tribu des Blood en vue de conclure un accord en vertu duquel elle cédait son intérêt dans les terres de la rivière Bow décrites dans le Traité n° 7 en échange d’une réserve près de Fort Kipp, comme elle l’avait demandé. L’annexe H est une transcription de cet accord [Canada. *Traité indiens et cessions de 1680 à 1890*, vol. 2, Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1871] (l’accord de 1883).

[197] Une caractéristique notable de l’accord de 1883 est qu’il définit la limite sud de la nouvelle réserve des Blood au moyen du point de latitude 49° 12’ 16”. Je reconnais qu’aucun membre de la tribu des Blood — ni même, d’ailleurs, la plupart des non-membres de la tribu des Blood — n’aurait eu la moindre idée de l’emplacement concret de cette ligne. L’accord de 1883 précise [à la page 185] qu’il a été signé en présence de sept témoins, y compris M. Denny, M. Crozier et M. Nelson, après « ledit traité ayant été au préalable lu et expliqué » aux membres de la tribu des Blood par l’entremise de « David Mills, interprète pour les Pieds-Noirs ». Il n’y a aucune indication de la façon dont M. Mills aurait compris ce que signifiait ce point de latitude en termes géographiques, ni de comment

[198] Many years later, there is evidence that Mills never explained where that border was to be located. On February 2, 1888, Red Crow, White Calf, and other of the Bloods met with Pocklington and Mr. Springett of the Indian Department in the presence of both Potts and Mills. NWMP Superintendent P.R. Neale (Neale) took notes of the meeting. A wide-range of topics was discussed including the absence of Colonel Macleod, the killing of Indians, the scarcity of rations, and importantly for our purposes, the reserve and timber limit.

[199] Neale writes that Red Crow explained that the Blood had not wanted to make treaty at Blackfoot Crossing in 1877:

Everyone knows what was said to us at the Blackfoot Crossing when the Treaty was made. We were satisfied. We did not at first want to make treaty. White men spoke and told us to say where we wanted Reserve. God made the mountains for us and put the timber there and we said at that time that we wanted the country where the mountains and the timber were. The Government said they would be good to us. We took what the Government offered us. At one time we owned all the country and kept other Indians out. Since the treaty they are all together again. We are all friends and God has taken all the game away.

White Calf then raised the issue of the reserve and timber limit with Pocklington:

The whites are cutting the reserve off, and we know nothing of it. We claim between the two rivers (Belly and St. Marys) up to the mountains. Now where we get the timber is the white man's ground.

[200] At that, Pocklington asked, "Who interpreted when you were told where the boundaries of your Reserve were to be placed?" Red Crow said "Dave Mills" following which Neale writes that Pocklington spoke to Mills asking,

il aurait [TRADUCTION] « expliqué » celui-ci à la tribu des Blood. Alors que les autres limites de la réserve sont des caractéristiques géographiques naturelles (c.-à-d. des rivières), ce n'est pas le cas pour la limite sud.

[198] Bien des années plus tard, la preuve indique que M. Mills n'aurait jamais expliqué où devait se situer cette limite. Le 2 février 1888, Red Crow, White Calf et d'autres membres de la bande des Blood ont rencontré M. Pocklington et M. Springett du ministère des Affaires indiennes, en présence de M. Potts et de M. Mills. Le surintendant P.R. Neale (M. Neale) du détachement de la P.C.N.-O. a pris des notes pendant cette rencontre. Ils ont discuté d'un large éventail de sujets, notamment de l'absence du colonel Macleod, du meurtre d'Indiens, de l'insuffisance des rations et, ce qui importe surtout pour les fins de la présente, de la réserve et de la concession forestière.

[199] M. Neale écrit que Red Crow avait expliqué que les Blood ne souhaitaient pas signer de traité à Blackfoot Crossing en 1877 :

[TRADUCTION] Tout le monde sait ce qui nous a été dit à Blackfoot Crossing quand le traité a été conclu. Nous étions satisfaits. Au départ, nous ne voulions pas conclure de traité. Les hommes blancs ont parlé et nous ont demandé de dire où nous voulions la réserve. Dieu a créé les montagnes pour nous et a mis le bois là et nous avons dit à ce moment-là que nous voulions le territoire où étaient les montagnes et le bois. Le gouvernement a dit qu'il serait bon pour nous. Nous avons pris ce que le gouvernement nous a offert. À une certaine époque, tout le territoire nous appartenait et nous interdisions l'accès aux autres Indiens. Depuis le traité, ils sont de nouveau tous ensemble. Nous sommes tous amis et Dieu a retiré tout le gibier.

White Calf a ensuite soulevé la question de la réserve et de la concession forestière auprès de M. Pocklington :

[TRADUCTION] Les Blancs coupent tous les arbres de la réserve et nous n'en savons rien. Nous revendiquons les terres entre les deux rivières (Belly et St. Mary) jusqu'aux montagnes. Maintenant, c'est sur le territoire de l'homme blanc que nous prenons le bois.

[200] C'est alors que M. Pocklington a posé la question suivante : [TRADUCTION] « Qui était l'interprète quand on vous a dit où seraient situées les limites de votre réserve? » Red Crow a répondu : [TRADUCTION] « Dave Mills ».

“Did you explain for Mr. Nelson where the line was to run?” Neale writes that Mills then asks this of Red Crow who responds, “I never told him where to mark out the reserve”. White Calf interjects saying, “Now we have a small reserve and the whites treat us badly”.

[201] Towards the end of this discussion, Neale writes that Pocklington “answered them as to their complaints about the boundaries of the Blood Reserve and rations” but there is nothing written as to what that explanation was. As reproduced below, Pocklington provides his explanation when he writes about this meeting. Prior to leaving, Bull Horn comes back to the reserve, saying to Pocklington:

We don't like our timber limit on the white man's ground. We want it on the reserve. Where they ran the line it is the same as the prairie, there is not much timber. The truth is that the Surveyors ran the lines without telling the Indians where they were going to put them. We will not cut any more timber on our reserve. If an Indian ran a line on the white man's reserve the white man would be angry. I ask you all three to help us.

[202] As is seen from the map at Appendix A, the Blood's timber limit is on the western bank of the Belly River, just south of the International Border. It lies outside the area of the 1882 Survey and the 1883 Survey, but is within the Big Claim area.

[203] This report strongly suggests that Pocklington, at least, was of the view that the boundaries of the reserve had been selected by Red Crow, who told Nelson. As we know, that boundary was already determined by Dewdney. David Mills does not interject in this discussion to inform Pocklington of this, so one must wonder whether he understood the boundary location. The report also provides evidence from Red Crow that he indicated the Blood wished its reserve to be “the country where the mountains and the timber were” and that this area would include the surveyed

M. Neale ensuite écrit que M. Pocklington s'est entretenu avec M. Mills et lui a demandé : [TRADUCTION] « Avez-vous expliqué à M. Nelson où la ligne passerait? » M. Neale écrit que M. Mills a ensuite posé cette question à Red Crow, qui a répondu : [TRADUCTION] « Je ne lui ai jamais dit où marquer [les limites de] la réserve ». White Calf est intervenu en disant : « Maintenant, la réserve que nous avons est petite et les Blancs nous maltraitent ».

[201] M. Neale écrit que, vers la fin de cette discussion, M. Pocklington [TRADUCTION] « a répondu à leurs plaintes à l'égard des limites de la réserve des Blood et des rations »; cependant, aucune précision n'est fournie quant à la nature de cette explication. Tel qu'il est reproduit ci-dessous, M. Pocklington fournit l'explication suivante au moment de détailler cette rencontre par écrit : Avant de partir, Bull Horn retourne à la réserve, et dit à M. Pocklington :

[TRADUCTION] Nous n'aimons pas que notre concession forestière se trouve sur le territoire de l'homme blanc. Nous voulons qu'elle soit sur la réserve. Là où ils ont tracé la ligne, c'est comme dans la prairie, il n'y a pas beaucoup de bois. La vérité, c'est que les arpenteurs ont tracé les lignes sans dire aux Indiens où elles allaient être. Nous ne couperons plus d'autre bois sur notre réserve. Si un Indien avait fait passer une limite sur la réserve de l'homme blanc, l'homme blanc aurait été furieux. Je vous demande à vous trois de nous aider.

[202] Tel qu'il est indiqué sur la carte présentée à l'annexe A, la concession forestière de la bande des Blood se trouve sur la rive ouest de la rivière Belly, tout juste au sud de la frontière internationale. Elle est située à l'extérieur du secteur défini dans les levés de 1882 et de 1883, mais à l'intérieur du secteur visé par la grande revendication.

[203] Ce rapport suggère fortement que M. Pocklington était à tout le moins d'avis que les limites de la réserve avaient été choisies par Red Crow, qui en avait informé M. Nelson. Comme nous le savons, cette limite avait déjà été définie par M. Dewdney. Étant donné que David Mills n'est pas intervenu lors de cette discussion pour informer M. Pocklington de ce fait, il y a lieu de se demander s'il avait compris où se trouvait la limite en question. Le rapport fournit également une preuve de la part de Red Crow étayant qu'il avait mentionné que les Blood voulait que la

timber limit. This view is reflected in Pocklington's report of the same meeting.

[204] Pocklington's report of this meeting is dated February 4, 1888:

That as regards the reserve, "Red Crow" said he claimed the whole of the country between the St. Marys and Belly rivers from Fort Kipp to the mountains. ... As regards his Reserve, he wished to know why, when the survey was being made, he was not asked to go and see it as he would not have accepted any Reserve that did not run back to the mountains.

...

I endeavoured to explain to "Red Crow" that when the Treaty was made with the Indians they were to [illegible] so many acres of land for every family of five and that when the Survey was made the amount of land given them was in accordance with the Treaty however he did not seem satisfied and still said he claimed back to the mountains. I think it was a real pity that when the survey was made "Red Crow" had not been there. [Emphasis added.]

[205] These reports establish to my satisfaction that Red Crow always expected the reserve to run all the way to the mountains. They also establish that he was never consulted in a meaningful way as to the location of the southern boundary as set out in the 1883 Agreement and marked by the 1883 Survey.

h. 1888 Tour of the Southern Boundary

[206] It is evident from the record that the southern boundary was an issue in Ottawa prior to the February 1888 meeting. Nelson, on December 2, 1887, wrote to the Assistant Indian Commissioner Hayter Reed (Reed) responding to his query of December 22, 1886, about the reserve limits. Nelson writes that the Blood have no claim to the land south of the current reserve and he points to the description in the 1883 Agreement as confirmation.

réserve soit située sur [TRADUCTION] « le territoire où se trouvaient les montagnes et le bois », et que ce secteur allait comprendre la concession forestière arpentée. Ce point de vue se reflète aussi dans le rapport de M. Pocklington au sujet de la même rencontre.

[204] Le rapport de M. Pocklington au sujet de cette rencontre est daté du 4 février 1888 :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la réserve, « Red Crow » a dit qu'il a revendiqué tout le territoire entre les rivières St. Mary et Belly, de Fort Kipp jusqu'aux montagnes [...] En ce qui concerne sa réserve, il voulait savoir pourquoi, lorsque l'arpentage a été fait, on ne lui a pas demandé de se rendre sur place pour le voir puisqu'il n'aurait accepté aucune réserve qui ne se rendrait pas jusqu'aux montagnes.

[...]

Je me suis efforcé d'expliquer à « Red Crow » que, quand le traité a été fait avec les Indiens, ils devaient recevoir un certain nombre d'acres de terre pour chaque famille de cinq et que lorsque l'arpentage a été effectué, l'étendue des terres qui leur ont été données était conforme au traité. Cependant, il ne semblait pas satisfait et a répété qu'il revendiquait jusqu'aux montagnes. Je pense que c'est extrêmement dommage que « Red Crow » n'ait pas été présent lors de l'arpentage. [Non souligné dans l'original.]

[205] Ces rapports me convainquent que Red Crow a toujours cru que la réserve s'étendrait jusqu'aux montagnes. Ils établissent également que Red Crow n'a jamais réellement été consulté pour ce qui est de l'emplacement de la limite sud telle qu'elle a été énoncée dans l'accord de 1883 et telle qu'elle a été définie dans le levé de 1883.

h. Visite de la limite sud en 1888

[206] Il ressort clairement du dossier que la limite sud posait problème à Ottawa avant la rencontre de février 1888. Le 2 décembre 1887, M. Nelson a écrit au commissaire adjoint des Indiens Hayter Reed (M. Reed) en réponse à la question qu'il avait posée le 22 décembre 1886 au sujet des limites de la réserve. M. Nelson écrit que la bande des Blood n'a aucun droit sur le territoire au sud de la réserve actuelle, confirmant ses dires au moyen de la description incluse dans l'accord de 1883.

[207] On February 8, 1888, Reed suggested that Nelson, who was soon to be in the area, mark the limits afresh if required and show Red Crow the reserve boundary to “disabuse” him of his notion that the Blood Tribe had a claim to the southern lands.

[208] Nelson writes in his report of November 12, 1888, that the visit to the south boundary was successful and that Red Crow was satisfied having seen the reserve limits. Canada relies heavily on this report to establish that Red Crow accepted the reserve as shown to him. The relevant portions of his report are reproduced below. It, coupled with his diary entries, is worth setting out in some detail. He writes in his report:

On Monday, 20th [of August 1888] we set out for the South Blood camp to consult Red Crow. We held a council with him and the minor chiefs, at which we explained the object of our visit. Red Crow stated that he had demanded, at the treaty, the country between the Belly and St. Mary’s Rivers, from Whoop-up to the mountains; and that he thought this territory had perhaps been given him. He said that Jerry Potts, who acted as interpreter, did not translate correctly; but here I was able to correct him, for I was present at the treaty, and heard Potts tell him that the south boundary of the reserve would run from Lee’s Creek to Fish Creek. Besides I knew Potts was thoroughly acquainted with the topography of the country, and was competent to describe the boundaries in a manner the Indians could not well misunderstand. I also knew, and told Red Crow, that Potts had, subsequent to the survey, shown the line to Chief “One Spot,” who said, at the treaty, that he wished to see it. “One Spot” was shown from the mound on the road near the south-east corner, the southern limit of the reserve, as nearly as could be described from the topographical features of the country; but he did not follow the surveyed line; nor is it likely he would have been much enlightened if he had. I found these Indians had no idea of an artificial boundary, such as a line of mounds, their method of defining a tract of land being by means of natural boundaries, such as rivers, lakes, and mountains; and they seemed unable to understand any other. Red Crow said he would visit the south boundary with us, and after seeing it would know what it was and where it was. Mr. Pocklington explained that the area of land allotted them, is in excess of what their number called for, according to the stipulations of the original treaty at the Blackfoot Crossing; and some of the land claimed by Red-Crow is in the United States. He also stated that, as he

[207] Le 8 février 1888, M. Reed a proposé que M. Nelson, qui serait bientôt de passage dans la région, redéfinisse les limites au besoin et montre la limite de la réserve à Red Crow afin de le [TRADUCTION] « détromper » de l’idée que la tribu des Blood avait un droit sur les terres situées au sud.

[208] Dans son rapport du 12 novembre 1888, M. Nelson indique que la visite à la limite sud avait porté ses fruits et que Red Crow était satisfait après avoir vu les limites de la réserve. Le Canada s’appuie fortement sur ce rapport pour établir que Red Crow avait accepté la réserve telle qu’elle lui avait été présentée. Les parties pertinentes de son rapport sont reproduites ci-dessous. Il vaut la peine de le reproduire de façon assez détaillée, conjointement avec les inscriptions faites dans son journal. Il écrit, dans son rapport :

[TRADUCTION] Le lundi 20 [août 1888], nous nous sommes rendu au camp sud de la bande des Blood pour consulter Red Crow. Nous avons tenu un conseil avec lui et les sous-chefs, et nous avons expliqué le but de notre visite. Red Crow a indiqué qu’il avait demandé, lors du traité, le territoire situé entre les rivières Belly et St. Mary, depuis Whoop-Up jusqu’aux montagnes, et qu’il croyait que ce territoire lui avait peut-être été octroyé. Il a dit que Jerry Potts, qui agissait comme interprète, n’a pas correctement traduit, mais ici j’ai été en mesure de le corriger, parce que j’étais présent lors du traité et que j’ai entendu M. Potts lui dire que la limite sud de la réserve irait de Lee’s Creek à Fish Creek. De plus, je savais que M. Potts connaissait parfaitement la topographie du territoire et qu’il avait la compétence pour décrire les limites de façon que les Indiens ne pourraient pas ne pas comprendre. Je savais aussi, et je l’ai dit à Red Crow, que M. Potts avait montré la ligne au chef « One Spot » à la suite de l’arpentage, et que celui-ci avait dit, lors du traité, qu’il souhaitait la voir. Nous avons montré la ligne au chef « One Spot » à partir de la butte sur la route près du coin sud-est, la limite sud de la réserve, en nous basant autant que possible sur des caractéristiques topographiques du territoire. Il n’a toutefois pas suivi la ligne arpentée; d’ailleurs, nous doutons qu’il aurait même réalisé s’il l’avait fait. J’ai constaté que ces Indiens ne comprenaient aucunement la notion de limite artificielle (une série de buttes, par exemple), leur méthode de reconnaissance du territoire s’appuyant plutôt sur des limites naturelles comme les rivières, les lacs et les montagnes; toute autre méthode leur paraissait incompréhensible. Red Crow a dit qu’il se rendrait à la limite sud avec nous, et après l’avoir vue, qu’il saurait où elle se trouvait. M. Pocklington a expliqué que le secteur leur ayant été attribué dépasse la superficie normalement accordée

himself had never seen the lines, and Red-Crow was anxious to see them; that he, Red Crow, and the “Blackfoot Old Woman,” would form the party which would accompany the surveyor. Whereupon Chief White-Calf said “Eagle-Rib (Mr. Pocklington’s Indian name), you were not at the treaty, neither was I, and as we both wish to see the lines, it is fitting that we should go together.” [Emphasis added.]

[209] The party consisting of Nelson, Pocklington, Mills, and the Blood Tribe representatives arrived at the “Mormon’s colony, Lee’s Creek”. Nelson writes in his diary that on August 22, 1888, he “placed an iron post at the south east corner of the Blood Reserve” and says he began “to redefine the southern boundary which I pointed out to the chiefs”. He continued redefining the southern boundary until Saturday August 25, 1888, when he writes in his diary that he placed an iron post on the south-west corner at the Belly River. Nelson writes that he then visited the Cochrane ranche and they returned to their tents long after dark.

[210] On Monday, August 27, 1888, Nelson writes in his diary: “Piloted by Chief Red Crow we moved campsite to Belly River” and Nelson pointed out the Blood timber limit to the chiefs and then he and Red Crow had a “long talk” at the Hill of the left bank of the Belly River at this Cañon (a canyon) and “Red Crow named the place Council Hill in memory of our visit”. He says that the next morning the others left to return home and he went on to “define the boundaries of the timber limit by [unreadable] the northern boundary two miles west from the Cañon. Thence south”. He appears to have been engaged in this survey until September 1st when he left for Whoop-up.

[211] It is notable that Nelson does not refer in his contemporaneous diary entries to any response from Red Crow while on the trip to see the southern boundary.

pour une population comme la leur, selon les dispositions du traité original conclu à Blackfoot Crossing. En outre, une partie du territoire revendiqué par Red Crow se trouve aux États-Unis. Il a également précisé que lui-même n’avait jamais vu les lignes, que Red Crow était impatient de les voir, et que le groupe qui accompagnerait l’arpenteur comprendrait Red Crow, la « Vieille femme pied-noir » et lui-même. C’est alors que le chef White Calf a dit : « Eagle Rib (le nom indien de M. Pocklington), tout comme moi, vous n’étiez pas présent au traité. Étant donné que nous souhaitons tous deux voir les lignes, je crois qu’il convient que nous y allions ensemble. » [Non souligné dans l’original.]

[209] Le groupe formé de M. Nelson, de M. Pocklington, de M. Mills et des représentants de la tribu des Blood sont arrivés à la [TRADUCTION] « colonie de mormons établie à Lee’s Creek ». M. Nelson relate dans son journal que, le 22 août 1888, il a [TRADUCTION] « placé un piquet de fer au coin sud-ouest de la réserve des Blood », et affirme qu’il a commencé à [TRADUCTION] « redéfinir la limite sud, fait [qu’il avait] mentionné aux chefs ». Il a continué de redéfinir la limite sud jusqu’au samedi 25 août 1888, date à laquelle il a écrit dans son journal qu’il avait placé un piquet de fer au coin sud-ouest, à la rivière Belly. M. Nelson raconte qu’il a ensuite visité le ranch Cochrane, et qu’ils sont retournés à leur campement bien après le coucher du soleil.

[210] Le lundi 27 août 1888, M. Nelson relate ce qui suit dans son journal : [TRADUCTION] « Guidé par le chef Red Crow, nous avons déplacé le campement à la rivière Belly ». M. Nelson dit avoir indiqué les limites de la concession forestière de la bande des Blood aux chefs, et que Red Crow et lui-même ont tenu une [TRADUCTION] « longue discussion » près de la butte située sur la rive gauche de la rivière Belly, au niveau d’un canyon. Il précise d’ailleurs que [TRADUCTION] « Red Crow a nommé cet endroit Council Hill en souvenir de [leur] visite ». M. Nelson indique que le matin suivant, alors que les autres avaient pris le chemin du retour, il est allé [TRADUCTION] « définir les limites de la concession forestière en [illisible] la limite nord située deux milles à l’ouest du canyon, de là vers l’ouest ». Il semble avoir participé à ce levé jusqu’au 1^{er} septembre, lorsqu’il est parti à Whoop-Up.

[211] Il convient de noter qu’aucune entrée du journal de M. Nelson à la même époque ne fait mention d’une réponse de la part de Red Crow pendant le voyage effectué

However, in his report of November 12, 1888, made nearly three months later, he provides significant detail. He writes:

On the 25th [of August] we completed the renewal of mounds and placed an iron post at the south-west corner on Belly River. The Indians carefully located the position of every post. Red Crow was asked if he was satisfied, and he answered in the affirmative. [Emphasis added.]

He describes that the party moved on to the timber limit “near the international boundary” and that they held a long talk:

Red Crow then named the place Council Hill, and said the boundaries of his reserve as now fixed would never again be questioned. [Emphasis added.]

[212] Pocklington in a letter of August 30, 1888, reports on the trip and confirms that he explained to Red Crow that the reserve they were given was larger than the Blood Tribe was entitled to under the Treaty and that after being shown the southern boundary Red Crow “was satisfied”. Pocklington would not have had direct knowledge that the size of the reserve as laid out in the 1883 Survey was larger than that to which the Blood Tribe was entitled under the TLE as he only became Indian Agent in 1884.

i. *Decision to Move the Southern Boundary*

[213] Dr. Evans notes that a feature of the 1883 Agreement that is “poorly explained” is the rationale behind the new location of the southern boundary. The only explanation in the record comes from Nelson who, in his 1883 report writes that it was required “owing to the rapidly decreasing census of this tribe” and that the size of the reserve “required considerable reduction” (emphasis added). Notwithstanding this explanation, which presumably was provided by Dewdney to Nelson, there is no evidence of the population figure used to determine this new southern boundary.

pour voir la limite sud. Cependant, dans son rapport du 12 novembre 1888, près de trois mois plus tard, il fournit une description fort détaillée. Il raconte ce qui suit :

[TRADUCTION] Le 25 [août], nous avons terminé la remise en état des buttes et avons placé un piquet de fer au coin sud-ouest, à la rivière Belly. Les Indiens ont pris soin de repérer la position de chaque piquet. Red Crow s’est alors fait demander s’il était satisfait et il a donné une réponse affirmative. [Non souligné dans l’original.]

Il décrit que les membres du groupe se sont déplacés jusqu’à la concession forestière [TRADUCTION] « près de la limite internationale » et qu’ils ont tenu une longue discussion :

[TRADUCTION] Red Crow a nommé l’endroit Council Hill, et a indiqué que les frontières de sa réserve telles qu’elles étaient maintenant établies ne seraient plus jamais remises en question. [Non souligné dans l’original.]

[212] Dans une lettre datée du 30 août 1888, M. Pocklington fait rapport du voyage et confirme qu’il a expliqué à Red Crow que la superficie de la réserve qui avait été octroyée à la tribu des Blood était plus importante que celle à laquelle elle avait droit aux termes du traité et que, après avoir vu la limite sud, Red Crow avait affirmé qu’il [TRADUCTION] « était satisfait ». M. Pocklington n’aurait pas eu directement connaissance du fait que la superficie de la réserve telle qu’elle avait été établie dans le levé de 1883 était plus importante que celle à laquelle la tribu des Blood avait droit en vertu des DFIT puisqu’il est seulement devenu agent des Indiens en 1884.

i. *Décision de déplacer la limite sud*

[213] M. Evans souligne que la raison pour laquelle la limite sud avait été déplacée est parce qu’une caractéristique de l’accord de 1883 avait été [TRADUCTION] « mal expliquée ». La seule explication au dossier est fournie par M. Nelson qui, dans son rapport de 1883, explique que ce déplacement était nécessaire [TRADUCTION] « en raison de la décroissance rapide de la population de cette tribu » et qu’il [TRADUCTION] « fallait réduire dans une mesure importante la superficie de la réserve » (non souligné dans l’original). Nonobstant cette explication, qui a vraisemblablement été fournie par M. Dewdney à M. Nelson, aucune preuve n’a été produite quant au chiffre de population ayant servi à établir la nouvelle limite sud.

[214] There is some evidence in the record of a decrease in the population of the Blood Tribe at the end of the 1883 year. The *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December, 1883*, shows the number of Bloods at 2 589 compared to 3 542 in 1882. These numbers reflect paid annuities in those years. However, the 1883 annuities were not paid until after the 1883 Survey, and after the 1883 Agreement. As such, this population information was not available to Dewdney when he instructed where the southern boundary was to be placed.

[215] The most generous interpretation of Dewdney's reduction in the reserve size based on population is that it was a "best guess" as to the population. For the reasons outlined herein, it is my view that there was no guess; rather, Dewdney took steps to ensure that the reserve's southern boundary did not extend into the land Canada had leased. I find that the location of the southern boundary established by Dewdney was a deliberate decision, and had nothing to do with the TLE of the Blood Tribe under Treaty No. 7.

[216] The plaintiffs submit, and I agree, that the grazing leases entered into by Canada had everything to do with the relocation of the southern boundary. The southern boundary established by the 1882 Survey runs through the middle of Range 2, cutting off the northern portion of Leases Nos. 13 and 17. The southern boundary established by the 1883 Agreement and 1883 Survey runs through about the midpoint of Range 3. This puts it north of Leases Nos. 13 and 17 by 2 to 3 miles. If the aim of Dewdney was, as I hold is most probable, to put the reserve beyond those leases, it is fair to ask why he did not locate the reserve's southern boundary as being the northern boundary of those leases. In my view, the answer to that is lease 18.

[217] Neither party addressed Lease No. 18; however, the Court cannot help but observe that it includes a small triangular section being the south-west part of Township 3 in Range 24. Had the southern boundary of the reserve been placed on the northern boundary of Leases Nos. 13 and

[214] Il y a certains éléments de preuve au dossier qui étaient une diminution de la population de la tribu des Blood à la fin de l'année 1883. Le *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l'année expirée le 31 décembre 1883* indique 2 589 membres de la bande des Blood comparativement à 3 542 en 1882. Ces chiffres prennent en compte les annuités versées au cours de ces années. Cependant, les annuités de 1883 ont été versées seulement après le levé de 1883, et seulement après l'accord de 1883. Par conséquent, M. Dewdney ne disposait pas de ces données démographiques lorsqu'il a déterminé où devrait se trouver la limite sud.

[215] L'interprétation la plus libérale possible de la réduction de la superficie de la réserve par M. Dewdney en fonction de la population est qu'il s'agissait de la « meilleure approximation » de la population. Pour les motifs exposés aux présentes, je suis d'avis qu'aucune supposition n'a été faite; M. Dewdney a plutôt pris des mesures pour s'assurer que la limite sud de la réserve ne traverserait pas les terres louées par le Canada. Je conclus que l'emplacement de la limite sud déterminé par M. Dewdney était le fruit d'une décision délibérée, et qu'il n'avait rien à voir avec les DFIT de la tribu des Blood aux termes du Traité n° 7.

[216] Les demandeurs soutiennent — et je suis d'accord — que les baux de pâturage conclus par le Canada avaient un lien direct avec le déplacement de la limite sud. La limite sud établie par le levé de 1882 passe au milieu du rang 2, séparant la partie nord des baux n^{os} 13 et 17. La limite sud établie par l'accord de 1883 et le levé de 1883 traverse le rang 3, à peu près au milieu de celui-ci. Elle est donc située à deux ou trois milles au nord des baux n^{os} 13 et 17. Si le but de M. Dewdney était de situer la réserve au-delà de ces baux, ce qui, selon moi, est la théorie la plus probable, il y a lieu de se demander pourquoi il n'a pas établi la limite sud de la réserve comme la limite nord de ces baux. À mon avis, la réponse à cette question est le bail n° 18.

[217] Aucune partie n'a évoqué le bail n° 18; cependant, la Cour ne peut qu'observer qu'il inclut une petite section triangulaire, soit la partie sud-ouest du township 3, rang 24. Si la limite sud de la réserve avait été établie à la limite nord des baux n^{os} 13 et 17, cette petite parcelle

17, that small triangle of reserve land would be within the 100 000 acres leased to Messrs. Shereton and others under Lease No. 18. By moving the reserve's southern boundary north by approximately another 2 miles, the overlap between the reserve land and Lease No. 18 is avoided.

[218] I accept that there is no direct evidence that Dewdney had knowledge of the boundaries of Lease No. 18; however, the relocation of the southern boundary of the reserve to a location where it avoids the overlap, appears to me to be so significant, that I conclude that it was not done by mere chance. Dewdney had been a surveyor and with knowledge of the location of these leases, he would know where to locate the boundary. He provided the latitudinal description 49°12'16", in the 1888 Agreement. He would have known that in placing the reserve's southern boundary there, any overlap with the grazing leases would be avoided. Given those facts and that Dewdney had no revised population count to support a reduction in reserve size, the most probable explanation why the southern boundary of the reserve in 1883 was moved, and why it was moved to where it was, is that it was done to avoid interfering with the grazing leases, and I so find.

[219] This finding leaves open the questions of whether a reserve had been created prior to the 1883 Survey and 1883 Agreement, and what size reserve the Blood Tribe were entitled to under the TLE.

III. TREATY LAND ENTITLEMENT (TLE)

[220] I will first examine the claim of the Blood Tribe that its reserve, whether as laid out in 1882 or 1883, failed to comply with the TLE in Treaty No. 7 because each has less area than that to which the Blood Tribe was entitled to, given its population at the relevant time.

[221] The plaintiffs submit that Canada's failure to provide the Blood Tribe with the reserve it promised under Treaty No. 7 constitutes both a breach of treaty and a breach of fiduciary duty, and that a single set of facts may lead to more than a single cause of action: *Central & Eastern Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147.

de terre triangulaire de la réserve aurait fait partie des 100 000 acres loués à M. Shereton et à d'autres aux termes du bail n° 18. En déplaçant d'environ deux milles plus au nord la limite sud de la réserve, le chevauchement entre les terres de la réserve et le bail n° 18 était ainsi évité.

[218] Je conviens qu'aucune preuve directe n'établit que M. Dewdney était au courant des frontières du bail n° 18; cependant, le fait que la limite sud de la réserve ait été déplacée à un endroit qui évite un chevauchement me semble si significatif que je conclus qu'il n'a pas été fait par pur hasard. M. Dewdney était arpenteur et, en connaissant l'emplacement de ces baux, il aurait su où il fallait établir la limite. Il a fourni le point de latitude 49° 12' 16" dans l'accord de 1888. Il aurait su que l'établissement de la limite sud de la réserve à cet endroit permettrait d'éviter tout chevauchement des baux de pâturage. Compte tenu de ces faits, et étant donné que M. Dewdney n'avait aucun nouveau chiffre de population qui lui permettait de justifier la réduction de la superficie de la réserve, l'explication la plus vraisemblable pour le déplacement de la limite sud de la réserve en 1883 et le choix du nouvel emplacement de celle-ci était pour éviter tout chevauchement des baux de pâturage. C'est ce que j'en conclus.

[219] Cette conclusion ne tranche pas la question de savoir si une réserve avait été créée avant le levé de 1883 et l'accord de 1883, et ne permet pas d'établir la superficie de la réserve à laquelle avait droit la tribu des Blood en vertu des DFIT.

III. DROITS FONCIERS ISSUS DE TRAITÉ (DFIT)

[220] J'examinerai d'abord l'allégation de la tribu des Blood selon laquelle sa réserve, telle qu'elle avait été définie en 1882 ou en 1883, ne respectait pas les DFIT établis aux termes du Traité n° 7 parce la superficie de chacune était inférieure à celle à laquelle la tribu des Blood avait droit compte tenu de sa population au moment en question.

[221] Les demandeurs soutiennent que le défaut du Canada d'avoir fourni à la tribu des Blood la réserve qui lui avait été promise aux termes du Traité n° 7 constitue à la fois un manquement au traité et un manquement à ses obligations fiduciaires, et qu'un seul ensemble de faits peut donner lieu à plus d'une cause d'action : *Central & Eastern Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147.

[222] While a breach of treaty action is not the same as a breach of contract action, it is the action bearing the closest resemblance. Breach of fiduciary duty is an equitable claim.

[223] In my view, *Luscar Ltd. v. Pembina Resources Limited*, 1994 ABCA 356 (CanLII), 162 A.R. 35 (*Luscar*) is instructive. The Alberta Court of Appeal [at paragraph 44] held that there can be concurrent causes of action in equity and contract:

By analogy, in a situation where contract and equity are applied to the same set of facts, the mere fact that the parties have dealt with the matter expressly in their contract does not necessarily mean they intended to exclude the right to sue in equity, if such an independent right exists. The parties should not be prohibited from seeking the appropriate remedy for the wrong that occurred. Conceptually, there is no reason an obligation could not give rise to an equitable cause of action as well as a contractual one. It depends on the characterization of the wrong, it is essential to determine whether there is an independent equitable obligation.

[224] Similar to the matter before me, *Luscar* involved the getting around a limitation period by arguing breach of trust in addition to breach of contract.

[225] I note that it is not unusual to plead both breach of treaty and breach of fiduciary duty in aboriginal litigation: see *Adam v. Canada (Indian Affairs)*, 2000 ABQB 1017 (CanLII), 272 A.R. 92; *Horseman v. Canada*, 2015 FC 1149; *Peepeekisis Band v. Canada*, 2012 FC 915.

[226] Under the provisions of Treaty No. 7, the Blood Tribe was entitled to a reserve the size of which was determined by reference to its population. It was entitled to “one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families”. This manner of calculating the reserve size remained in effect even though the Blood Tribe surrendered its interest in the original reserve described in Treaty No. 7, in exchange for a reserve near Fort Kipp.

[222] Bien qu’un manquement à un traité ne soit pas la même chose qu’une violation de contrat, c’est ce qui s’en rapproche le plus. Une réclamation liée à un manquement à des obligations fiduciaires est une réclamation en equity.

[223] À mon avis, l’arrêt *Luscar Ltd. v. Pembina Resources Limited*, 1994 ABCA 356 (CanLII), 162 A.R. 35 (*Luscar*) peut nous éclairer. La Cour d’appel de l’Alberta [au paragraphe 44] a conclu qu’il peut y avoir des causes d’action simultanées en ce qui concerne l’equity et un contrat :

[TRADUCTION] Par analogie, dans une situation où un contrat et une equity sont appliqués au même ensemble de faits, le simple fait que les parties aient expressément traité de la question dans leur contrat ne signifie pas nécessairement qu’elles avaient l’intention d’exclure le droit d’intenter une action en equity, si un tel droit indépendant existe. Il ne devrait pas être interdit à des parties de demander la réparation appropriée pour la faute commise. Sur le plan conceptuel, il n’y a rien qui justifie qu’une obligation ne puisse pas donner lieu à une cause d’action en equity ainsi qu’à une cause d’action contractuelle. Cela dépend de la qualité du tort. Il est primordial de déterminer s’il y a une obligation en equity indépendante.

[224] À l’instar de l’affaire dont je suis saisi, l’arrêt *Luscar* impliquait le contournement d’un délai de prescription en plaidant un manquement aux obligations fiduciaires en plus d’une rupture de contrat.

[225] Je désire souligner qu’il n’est pas rare qu’un manquement à un traité et un manquement à des obligations fiduciaires soient invoqués dans des litiges impliquant des Autochtones : voir *Adam v. Canada (Indian Affairs)*, 2000 ABQB 1017 (CanLII), 272 A.R. 92; *Horseman c. Canada*, 2015 FC 1149; *Bande de Peepeekisis c. Canada*, 2012 FC 915.

[226] Aux termes des dispositions du Traité n° 7, la tribu des Blood avait droit à une réserve dont la superficie était déterminée en fonction de sa population. Elle avait droit à [TRADUCTION] « un mille carré pour chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses ». La méthode employée pour le calcul de la superficie de la réserve est demeurée en vigueur même lorsque la tribu des Blood a renoncé à son intérêt dans la réserve d’origine qui était décrite dans le Traité n° 7, en échange d’une réserve près de Fort Kipp.

[227] The evidence before the Court is that the Blood Tribe has a close and reverential connection with its land. There is also evidence that the European concepts of mile and square mile were not known to it at the time Treaty No. 7 or later agreements were made. It is likely that it is for this reason that surveyors had a practice of taking the First Nations representatives on a tour of the reserve boundaries in order to acquaint them with their reserve. No such tour was conducted with the Blood Tribe until years after Canada says the reserve was created.

[228] Two questions arise relating to the TLE of the Blood Tribe. First, what is the relevant time for determining the population of the Blood Tribe for purposes of the TLE? Second, what was the population of the Blood Tribe at that time?

A. Date for Population Determination

[229] As will be discussed under the second question, the reports of the population of the Blood Tribe from the years before Treaty No. 7 to 1890 provide widely fluctuating numbers—from a low of 956 to a high of 3 560. Each party accuses the other of selecting a time for determining the population that supports its own theory of the case.

[230] The Blood Tribe submits that the Court ought to follow the lead of the Saskatchewan Court of Appeal in *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, 2001 SKCA 109, 206 D.L.R. (4th) 638 (*Lac La Ronge*) and find that the population is to be determined at the time of first survey or first census taken after the signing of the treaty. On the plaintiffs' theory, one uses the annuity payments in 1881 (3 560) to determine the size of the reserve to be surveyed in 1882 (being a reserve of 712 square miles), and the annuity payments in 1882 (3 542) to determine the size of the reserve to be surveyed in 1883 (being a reserve of 708.4 square miles). Both result in a reserve larger than either that surveyed in 1882 (650 square miles) or 1883 (547.5 square miles).

[227] Il ressort de la preuve soumise à notre Cour que la tribu des Blood a un lien étroit qui tient de la vénération avec ses terres. Il y a aussi des éléments de preuve indiquant qu'elle n'était pas familière avec les concepts européens de mille et de mille carré au moment où le Traité n° 7 ou les accords ultérieurs ont été conclus. Il est probable que c'est pour cette raison que les arpenteurs avaient l'habitude d'emmener des représentants des Premières Nations visiter les frontières de la réserve afin qu'ils puissent se familiariser avec celle-ci. Aucune visite de ce genre n'a été faite avec la tribu des Blood sauf plusieurs années après la création de la réserve, selon les dires du Canada.

[228] Deux questions se posent en ce qui concerne les DFIT de la tribu des Blood. Premièrement, quel était le moment opportun pour déterminer la population de la tribu des Blood aux fins du calcul des DFIT? Deuxièmement, quelle était la population de la tribu des Blood à cette époque?

A. Date servant à déterminer la population

[229] Comme nous le verrons au moment d'analyser la seconde question, la population déclarée pour la tribu des Blood depuis les années antérieures au Traité n° 7 jusqu'à 1890 varie considérablement, allant de 956 à 3 560. Chaque partie accuse l'autre d'avoir choisi un moment pour déterminer la population qui étaye la thèse qu'elle avance en l'espèce.

[230] La tribu des Blood prétend que la Cour doit suivre les traces de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, 2001 SKCA 619, 206 D.L.R. (4th) 638 (*Lac La Ronge*), et estime que la population doit être déterminée en fonction du moment où le premier levé ou le premier recensement a été effectué après la signature du traité. Selon la thèse des demandeurs, il faut se servir des annuités versées en 1881 (3 560) pour déterminer la superficie de la réserve à arpenter en 1882 (c'est-à-dire une réserve de 712 milles carrés), et des annuités versées en 1882 (3 542) pour déterminer la superficie de la réserve à arpenter en 1883 (c'est-à-dire une réserve de 708,4 milles carrés). Les deux se traduisent par une réserve dont la superficie est supérieure à celle arpentée en 1882 (650 milles carrés) ou en 1883 (547,5 milles carrés).

[231] Canada submits that the population is to be determined not as of the date of first survey, but as at the date of the making of Treaty No. 7, i.e. September 22, 1877.

[232] The Blood Tribe submits that Canada cannot take that position because it failed to plead it and failed to put that proposition to any of the witnesses, contrary to the rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.). That rule holds that if counsel intends to present evidence contradictory to a witness's testimony as part of his or her argument, he or she must put this version of events to the witness during cross-examination. It is a fairness rule. In my view, the date of population determination is a question for the Court based on its determination of the shared intentions of the parties at the time Treaty No. 7 was signed. It is irrelevant, in my view, what a witness may say, or counsel may plead. The rule in *Browne v. Dunn* has no application.

[233] The approach taken by the Saskatchewan Court of Appeal in *Lac La Ronge* is not appropriate. There the Court was considering Treaty No. 6 and the adhesion to it by the Band some 13 years later. Unlike here, Treaty No. 6 specifies the date the reserve is set aside as being when the Chief Superintendent of Indian Affairs "shall depute and send a suitable person to determine and set apart the reserves of each Band". No such direction is provided in Treaty No. 7 respecting the date of reserve creation. Furthermore, in that case, the contest was whether the population count was to be determined based on the population at the date of first survey or later. Here, the contest is between the date of treaty and the date of first survey.

[234] Unlike *Lac La Ronge*, here there is evidence that it was the intention of both Canada and the First Nations that the reserves were to be laid out quite soon after the treaty signing. Indeed, the fact that the reserve location, albeit later changed for the Blood Tribe, was described in

[231] Le Canada soutient qu'il faut déterminer la population non pas en fonction de la date du premier levé, mais en fonction de la date de la conclusion du Traité n° 7, à savoir le 22 septembre 1877.

[232] La tribu des Blood soutient que le Canada ne peut pas adopter cette position étant donné qu'il ne l'a pas plaidé et parce qu'il n'a présenté cette affirmation à aucun des témoins, ce qui est contraire à la règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.). Selon cette règle, si un avocat entend produire une preuve qui contredit un témoignage dans le cadre de son plaidoyer, il doit présenter cette version des faits au témoin au cours du contre-interrogatoire. Il s'agit de la règle du caractère équitable. À mon avis, il appartient à la Cour d'établir la date à utiliser pour déterminer la population en fonction de sa conclusion à l'égard des intentions qui étaient communes aux parties au moment de la signature du Traité n° 7. J'estime sans importance ce qu'un témoin peut dire, ou ce qu'un avocat peut plaider. La règle énoncée dans l'arrêt *Browne v. Dunn* ne s'applique aucunement.

[233] L'approche adoptée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Lac La Ronge* ne convient pas en l'espèce. Dans cette affaire, la Cour se penchait sur le Traité n° 6 et l'adhésion de la bande à celui-ci quelque 13 ans plus tard. Contrairement au cas qui nous occupe, le Traité n° 6 précise la date à laquelle la réserve doit être mise de côté comme étant la date à laquelle le surintendant en chef des Affaires indiennes [TRADUCTION] « devra députer et envoyer une personne compétente pour déterminer et assigner les réserves pour chaque bande ». Aucune directive de ce genre n'est fournie dans le Traité n° 7 en ce qui concerne la date de la création de la réserve. En outre, dans cette affaire, il était question de déterminer si le chiffre de la population devait être établi en fonction de la population à la date du premier levé ou plus tard. Dans le cas en l'espèce, la question est de déterminer s'il faut utiliser la date du traité ou la date du premier levé.

[234] Contrairement à l'arrêt *Lac La Ronge*, dans le cas en l'espèce, des éléments de preuve indiquent qu'il était dans l'intention du Canada et des Premières Nations que les réserves soient définies peu de temps après la signature du traité. Effectivement, le fait que l'emplacement de la

Treaty No. 7 distinguishes the parties' intention from that of the parties to Treaty No. 6.

[235] Treaty No. 7 was entered into on September 22, 1877. Dr. Evans details in his report the various surveys of reserves after Treaty No. 7. William Ogilvie “established the boundaries of a reserve for the Blackfoot during the late summer and early fall of 1878”. Dr. Evans describes that this reserve was “quite small at just under 118 square miles”. The “final survey” of the Blackfoot Reserve was conducted by Nelson in July 1883 and his crew laid out a reserve of 470 square miles, which Dr. Evans notes is large enough for a Band with a membership of 2 350 people. I note that this is close to the number receiving annuity payments in 1882 (2 255) and 1883 (2 158), but less than those receiving payments in 1881 (2 974). Nelson had laid out a reserve for the Peigan in 1882 of 181.4 square miles, being sufficient for a Band of some 905 persons. Again, I note that this is close to the number receiving annuity payments in 1882 (849) and 1883 (893), but again less than the number of those receiving payments in 1881 (1 012).

[236] There is every reason to believe that the Blood Reserve would also have been surveyed in the same period as the Blackfoot reserve surveyed by Ogilvie, had the Blood Tribe been agreeable to it being located at Blackfoot Crossing as stated in the treaty.

[237] At the time of Treaty No. 7, the buffalo herds were rapidly being depleted and there was an urgency on Canada's part to have land available for settlers who were making their way west. It was thus in both parties' interest to settle the reserve locations as soon as possible.

[238] For these reasons, I agree with Canada that the population of the Blood Tribe is to be determined for TLE purposes as at the date of the signing of Treaty No. 7. This brings us to the second question.

réserve — quoique celui-ci ait été modifié par la suite dans le cas de la tribu des Blood — fût décrit dans le Traité n° 7 établit une distinction entre l'intention des parties de ce traité et celles du Traité n° 6.

[235] Le Traité n° 7 a été conclu le 22 septembre 1877. M. Evans décrit dans son rapport les divers levés effectués pour les réserves après la conclusion du Traité n° 7. William Ogilvie [TRADUCTION] « a défini les frontières de la réserve des Pieds-Noirs vers la fin de l'été et le début de l'automne de 1878 ». M. Evans précise que cette réserve était [TRADUCTION] « plutôt petite, faisant à peine 118 milles carrés ». Le [TRADUCTION] « dernier levé » de la réserve des Pieds-Noirs a été réalisé par M. Nelson en juillet 1883. Son équipe avait alors délimité une réserve de 470 milles carrés qui, selon M. Evans, était suffisamment grande pour une bande composée de 2 350 personnes. Je tiens à souligner que, bien que ce nombre se rapproche du nombre de versements d'annuités recensé en 1882 (2 255) et en 1883 (2 158), il est inférieur au nombre de versements d'annuités recensé en 1881 (2 974). En 1882, M. Nelson a délimité une réserve de 181,4 milles carrés pour les Peigan, ce qui était suffisant pour une bande de plus ou moins 905 personnes. Encore une fois, je tiens à souligner que ce nombre se rapproche du nombre de versements d'annuités recensé en 1882 (849) et en 1883 (893), mais est inférieur au nombre de versements d'annuités recensé en 1881 (1 012).

[236] Tout porte à croire que la réserve des Blood aurait également été arpentée au cours de la période où la réserve des Pieds-Noirs avait également été arpentée par M. Ogilvie, en supposant que la tribu des Blood avait effectivement accepté que celle-ci soit située à Blackfoot Crossing comme il était indiqué dans le traité.

[237] Au moment de la signature du Traité n° 7, les troupeaux de bisons déclinaient rapidement et il était urgent pour le Canada d'avoir des terres à la disposition des colons qui se dirigeaient vers l'ouest. Il était donc dans l'intérêt des deux parties de déterminer dans les plus brefs délais l'emplacement des réserves.

[238] Pour ces motifs, je suis d'accord avec le Canada que la population de la tribu des Blood doit être établie, aux fins du calcul des DFIT, en fonction de la date de la signature du Traité n° 7. Cela nous mène à la seconde question.

B. The Population of the Blood Tribe on September 22, 1877

[239] How many members of the Blood Tribe were there at the date of signing Treaty No. 7 for the purposes of TLE calculation?

[240] The Blood Tribe objects to the use of post July 2, 1883 population counts and paylists to challenge the veracity of the earlier annuity payroll figures. It says that there is a presumption of regularity as regards the earlier counts done by Canadian officials who had a duty to make the payments and to record the information, and to do both accurately. As they note, Canada has led no evidence of any irregularity regarding those payments. Rather, Canada relies on evidence of subsequent payments to suggest that the earlier figures must be wrong.

[241] Having considered the matter, it is my view, as discussed below, that the later population figures Canada wishes the Court to rely upon have limited evidentiary value as to the population of the Blood Tribe at the relevant time. Accordingly, it is unnecessary to rely on the purported doctrine of regularity as the plaintiffs ask.

[242] As is seen from the preceding discussion, it appears that the population of the Peigan and Blackfoot for TLE purposes was based, or coincided with, the annuity payments made to them in 1882 and 1883.

[243] I agree with the submission of Canada that although the proper crystallization year in law is 1877, “there is no evidence that there was any real change to the Blood Tribe historical populations between the years 1877 and 1883.”

[244] The plaintiffs attempted in oral argument to offer facts (not in evidence) to suggest that the population of the Blood Tribe did go down from 1877 onwards; however,

B. La population de la tribu des Blood le 22 septembre 1877

[239] Combien de membres la tribu des Blood comptait-elle à la date de signature du Traité n° 7 aux fins du calcul des DFIT?

[240] La tribu des Blood s’oppose à l’utilisation des recensements et des listes de bénéficiaires de versements ultérieurs au 2 juillet 1883 pour remettre en question la véracité des données des listes de bénéficiaires d’annuités antérieures. Elle affirme qu’il y a une présomption de régularité en ce qui concerne les dénombrements précédents effectués par les représentants du Canada à qui il incombe de verser des paiements et de consigner l’information, et ce, avec exactitude. Comme elle le fait remarquer, le Canada n’a produit aucune preuve à l’appui d’une quelconque irrégularité en ce qui concerne ces versements. Il s’appuie plutôt sur des éléments de preuve relatifs aux versements subséquents pour laisser entendre que les données antérieures doivent forcément être erronées.

[241] Après m’être penché sur la question, j’arrive à la conclusion, comme je l’explique ci-après, que les chiffres de population plus récents auxquels la Cour devrait se fier selon le Canada ont une valeur probante limitée en ce qui concerne la population de la tribu des Blood à l’époque pertinente. Par conséquent, il n’est pas nécessaire de s’appuyer sur la soi-disant doctrine de régularité, comme le demandent les demandeurs.

[242] Comme nous avons vu dans l’analyse qui précède, il appert que la population des Peigan et des Pieds-Noirs servant au calcul des DFIT était basée sur les annuités versées en 1882 et en 1883, ou coïncidait avec celles-ci.

[243] Je suis d’accord avec les observations du Canada voulant que, bien que l’année déterminante pertinente sur le plan juridique soit 1877, [TRADUCTION] « aucun élément de preuve n’établit qu’il y a eu un changement notable dans les populations historiques de la tribu des Blood entre les années 1877 et 1883 ».

[244] Dans leur plaidoirie, les demandeurs ont tenté de présenter des faits (et non des éléments de preuve) pour laisser entendre que la population de la tribu des Blood

there is no evidence before the Court that supports their submission. There is also no evidence of a real change in the Peigan and Blackfoot tribe populations between the years 1877 and 1883.

[245] There is an abundance of evidence before the Court as to statements of the population of the Blood Tribe. From the making of Treaty No. 7 onwards, Canada paid annuities to members of each First Nation. Dr. Evans summarizes these payments in his Appendix 2, which (absent his sources and comments, and with the addition of the total column) is as follows:

Year	Blackfoot	Blood	Peigan	Total
1877	1,234	1,810	589	3633
1878	1,946	2,488	750	5184
1879	2,240	3,065	941	6246
1880	272	956	738	1966
1881	2,974	3,560	1,012	7546
1882	2,255	3,542	849	6646
1883	2,158	2,589	893	5640
1884	2,173	2,270	922	5365
1885	2,147	2,329	941	5417
1886	2,046	2,254	929	5229
1887	1,952	2,202	931	5085
1888	1,816	2,135	932	4883
1889	1,827	2,041	924	4792
1890	1,746	1,703	914	4363

avait effectivement diminué à compter de 1877; néanmoins, la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve qui vient étayer leur observation. En outre, il n'y a aucun élément de preuve à l'appui d'un réel changement au chapitre des populations des tribus des Peigan et des Pieds-Noirs entre les années 1877 et 1883.

[245] Il y a une abondance d'éléments de preuve soumis à la Cour quant aux états de la population de la tribu des Blood. À compter de la signature du Traité n° 7, le Canada a versé des annuités aux membres de chaque Première Nation. M. Evans résume ces versements dans son annexe 2, qui (excluant ses sources et ses commentaires et incluant l'ajout de la colonne « Total ») se présente comme suit :

Année	Pieds-Noirs	Blood	Peigan	Total
1877	1 234	1 810	589	3 633
1878	1 946	2 488	750	5 184
1879	2 240	3 065	941	6 246
1880	272	956	738	1 966
1881	2 974	3 560	1 012	7 546
1882	2 255	3 542	849	6 646
1883	2 158	2 589	893	5 640
1884	2 173	2 270	922	5 365
1885	2 147	2 329	941	5 417
1886	2 046	2 254	929	5 229
1887	1 952	2 202	931	5 085
1888	1 816	2 135	932	4 883
1889	1 827	2 041	924	4 792
1890	1 746	1 703	914	4 363

[246] The remarkable decrease in the number of persons receiving the annuity in 1880 is explained by Dr. Carter to be the result of a concerted and “devious” action taken by Dewdney. She writes at page 44:

Beginning in the fall of 1879, Dewdney also strove to save money for his employer by strongly urging the Blackfoot people including the Bloods to hunt buffalo south of the border. The next year the Blackfoot sent a messenger to Dewdney from Montana to ask if they should return to receive their annuity payments, and he advised them to remain with the buffalo. Dewdney boasted in a letter to Macdonald that “I consider their remaining away saved the Gov’t \$100,000 at least.”

[247] As is evident from the chart, the Blood Tribe members did return to Canada from the U.S. after 1880. The savings were thus short lived. On the other hand, this statement by Dewdney reveals that he was keen to save his employer money and even boasted of his accomplishment. This ought to be kept in mind when examining the reduction in numbers in 1883 and later years, which was done under Dewdney’s supervision.

[248] Canada submits that the historical evidence shows that “there was a widespread and ongoing problem with fraud [of the Blood Tribe]”. This, they submit, accounts for the high population counts in 1881. Both parties agree that the low numbers in 1880 are anomalous as the members of these First Nations were on a buffalo hunt in the U.S. and many did not return for the annuity payments.

[249] In October 1882, Denny conducted the annuity payments for the Blackfoot and Peigan and he reduced the number receiving annuities; claiming he did so by reducing the incidents of fraud.

[250] No such steps were taken with the Blood until the September 1883 annuity payments. It is then that we see the number receiving annuities drop by just less than

[246] Selon M^{me} Carter, la chute remarquable du nombre de personnes à qui des annuités étaient versées en 1880 est imputable aux actions concertées et [TRADUCTION] « malveillantes » de M. Dewdney. Elle écrit, à la page 44 :

[TRADUCTION] Au début de l’automne 1879, M. Dewdney cherchait aussi à faire économiser de l’argent à employeur en exhortant les Pieds-Noirs, y compris les Blood, à chasser le bison au sud de la frontière. L’année suivante, les Pieds-Noirs ont dépêché un messenger depuis le Montana jusqu’à M. Dewdney pour lui demander s’ils devraient revenir pour se prévaloir de leurs annuités. M. Dewdney leur a conseillé de rester là où se trouvait le bison. Dans une lettre à l’intention de M. Macdonald, M. Dewdney a proclamé : « J’estime que le fait qu’ils soient restés là-bas a permis au gouvernement d’économiser au moins 100 000 \$. »

[247] Comme l’indique clairement la carte, après 1880, les membres de la tribu des Blood ont fini par quitter les États-Unis pour retourner au Canada. Les économies réalisées ont donc été de courte durée. En revanche, cette déclaration faite par M. Dewdney révèle qu’il aspirait à faire réaliser des économies à son employeur, et qu’il s’était vanté de cet exploit. Il faut garder cela à l’esprit au moment d’examiner la réduction des chiffres de population en 1883 et au cours des années subséquentes, ce qui a été fait sous la supervision de M. Dewdney.

[248] Le Canada prétend que des éléments de preuve historiques étaient qu’il y avait [TRADUCTION] « un problème généralisé et récurrent de fraudes [commises par la tribu des Blood] ». Selon lui, c’est ce qui expliquerait les chiffres de population élevés en 1881. Les deux parties conviennent que les chiffres peu élevés recensés en 1880 sont anormaux en raison du fait que les membres de ces Premières Nations étaient partis à la chasse au bison aux États-Unis, et que bon nombre d’entre eux ne sont pas revenus au pays pour se prévaloir de leurs annuités.

[249] En octobre 1882, M. Denny a assuré le versement des annuités pour les Pieds-Noirs et les Peigan. Il affirme avoir pu réduire le nombre de bénéficiaires des annuités en réduisant les cas de fraude.

[250] Aucune mesure de ce genre n’a été prise auprès des Blood avant les annuités de septembre 1883. C’est à ce moment que nous constatons une baisse d’un peu moins de

30 percent. This is an extraordinary drop. What is more extraordinary and difficult to understand is that prior to the annuities being paid in September 1883, Nelson, who was present with Dewdney when the 1883 Agreement was signed, says that the southern boundary of the reserve had to be adjusted from the 1882 boundary “owing to the rapidly decreasing census of this tribe”. Yet no census based on Treaty annuity payments had been taken or would be taken for another two months or more.

[251] As is discussed above, I have concluded that the southern boundary was moved northward by Dewdney to ensure that the grazing leases would not be adversely affected by the location of the Blood Reserve. While Dewdney may have suspected that the population receiving annuities in the fall of 1883 would be less than the previous year, he had no way of knowing what reduction, if any, would occur. Having already reduced the size of the reserve, he had a motive to ensure that annuities paid later that year were paid to a number that resulted in a reserve size he had predetermined.

[252] Canada submits that the Blood Tribe was satisfied with the 1883 annuity payments, as they never complained. However, as counsel for the Blood Tribe pointed out in reply, Calf Shirt of the Blood Tribe assisted Pocklington in this and Pocklington reports “Calf Shirt also deserves to have something done for him, as within the last two years he has secured the ill will of every Indian on the Reserve”. There certainly was dissatisfaction in the reduction of those entitled to receive annuities.

[253] Data on those receiving annuities are not the sole evidence from Canada’s records. Every year the Department published “Census Return of Resident and Nomadic Indians in the Dominion of Canada, By Provinces” [in *Sessional Papers*, No. 6 (1887), at 225]. In each of the years from 1877 to 1886, the Census shows more Treaty No. 7 Indians than the three tribes members

30 p. 100 pour ce qui est du nombre de bénéficiaires d’annuités. Il s’agit d’une diminution exceptionnelle. Encore plus exceptionnel et difficile à comprendre est le fait que, avant le versement des annuités en septembre 1883, M. Nelson, qui, tout comme M. Dewdney, était présent lors de la signature de l’accord de 1883, affirmait que la limite sud de la réserve devait être rajustée par rapport à celle définie en 1882 [TRADUCTION] « afin de tenir compte de la décroissance rapide de la population de cette tribu ». Or, aucun recensement fondé sur les versements d’annuités aux termes du Traité n’avait eu lieu, et il faudrait attendre encore plus de deux mois avant qu’un tel recensement ne soit effectué.

[251] Tel qu’il a été expliqué ci-dessus, j’ai conclu que M. Dewdney a déplacé la limite sud vers le nord pour faire en sorte que les baux de pâturage ne soient pas touchés par l’emplacement de la réserve des Blood. Bien que M. Dewdney ait peut-être soupçonné que la population bénéficiaire des annuités à l’automne de 1883 serait inférieure à celle de l’année précédente, il lui était impossible de connaître l’ampleur de cette diminution, le cas échéant. Ayant déjà réduit la superficie de la réserve, il avait ses raisons de faire en sorte que les annuités qui seraient versées plus tard cette année-là correspondent à la taille de réserve qu’il avait prédéterminée.

[252] Le Canada prétend que les membres de la tribu des Blood était satisfaite des versements d’annuités de 1883, puisqu’ils ne s’étaient jamais plaints à cet égard. Cependant, comme la tribu des Blood l’a signalé en réplique, Calf Shirt de la tribu des Blood avait aidé M. Pocklington dans cette entreprise, et M. Pocklington avait affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Calf Shirt mérite également quelque chose, étant donné qu’il s’est attiré les foudres de chaque Indien de la réserve ces dernières années ». La réduction du nombre de personnes admissibles aux annuités a certainement été une source de mécontentement.

[253] Les données sur les bénéficiaires des annuités ne constituent pas le seul élément de preuve tiré des dossiers du Canada. Chaque année, le Ministère a publié un document intitulé « Census Return of Resident and Nomadic Indians in the Dominion of Canada, By Provinces » [dans *Sessional Papers*, n° 6 (1887), à la p. 225]. Pour chacune des années s’échelonnant de 1877 à 1886, le nombre

who received the annuity. This is presumably because the census total for Treaty No. 7 includes the Sarcee and Stoney tribes as well as the three Confederacy tribes in Dr. Evans' annuity list. The census figures are as follows:

Year	Total Based on Annuities	Census Total
1877	3633	5050
1878	5184	4928
1879	6246	6159
1880	1966	7549
1881	7546	7789
1882	6646	8642
1883	5640	7681
1884	5365	6673
1885	5417	6415
1886	5229	6495

[254] Dr. Evans states that he does not know where these numbers came from, other than some appear to be grounded on the annuity payroll numbers. He suggests that they therefore are unreliable as a population indicator. Although the source does appear to be uncertain, one thing that is not is that Canada published these numbers in its official reports and would not likely have done so unless it was satisfied at the time that they were accurate. For that reason alone, I am of the view that it is appropriate to consider these figures and I reject Canada's suggestion that they are inaccurate. These figures provide evidence that in 1882 and 1883, when the surveys were done, the population of the Blackfoot Confederacy exceeded 7 500 members.

d'Indiens visés par le Traité n° 7 indiqué dans le recensement est supérieur au nombre de membres des trois tribus ayant reçu l'annuité. Cela s'explique probablement par le fait que le total du recensement pour le Traité n° 7 comprend les tribus Sarsi et Stoney ainsi que les trois tribus de la Confédération indiquées dans la liste des annuités de M. Evans. Les données du recensement sont les suivantes :

Année	Total en fonction des annuités	Total du recensement
1877	3 633	5 050
1878	5 184	4 928
1879	6 246	6 159
1880	1 966	7 549
1881	7 546	7 789
1882	6 646	8 642
1883	5 640	7 681
1884	5 365	6 673
1885	5 417	6 415
1886	5 229	6 495

[254] M. Evans affirme qu'il ignore d'où proviennent ces chiffres, croyant toutefois que certains d'entre eux sont basés sur les chiffres des listes de bénéficiaires d'annuités. Il suggère donc qu'il ne faut pas s'y fier en tant qu'indicateur de la population. Bien qu'il appert que la source est ambiguë, une chose est sûre : le Canada a publié ces chiffres dans ses rapports officiels et ne l'aurait probablement pas fait à moins d'avoir été convaincu à l'époque qu'ils étaient exacts. Ne fût-ce que pour cette raison, je suis d'avis qu'il est approprié que j'examine ces chiffres, et je rejette la proposition du Canada voulant qu'ils soient inexacts. Ces chiffres prouvent qu'en 1882 et en 1883, moment où les levés ont été réalisés, la Confédération des Pieds-Noirs comptait plus de 7 500 membres.

[255] In addition, there is other evidence in the record as to the size of the Blood Tribe prior to the date of the 1883 Survey as follows:

- December 15, 1879, Dewdney writes in his report that since the Bloods are nearly half of the Blackfoot nation, it would be desirable to allow them to have an independent reserve and thus prevent centralization;¹⁹
- March 16, 1880, Vankoughnet writes that “The Blood Indians are said to number at least one-half of the Blackfeet Tribe”;²⁰
- May 12, 1881, Wadsworth says that there are 2 917 receiving rations on Blood “ration list” and number will likely increase in a few weeks to 3 000;²¹
- May 30, 1881, Wadsworth says that there are 3 146 receiving rations on Blood “ration list”;²²
- June 1881, Agent Macleod writes that during May and June the Blood Tribe began to return across the line and number went from 700 to 3 500;²³
- July 28, 1881, Agent Macleod says that the approximate number receiving rations is 3 450;²⁴

¹⁹ Letter from Dewdney to Vankoughnet Dated December 15, 1879.

²⁰ Letter from Vankoughnet to Superintendent-General of Indian Affairs dated March 16, 1880.

²¹ Wadsworth to Dewdney, Report of May 12 1881.

²² Wadsworth, May 30 1881 Report and *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December 1881*.

²³ Report from Indian Agent Macleod to Dewdney, 31 December 1881.

²⁴ Telegram from the Indian Commissioner’s Office, Winnipeg, to Vankoughnet, 28 July 1881.

[255] En outre, il y a d’autres éléments de preuve au dossier concernant la taille de la tribu des Blood avant la date du levé de 1883. Les voici :

- Le 15 décembre 1879, M. Dewdney écrit dans son rapport qu’étant donné que la population des Blood est près de la moitié de celle des Pieds-Noirs, il serait souhaitable de permettre aux Blood d’avoir une réserve indépendante, ce qui, accessoirement, contredirait la centralisation¹⁹.
- Le 16 mars 1880, M. Vankoughnet écrit que [TRADUCTION] « la population d’Indiens Blood est, semble-t-il, au moins la moitié de celle de la tribu des Pieds-Noirs »²⁰.
- Le 12 mai 1881, M. Wadsworth indique que des rations sont distribuées à 2 917 personnes d’après la [TRADUCTION] « liste des rations » des Blood, et que ce nombre devrait passer à 3 000 dans quelques semaines²¹.
- Le 30 mai 1881, M. Wadsworth indique que des rations sont distribuées à 3 146 personnes d’après la [TRADUCTION] « liste des rations » des Blood²².
- En juin 1881, l’agent Macleod écrit que, pendant les mois de mai et de juin, la tribu des Blood a commencé à retraverser la frontière, faisant passer le nombre de 700 à 3 500²³.
- Le 28 juillet 1881, l’agent Macleod indique que le nombre approximatif de personnes recevant des rations s’élève à 3 450²⁴.

¹⁹ Lettre de M. Dewdney à M. Vankoughnet datée du 15 décembre 1879.

²⁰ Lettre de M. Vankoughnet au surintendant général des Affaires indiennes datée du 16 mars 1880.

²¹ Rapport de M. Wadsworth à M. Dewdney daté du 12 mai 1881.

²² Rapport de M. Wadsworth daté du 30 mai 1881 et *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l’année expirée le 31 décembre 1881*.

²³ Rapport de l’agent des Indiens Macleod à M. Dewdney, 31 décembre 1881.

²⁴ Télégramme du bureau du commissaire des Indiens à Winnipeg à l’intention de M. Vankoughnet, 28 juillet 1881.

- August 1881, George Mercer Dawson of the Canadian Geological Survey passes through the area exploring for coal, and records the number of Blood as 3 600;²⁵
- October 31, 1881, Agent Macleod writes in his report that there are 3 640: this same number will appear in a chart in the December 31 Report;²⁶
- October 12, 1882, Galt, who visited the reserve in the fall, writes that there are no less than 3 600 souls;²⁷
- November 10, 1882, Denny writes that the “Tribe is the largest in the Agency, being over 3 400 Indians”;²⁸
- December 9, 1882, Wadsworth, who visited during the year, writes a report saying the population is 3 615;²⁹
- December 15, 1882, the Annual Report records the population as 3 542 (likely drawn from annuity payments that year);³⁰
- December 15, 1882, Dewdney writes that there are “3,500 Indians on the [Blood] Reserve”;³¹
- En août 1881, lors de son passage dans la région à la recherche de charbon, George Mercer Dawson de la Commission géologique du Canada consigne que le nombre d’Indiens Blood s’élève à 3 600²⁵.
- Le 31 octobre 1881, l’agent Macleod inscrit le nombre 3 640 dans son rapport, soit le même nombre que celui indiqué dans un tableau du rapport du 31 décembre²⁶.
- Le 12 octobre 1882, M. Galt, qui a visité la réserve à l’automne, écrit que celle-ci ne compte pas moins de 3 600 membres²⁷.
- Le 10 novembre 1882, M. Denny écrit que la [TRANSDUCTION] « [l]a tribu est la plus importante de toute l’Agence, comptant plus de 3 400 Indiens »²⁸.
- Le 9 décembre 1882, M. Wadsworth, qui avait fait une visite pendant l’année, rédige un rapport dans lequel il indique que la population a 3 615 personnes²⁹.
- Le 15 décembre 1882, le Rapport annuel indique que la population s’élève à 3 542 personnes (ce chiffre étant probablement basé sur les versements d’annuités de cette année-là)³⁰.
- Le 15 décembre 1882, M. Dewdney écrit qu’il y a [TRADUCTION] « 3 500 Indiens dans la réserve [des Blood] »³¹.

²⁵ George Dawson Field Notebook, August 1881.

²⁶ Report of Agent Macleod, 31 October 1881.

²⁷ Report from Assistant Indian Commissioner Galt to the Indian Commissioner, 5 October 1882.

²⁸ Letter from Denny to the Superintendent-General of Indian Affairs dated November 10, 1882.

²⁹ *Annual report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December, 1882.*

³⁰ *Annual report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December, 1882.*

³¹ Letter from Dewdney to the Superintendent-General of Indian Affairs dated December 15, 1882, included in the Department’s 1882 Annual Report.

²⁵ Carnet de terrain de George Dawson, août 1881.

²⁶ Rapport de l’agent Macleod, 31 octobre 1881.

²⁷ Rapport du commissaire adjoint des Indiens Galt au commissaire des Indiens, le 5 octobre 1882.

²⁸ Lettre de M. Denny au surintendant général des Affaires indiennes datée du 10 novembre 1882.

²⁹ *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l’année expirée le 31 décembre 1882.*

³⁰ *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l’année expirée le 31 décembre 1882.*

³¹ Lettre de M. Dewdney au surintendant général des Affaires indiennes datée du 15 décembre 1882, incluse dans le Rapport annuel de 1882 du Ministère.

- December 31, 1882, Macdonald, Superintendent-General of Indian Affairs states that “The Bloods number 3,400”,³²
- August 25, 1883, Reverend McLean estimates the Blood population at 3 000 in a letter to Reverend Wigram;³³
- Le 31 décembre 1882, M. Macdonald, surintendant général des Affaires indiennes, indique que [TRADUCTION] « [l]e nombre d’Indiens Blood se chiffre à 3 400 »³².
- Le 25 août 1883, le révérend McLean estime à 3 000 la population des Blood dans une lettre au révérend Wigram³³.

[256] Dr. Evans’ opinion is that the annuity numbers are inflated. By the 1888 payment, it’s down to 4 883 total for the Confederacy, and the Blood Tribe count is down to 2 135. Dr. Evans thinks 1883 is a step in the right direction but he does not think it is correct:

Treaty annuity paylists and associated correspondence suggest that the true population of the tribe at the time of the 1883 treaty and surrender was probably somewhere in the neighbourhood of 2,200 to 2,300. This would have entitled the tribe to a reserve of between 440 and 460 square miles or roughly 100 square miles less than the reserve that the tribe actually received because of the 1883 treaty and Dominion Lands Surveyor Nelson’s subsequent relocation of the reserve’s southern boundary. At 650 square miles, the reserve that Nelson initially laid out in 1882 was nearly fifty percent larger than the tribe’s treaty entitlement and, in the author’s opinion, the decision to reduce the size of the reserve to 547.5 square miles in 1883 represented a reasonable if, in hindsight, somewhat generous compromise given the state of the government’s knowledge regarding the size of the Blood population.

[257] Dr. Evans is of the view that the Blood Tribe population at the time of signing the 1883 Agreement was between 2 200 and 2 300 members. Assuming the Blood Tribe accounted for one-half the Blackfoot Confederacy in Canada, this would entail that the population of the whole was between 4 400 and 4 600 persons. None of the figures of the Department at that time relating to annuity payments or census is nearly as small as that figure.

³² *Annual report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December 1882.*

³³ McLean to Wigram Letter.

[256] Selon M. Evans, les chiffres relatifs aux annuités sont gonflés. Au moment des versements de 1888, le nombre avait diminué à 4 883 au total pour la Confédération, alors que celui des membres de la tribu des Blood avait diminué à 2 135. M. Evans croit que 1883 est un pas dans la bonne direction, mais estime néanmoins que les chiffres ne sont pas exacts :

[TRADUCTION] Les listes de bénéficiaires d’annuités du traité et la correspondance connexe laissent entendre que la population réelle de la tribu au moment du traité et de la cession en 1883 se situait probablement entre 2 200 et 2 300. Ainsi, la tribu aurait eu droit à une réserve d’une superficie de 440 à 460 milles carrés, soit environ 100 milles carrés de moins que ce que la tribu avait obtenu en raison du traité de 1883 et du déplacement subséquent de la limite sud de la réserve par l’arpenteur fédéral Nelson. À 650 milles carrés, la réserve que M. Nelson avait initialement définie en 1882 était près de 50 % plus grande que celle à laquelle la tribu avait droit aux termes du traité et, selon l’avis de l’auteur, la décision de réduire la superficie de la réserve à 547,5 milles carrés en 1883 était un compromis raisonnable, voire, avec le recul, quelque peu généreux, étant donné l’information dont disposait le gouvernement au sujet de la taille de la population de la tribu des Blood.

[257] M. Evans est d’avis que la population de la tribu des Blood au moment de la conclusion de l’accord de 1883 était de 2 200 à 2 300 membres. Supposant que la tribu des Blood représentait la moitié de la Confédération des Pieds-Noirs au Canada, cela voudrait dire que la population dans l’ensemble aurait été de 4 400 à 4 600 personnes. Aucun des chiffres dont disposait le Ministère à cette époque relativement aux versements d’annuités ou aux recensements n’était aussi peu élevé.

³² *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l’année expirée le 31 décembre 1882.*

³³ Lettre du révérend McLean au révérend Wigram.

[258] I prefer to rely on the numbers set out in the annuity paylists for two reasons. First, they are consistent with the estimates made by others at the time. This strongly suggests they are not in error as Canada submits and Dr. Evans says. Second, they are generally consistent with the view expressed by many at the time that the Blood Tribe was one-half of the Blackfoot Confederacy population. It is only with the 1883 number and later annuity payments that the percentage of Blood Tribe members falls to 45 percent or less of the total.

[259] For these reasons, I give Dr. Evans opinion about the “inflated” numbers prior to 1888, little weight.

[260] Dr. Evans also states in his conclusion that “Well-informed population estimates of the Blackfoot tribes dating from the early 1820s to the mid-1870s consistently identify the Peigan as the largest of the three tribes with about 40% of the total population while the remaining 60% was fairly evenly divided between the Blackfoot and the Blood”. The evidence adduced at trial consistently placed the Blood Tribe in Canada as the largest of the three tribes and the Peigan as the smallest. Moreover, a number of sources speak to the Blood Tribe in Canada constituting about one-half of the Blackfoot Confederacy. Ultimately, it is the population in Canada that matters.

[261] Notwithstanding Dr. Evans speaking to the “inaccurate” annuity payments to the Blood in 1882 and 1883, in cross-examination he admitted that there were no irregularities in the 1881 payroll. Yet, the 1881 number is greater than either of the numbers in the 1882 and 1883 annuity payroll. Both he and Canada’s discovery deponent agreed that the paylists were a *de facto* census, and Dr. Evans agrees that they were “probably most powerful source for evaluating First Nations populations” for the purposes of TLE.

[258] Je préfère me baser sur les chiffres indiqués dans les listes de bénéficiaires d’annuités, et ce, pour deux raisons. Tout d’abord, ils correspondent aux estimations faites par d’autres à l’époque. Cela laisse fortement entendre qu’ils ne sont pas erronés, comme l’allèguent le Canada et M. Evans. Ensuite, ils cadrent généralement avec l’avis partagé par plusieurs à l’époque que la tribu des Blood représentait la moitié de la population de la Confédération des Pieds-Noirs. Ce n’est qu’avec le chiffre de 1883 et les versements d’annuités ultérieurs que le pourcentage des membres de la tribu des Blood chute à plus ou moins 45 p. 100 du total.

[259] Pour cette raison, j’accorde peu d’importance au point de vue exprimé par M. Evans selon lequel les chiffres antérieurs à 1888 étaient [TRADUCTION] « gonflés ».

[260] Dans sa conclusion, M. Evans a également déclaré que [TRADUCTION] « des estimations éclairées des Pieds-Noirs depuis le début des années 1820 jusqu’à la moitié des années 1870 désignent systématiquement la tribu des Peigan comme étant la plus importante des trois tribus, représentant environ 40 % de la population totale, alors que les 60 % restants étaient répartis de façon à peu près égale entre la tribu des Pieds-Noirs et la tribu des Blood ». La preuve présentée au procès a démontré de manière constante que la tribu des Blood au Canada était la plus importante des trois tribus, et la tribu Peigan, la plus petite des trois. En outre, un certain nombre de sources indiquent que la tribu des Blood au Canada représente environ la moitié de la population de la Confédération des Pieds-Noirs. En définitive, c’est la population au Canada qui compte.

[261] En dépit du fait que M. Evans ait fait référence à des annuités [TRADUCTION] « inexactes » qui auraient été versées aux membres de la tribu des Blood en 1882 et en 1883, en contre-interrogatoire, il a admis qu’il n’y avait aucune irrégularité dans la liste de bénéficiaires d’annuités de 1881. Or, le nombre recensé en 1881 est plus important que les nombres recensés dans les listes de bénéficiaires d’annuités de 1882 et de 1883. M. Evans et le déposant de l’interrogatoire préalable pour le Canada ont tous deux convenu que les listes de bénéficiaires d’annuités étaient *de facto* un recensement, et M. Evans convient qu’elles étaient [TRADUCTION] « probablement la source la plus efficace pour évaluer les populations des Premières Nations » aux fins du calcul des DFIT.

[262] For these reasons and because Dr. Evans' credibility was so seriously challenged on cross-examination, I give his estimate of Blood Tribe population little weight.

[263] The burden lies on the Blood Tribe to persuade me on the balance of probabilities that on September 22, 1877, its population was greater than 2 438, the TLE number equalling the 1883 Survey area.

[264] The population of the Blood Tribe at the time Treaty No. 7 was made is best determined based on the evidence of its population in and around that time. I find that the evidence of population based on annuity payments in 1877 and the three years thereafter, (1878–1881), is low and unreliable, as the Blood were changing from a nomadic lifestyle to living on the reserve. Many had not yet returned from the U.S.

[265] As noted earlier, Canada submits that the accurate population count for the Blood Tribe is reflected in annuity payments made in 1883, and specifically in later years. It submits that the evidence shows that there was widespread double dipping that was only addressed in 1883 and the later years. The evidence at trial is that Denny reduced the number receiving rations and annuity payments. In a letter dated February 27, 1883, he reports to the Acting Superintendent General of Indian Affairs that, "he had made a marked reduction in the number of Blood Indians to whom rations should be issued". Similarly, on July 10, 1883, he reports, "We have also made a reduction in the number of Indians receiving rations on the Blood reserve, as I found, after much work in taking a correct census, that the number was greatly over estimated".

[266] Just as officials had a motive in reducing the number being paid annuities to accord with the reduction in the reserve, so too do officials have a motive in reducing the number receiving rations. I have concluded that

[262] Pour ces motifs, et parce que la crédibilité de M. Evans a été si sérieusement mise en doute lors du contre-interrogatoire, j'accorde peu d'importance à son estimation de la population de la tribu des Blood.

[263] Il incombe à la tribu des Blood de me persuader, selon la prépondérance des probabilités, que, le 22 septembre 1877, sa population était supérieure à 2 438, soit le nombre des DFIT correspondant à la région visée par le levé de 1883.

[264] La meilleure façon de déterminer la population de la tribu des Blood au moment de la conclusion du Traité n° 7 est de se baser sur les éléments de preuve étayant sa population à cette époque. J'estime que la preuve fondée sur les versements d'annuités en 1877 et les trois années subséquentes (de 1878 à 1881) pour déterminer la population est faible et peu fiable, étant donné que les membres de la tribu des Blood passaient, à cette époque, d'un style de vie nomade à une vie de réserve. Bon nombre d'entre eux n'étaient pas encore revenus des États-Unis.

[265] Comme je l'ai déjà souligné, le Canada soutient que le chiffre de population exact pour la tribu des Blood correspond aux annuités versées en 1883 et, plus précisément, pour les années subséquentes. Il prétend que la preuve démontre qu'il y avait une pratique de double indemnisation généralisée qui n'a été enrayée qu'en 1883 et par la suite. Selon la preuve présentée au procès, M. Denny a réduit le nombre de personnes qui recevaient des rations et des annuités. Dans une lettre datée du 27 février 1883, il indique au surintendant général intérimaire des Affaires indiennes qu'[TRADUCTION] « il avait apporté une réduction importante au nombre d'Indiens Blood à qui des rations devaient être distribuées ». Par ailleurs, le 10 juillet 1883, il déclare ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous avons également réduit le nombre d'Indiens à qui des rations sont distribuées dans la réserve des Blood, étant donné que j'ai déterminé, après avoir passé beaucoup de temps à réaliser un recensement exact, que le nombre de membres avait été considérablement surestimé ».

[266] Tout comme les représentants avaient des raisons de réduire le nombre d'annuités versées de façon à ce qu'il corresponde à la superficie réduite de la réserve, ils avaient également des raisons de vouloir réduire le nombre de

this reduction in rations does not necessarily prove that the previous counts were inaccurate or as inaccurate as Canada submits, for a number of reasons.

[267] First, as Dr. Carter notes, 1883 was the beginning of tough economic times in Canada and the Government was looking to its officials to reduce costs wherever it could. On more than one occasion, report and letter writers note the significant cost to Canada of the rations being provided to the Blood Tribe and others. A similar cost is associated with the annuities to be paid. Every reduction is a saving to Canada. This may explain, in part, the eagerness of Denny to effect a reduction in the number receiving rations and annuities. An eagerness to effect reductions in order to please superiors might result in legitimate persons being cut off.

[268] Second, it is not evident from the record that one can conclude that the number of Blood in Canada equalled the number receiving rations.

[269] Third, it is not evident that all of the Blood remained in Canada at this time. Dr. Evans in his report references Denny, in his July 1883 report saying that the “Bloods were the principal Indians going across the line accompanied by the South Peigans in their raids”. The documents indicate that these members south of the border would not be included in government counts. Again, the record is replete with references to rations and annuities being cut from those who were travelling south of the border. However, just because they were south of Canada does not mean that they are not members of the Blood Tribe entitled to be counted for the purposes of the TLE. The Blood were, it must be remembered, a nomadic people and the evidence of the Elders makes it clear that the Canada/U.S. border had no significance to them then, and has little today.

membres à qui des rations étaient distribuées. J’ai conclu que cette réduction du nombre de rations distribuées ne prouve pas nécessairement que les nombres précédents étaient inexacts ou aussi inexacts que le prétend le Canada, et ce, pour un certain nombre de raisons.

[267] Tout d’abord, comme le souligne M. Carter, 1883 marquait le début d’une période économique difficile au Canada, et le gouvernement se tournait vers ses représentants pour réduire autant que possible les coûts. À plusieurs reprises, des individus ayant rédigé des rapports et des lettres ont souligné les coûts considérables découlant de la distribution de rations à la tribu des Blood et aux autres membres des Premières Nations pour le Canada. Un coût semblable est associé aux annuités devant être versées. Chaque réduction se traduit par des économies pour le Canada. Cela peut expliquer, en partie, l’empressement de M. Denny à réduire le nombre de personnes recevant des rations et des annuités. Un empressement à faire des réductions dans le but de plaire à des supérieurs peut priver certaines personnes des rations et des annuités auxquelles elles ont légitimement droit.

[268] Deuxièmement, le dossier n’indique pas clairement que l’on peut conclure que le nombre de membres de la tribu des Blood au Canada correspondait au nombre de personnes qui recevaient des rations.

[269] Troisièmement, il ne m’apparaît pas évident que tous les membres de la tribu des Blood sont demeurés au Canada à cette époque. Dans son rapport, M. Evans fait référence à M. Denny, qui, dans son rapport de juillet 1883, a affirmé que les [TRADUCTION] « Blood étaient les principaux Indiens qui traversaient la frontière accompagnés des Peigan du Sud dans leurs expéditions ». Les documents indiquent que ces membres au sud de la frontière ne seraient pas inclus dans les nombres recensés par le gouvernement. Encore une fois, le dossier fait abondamment référence à des rations et à des annuités qui n’étaient plus distribuées à ceux qui se rendaient au sud de la frontière. Cependant, ce n’est pas parce qu’ils se trouvaient au sud du Canada qu’ils n’étaient pas des membres de la tribu des Blood qui devaient être pris en compte aux fins du calcul des DFIT. Il faut se rappeler que la tribu des Blood était un peuple nomade, et il ressort clairement de la preuve présentée par les aînés que la

[270] It is also suggested that the 1882 and 1883 payroll number are inflated because a number of South Peigan Indians came from the United States to receive rations and annuities in Canada with the Blood. However, Pocklington and others note that there were intermarriages between the Blood and South Peigan. It may be that they were entitled to receive those. The numbers in later years were reduced when Pocklington and others gave them “neither grub nor welcome” resulting in them leaving Canada. The fact that people may have left Canada after having being poorly treated by government officials does not mean that these people were not entitled to be in Canada, nor that they were not part of the Blood Tribe at the time of Treaty No. 7.

[271] I find the population evidence from 1883 onwards to be suspect and not reflective of the true population of the Blood Tribe in 1877, when Treaty No. 7 was signed. As noted, above, Denny (and others) were keen to reduce numbers receiving rations and annuities. The reason for so doing was partly financial and partly to reflect well on his stewardship for his superiors’ approval.

[272] Denny in particular had good reason to seek favour with Dewdney, and reports about him do lead one to question his integrity. Dr. Carter in her report notes that Denny had been appointed Indian Agent by Dewdney in December 1881, after he was forced out of the NWMP for having an affair with another officer’s wife. His conduct in many respects was seen by others to be questionable:

Dewdney had confidence in Denny when others did not. Wadsworth accused Denny of “arrogance, ignorance,

frontière entre le Canada et les États-Unis avait peu d’importance aux yeux des membres de la tribu à l’époque, tout comme aujourd’hui, d’ailleurs.

[270] Il était également suggéré que les chiffres des listes de bénéficiaires d’annuités de 1882 de 1883 étaient gonflés parce qu’un certain nombre de Peigan du Sud sont venus des États-Unis pour recevoir des rations et des annuités au Canada avec les membres de la tribu des Blood. Cependant, M. Pocklington et d’autres ont souligné qu’il y avait des intermariages entre les Blood et les Peigan du Sud. Ils étaient donc peut-être admissibles à ces rations et annuités. Les nombres ont été réduits au cours des années subséquentes, car M. Pocklington et les autres ne leur ont pas [TRADUCTION] « donné de nourriture ni fait sentir comme s’ils étaient les bienvenus », si bien qu’ils ont fini par quitter le Canada. Le fait qu’ils aient quitté le Canada après avoir été traités avec très peu d’égards par les représentants gouvernementaux ne signifie pas que ces gens n’avaient pas le droit d’être au Canada, ou qu’ils ne faisaient pas partie de la tribu des Blood au moment de la conclusion du Traité n° 7.

[271] J’estime que la preuve relative à la population de 1883 et des années ultérieures est suspecte et ne représente pas fidèlement la population réelle de la tribu des Blood en 1877, moment où le Traité n° 7 a été signé. Tel qu’il est susmentionné, M. Denny (et d’autres) était résolu à réduire le nombre de personnes à qui des rations et des annuités étaient distribuées. Les raisons expliquant cette démarche étaient partiellement de nature financière et partiellement dans le but de donner une très bonne image de sa gouvernance afin de plaire à ses supérieurs.

[272] M. Denny avait tout particulièrement une bonne raison de chercher à s’attirer les bonnes grâces de M. Dewdney, et selon les rapports à son sujet, il y avait lieu de douter de son intégrité. Dans son rapport, M^{me} Carter souligne que M. Denny avait été nommé agent des Indiens par M. Dewdney en décembre 1881, après qu’il avait été forcé de quitter la P.C.N.-O. pour avoir eu une liaison avec l’épouse d’un autre officier. À bien des égards, sa conduite était perçue par les autres comme étant discutable :

[TRADUCTION] M. Dewdney avait confiance en M. Denny, mais on ne pouvait pas en dire autant des autres. Selon

drinking, and womanizing,” reporting that “His breath always smells strong enough of spirits to knock a horse down.” Inspector Wadsworth had written to Dewdney warning him that: “Mr. Denny’s career closed with the N.W. Mounted Police in a manner most discreditable to him, was believed to be caused by the foolishness of his youth”. Furthermore he was “untruthful, sneaky, slothful, depraved towards women, tyrannical and without business capacity ...”. Denny informed Wadsworth that he enjoyed a favourable standing with Dewdney, and did not need to heed the Inspector’s criticisms of him.

[273] Dr. Carter also describes Denny’s relationship with Red Crow in a manner that suggests that he had reason to not favourably treat the members of the Blood Tribe:

Denny spent two years as agent. He had a “cool and distant” relationship with Red Crow; according to Hugh Dempsey he “disagreed with the chief’s broad powers and set out to undermine of [*sic*] circumvent them” and worked for the two years to “wrest control of the reserve from Red Crow.”

[274] While there may well have been some instances of behaviour and conduct Canada and Dr. Evans characterize as “fraud” I am not convinced that it was of the magnitude they suggest. There is no serious reason to question the honesty of the members of the Blood Tribe as a whole; whereas, there are reasons to question the accuracy of the 1883 numbers generated by Denny.

[275] In my view, the best evidence of the population of the Blood Tribe in 1877 is found in the annuity payments made in 1881 and 1882, i.e. 3 560 and 3 542 members, and the reports of those at the time (Galt, Denny, and Wadsworth), i.e. 3 600, 3 400, and 3 615. On these figures, the Blood Tribe was entitled under the TLE to a reserve of between 680 to 723 square miles.

[276] The determination of the actual population of the Blood Tribe at 1877 for the purposes of TLE involves weighing competing factors, exercising judgment and

M. Wadsworth, M. Denny était « un homme arrogant, un ivrogne et un coureur de jupons », déclarant que « son haleine empestait toujours l’alcool, au point tel qu’il aurait pu assommer un cheval ». L’inspecteur Wadsworth avait écrit à M. Dewdney pour l’avertir que « la carrière de M. Denny au sein de la Police à cheval du Nord-Ouest avait pris fin dans la disgrâce, probablement en raison de ses folies de jeunesse ». De plus, il était « un homme malhonnête, sournois, paresseux et irrespectueux envers les femmes qui se comportait comme un tyran et qui n’avait pas du tout la bosse des affaires [...] ». M. Denny a informé M. Wadsworth que M. Dewdney le tenait en haute estime, et qu’il n’avait pas besoin de tenir compte des critiques à son sujet.

[273] M^{me} Carter a également décrit la relation de M. Denny avec Red Crow d’une façon qui laisse entendre qu’il avait ses raisons de ne pas traiter les membres de la tribu des Blood avec égards :

[TRADUCTION] M. Denny a occupé le poste d’agent pendant deux ans. Il avait une relation « froide et distante » avec Red Crow; selon Hugh Dempsey, il « n’était pas d’accord avec les vastes pouvoirs du chef et cherchait résolument à les saper ou à les contourner », ayant tenté pendant deux ans de « s’emparer du contrôle de la réserve qui était entre les mains de Red Crow ».

[274] Bien qu’il y ait sûrement eu quelques comportements et conduites qualifiés par le Canada et M. Evans de [TRADUCTION] « frauduleux », je ne crois pas que ce fût aussi courant qu’ils le laissent entendre. Il n’existe pas de raisons sérieuses de douter de l’honnêteté des membres de la tribu des Blood dans son ensemble, alors qu’il y a des raisons de mettre en doute l’exactitude des chiffres de 1883 produits par M. Denny.

[275] À mon avis, la meilleure preuve de la population de la tribu des Blood en 1877 est les versements d’annuités en 1881 et en 1882, c’est-à-dire 3 560 et 3 542 membres, et les déclarations de ceux-ci à l’époque (M. Galt, M. Denny et M. Wadsworth), c’est-à-dire 3 600, 3 400 et 3 615. Selon ces chiffres, la tribu des Blood avait droit, en vertu des DFIT, à une réserve d’une superficie de 680 à 723 milles carrés.

[276] La détermination de la population réelle de la tribu des Blood en 1877 aux fins du calcul des DFIT englobe l’évaluation de facteurs concurrents, l’exercice de

ultimately arriving at a conclusion. I have assessed the often-conflicting evidence of population given over many years, considered the opinions of the experts, and the submissions of the parties.

[277] It is my judgment, based on the evidence, that on a balance of probabilities, there was a population of 3 550 members of the Blood Tribe at the date of Treaty No. 7 for the purposes of the TLE calculation. As such, under the treaty, the Blood Tribe was entitled to a reserve of 710 square miles.

IV. RESERVE CREATION

[278] The plaintiffs submit that a reserve was created for them prior to July 2, 1883, the date when Canada and the Blood Tribe entered into the 1883 Agreement that “removed 102.5 square miles from the Blood Reserve”. They submit that this land could not be removed from the reserve except in accordance with the surrender provisions of *The Indian Act*, 1880, which are as follows:

Provisions respecting sale or lease of reserves.

36. No reserve or portion of a reserve shall be sold, alienated or leased until it has been released or surrendered to the Crown for the purposes of this Act, excepting that in cases of aged, sick and infirm Indians and widows or children left without a guardian, the Superintendent-General shall have the power to lease the lands to which they may be entitled for their support or benefit.

Conditions precedent for validity of release or surrender of a reserve.

37. No release or surrender of a reserve, or portion of a reserve, held for the use of the Indians of any band or of any individual Indian, shall be valid or binding, except on the following conditions:—

Assent of band.

1. The release or surrender shall be assented to by a majority of the male members of the band of the full age of twenty-one years, at a meeting or council thereof summoned for that purpose according to their rules, and held in the presence of the Superintendent-General, or of an officer duly authorized to attend such council by the Governor in Council or by the Superintendent-General: Provided, that no Indian shall be entitled to vote or be present at such council, unless he habitually resides on or near and is interested in the reserve in question :

jugement et, ultimement, l'établissement d'une conclusion. J'ai évalué la preuve souvent contradictoire de la population sur de nombreuses années, et pris en compte les opinions des experts et les observations des parties.

[277] Sur le fondement de la preuve produite, j'estime que, selon la prépondérance des probabilités, la tribu des Blood comptait 3 550 membres à la date de signature du Traité n° 7 aux fins du calcul des DFIT. Par conséquent, conformément au traité, la tribu des Blood avait droit à une réserve d'une superficie de 710 milles carrés.

IV. LA CRÉATION D'UNE RÉSERVE

[278] Les demandeurs soutiennent qu'une réserve a été créée à leur intention avant le 2 juillet 1883, date à laquelle le Canada et la tribu des Blood ont conclu l'accord de 1883 qui a [TRADUCTION] « retiré 102,5 milles carrés de la réserve des Blood ». Ils allèguent que ce territoire ne pouvait pas être retiré de la réserve autrement qu'en conformité avec les dispositions de cession énoncées dans l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880* :

Cession nécessaire avant la vente des réserves.

36. Nulle réserve ou partie de réserve ne pourra être vendue, aliénée ou affermée avant d'avoir été cédée ou abandonnée à la Couronne pour les objets prévus au présent acte ; mais, dans le cas de Sauvages âgés, malades ou infirmes et de veuves ou enfants sans tuteur, le Surintendant-Général aura le pouvoir de donner à bail pour leur soutien et profit les terres auxquelles ils auront droit.

A quelle condition une cession sera valide.

37. Nulle cession ou abandon d'une réserve ou d'une partie de réserve à l'usage d'une bande, ou de tout Sauvage individuel ne sera valide ou obligatoire s'il n'est fait aux conditions suivantes :—

Consentement de la bande.

1. La cession ou abandon sera ratifié par la majorité des hommes de la bande qui auront atteint l'âge de vingt et un ans révolus, à une assemblée ou conseil convoqué à cette fin conformément aux usages de la bande, et tenu en présence du Surintendant-Général, ou d'un officier régulièrement autorisé par le Gouverneur en conseil ou le Surintendant-Général à y assister; mais nul Sauvage ne pourra voter ou assister à ce conseil s'il ne réside habituellement sur la réserve en question ou près de cette réserve, et s'il n'y a un intérêt :

Proof of assent.

2. The fact that such release or surrender has been assented to by the band at such council or meeting, shall be certified on oath before some judge of a superior, county or district court, or Stipendiary Magistrate, by the Superintendent-General, or by the officer authorized by him to attend such council or meeting, and by some one of the chiefs or principal men present thereat and entitled to vote, and when so certified as aforesaid shall be submitted to the Governor in Council for acceptance or refusal.

[279] There is no question that if a reserve for the Blood Tribe were created prior to July 2, 1883, the reduction in the size of that reserve in 1883 breached the provisions of *The Indian Act*, 1880, as no surrender was obtained.

[280] Additionally, the plaintiffs submit that Canada breached its fiduciary duty in having them execute the 1883 Agreement, and it submits that it is invalid and not binding on the Blood Tribe. This submission will be addressed later.

[281] Canada, relying on the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Lac La Ronge*, at paragraphs 193 to 194, submits “for a reserve to be selected there must be an unqualified selection of the land as a reserve by the Crown”. Canada’s position appears to be that the 1883 Agreement contained the unqualified selection of the land for the Blood Reserve and it was created at that time and not before.

[282] The term “reserve” is defined in section 2 paragraph 6 of the *Indian Act*, 1880, as follows:

Reserve.

6. The term “reserve” means any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal title is in the Crown, but which is unsurrendered, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals and other valuables thereon or therein.

This definition does not say anything about how a reserve is created other than that land is set apart by Her Majesty

Preuve du consentement.

2. Le fait que la cession ou abandon a été consenti par la bande à ce conseil ou assemblée devra être attesté sous serment devant un juge d’une cour supérieure, cour de comté ou de district, ou devant un magistrat stipendiaire, par le Surintendant-Général ou par l’officier autorisé par lui à assister à ce conseil ou assemblée, et par l’un des chefs ou principaux ayants-droit de vote qui y aura assisté ; et après que le dit fait aura été ainsi certifié, le consentement sera soumis au Gouverneur en conseil, pour qu’il l’accepte ou le refuse.

[279] Il ne fait aucun doute que si une réserve avait été créée pour la tribu des Blood avant le 2 juillet 1883, la réduction de la superficie de cette réserve en 1883 aurait contrevenu aux dispositions de l’*Acte relatif aux Sauvages*, 1880, étant donné qu’aucune cession n’avait été obtenue.

[280] En outre, les demandeurs soutiennent que le Canada a manqué à son obligation fiduciaire en leur demandant d’exécuter l’accord de 1883, et prétendent que celui-ci n’est pas valide et qu’il ne lie pas la tribu des Blood. Cette observation sera abordée plus loin.

[281] Le Canada, s’appuyant sur la décision de la Cour d’appel de la Saskatchewan dans l’arrêt *Lac La Ronge*, aux paragraphes 193 et 194, soutient que, [TRADUCTION] « pour qu’une réserve indienne soit créée, il doit y avoir une intention claire de la part de la Couronne de mettre de côté une bande de terre précise comme réserve indienne ». Le Canada semble avoir adopté la position qu’il était clair dans l’accord de 1883 qu’une bande de terre serait mise de côté comme réserve pour les Blood et que la réserve avait été créée à cette date, pas avant.

[282] Le terme « réserve » est défini comme suit à l’article 2 paragraphe 6 de l’*Acte relatif aux Sauvages*, 1880 :

Réserve.

6. L’expression « réserve » signifie toute étendue ou toutes étendues de terres mises à part, par traité ou autrement, pour l’usage ou le profit d’une bande particulière des Sauvages ou concédée à cette bande, mais dont celle-ci n’a pas reçu abandon ; elle comprend les arbres, le bois, la terre, la pierre, les minéraux, les métaux et autres choses de valeur qui se trouvent à la surface ou à l’intérieur du sol.

Cette définition n’indique aucunement comment une réserve est créée autre que par le fait que cette étendue de

by way of a treaty “or otherwise” for the use of a Band of Indians.

[283] The leading authority on reserve creation, and a decision relied on by both parties, is *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54, [2002] 2 S.C.R. 816 (*Ross River*). No treaty was involved in the *Ross River* case. The matter arose when a store in a small village in the Yukon sought a refund of tobacco tax. It claimed an exemption on the basis that the village was on a reserve. The Yukon Territory Supreme Court, 1998 CanLII 14089, [1998] 3 C.N.L.R. 284, agreed with the Band that the village was on a reserve. That finding was overturned on appeal to the Yukon Territory Court of Appeal, 1999 BCCA 750, 182 D.L.R. (4th) 116. The appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed, the Court finding that although the land was set aside, there was no intention on the part of persons having authority to bind the Crown to create a reserve.

[284] Justice LeBel for the majority discusses the law of reserve creation at paragraph 67:

Thus, in the Yukon Territory as well as elsewhere in Canada, there appears to be no single procedure for creating reserves, although an Order-in-Council has been the most common and undoubtedly best and clearest procedure used to create reserves. (See: *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at pp. 674–75; Woodward, *supra*, at pp. 233–37.) Whatever method is employed, the Crown must have had an intention to create a reserve. This intention must be possessed by Crown agents holding sufficient authority to bind the Crown. For example, this intention may be evidenced either by an exercise of executive authority such as an Order in Council, or on the basis of specific statutory provisions creating a particular reserve. Steps must be taken in order to set apart land. The setting apart must occur for the benefit of Indians. And, finally, the band concerned must have accepted the setting apart and must have started to make use of the lands so set apart. Hence, the process remains fact-sensitive. The evaluation of its legal effect turns on a very contextual and fact-driven analysis. Thus, this analysis must be performed on the basis of the record.

terre est mise de côté par Sa Majesté au moyen d’un traité [TRADUCTION] « ou autrement » pour l’usage d’une bande d’Indiens.

[283] L’arrêt-clé en matière de création de réserves, et la décision sur laquelle s’appuient les deux parties, est l’arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, [2002] 2 R.C.S. 816 (*Ross River*). Il n’y avait aucun traité en cause dans l’arrêt *Ross River*. L’affaire découlait d’une demande de remboursement de la taxe sur le tabac présentée par un magasin situé dans un petit village du Yukon. Il avait présenté une demande d’exemption sur la base que le village se trouvait dans une réserve. La Cour suprême du Territoire du Yukon, dans l’arrêt 1998 CanLII 14089, 3 C.N.L.R. 284, souscrivait à la prétention de la bande que le village était situé dans une réserve. Ce jugement a été infirmé en appel devant la Cour d’appel du Territoire du Yukon, 1999 BCCA 750, 182 D.L.R. (4th) 116. Le pourvoi devant la Cour suprême du Canada a été rejeté, la Cour ayant conclu que, bien que des terres avaient été mises de côté, les personnes habilitées à lier la Couronne n’avaient nullement l’intention de créer une réserve.

[284] Le juge LeBel, au nom de la majorité, traite du droit relatif à la création de réserves au paragraphe 67 :

Par conséquent, tant au Yukon qu’ailleurs au Canada, il ne semble pas exister une seule et unique procédure de création de réserves, quoique la prise d’un décret ait été la mesure la plus courante et, indubitablement, la meilleure et la plus claire des procédures utilisées à cette fin. (Voir : *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 674-675; Woodward, *op. cit.*, p. 233–237.) Quelle que soit la méthode utilisée, la Couronne doit avoir eu l’intention de créer une réserve. Il faut que ce soit des représentants de la Couronne investis de l’autorité suffisante pour lier celle-ci qui aient eu cette intention. Par exemple, cette intention peut être dégagée soit de l’exercice du pouvoir de l’exécutif — par exemple la prise d’un décret — soit de l’application de certaines dispositions législatives créant une réserve particulière. Des mesures doivent être prises lorsqu’on veut mettre des terres à part. Cette mise à part doit être faite au profit des Indiens. Et, enfin, la bande visée doit avoir accepté la mise à part et avoir commencé à utiliser les terres en question. Le processus demeure donc fonction des faits. L’évaluation de ses effets juridiques repose sur une analyse éminemment contextuelle et factuelle. En conséquence, l’analyse doit être effectuée au regard des éléments de preuve au dossier.

[285] Justice LeBel did not intend *Ross River* to be an exhaustive discussion of reserve creation. At paragraph 41, he commented:

A word of caution is appropriate at the start of this review of the process of reserve creation. Some of the parties or interveners have attempted to broaden the scope of this case. They submit that it offers the opportunity for a definitive and exhaustive pronouncement by this Court on the legal requirements for creating a reserve under the *Indian Act*. Such an attempt, however interesting and challenging it may appear, would be both premature and detrimental to the proper development of the law in this area. Despite its significance, this appeal involves a discussion of the legal position and historical experience of the Yukon, not of historical and legal developments spanning almost four centuries and concerning every region of Canada.

[286] Notwithstanding these words of caution, the *Ross River* “test” has been used and applied without change by the Supreme Court of Canada in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245 (*Wewaykum*), and *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83 (*Williams Lake*).

[287] Both parties to this action described the reserve creation test laid out by the Supreme Court of Canada in this trilogy of cases as comprising the following four factors:

1. The Crown must have an intention to create a reserve;
2. The intention must be possessed by Crown agents holding sufficient authority to bind the Crown;
3. Steps must be taken to set apart land and the setting apart must be for the benefit of the Indians; and
4. The Band concerned must have accepted the setting apart and must have started to make use of the lands set apart.

[285] Le juge LeBel n’avait pas l’intention que l’arrêt *Ross River* soit une discussion approfondie sur la création de réserves. Au paragraphe 41, il a exprimé ce qui suit :

Une mise en garde s’impose en amorçant l’examen du processus de création des réserves. Des intervenants ou des parties ont tenté d’élargir la portée du présent pourvoi qui, à leur avis, donne à notre Cour l’occasion de se prononcer de façon définitive et exhaustive sur les conditions légales de création des réserves prévues par la *Loi sur les Indiens*. Cependant, aussi intéressante et difficile que puisse sembler une telle démarche, elle serait prématurée et nuirait à l’évolution normale du droit dans ce domaine. Malgré son importance, le présent pourvoi s’attachera à la situation juridique au Yukon et à l’expérience observée historiquement en matière de création des réserves dans ce territoire, et non à l’évolution historique et juridique de cette question pendant près de quatre siècles dans les diverses régions du Canada.

[286] En dépit de cette mise en garde, le « critère » *Ross River* a été utilisé et appliqué sans aucun changement par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245 (*Wewaykum*), et l’arrêt *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83 (*Williams Lake*).

[287] Au moment de décrire le critère de création de réserves énoncé par la Cour suprême du Canada dans cette trilogie d’arrêts, les parties à la présente action ont chacune mentionné que ce critère englobait les quatre principes suivants :

1. La Couronne doit avoir eu l’intention de créer une réserve.
2. Il faut que ce soit des représentants de la Couronne investis de l’autorité suffisante pour lier celle-ci qui aient eu cette intention.
3. Il faut prendre des mesures pour mettre à part des terres, et cette mise à part des terres doit être dans l’intérêt des Indiens.
4. La bande visée doit avoir accepté la mise à part et avoir commencé à utiliser les terres en question.

[288] The Saskatchewan Court of Appeal in *Lac La Ronge*, at paragraph 207, also discussed the factors required to create a reserve:

The trial judge found that there was no specific procedure or single process which alone can create a reserve. There are four essential elements for the creation of a reserve:

1. the Crown must make a deliberate decision to create a reserve;
2. consultation with the Band;
3. there must be a clear demarcation of the land; and
4. there must be some manifestation by the Crown that the lands will constitute a reserve.

[289] The plaintiffs submit that there is overlap between the tests; however, there are some key differences. The Supreme Court test requires that the Band accept and begin to use the land; a factor not mentioned in *Lac La Ronge*. *Lac La Ronge* includes a requirement to consult before reserve creation; a factor not mentioned in the Supreme Court trilogy. The Supreme Court refers to *Lac La Ronge* in *Williams Lake* and *Wewaykum* for propositions related to a fiduciary duty, but it does not use its reserve creation discussion. Accordingly, I shall focus on the “test” outlined by the Supreme Court of Canada. Although I have found it unnecessary, if the consultation element referenced in *Lac La Ronge* were a factor that was required to be considered, I would have found that it was fulfilled when Red Crow was taken to the area by Agent Macleod and asked to identify where his tribe wished their reserve to be located.

A. Crown Intention

[290] The first element is whether the Crown has an intention to create a reserve. It is unclear from the jurisprudence whether the intention must be to create a *specific* reserve or whether a general intention is sufficient. Is it sufficient that the plaintiffs establish that Canada had an intention to create a reserve in the vicinity of Fort Kipp, or must there be a specific intention regarding its borders?

[288] La Cour d’appel de la Saskatchewan, au paragraphe 207 de l’arrêt *Lac La Ronge*, a également discuté des principes nécessaires à la création d’une réserve :

[TRADUCTION] Le juge qui préside a conclu qu’il n’y a aucune procédure particulière ou unique qui, à elle seule, permet la création d’une réserve. Il y a quatre éléments essentiels à la création d’une réserve :

1. La Couronne doit avoir délibérément décidé de créer une réserve.
2. Il doit y avoir eu consultation de la bande.
3. Il doit y avoir une délimitation claire des terres.
4. La Couronne doit avoir manifesté d’une quelconque façon son intention de créer une réserve avec ces terres.

[289] Les demandeurs soutiennent que les critères se chevauchent; cependant, il y a des différences fondamentales. Selon le critère de la Cour suprême, la bande doit accepter les terres et commencer à les utiliser. Ce principe n’est pas mentionné dans l’arrêt *Lac La Ronge*. Cet arrêt comporte une exigence selon laquelle une consultation doit avoir lieu avant la création d’une réserve. Ce principe n’est pas mentionné dans la trilogie d’arrêts de la Cour suprême. La Cour suprême fait référence à l’arrêt *Lac La Ronge* dans les arrêts *Williams Lake* et *Wewaykum* pour des affirmations liées à une obligation fiduciaire, mais elle n’a pas recours à sa discussion relative à la création de réserves. Par conséquent, je vais me concentrer sur le « critère » énoncé par la Cour suprême du Canada. Bien que je ne l’aie pas jugé nécessaire, si le volet de consultation dont il est question dans l’arrêt *Lac La Ronge* était un critère dont il aurait fallu tenir compte, j’aurais conclu qu’il aurait été satisfait puisque l’agent Macleod avait conduit Red Crow jusqu’aux terres et lui avait demandé d’indiquer où sa tribu aimerait que la réserve soit située.

A. Intention de la Couronne

[290] Le premier élément consiste à déterminer si la Couronne avait l’intention de créer une réserve. La jurisprudence ne précise pas si l’intention doit être de créer une réserve *précise* ou si une intention générale est suffisante. Suffit-il que les demandeurs établissent que le Canada avait l’intention de créer une réserve dans les environs de Fort Kipp, ou faut-il une intention expresse en ce qui a

The plaintiffs suggest that intention is met by showing that Canada intended to create a reserve for the Blood of a size that met the TLE formula. Canada submits that intention to create a reserve also requires the specific outline and size of the intended reserve. It says: “In order for the Court to find that Nelson’s 1882 fieldwork created a reserve at law, the Plaintiffs must prove, contrary to all official instruments, that the Crown intended *that specific 1882 land outline and size, and no other outline and size*, to represent the boundaries of the Blood reserve” (italics in original).

[291] In *Ross River*, Justice LeBel observed at paragraph 50 that “the setting apart of a tract of land as a reserve implies both an action and an intention.” With respect to intention, he observed that some legal acts performed by the Crown “are so definitive or conclusive that it is unnecessary to prove a subjective intent on the part of the Crown to effect a setting apart to create a reserve.” Two examples of such legal Crown actions were stated to be the signing of a treaty, and the issuing of an Order in Council.

[292] Here, the Crown signed a treaty with the Blood Tribe and others on September 22, 1877. Prior to entering into that treaty, Commissioner Laird, who had been authorized by Canada to enter into the treaty, is reported to have told those assembled at Blackfoot Crossing that “[a] reserve of land will be set apart for yourselves and your cattle, upon which none shall be permitted to encroach; for every five persons one square mile shall be allotted on this reserve, on which they can cut trees and brush for firewood and other purposes” (emphasis added).³⁴ This statement is evidence of Canada’s intention that coincident with the signing of the treaty, a reserve would be established.

³⁴ Morris, Alexander, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and The North-West Territories*, (Toronto: Belfords, Clarke & Co., 1880), pages 268–269.

trait à ses limites? Les demandeurs avancent que le critère d’intention est satisfait parce qu’il a été démontré que le Canada avait l’intention de créer une réserve pour la bande des Blood dont la superficie correspondait à la formule des DFIT. Le Canada soutient que l’intention de créer une réserve nécessite également la définition précise des frontières et de la superficie de ladite réserve. Il affirme ce qui suit [TRADUCTION] : « Pour que la Cour puisse conclure que les travaux effectués par M. Nelson sur le terrain en 1882 ont engendré la création d’une réserve sur le plan juridique, les demandeurs doivent prouver, contrairement à tous les instruments officiels, que la Couronne avait l’intention que *la délimitation et la superficie établies en 1882, et aucune autre délimitation ni superficie*, devaient constituer les frontières de la réserve de la bande des Blood » (en italiques dans l’original).

[291] Au paragraphe 50 de l’arrêt *Ross River*, le juge LeBel a fait remarquer que « [l]a mise de côté d’une parcelle de terrain à titre de réserve [...] suppose à la fois une action et une intention. » En ce qui concerne l’intention, il a fait remarquer que certaines mesures juridiques prises par la Couronne ont « un caractère tellement définitif ou concluant qu’il devient inutile de prouver que cette dernière avait subjectivement l’intention de mettre de côté des terres pour créer une réserve ». La signature d’un traité et la prise d’un décret étaient cités comme deux exemples de telles mesures juridiques prises par la Couronne.

[292] Dans le cas qui nous occupe, la Couronne a signé un traité avec la tribu des Blood et d’autres tribus le 22 septembre 1877. Avant la signature de ce traité, le commissaire Laird, qui avait été autorisé par le Canada à conclure le traité, aurait apparemment dit ce qui suit aux gens rassemblés à Blackfoot Crossing : [TRADUCTION] « Des terres de réserve seront mises de côté pour vous et votre bétail sur lesquelles personne d’autre ne pourra empiéter; une superficie sera allouée dans cette réserve à raison d’un mille carré par famille de cinq personnes où vous pourrez couper des arbres et préparer du bois de chauffage ou à d’autres fins » (non souligné dans l’original)³⁴. Cette déclaration vient étayer l’intention du Canada que, concurremment avec la signature du traité, une réserve serait établie.

³⁴ Morris, Alexander, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, (Toronto : Belfords, Clarke & Co., 1880), pages 268 à 269.

[293] Moreover, Treaty No. 7 itself makes that intention clear as it states, “that Reserves shall be assigned them [i.e. the signatory First Nations] of sufficient area to allow one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families, and that said Reserves shall be located as follows”. Although the general location of the Blood, Blackfoot, and Sarcee Reserves were described in Treaty No. 7, there had been no survey made at the date the treaty was signed. Nevertheless, in keeping with the observations of the Supreme Court of Canada in *Ross River*, Treaty No. 7 is of such an authoritative nature that the intention of the Crown is implicit or presumed. Canada has led no evidence to suggest otherwise.

[294] In my view, that intention on Canada’s part to create a reserve for the Blood Tribe was not extinguished by the subsequent events relating to the geographic relocation of the reserve to the Fort Kipp area. There is no evidence that from the signing of Treaty No. 7 onwards Canada had any intention other than to create a reserve for the Blood Tribe in keeping with the TLE formula.

[295] What did change was the geographic location where that intention would be fulfilled. In a memorandum to the Privy Council dated March 26, 1880, Macdonald advised that the Blood Tribe requested a separate reserve “in the vicinity of Fort Kipp” which the government viewed favourably. This memorandum resulted in Order in Council P.C. 1880-0565 dated March 26, 1880, which authorized Colonel Macleod and Dewdney to attend a Council of the Blackfeet Nation for their agreement that the Blood surrender their portion of the reserve location specified in Treaty No. 7 in exchange for “a Reserve near Fort Kipp being assigned to the Blood Indians, in accordance with their desire”.

[296] The Blood Tribe agreed with this exchange of location, as is evidenced by the Red Crow Agreement. Canada admitted that as of the date of this agreement “Canada had reached an agreement with the Blood Tribe to provide

[293] En outre, le Traité n° 7 lui-même établit clairement cette intention, énonçant que seront [TRADUCTION] « [mises] à part [c’est-à-dire à l’intention des Premières Nations signataires] des réserves propres à la culture de la terre, pourvu que toutes telles réserves ne devront pas excéder en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites, et lesdites réserves seront placées aux endroits suivants ». Même si l’emplacement général des réserves des Blood, des Pieds-Noirs et des Sarcee était décrit dans le Traité n° 7, aucun levé n’avait eu lieu à la date de signature du traité. Néanmoins, conformément aux observations formulées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ross River*, le Traité n° 7 est d’une telle autorité que l’intention de la Couronne est implicite ou présumée. Le Canada n’a produit aucune preuve qui démontrerait le contraire.

[294] À mon avis, l’intention du Canada de créer une réserve pour la tribu des Blood n’a pas été contrecarrée par les événements ultérieurs liés au déplacement géographique de la réserve dans les environs de Fort Kipp. Rien n’indique que, à compter de la signature du Traité n° 7, le Canada n’avait autre intention que de créer une réserve pour la tribu des Blood conformément à la formule des DFIT.

[295] C’est l’emplacement géographique où l’on donnerait suite à cette intention qui a changé. Dans un mémoire présenté au Conseil privé datant du 26 mars 1880, M. Macdonald a indiqué que la tribu des Blood avait demandé une réserve distincte [TRADUCTION] « à proximité de Fort Kipp », ce qui avait été accueilli favorablement par le gouvernement. Ce mémoire a donné lieu au décret C.P. 1880-0565 daté du 26 mars 1880, qui autorisait le colonel Macleod et M. Dewdney à assister à un conseil de la nation des Pieds-Noirs pour que ceux-ci acceptent que les Blood cèdent une partie de la réserve précisée dans le Traité n° 7 en échange d’une [TRADUCTION] « réserve à l’intention de la bande des Blood aux environs de Fort Kipp, conformément à leurs volontés ».

[296] La tribu des Blood a accepté cet échange, comme en témoigne l’accord de Red Crow. Canada a admis que, à la date de cet accord, il [TRADUCTION] « avait conclu une entente avec la tribu des Blood selon laquelle il lui

them with a reserve on the Belly River in exchange for their agreement to give up their rights to a reserve on the Bow River”.

[297] Again, in keeping with the observations of the Supreme Court of Canada in *Ross River*, the Order in Council of March 26, 1880, coupled with the subsequent events, is of such an authoritative nature that the intention of the Crown to create a reserve is implicit or presumed.

[298] To find otherwise would require a finding that Canada was disingenuous both when providing instructions to negotiate with the Blood and in entering into the Red Crow Agreement with the Blood Tribe to provide it with a reserve on the Belly River.

[299] It is my view that the intention to create a reserve need not be an intention to create a *specific* reserve with defined boundaries. The intention can be more general in nature with an understanding that specifics will be subsequently determined. It is sufficient that Canada had an intention to create a reserve near Fort Kipp that met the TLE formula. Canada’s intention to create a reserve occurred long before the 1882 Survey.

B. The Intention Must Be Possessed by Authorized Crown Agents

[300] This factor is met. The intention to create the reserve is established by the Order in Council issued by the Governor-General on the advice of the Privy Council. Additionally, those who negotiated Treaty No. 7, and those who entered into the subsequent Red Crow Agreement, were acting on the express instructions of the Privy Council.

C. Steps to Set Apart Land for the Benefit of the Blood Tribe

[301] As with the rest of the reserve creation process, the third element, land being set apart, has been noted by the Supreme Court of Canada in *Ross River* at paragraph 37, to be very fact specific and based on the record.

offrirait une réserve sur la rivière Belly à condition qu’elle accepte de renoncer à ses droits à une réserve sur la rivière Bow ».

[297] Encore une fois, conformément aux observations formulées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ross River*, le décret daté du 26 mars 1880, conjugué aux événements survenus ultérieurement, est d’une telle autorité que l’intention de la Couronne de créer une réserve est implicite ou présumée.

[298] Pour en venir à une conclusion différente, il faudrait conclure que le Canada avait fait preuve de mauvaise foi au moment de fournir des directives à l’égard des négociations avec les Blood et lors de la conclusion de l’accord de Red Crow avec la tribu des Blood en vue d’offrir une réserve sur la rivière Belly à celle-ci.

[299] À mon avis, il n’est pas nécessaire que l’intention de créer une réserve soit une intention de créer une réserve *précise* avec des frontières définies. L’intention peut être de nature plus générale, en sachant que les détails seront précisés par la suite. Il est suffisant que le Canada eût l’intention de créer une réserve près de Fort Kipp selon la formule des DFIT. L’intention du Canada de créer une réserve précédait de longtemps le levé de 1882.

B. Il faut que ce soit des représentants de la Couronne qui aient l’intention de créer une réserve

[300] Ce principe est satisfait. L’intention de créer la réserve a été établie par le gouverneur général agissant sur l’avis du Conseil privé. De plus, ceux qui ont négocié le Traité n° 7, et ceux qui ont conclu l’accord de Red Crow subséquent, suivaient les instructions expresses du Conseil privé.

C. Mesures pour mettre de côté des terres dans l’intérêt de la tribu des Blood

[301] Tout comme pour le reste du processus de création de réserves, le troisième élément, soit la mise de côté des terres, a été décrit par la Cour suprême du Canada au paragraphe 37 de l’arrêt *Ross River* comme s’inscrivant dans un contexte factuel tout à fait particulier et propre au dossier.

[302] Canada submits that “the action ... of reserve creation must be in relation to a specific tract of land, and not in relation to a general vicinity”. I agree that the setting apart of land requires that the land be specified in some manner. The plaintiffs do not take a contrary position. In this case, the agreement of the Crown and the Blood Tribe that “a Reserve near Fort Kipp [would be] assigned to the Blood Indians, in accordance with their desire” does not meet the degree of specificity required to be able to say that this agreement set apart land for the reserve. That is so because no one; not Canada, the Blood Tribe members, or settlers could determine whether any parcel of land “near Fort Kipp” was part of the reserve or not.

[303] Canada submits that the “setting aside” element of reserve creation requires a survey of the land that is to become the reserve and, relying on the evidence of Dr. Ballantyne, says that a survey is a process and “is not complete until it is approved”. I am prepared to accept that surveys are not “official” until all the steps required in terms of validation and approval are met. However, I do not accept that one cannot set apart land without a survey.

[304] The 1883 Agreement, as an example, set apart a very specific parcel of land prior to it being surveyed by Nelson. That Agreement provides the following description of the reserve area:

All that certain tract of land in the North West Territories, Canada, butted and bounded as follows, that is to say: Commencing on the north bank of the St. Mary’s River at a point in north latitude forty-nine degrees twelve minutes and sixteen seconds (49° 12’ 16”); thence extending down the said bank of the said river to its junction with the Belly River; thence extending up the south bank of the latter river to a point thereon in the north latitude forty-nine degrees twelve minutes and sixteen seconds (49° 12’ 16”), and thence easterly along a straight line to the place of beginning; excepting and reserving from out the same any portion of the north-east quarter of section number three, in

[302] Le Canada soutient que [TRADUCTION] « l’action [...] de création d’une réserve doit être liée à une parcelle de terrain en particulier, et non à une proximité générale ». Je conviens que la mise de côté de terres nécessite que les terres en question soient précisées dans une certaine mesure. Les demandeurs n’adoptent pas un point de vue contraire. Dans le cas en l’espèce, l’accord de la Couronne et de la tribu des Blood voulant qu’une « réserve [soit créée] à l’intention de la bande des Blood aux environs de Fort Kipp, conformément à leurs volontés » ne satisfait pas au degré de précision nécessaire pour être en mesure d’affirmer que cet accord prévoit la mise de côté de terres en vue de la création de la réserve. Il en est ainsi parce que personne — c’est-à-dire ni le Canada, ni les membres de la tribu des Blood, ni les colons — n’était en mesure de déterminer si une parcelle de terrain située [TRADUCTION] « près de Fort Kipp » faisait ou non partie de la réserve.

[303] Le Canada affirme que dans le cadre de la création d’une réserve, procéder à une [TRADUCTION] « mise à part » nécessite l’arpentage des terres qui constitueront la réserve. Il soutient également, selon la preuve présentée par M. Ballantyne, qu’un levé est un processus qui [TRADUCTION] « n’est pas terminé tant qu’il n’a pas été approuvé ». Je suis prêt à convenir que les levés ne sont pas [TRADUCTION] « officiels » tant et aussi longtemps que toutes les étapes nécessaires en matière de validation et d’approbation n’auront pas été effectuées. Cependant, je ne conviens pas que l’on peut mettre de côté des terres sans procéder à un arpentage.

[304] L’accord de 1883, en guise d’exemple, met de côté une parcelle de terrain très précise avant que celle-ci n’ait été arpentée par M. Nelson. Cet accord comprend la description suivante de l’aire réservée :

L’ensemble d’une parcelle de terre en question dans les Territoires du Nord-Ouest du Canada, délimitée comme suit, à savoir : commençant sur la rive nord de la rivière St. Mary’s à un point de latitude nord de quarante-neuf degrés, douze minutes et seize secondes (49° 12’ 16”); de là s’étendant le long de ladite rive de la rivière jusqu’à son embouchure avec la rivière Belly; de là, s’étendant jusqu’à la rive sud de ladite rivière jusqu’à un point de latitude nord de quarante-neuf degrés, douze minutes et seize secondes (49° 12’ 16”), et de là vers l’est le long d’une ligne droite jusqu’au point de départ; en excluant et en réservant la même partie du quartier nord-est de la section numéro

township number eight, in range twenty-two, west of the Fourth Principal Meridian, that may lie within the above mentioned boundaries; to have and to hold the same unto the use of the said Blood Indians forever.

[305] A less complex example of setting apart land absent a survey is fencing. The fencing in of a parcel of land sets it apart, even without a survey being done. In my opinion, Canada is taking an unreasonably technical approach to the question of how one sets apart land for a reserve. As the Supreme Court of Canada observed at paragraph 67 of *Ross River*, “there appears to be no single procedure for creating reserves”.

[306] Canada and its experts characterize the 1882 Survey as “fieldwork” and “preliminary in nature” and thus not a setting apart of land as is required to establish a reserve. Canada was asked whether they could provide examples where a “preliminary” survey was subsequently adjusted by an order of magnitude we see between the 1882 Survey and the 1883 Survey: a reduction of 102.5 square miles or more than 15 percent of the initial area surveyed. Canada pointed to two other surveys done relating to Treaty No. 7:

At the time, it was common practice for potential boundaries of future Indian reserves to be shifted after some initial survey fieldwork was done. For example, a preliminary survey containing approximately 118 square miles for a Blackfoot Reserve was done by surveyor William Ogilvie in 1878. A final survey of the Blackfoot Reserve containing an area of 470 square miles was conducted immediately after Chief Crowfoot and other Blackfoot chiefs signed an Amended Treaty on June 20, 1883 and surrendered their claim to the original Treaty 7 reserve. Similarly, a preliminary survey for a Peigan Reserve containing approximately 80 square miles was completed by surveyor A.P. Patrick in 1879. In September 1882, Nelson resurveyed the Peigan Reserve to enlarge [it to 181.4 square miles] and reorient it.

trois, dans le township huit, rang vingt-deux, à l’ouest du quatrième méridien principal, qui pourrait se trouver au-delà des limites susmentionnées; de posséder et tenir ces terres pour les mettre à la dispositions desdits Gens du Sang à toujours.

[305] Un exemple moins complexe illustrant la mise de côté de terres en l’absence d’un levé est le recours à des clôtures. Le fait de clôturer une parcelle de terrain pour effet de la délimiter sans qu’un arpentage n’ait été effectué. À mon avis, le Canada adopte une approche déraisonnablement technique quant à la question de savoir comment il faut procéder pour mettre de côté des terres en vue de la création d’une réserve. Comme l’a fait remarquer la Cour suprême du Canada au paragraphe 67 de l’arrêt *Ross River*, « il ne semble pas exister une seule et unique procédure de création de réserves ».

[306] Le Canada et ses experts décrivent le levé de 1882 au moyen des termes [TRADUCTION] « travaux sur le terrain » et [TRADUCTION] « de nature préliminaire ». Le levé ne se traduit donc pas par la mise de côté d’une parcelle de terrain tel qu’il est requis pour établir une réserve. On a demandé au Canada s’il serait en mesure de fournir des exemples où un levé [TRADUCTION] « préliminaire » aurait subséquemment été rajusté dans les mêmes proportions que le rajustement ayant été effectué entre le levé de 1882 et le levé de 1883, soit une réduction de 102,5 milles carrés, ou plus de 15 p. 100 de la superficie initiale arpentée. Le Canada a fait mention de deux autres levés qui avait été effectués en lien avec le Traité n° 7 :

[TRADUCTION] À l’époque, il arrivait souvent que les frontières potentielles des futures réserves indiennes soient déplacées après que certains travaux d’arpentage préliminaires avaient été effectués sur le terrain. Par exemple, un levé préliminaire comportant environ 118 milles carrés pour une réserve des Pieds-Noirs a été effectué par l’arpenteur William Ogilvie en 1878. Un dernier levé de la réserve des Pieds-Noirs comportant une superficie de 470 milles carrés a été réalisé immédiatement après que le chef Crowfoot et d’autres chefs des Pieds-Noirs ont signé un traité modifié le 20 juin 1883 et ont renoncé à leur revendication quant à la réserve précisée dans le Traité 7 initial. De même, un levé préliminaire pour une réserve des Peigan comportant environ 80 milles carrés a été réalisé par l’arpenteur A.P. Patrick en 1879. En septembre 1882, M. Nelson a de nouveau arpenté la réserve des Peigan en vue de l’agrandir [à 181,4 milles carrés] et de la réorienter.

[307] There is a significant and material difference between these examples, where the size of the reserve was increased, and that before the Court where it was reduced. In both the Blackfoot and Peigan examples, it is consistent with the evidence to find that the “initial surveys” set apart land for these reserves, thus meeting one of the reserve creation factors. If all of the other conditions were met, their reserves were created at that time. However, there is no legal impediment to Canada later increasing the size of these reserves, and especially if it does so to meet the TLE. There is a significant legal impediment to reducing the size of a reserve that has been created—a surrender of the land to be taken from the reserve must be given by the Band. This is the case even if the reserve initially created, through mistake or inadvertence, was made larger than the TLE required. There is nothing in *The Indian Act*, 1880, that would permit Canada unilaterally to reduce the size of such a reserve once it has been created. One might argue that if the initial reserve was not intended by Canada to be a reserve, then it could unilaterally correct its mistake without engaging *The Indian Act*, 1880; however, even if that were so, I find that Canada did intend to create the reserve that was created by the 1882 Survey.

[308] Another difference between these examples and the case before this Court, is that there is no evidence in the record why the Blackfoot and Peigan reserves were first surveyed as they were, nor why they were later changed. Dr. Evans says, with respect to the Blackfoot reserve, that it appeared to have been essentially “a precautionary measure or a means of reassuring Head Chiefs Crowfoot and Old Sun that their interest in the shared reserve would be protected for the reserve he established was quite small at just under 118 square miles, and it only covered the westernmost portion of the shared or joint reserve which is where the Blackfoot eventually settled (the area around Blackfoot Crossing and west of there to the western limit of the joint reserve)”. He does not cite any contemporaneous document to support this view. Dr. Evans also offers no explanation for the size and configuration of the

[307] Il y a une différence importante et notable entre ces exemples, où la superficie de la réserve a été augmentée et, dans le cas qui nous occupe, où la superficie de la réserve a été réduite. Dans l'exemple des Pieds-Noirs comme dans celui des Peigan, il est compatible avec la preuve de conclure que les [TRADUCTION] « levés préliminaires » ont mis de côté des parcelles de terrain pour ces réserves, satisfaisant ainsi à l'un des principes liés à la création de réserves. Si tous les autres principes étaient satisfaits, leurs réserves étaient créées à ce moment-là. Toutefois, aucun obstacle juridique n'empêchait le Canada d'accroître la superficie de ces réserves à une date ultérieure, surtout si c'était dans le but de respecter les DFIT. Il y a un obstacle juridique considérable à la réduction de la superficie d'une réserve qui a été créée — une cession des terres devant être retirées d'une réserve doit être accordée par la bande. Il en est ainsi même si la réserve initialement créée, par erreur ou par inadvertance, était plus grande que ce qui était dicté par les DFIT. L'*Acte relatif aux Sauvages, 1880* ne renferme rien qui puisse permettre au Canada de réduire unilatéralement la superficie d'une telle réserve une fois que celle-ci a été créée. On pourrait faire valoir que si ce n'était effectivement pas l'intention du Canada de créer une réserve avec la réserve initiale, il aurait unilatéralement rectifié son erreur sans faire appel à l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880*; cependant, même si tel était le cas, j'estime que le Canada avait l'intention de créer la réserve qui a été créée par l'intermédiaire du levé de 1882.

[308] Un autre exemple entre ces différences et le cas dont la Cour est saisie est qu'il n'y a aucun élément de preuve au dossier relatif à la raison pour laquelle les réserves des Pieds-Noirs et des Peigan ont initialement été arpentées de cette manière ni à la raison pour laquelle elles ont été modifiées par la suite. En ce qui a trait à la réserve des Pieds-Noirs, M. Evans affirme qu'il semblait y avoir eu [TRADUCTION] « une mesure ou un moyen de précaution visant à rassurer les chefs principaux Crowfoot et Old Sun que leur intérêt dans la réserve partagée serait protégé, car la réserve qu'il a établie était assez petite, d'un peu moins de 118 milles carrés, et elle ne couvrait que la portion la plus à l'ouest de la réserve partagée ou conjointe, soit là où les Pieds-Noirs ont fini par s'installer (la région autour de Blackfoot Crossing et à l'ouest de ce point jusqu'à la limite ouest de la réserve conjointe) ». Il ne cite aucun document

first surveyed Peigan reserve. Dr. Evans' speculation is not evidence.

[309] In assessing whether there has been a setting apart of the land that is to become the reserve, it is relevant to consider why setting apart is a factor in the first place. In my assessment, it is relevant because it is important that the Band, Canada, and others know where persons other than the members of the Band may settle, and where only Band members may settle. This is consistent with the description of a reserve given by Laird to the First Nation members assembled at Blackfoot Crossing to make treaty.

[310] The record is replete with examples where, following the 1882 Survey, Canadian officials had no difficulty in determining where the Blood Indian Reserve was located. They may not have been able to do so with the precision provided in the 1883 Agreement, but they recognized the Blood reserve created by the 1882 Survey.

[311] Canada submitted that the mere use of the word "reserve" does not entail that a reserve had been created:

Just because officials referred to the area as a reserve, we can't infer that they intended to be referring to final boundaries, and this is easily shown when we look at the correspondence even before Nelson's 1882 fieldwork.

I agree with Canada that the term "reserve" was used prior to Nelson's fieldwork to refer generally to the Blood Tribe living near Fort Kipp; however, in each of the following examples, the officials in my view are speaking of a reserve that had been created because it had final boundaries and this is evident from the context.

[312] In his report to Dewdney, dated October 5, 1882, Galt states that he has "visited the Blackfoot Reserve twice, The Sarcee Reserve once, the Piegan Reserve twice, the

de l'époque pour appuyer ce point de vue. M. Evans n'offre pas non plus d'explication quant à la taille et à la configuration de la première réserve des Peigan arpentée. L'hypothèse de M. Evans n'est pas une preuve.

[309] En évaluant si des terres ont été mises de côté pour en faire une réserve, il est pertinent d'examiner pourquoi une mise de côté est un facteur en premier lieu. Dans mon évaluation, c'est pertinent, car il est important que la bande, le Canada et d'autres sachent où les personnes qui ne sont pas membres de la bande peuvent s'établir et où seuls les membres de la bande peuvent s'établir. Cela correspond à la définition d'une réserve donnée par M. Laird aux membres de la Première Nation assemblés à Blackfoot Crossing pour conclure le traité.

[310] Le dossier regorge d'exemples dans lesquels, après le levé de 1882, les fonctionnaires canadiens n'avaient aucune difficulté à déterminer où se trouvait la réserve des Indiens Blood. Ils n'ont peut-être pas pu le faire avec la précision fournie dans l'accord de 1883, mais ils ont reconnu la réserve des Blood créée grâce au levé de 1882.

[311] Le Canada a prétendu que la simple utilisation du mot « réserve » ne signifie pas qu'une réserve avait été créée :

[TRADUCTION] Le simple fait que les fonctionnaires ont désigné la région en tant que réserve ne nous permet pas de déduire que leur intention était de faire référence aux limites définitives. C'est ce qu'il est facile d'établir en consultant la correspondance qui date même d'avant les travaux sur le terrain de M. Nelson en 1882.

Je suis d'accord avec le Canada pour dire que le terme « réserve » était utilisé avant les travaux sur le terrain de M. Nelson pour faire référence, de manière générale, à la tribu des Blood vivant près de Fort Kipp. Toutefois, dans chacun des exemples suivants, les fonctionnaires, à mon avis, parlent d'une réserve qui avait été créée en raison de ses limites définitives et cela ressort clairement du contexte.

[312] Dans son rapport à M. Dewdney, daté du 5 octobre 1882, M. Galt indique qu'il a [TRADUCTION] « visité la réserve des Pieds-Noirs deux fois, la réserve des

Blood Reserve once, and the Supply Farms at Fish Creek and Pincher Creek once each”. I think it relevant that it is only with respect to the Blood Reserve that he mentions a survey having been done. He writes:

The survey of this Reserve was completed last summer. These Indians have been living on their Reserve pretty steadily since last Fall. [Emphasis added.]

It is also relevant that he speaks of “the survey” and not of “the preliminary” survey being done in 1882. Further, it is relevant that he speaks of the survey having been “completed”. With the survey in hand, Galt was in a position to determine its boundaries and the area over which the Blood Tribe had the full and only right to be occupiers.

[313] In the *Annual report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December 1882*, Dewdney appended to his report the report of Denny who spoke to the surveying of reserves:

The Bloods and Blackfeet have been anxious to have their reserves laid out. This has now been done as far as the Bloods, Piegans, Sarcees and Stoneys are concerned. The Blackfoot Reserve is as yet unsettled, and the longer it is delayed, the more difficult it will be to settle, as no release has yet been taken from the Blackfoot tribe, of the portion of the reserve that would have fallen to the Bloods and Sarcees had the Government not given them reserves elsewhere. [Emphasis added.]

[314] Like Galt, Denny is here describing a final survey of the Blood and Peigan reserves done in 1882 by Nelson. It is of some interest that he notes that the survey of the Blackfoot reserve following the withdrawal of the Blood and Sarcee from the Treaty No. 7 location has not yet been done. Again, as in the case of Galt, there is no suggestion that the survey of the Blood Reserve is less than adequate to enable Denny and others to know where its boundaries are.

Sarcee une fois, la réserve des Piegan deux fois, la réserve des Blood une fois et les fermes d’approvisionnement à Fish Creek et à Picher Creek, une fois chacune ». Je pense qu’il est pertinent qu’il ait seulement mentionné un arpentage en ce qui concerne la réserve des Blood. Voici ce qu’il écrit :

[TRADUCTION] Le levé de cette réserve a été mené à bien l’été dernier. Ces Indiens vivent de façon assez stable dans leur réserve depuis l’automne dernier. [Non souligné dans l’original.]

Il est aussi pertinent qu’il parle du [TRADUCTION] « levé » et non du levé [TRADUCTION] « préliminaire » réalisé en 1882. En outre, il est pertinent qu’il parle du levé étant [TRADUCTION] « mené à bien ». Une fois le levé en main, M. Galt était en mesure de déterminer ses limites et le secteur où la tribu avait le seul et unique droit d’en être les occupants.

[313] Dans son *Rapport annuel du département des affaires des Sauvages pour l’année expirée le 31 décembre 1882*, M. Dewdney a joint en annexe à son rapport le rapport de M. Denny qui mentionne l’arpentage des réserves :

[TRADUCTION] Les Blood et les Pieds-Noirs ont vivement désiré qu’on arpentât leurs réserves. Cet ouvrage a été exécuté pour les Blood, les Piegan, les Sarcis et les Stoney. La réserve des Pieds-Noirs n’est toutefois pas établie, et plus son établissement est retardé, plus il sera difficile de l’établir, étant donné qu’aucune cession de la tribu des Pieds-Noirs n’a encore été consignée pour la partie de la réserve qui serait revenue aux Blood et aux Sarcis si le gouvernement ne leur avait pas donné des réserves ailleurs. [Non souligné dans l’original.]

[314] Comme M. Galt, M. Denny décrit ici un levé définitif des réserves des Blood et des Peigan réalisé en 1882 par M. Nelson. Il est intéressant qu’il souligne que le levé de la réserve des Pieds-Noirs après le retrait des Blood et des Sarcis de l’emplacement aux termes du Traité n° 7 n’avait pas encore eu lieu. Encore une fois, comme pour M. Galt, rien n’indique que le levé de la réserve des Blood n’était pas adéquat pour permettre à M. Denny et aux autres de savoir où se trouvaient ses limites.

[315] On June 14, 1883, in a letter to Dewdney, Vankoughnet approved the buy-out from Mr. Cochrane of his land and improvements which were “afterward allotted as a Reserve to the Blood Indians”:

In reply to your letter of the 29th Ultimo,³⁵ I beg to inform you that the Superintendent General has approved of the recommendation made by the late Assistant Indian Commissioner for the North West Territories, that Mr. Cochrane be paid \$850.00 in consideration of the land taken up by him within the tract afterwards allotted as a Reserve to the Blood Indians, as well as for the improvements and buildings made and erected by him thereon, also that \$400.00 in addition to the above be paid in consideration of Mr. Cochrane being obliged to break up his home.

The Superintendent General thinks that this act of grace may be extended to Mr. Cochrane inasmuch he went into possession before the tract occupied by him was included in an Indian Reserve.

[316] Again, I note that the boundaries of the Blood reserve had been established with sufficient particularity for two senior Canadian government officials to determine that Mr. Cochrane’s ranch was located on the reserve, and to authorize the expenditure of public funds to purchase it.

[317] When asked whether the recently issued grazing leases occupied any part of the Blood reserve, Vankoughnet had no difficulty informing Russell on May 14, 1883, that they did:

In reply to your letter of the 1st Instant; I have the honor to inform you that the north halves of Townships numbers 2 in Ranges 25 and 26, and the portion West of St. Mary’s River of the North half of Township No. 2, Range 24, all west of the 4th principal meridian, in the District of Alberta, are within an Indian Reserve.

[318] Vankoughnet repeated this information in a letter to the Deputy Minister of the Interior dated November 17, 1883, about 3 months after Nelson did the 1883 Survey:

[315] Le 14 juin 1883, dans une lettre à M. Dewdney, M. Vankoughnet a approuvé le rachat à M. Cochrane de ses terres et de ses améliorations qui ont [TRADUCTION] « par la suite été attribuées à titre de réserve aux Indiens Blood » :

[TRADUCTION] En réponse à votre lettre du 29 du mois dernier³⁵, j’ai l’honneur de vous informer que le surintendant général a approuvé la recommandation faite par le regretté commissaire adjoint des Indiens pour les Territoires du Nord-Ouest, voulant que M. Cochrane soit payé 850 \$ compte tenu des terres qu’il a prises sur l’étendue de terrain par la suite attribuée à titre de réserve aux Indiens Blood, ainsi que pour les améliorations apportées et les bâtiments construits par lui à cet endroit, et que lui soit versé 400 \$ en plus de la somme d’argent susmentionnée compte tenu du fait que M. Cochrane est obligé de démonter sa maison.

Selon le surintendant général, cette faveur pouvait être accordée à M. Cochrane dans la mesure où il a pris possession des terres avant que l’étendue de terrain qu’il occupait soit incluse dans la réserve indienne.

[316] Une fois encore, je souligne que les limites de la réserve des Blood avaient été établie avec assez de précision pour que deux hauts fonctionnaires canadiens puissent déterminer que le ranch de M. Cochrane se trouvait dans la réserve, et pour autoriser la dépense de fonds publics pour l’acheter.

[317] Lorsqu’on a demandé si les baux de pâturage récemment accordés occupaient une partie de la réserve des Blood, M. Vankoughnet n’a eu aucun mal à informer M. Russell le 14 mai 1883 que c’était le cas :

[TRADUCTION] En réponse à votre lettre du 1^{er} courant, j’ai l’honneur de vous informer que les moitiés situées au nord des townships numéro deux, rangs vingt-cinq et vingt-six et la partie de la moitié nord du township deux, située à l’ouest de la rivière St. Mary, rang vingt-quatre, tous situés à l’ouest du quatrième méridien principal du district d’Alberta sont dans une réserve indienne.

[318] M. Vankoughnet a répété cette information dans une lettre au sous-ministre de l’intérieur datée du 17 novembre 1883, environ trois mois après le levé de M. Nelson en 1883 :

³⁵ Last month: abbreviation for *ultimo mense*.

³⁵ L’expression *ultimo mense* a été utilisée dans la version anglaise.

I have the honor to acknowledge the receipt of your letter of the 12th Ultimo from your Department, asking whether the North halves of Townships No. 2 in Ranges 25 and 26, and that portion West of St. Marys River of the North half of Township No 2, Range 24, all West of the 4th Principal Meridian, are to be included in the Indian Reserve in that locality; and to inform you that Mr. Nelson D.L.S. who surveyed the Reserve stated verbally that the Reserve does contain the land above described, but the Returns of survey of the Reserve referred to have not yet been received.

[319] Even the surveyor, Nelson, following his 1882 Survey was of the view that the land of the Blood reserve set apart was well-defined as he writes in his report dated December 29, 1882:

I am happy to have the honor of reporting that the surveys are now so well advanced, that any complications likely to arise for a want of knowledge of their location and extent, will be avoided.

The following list shows what has been done:-

Indian Head Reserves	220.0 sq. miles.
Muskow-peatung's Band	58.8 "
Sarcee Reserve	110.0 "
Blood "	650.0 "
Piegan "	183.4 "
Grazing "	95.0 "

[320] This report shows that, as at the year-end 1882, Nelson had no idea that the southern boundary of the Blood reserve he surveyed might not be proper.

[321] It is also telling and significant that the government of Canada published at least two maps at this time that clearly delineated the southern boundary of the Blood

[TRADUCTION] J'ai l'honneur d'accuser réception de votre lettre du 12 du mois dernier de votre Ministère dans laquelle il est demandé si les moitiés situées au nord des townships numéro deux, rangs vingt-cinq et vingt-six et la partie de la moitié nord du township deux, située à l'ouest de la rivière St. Mary, rang vingt-quatre, tous situés à l'ouest du quatrième méridien principal, devaient être incluses dans la réserve indienne à cet endroit et pour vous informer que M. Nelson, arpenteur de terres fédérales, qui a arpenté la réserve a affirmé verbalement que la réserve comprend les terres décrites ci-dessus, mais que les rapports des travaux d'arpentage de la réserve auxquels il est fait référence n'ont pas encore été reçus.

[319] Même l'arpenteur, M. Nelson, après son levé de 1882 était d'avis que les terres de la réserve des Blood mises de côté étaient bien définies lorsqu'il écrit son rapport daté du 29 décembre 1882 :

[TRADUCTION] Je suis ravi d'avoir l'honneur de vous rapporter que les levés ont maintenant si bien avancé que toute complication susceptible de survenir relativement à la volonté de connaître leur emplacement ou leur étendue sera évitée.

Voici une liste de ce qui a été fait :

Réserves indiennes principales	220 milles carrés
Bande de Muskow-peatung	58,8 "
Réserve des Sarcis	110 "
Blood "	650 "
Piegan "	183,4 "
pâturages "	95 "

[320] Ce rapport indique qu'à la fin de l'année 1882, M. Nelson ne savait pas du tout que la limite sud de la réserve des Blood qu'il a arpentée pouvait ne pas être bonne.

[321] Il est aussi révélateur et important que le gouvernement du Canada ait publié au moins deux cartes à cette époque qui délimitaient clairement la limite sud de la

reserve to be that established by Nelson in the 1882 Survey.³⁶

[322] Canada responds, referencing the report of Dr. Ballantyne, that “maps are not authoritative as to the existence and location of boundaries; survey plans are”.

[323] Concerning the use and nature of maps versus surveys, Dr. Ballantyne states:

A map is a good servant but a poor master (for showing parcel boundaries). Rather, survey plans show parcel boundaries. In the 1875-91 period, maps and survey plans served two different purposes. The maps produced in the course of this litigation were typically small-scale images of large areas (e.g. western Canada) whose purpose was to assist settlers, reduce conflict/overlap between Reserve and Township surveyors, illustrate the enormity of Canada, encourage investment and socio-cultural development, and assert sovereignty. Maps were compiled from many sources and contained much information on topography, landforms, locations, distances and proposed uses. They resulted from and guided Crown and railway exploration and policy; they were not definitive as to parcels or boundaries.

[324] I accept that no court would resolve litigation concerning an ownership dispute between two neighbours based on a map one drew: it would look at the official registered survey. However, that does not mean the map has no use or value. A map drawn by one neighbour 40 years earlier may be evidence that the other was considered to

³⁶ Dr. Carter writes at page 59 of her report: “Two official maps showing this reserve were issued by the federal government subsequent to Nelson’s survey. The first was issued by the government in February of 1883 was titled “North-West Territories of the Dominion of Canada Map of the Part of the Districts of Assiniboia and Alberta Shewing Dominion Land Surveys to 31 Dec., 1882. This was published by the authority of Minister of the Interior J.A. Macdonald, and Lindsay Russell. A second map “Dominion of Canada, General Map of Part of the North-West Territories including the Province of Manitoba Shewing Dominion Lands Surveys to 31 Dec., 1882 was published by order of Minister of the Interior John A. Macdonald. The map contained “additions and corrections to 15 March, 1883”.

réserve des Blood comme celle établie par M. Nelson dans le levé de 1882³⁶.

[322] Le Canada répond, citant le rapport de M. Ballantyne, que [TRADUCTION] « les cartes ne sont pas déterminantes quant à l’existence et à l’emplacement des limites; les plans d’arpentage sont déterminants ».

[323] Concernant l’utilisation et la nature des cartes par rapport aux levés, M. Ballantyne affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Une carte est un bon serviteur, mais un mauvais maître (pour ce qui est d’illustrer les limites des parcelles). Les plans de levé illustrent plutôt des limites de parcelles. Au cours de la période allant de 1875 à 1891, les cartes et les plans de levé avaient deux objectifs différents. Les cartes dressées au cours de ce contentieux étaient généralement des images à petite échelle de vastes régions (p. ex. l’Ouest canadien) dont le but était d’aider les colons, limiter les conflits ou les chevauchements entre une réserve et les arpenteurs des townships, illustrer la grandeur considérable du Canada, encourager l’investissement et le développement socioculturel et affirmer la souveraineté. Les cartes étaient établies à partir de différentes sources et contenait de nombreux renseignements sur la topographie, les formes de relief, les emplacements, les distances et les utilisations proposées. Elles découlaient de la Couronne, des explorations ferroviaires et des politiques et les orientaient. Elles n’étaient pas définitives quant aux parcelles ou aux limites.

[324] J’admets qu’aucun tribunal ne réglerait un contentieux concernant un différend relatif à la propriété entre deux voisins en se fondant sur une carte dessinée par l’un d’eux : le tribunal examinerait le levé enregistré officiel. Toutefois, cela ne veut pas dire que la carte est inutile ou sans valeur. Une carte établie par un voisin 40 ans plus tôt

³⁶ M^{me} Carter écrit à la page 59 de son rapport : [TRADUCTION] « Deux cartes officielles sur lesquelles figurent cette réserve ont été dressées par le gouvernement fédéral après le levé de M. Nelson. La première, dressée par le gouvernement en février 1883, était intitulée [TRADUCTION] « Carte du Territoires du Nord-Ouest du Dominion du Canada de la partie des districts d’Assiniboia et d’Alberta illustrant les levés des terres fédérales au 31 déc. 1882 ». Elle a été publiée avec l’autorisation du ministre de l’Intérieur, J. A. Macdonald et par Lindsay Russell. Une deuxième carte, [TRADUCTION] « Dominion du Canada, carte générale de la partie des Territoires du Nord-Ouest, y compris la Province du Manitoba illustrant les levés des terres fédérales au 31 décembre 1882, a été publiée par un arrêté du ministre de l’Intérieur John A. Macdonald. La carte contenait des [TRADUCTION] « ajouts et corrections au 15 mars 1883 ».

occupy (own) the land, thus establishing adverse possession. Maps have a value and a map drawn by a party may be used against its interests.

[325] In this case, I find that the two maps in question are evidence of the view of Canada’s Department of the Interior, which included Indian Affairs, as to the “rough” border of the Blood reserve.

[326] For these reasons, I find that with the 1882 Survey, the lands contained therein were set apart for the Blood Tribe Reserve.

D. The Band Must Accept the Setting Apart

[327] The Supreme Court of Canada in *Ross River*, at paragraph 67 states that “the band concerned must have accepted the setting apart and must have started to make use of the lands so set apart”.

[328] The plaintiffs say that using part of the land set apart is sufficient to have accepted the setting apart. Canada submits that in order to accept the setting apart, the Band would need to be aware of the specifics of the area set apart. In brief, it would have to know the exact boundaries of its reserve.

[329] The plaintiffs rely on jurisprudence relating to property to support its position. They say that as a matter of property law, possession of any part of a parcel constitutes possession of the entire parcel citing, *Bentley v. Peppard*, 1903 CanLII 69, 33 S.C.R. 444, at page 446, paragraph 4:

4. But where a person in good faith under a written instrument from one purporting to be the proprietor, enters into blackacre—a definite territorial area—his actual occupancy of a part—no matter how small—in the absence of actual adverse occupancy by another, gives him a constructive possession of blackacre as a whole. He has it, as the phrase is, under “colour of title.”

peut être la preuve qu’une autre personne était considérée comme occupant (possédant) la terre, établissant ainsi une possession acquisitive. Les cartes ont une valeur et une carte dressée par une partie peut être utilisée contre ses intérêts.

[325] En l’espèce, j’estime que les deux cartes en question sont une preuve du point de vue du ministère de l’Intérieur du Canada, qui comprenait les Affaires indiennes, quant à la frontière [TRADUCTION] « approximative » de la réserve des Blood.

[326] Pour ces motifs, je conclus qu’avec le levé de 1882, les terres qui y figurent ont été mises de côté pour la réserve des Blood.

D. La bande doit accepter la mise de côté

[327] Au paragraphe 67 de l’arrêt *Ross River*, la Cour suprême du Canada affirme que « la bande visée doit avoir accepté la mise à part et avoir commencé à utiliser les terres en question ».

[328] Les demandeurs affirment qu’utiliser une partie de la terre mise de côté suffit pour que la mise de côté ait été acceptée. Le Canada affirme qu’afin d’accepter la mise de côté, la bande devrait être au courant des détails du secteur mis de côté. En somme, elle devrait être au courant des limites exactes de sa réserve.

[329] Les demandeurs se fondent sur la jurisprudence liée aux biens pour appuyer leur thèse. Ils disent qu’en matière de droit des biens, la possession de toute partie d’une parcelle constitue la possession d’une parcelle entière, citant l’arrêt *Bentley v. Peppard*, 1903 CanLII 69, 33 R.C.S. 444, à la page 446, paragraphe 4 :

[TRADUCTION] 4. Toutefois, lorsqu’une personne de bonne foi sur le fondement d’un acte écrit d’une personne censée être le propriétaire fait l’acquisition d’un bien-fonds — une zone territoriale — son occupation réelle d’une partie — si petite soit-elle — en l’absence d’occupation adversative réelle par une autre personne, lui donne une possession utile du bien-fonds dans son intégralité. Il l’a selon l’expression sous « apparence de titre ».

[330] However, rules that apply to property do not necessarily apply to reserves or land reserved for First Nations. In *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746, at paragraph 43, the Supreme Court commented:

First, it is clear that traditional principles of the common law relating to property may not be helpful in the context of aboriginal interests in land: *St. Mary's Indian Band, supra*. Courts must “go beyond the usual restrictions imposed by the common law”, in order to give effect to the true purpose of dealings relating to reserve land: see *Blueberry River Indian Band, supra*, at para. 7, per Gonthier J.

[331] A similar remark is made in *Wewaykum*, at paragraph 43, that when dealing with Indian reserves, form should not trump substance:

.... Our Court has on several occasions emphasized that in dealing with the Indian interest in reserves, “we must ensure that form not trump substance” (*St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 16) or allow the true intention of the parties to be frustrated by “technical” rules embodied in the common law (*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at para. 6).

[332] The challenge for the plaintiffs in this case is that the Blood Tribe takes the position that it has never accepted the reserve as laid out in either the 1882 Survey or the 1883 Survey. It lays claim to the “Big Claim” as being the area to which it was entitled. They make this assertion in their written memorandum, as follows:

The Blood Tribe claims that the lands between the St. Mary and Kootenay (Waterton) Rivers, to the mountains and to the International Boundary (the “Big Claim lands”) were reserved for them and it was never the Blood Tribe’s understanding or intent that the Big Claim lands were given up at the time of Treaty.

In light of this, can it be said that the Blood Tribe has “accepted the setting apart and ... started to make use of the lands” as laid down in *Ross River*?

[330] Toutefois, les règles qui s’appliquent aux biens ne s’appliquent pas nécessairement aux réserves ou aux terres réservées aux Premières Nations. Dans l’arrêt *Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746, au paragraphe 43, la Cour suprême du Canada a commenté :

Premièrement, il est clair que les principes traditionnels du droit des biens en common law peuvent ne pas s’avérer utiles dans le contexte des droits fonciers des Autochtones : *Bande indienne de St. Mary’s*, précité. Les tribunaux « doivent faire abstraction des restrictions habituelles imposées par la common law » afin de donner effet à l’objet véritable des opérations relatives aux terres de réserve : voir *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, par. 7, le juge Gonthier.

[331] Une remarque semblable est faite dans l’arrêt *Wewaykum*, au paragraphe 43, selon laquelle lorsqu’il s’agit des réserves indiennes, la forme ne doit pas primer sur le fond :

[...] Notre Cour a à plusieurs reprises souligné que, dans l’examen des droits des Indiens sur les réserves, « nous devons veiller à ce que la forme ne l’emporte pas sur le fond » (*Bande indienne de St. Mary’s c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 16), ou à ce que des règles « de forme » de la common law ne viennent pas frustrer l’intention véritable des parties (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 6).

[332] Le défi pour les demandeurs en l’espèce est que la tribu des Blood fait valoir qu’elle n’a jamais accepté la réserve telle qu’elle a été tracée lors du levé de 1882 ou lors du levé de 1883. Elle revendique la « grande revendication » comme étant le secteur auquel elle avait droit. C’est ce qu’elle fait valoir dans son mémoire écrit, rédigé ainsi :

[TRADUCTION] La tribu des Blood allègue que les terres entre les rivières St. Mary et Kootenay (Waterton), jusqu’aux montagnes et à la frontière internationale (le « territoire de la grande revendication ») leur ont été réservées et la tribu n’a jamais supposé ou voulu que le territoire de la grande revendication fasse l’objet d’une cession à la signature du Traité.

Par conséquent, peut-on dire que la tribu des Blood a « accepté la mise à part et [...] commencé à utiliser les terres », tel que cela est établi dans l’arrêt *Ross River*?

[333] I find that the position advanced by the Blood Tribe that it is and always has been entitled to the Big Claim land, does not mean that it has not accepted and made use of the land set apart in the 1882 Survey. If the advancement of the Big Claim by the Blood Tribe entails that it had not accepted the land set apart in the 1882 Survey, then one would also have to conclude that it equally did not accept the land set aside in the 1883 Survey, or that they have ever accepted any land set aside. This would result in a conclusion that there is no Blood Tribe reserve created at law. That is not a position either party takes, and it is not supported by the evidence.

[334] There is evidence of significant numbers of Blood Tribe members settling on the future reserve following the 1880 Red Crow Agreement as to its general location. Wadsworth in his 1881 year-end report summarizes his visit to the Blood Tribe on May 21, 1881:

I found a large number of Indians congregated, the ration list showing 3,146 souls, two-thirds of this number being fresh arrivals from across the line where they had followed the buffalo two years ago.

[335] In his year-end report for 1882, Macdonald writes:

The Bloods number 3,400. They did a large amount of work during the year; planted their own potatoes, fenced their fields, and did some of the ploughing with their own horses. They have been divided into several communities, and live in separate villages. Their lands are well fenced, although wood for the purpose is not abundant. These Indians are beginning to occupy separate locations on the reserves. They raised a large quantity (about 200,000 lbs.) of potatoes, also turnips, oats and some barley.

[336] I agree with the submission of the plaintiffs that “The extensive occupation and use of the Blood Reserve by the Band members during the relevant time frame from October 1880 to July 2, 1883 is beyond dispute”.

[337] I do not accept Canada’s submission that a Band has not accepted a setting apart unless it has occupied or used

[333] J’estime que la thèse avancée par la tribu des Blood selon laquelle elle a et a toujours eu droit aux terres de la grande revendication ne veut pas dire qu’elle n’a pas accepté ou utilisé le territoire mis de côté lors du levé de 1882. Même si soutenir la grande revendication de la tribu des Blood signifie qu’elle n’a pas accepté le territoire mis de côté lors du levé de 1882, il faudrait aussi conclure qu’elle n’a pas non plus accepté les terres mises de côté lors du levé de 1883, ou qu’elle n’a jamais accepté aucune terre mise de côté. Cela donnerait lieu à une conclusion selon laquelle aucune réserve de la tribu des Blood n’a été créée sur le plan juridique. Aucune des parties ne soutient cette thèse qui n’est pas étayée par des éléments de preuve.

[334] Il existe des éléments de preuve relatifs à un nombre important de membres de la tribu des Blood s’établissant dans la réserve future après l’accord de Red Crow de 1880 sur son emplacement général. Dans son rapport de fin d’année 1881, M. Wadsworth résume sa visite à la tribu des Blood du 21 mai 1881 :

[TRADUCTION] J’ai trouvé un grand nombre d’Indiens rassemblés, 3 146 personnes figurant sur la liste de rations, les deux tiers d’entre eux venaient d’arriver de l’autre côté de la frontière où ils avaient suivi les bisons il y a deux ans.

[335] Dans son rapport de fin d’année en 1882, M. Macdonald a écrit :

[TRADUCTION] Il y a 3 400 Blood. Ils ont beaucoup travaillé pendant l’année; ils ont planté leurs propres pommes de terre, clôturé leurs champs et labouré avec leurs propres chevaux. Ils ont été divisés en plusieurs collectivités et vivaient dans des villages séparés. Leurs terres étaient bien clôturées, bien que le bois à cette fin ne soit pas abondant. Les Indiens ont commencé à occuper des emplacements distincts dans la réserve. Ils ont cultivé une quantité importante de pommes de terre (environ 200 000 lb), mais aussi des navets, de l’avoine et de l’orge.

[336] Je suis d’accord avec l’observation des demandeurs selon laquelle [TRADUCTION] « [l]’occupation et l’utilisation extensives de la réserve des Blood par les membres de la bande au cours de la période visée d’octobre 1880 au 2 juillet 1883 est incontestable ».

[337] Je n’admets pas l’observation du Canada selon laquelle une bande n’a pas accepté une mise de côté à

every part of the area. First, the reserve had only just been surveyed and the Blood Tribe members were just settling into their new homes: it would be unreasonable to expect that they would be making use of hundreds of square miles of prairie so soon after surveying, especially considering that they were still learning how to grow crops. Second, the reserve as promised by the TLE in Treaty No. 7 was intended by Canada to be large enough to accommodate future growth of the Blood Tribe. Morris reports that at Treaty No. 7, Laird told those assembled: “[W]e wish to give you as much or more land than you need”.³⁷ Given this, it is not surprising that not all of the land would need to be in use by the current generation. Third, the leadership of the Blood Tribe had not been taken to see the boundaries of the reserve and might not know with certainty where they were. It is not clear what the Blood Tribe knew about the 1882 survey and it is not surprising that their efforts were focused on their existing settlements, which were all farther north of the southern boundary.

[338] What is clear however is that the Blood Tribe was aware of and had accepted the general location of their reserve, which was then set aside by Canada when it did the 1882 Survey. Requiring the Blood Tribe to be aware of the specific boundaries of the reserve or make use of all of the land would be to ignore the Supreme Court’s caution and allow form to trump substance.

[339] For these reasons, I find that the Blood Tribe accepted the setting aside of the reserve lands marked by the 1882 Survey.

E. Conclusion

[340] Having found that all of the four *Ross River* factors are met, I find that a reserve for the Blood Tribe was created prior to July 2, 1883. The reserve that was set apart for them is that laid out by the 1882 Survey. It could not be reduced in size without obtaining a surrender from the Blood Tribe.

³⁷ Morris, page 205.

moins d’avoir occupé ou utilisé chaque partie du secteur. Premièrement, la réserve venait d’être arpentée et les membres de la tribu des Blood venaient de s’installer dans leurs nouvelles maisons : il ne serait pas raisonnable de s’attendre à ce qu’ils utilisent des centaines de milles carrés de prairie si peu de temps après l’arpentage, tout particulièrement compte tenu du fait qu’ils apprenaient encore à cultiver la terre. Deuxièmement, le Canada avait envisagé que la réserve, comme le garantissaient les DFIT du Traité n° 7, soit assez grande pour répondre à la future croissance de la tribu des Blood. M. Morris déclare que lors de la signature du Traité n° 7, M. Laird a dit aux personnes assemblées : [TRADUCTION] « [N]ous souhaitons vous donner autant de terre que vous avez besoin, voire plus »³⁷. Par conséquent, il n’est pas surprenant qu’une seule partie de la terre doive être utilisée par la génération actuelle. Troisièmement, les chefs de la tribu des Blood n’ont pas été emmenés voir les limites de la réserve et pouvaient ne pas être certains de là où elles se trouvaient. On ne sait pas clairement ce que la tribu des Blood savait du levé de 1882 et il n’est pas surprenant que leurs efforts aient été portés sur les colonies existantes, toutes plus au nord de la limite sud.

[338] Ce qui est clair, toutefois, est que la tribu des Blood connaissait et avait accepté l’emplacement de sa réserve qui était alors mise de côté lors du relevé de 1882 par le Canada. Exiger que la tribu des Blood connaisse les limites précises de la réserve ou utilise l’ensemble des terres serait ne pas tenir compte de la prudence de la Cour suprême et permettre à la forme de primer sur le fond.

[339] Pour ces motifs, j’estime que la tribu des Blood a accepté la mise de côté des terres de réserve désignées par le levé de 1882.

E. Conclusion

[340] Après avoir conclu que les quatre facteurs de l’arrêt *Ross River* ont été satisfaits, je conclus qu’une réserve pour la tribu des Blood a été créée avant le 2 juillet 1883. La réserve qui a été mise de côté pour cette tribu est celle qui a été tracée par le levé de 1882. Sa taille ne pouvait pas être réduite sans obtenir une cession de la tribu des Blood.

³⁷ Morris, à la page 205.

[341] There is no suggestion from Canada that the 1883 Agreement constitutes a surrender. It does not. First, it does not state that the Blood Tribe is surrendering any land. Second, there was no process of surrender done as required by *The Indian Act*, 1880. Third, neither the 1883 Agreement nor the account of it records that Canada ever informed the Blood Tribe that its reserve was being reduced. The Blood Tribe at that date had not been taken to see the boundaries established by the 1882 reserve, and there is no evidence that they were informed that the boundaries were being reduced, or what magnitude that reduction was.

[342] The Blood Tribe made a submission that the 1883 Agreement is unconscionable, oppressive, and exploitative and to that extent is a nullity. In light of the findings I make below, this submission does not need to be addressed.

V. THE BIG CLAIM

[343] The Big Claim of the Blood Tribe and its basis is set out in paragraphs 13 to 15 of their amended statement of claim, as follows:

On or about September 25, 1880 an agreement was reached between the Blood Tribe and the Defendant as to the location and extent of the new Reserve.

The Plaintiffs state, and the fact is, that the agreement was that the new Reserve would be between the Kootenay (now the Waterton) River, and the St. Mary's River to Chief Mountain and the International Border at the 49th parallel. This land is all located in what is now known as the Province of Alberta.

The Plaintiffs state, and the fact is, that a Reserve was lawfully established for the Blood Tribe in 1880 in accordance with the natural boundaries as agreed to on or about September 25, 1880.

[344] In the *Annual report of the Department of Indian Affairs for the year ended 31st December 1880*, Dewdney reports that complying with the March 1880 Order in Council authorizing him and Colonel Macleod to meet with the Blood Tribe and “endeavor to make a satisfactory arrangement” regarding a new reserve location, they met at Fort Macleod in September 1880:

[341] Le Canada ne prétend pas que l'accord de 1883 constitue une cession. Ce n'est pas le cas. Premièrement, il n'affirme pas que la tribu des Blood cède des terres. Deuxièmement, aucun processus de cession n'a eu lieu, comme l'exige l'*Acte relatif aux Sauvages, 1880*. Troisièmement, ni l'accord de 1883 ni son compte rendu ne fait état du fait que le Canada n'ait jamais informé la tribu des Blood que sa réserve était réduite. À cette date, la tribu des Blood n'avait pas été emmenée voir les limites établies par la réserve de 1882 et rien n'indique qu'elle était informée du fait que les limites étaient réduites ni de l'ampleur de la réduction.

[342] La tribu des Blood a fait valoir que l'accord de 1883 est déraisonnable, oppressif et abusif et est ainsi entaché de nullité. Compte tenu de la conclusion que je tire ci-dessous, il n'est pas nécessaire d'examiner cette observation.

V. LA GRANDE REVENDICATION

[343] La grande revendication de la tribu des Blood et son fondement sont énoncés aux paragraphes 13 à 15 de sa déclaration modifiée, rédigés ainsi :

[TRADUCTION] Le 25 septembre 1880, ou aux alentours de cette date, un accord a été conclu entre la tribu des Blood et la défenderesse quant à l'emplacement et l'étendue de la nouvelle réserve.

Les demandeurs affirment, et le fait est que l'accord visait à ce que la nouvelle réserve se trouve entre la rivière Kootenay (maintenant Waterton) et la rivière St. Mary jusqu'à Chief Mountain et la frontière internationale au 49^e parallèle. Ces terres se trouvent toutes dans la province maintenant appelée l'Alberta.

Les demandeurs affirment, et le fait est qu'une réserve a été légalement établie pour la tribu des Blood en 1880, selon les limites naturelles, comme convenu le 25 septembre 1880 ou aux alentours de cette date.

[344] Dans le *Rapport annuel du Département des affaires des sauvages pour l'année expirée le 31 décembre 1880*, M. Dewdney indique que conformément au décret de 1880 l'autorisant lui et le colonel Macleod à rencontrer la tribu des Blood et à [TRADUCTION] « tenter de conclure un accord satisfaisant » relativement à un nouvel emplacement de réserve, ils se sont rencontrés à Fort Macleod en septembre 1880 :

On arriving at Fort Macleod, I found a large portion of the Blood Indians awaiting my arrival, for the purpose of hearing what determination the Government had come to in regard to that matter I informed the Blood Chief that if he would give me a release of all his interest in the reserve situated at the Blackfoot Crossing, provided the Government would give him a reserve at the point he indicated, I would send an instructor with him and his band to the spot selected by himself where he could build houses and prepare some ground for next season and that I would recommend on my arrival below that a reserve would be given to him at that point.

[345] At this meeting between Red Crow and Dewdney, the Red Crow Agreement, witnessed by Agent Macleod and the agency clerk Percy G.H. Robinson, was entered into. It provides that the Blood give up all rights to the land described in Treaty No. 7, “provided the Government will grant us a Reserve on the Belly River in the neighbourhood of the Mouth of the Kootenai River”.

[346] The Blood Tribe submits that the Red Crow Agreement is a treaty, and that it understood, based on Dewdney’s assurance, that the Blood Tribe would be given a reserve at the point where Red Crow indicated. That point, as described by the Elders in the oral history evidence above, is the land between the Kootenai and Belly Rivers from Fort Kipp to the mountains.

[347] The Blood Tribe submits that this treaty must be interpreted in a manner most favourable to it and any ambiguity resolved in its favour. Canada submits that the Red Crow Agreement is not a treaty:

Plaintiffs incorrectly assert that the 1880 agreement was a treaty. The document itself is not called a treaty. The historical documents do not refer to it as a treaty. The document described only the general location that the Blood Tribe desired for their Reserve and did not specify particular boundaries. Further, only Red Crow signed the document. None of the experts, including the Plaintiffs’ experts, suggest that the document was a treaty. In fact, Ms. Holmes refers to the document as the “Red Crow Agreement” and Dr. Carter refers to it as “a document.”

[TRADUCTION] En arrivant à Fort Macleod, j’ai trouvé une grande partie de Blood qui attendaient mon arrivée pour connaître la décision du gouvernement relativement à cette question [...] J’informai le chef des Blood que s’il voulait m’abandonner tous ses droits à la réserve située à Blackfoot Crossing, à condition que le gouvernement lui en donne une autre à l’endroit qu’il indiquerait, je le ferais accompagner, lui et sa bande, à l’endroit qu’il choisirait, par un instructeur, et que l’on pourrait y construire des maisons et préparer la terre pour la prochaine saison; et que je recommanderais, à mon retour, au gouvernement de leur donner une réserve à cet endroit.

[345] Lors de cette rencontre entre Red Crow et M. Dewdney, l’accord de Red Crow, dont ont été témoins l’agent Macleod et le préposé de l’agence, Percy G.H. Robinson, a été conclu. Il prévoit que les Blood cèdent tous leurs droits à la terre décrite dans le Traité n° 7, [TRADUCTION] « étant entendu que le gouvernement nous attribuera une réserve sur la rivière Belly aux environs de l’embouchure de la rivière Kootenay ».

[346] La tribu des Blood prétend que l’accord de Red Crow est un traité et qu’elle avait compris, compte tenu de l’assurance de M. Dewdney, que la tribu des Blood se verrait attribuer une réserve à l’endroit indiqué par Red Crow. Tel qu’il est décrit par les aînés dans les éléments de preuve fondés sur l’histoire orale susmentionnés, cet endroit correspond à la terre située entre les rivières Kootenai et Belly, de Fort Kipp aux montagnes.

[347] La tribu des Blood prétend que ce traité doit être interprété de la manière lui étant la plus favorable et que toute ambiguïté soit dissipée en sa faveur. Le Canada prétend que l’accord de Red Crow n’est pas un traité :

[TRADUCTION] Les demandeurs affirment à tort que l’accord de 1880 était un traité. Le document même n’est pas désigné comme un traité. Il n’est pas désigné comme un traité dans les documents historiques. Le document décrit uniquement l’emplacement général de la tribu des Blood souhaité pour sa réserve et ne fait pas état de limites précises. En outre, seul Red Crow a signé le document. Aucun des experts, y compris les experts des demandeurs, ne prétend que le document était un traité. En réalité, M^{me} Holmes, fait référence au document en tant qu’[TRADUCTION] « accord de Red Crow » et M^{me} Carter le désigne comme [TRADUCTION] « un document ».

[348] I agree with Canada that this document has few if any of the indicia of a First Nations Treaty. There is no evidence of the formality or solemnization that we see at Blackfoot Crossing when Treaty No. 7 was negotiated and concluded. There was no pipe ceremony, something the Elders said was a part of any treaty alliance agreement.

[349] Although the Supreme Court of Canada in *Sioui*, at page 1035 observed, “we should adopt a broad and generous interpretation of what constitutes a treaty”, it also observed that not every agreement between Canada and a First Nation is a treaty. It noted in particular that one ought to look to the common understanding of the parties as to the nature of the undertaking contained in the document at the time it was executed. In my view, the common understanding was that this was an agreement by the Blood Tribe to forego rights it had in Treaty No. 7.

[350] Entering into the Red Crow Agreement was authorized by Canada in Order in Council P.C. 1880-0565, dated March 26, 1880. It provides in relevant part that Dewdney and Colonel Macleod are to attend a council of the Blackfoot nation “for the purposes and to submit a proposition to them to surrender such portion of the Reserve allotted to them under Treaty stipulations as would be the proper share of the Blood Band, were that Band to settle upon the said Reserve, with a view to a Reserve near Fort Kipp being assigned to the Blood Indians, in accordance with their desire”.³⁸

[351] The Red Crow Agreement reflects this release and promise:

I – “MeKasto” or “Red Crow” Head Chief of the Blood Indians, on behalf and with the consent of the Blood

³⁸ The plaintiffs make much of the phrase “in accordance with their desire” suggesting that this means in accordance with the scope and size of reserve they desire. I do not read it as such. Rather, it means that the reserve, in accordance with their stated desire, will be near Fort Kipp. In my view, it cannot be read to mean that the Blood Tribe is entitled to a reserve of a size it desires ignoring the TLE in Treaty No. 7.

[348] Je suis d’accord avec le Canada pour dire que ce document a peu, voire aucune, des caractéristiques d’un traité des Premières Nations. Rien ne prouve non plus le caractère officiel ou solennel que nous voyons à Blackfoot Crossing, lorsque le Traité n° 7 a été négocié et conclu. Il n’y a pas eu de cérémonie du calumet, quelque chose qui, selon les aînés, faisait partie de tout accord de traité d’alliance.

[349] Bien que la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Sioui*, à la page 1035, ait observé que « nous devrions ainsi adopter une interprétation large et généreuse de ce qui constitue un traité », il est aussi observé que tous les accords entre le Canada et une Première Nation ne sont pas des traités. Elle a noté plus précisément qu’il faut s’attacher à la façon dont toutes les parties comprenaient la nature de l’entreprise contenue dans le document au moment où il a été signé. À mon avis, toutes les parties ont compris qu’il s’agissait d’un accord de la tribu des Blood a renoncé aux droits qu’elle avait aux termes du Traité n° 7.

[350] Conclure l’accord de Red Crow était autorisé par le Canada dans le décret C.P. 1880-0565 daté du 26 mars 1880. Il prévoit dans un passage pertinent que M. Dewdney et le colonel Macleod soient autorisés à participer à un conseil de la nation des Pieds-Noirs [TRADUCTION] « aux fins proposées; et à présenter à la nation une proposition selon laquelle cette dernière céderait une partie de la réserve lui ayant été attribuée aux termes du Traité, d’une superficie correspondant à la part que l’on attribuerait à la bande des Blood si cette bande avait choisi de s’établir dans ladite réserve, en vue de la création d’une réserve à l’intention de la bande des Blood aux environs de Fort Kipp, conformément à leurs volontés »³⁸.

[351] L’accord de Red Crow reflète cette cession et cette promesse :

[TRADUCTION] Je, « Mekasto » ou « Red Crow », chef principal des Indiens Blood, pour le compte des Indiens

³⁸ Les demandeurs insistent sur la phrase [TRADUCTION] « conformément à leurs volontés », affirmant que cela signifie conformément à la portée et à la taille de réserve qu’ils souhaitent. Je ne l’interprète pas de cette façon. Cela veut plutôt dire que la réserve, conformément à leur volonté exprimée, sera située près de Fort Kipp. À mon avis, on ne peut pas l’interpréter comme voulant dire que la tribu des Blood a droit à une réserve de la taille qu’elle souhaite sans tenir compte des DFIT issus du Traité n° 7.

Indians included in the said Treaty do hereby give up all our rights, titles, and privileges whatsoever to the lands included in the said Treaty, provided the Government will grant us a Reserve on the Belly River in the neighbourhood of the Mouth of the Kootenai River.

[352] The Red Crow Agreement is not a treaty. It is exactly what it says, a conditional release of treaty land.

[353] Even if I were to find that the Red Crow agreement is a treaty, I would not find that any reserve in the order of the Big Claim was created by it or by subsequent events. Indeed, subsequent events point to there never being any intention on the part of Canada or the Blood Tribe to establish a reserve in the nature of the Big Claim.

[354] First, I note that the Big Claim would result in a reserve that would be very much larger than the TLE set out in Treaty No. 7. There is no evidence or suggestion why Canada would be willing to ignore the TLE that it had put in the treaty only three years earlier.

[355] Second, I am unable to find that sufficient of the four *Lac La Ronge* factors relating to reserve creation have been met with respect to the Big Claim land.

[356] I accept that both Canada and the Blood Tribe intended to create a reserve in the general area of the Big Claim. Canada did create such a reserve, in 1882 as I have found, or in 1883 as Canada admits. I further accept that Dewdney and Colonel Macleod had sufficient authority to bind the Crown.

[357] However, there is no evidence that Canada or the Blood Tribe took any steps to set apart land of an area equal to the Big Claim. Specifically, there is no evidence that Canada ever set apart the land between the Belly River and the Kootenai River and in fact, there is evidence that members of the Blood Tribe were removed from that area in 1881 because Canada said it was not part of their

Blood visés par le Traité et avec leur consentement, cède par la présente tous nos droits, titres et privilèges quelconques aux terres prévues dans ledit Traité, étant entendu que le gouvernement nous attribuera une réserve sur la rivière Belly aux environs de l'embouchure de la rivière Kootenay.

[352] L'accord de Red Crow n'est pas un traité. C'est exactement ce qu'il y est dit, une cession conditionnelle de terres issues d'un traité.

[353] Même si je concluais que l'accord de Red Crow était un traité, je ne conclurais pas qu'une réserve par suite de la grande revendication a été établie par celle-ci ou par des événements subséquents. En effet, selon les événements subséquents, ni le Canada ni la tribu des Blood n'ont eu l'intention d'établir une réserve dans le cadre de la grande revendication.

[354] Tout d'abord, je souligne que la grande revendication donnerait lieu à une réserve qui serait bien plus grande que les DFIT énoncés dans le Traité n° 7. Il n'existe aucune preuve ni aucune indication de la raison pour laquelle le Canada serait disposé à faire fi des DFIT qu'il avait inclus dans le traité trois ans plus tôt.

[355] Ensuite, je ne peux pas conclure qu'un nombre suffisant des quatre facteurs de l'arrêt *Lac La Ronge* portant sur la création de réserves a été satisfait en ce qui a trait aux terres de la grande revendication.

[356] J'admets que le Canada et la tribu des Blood avait l'intention de créer une réserve dans le secteur général issu de la grande revendication. Le Canada a bien créé une telle réserve, en 1882, tel que je l'ai conclu, ou en 1883, tel que le reconnaît le Canada. J'admets aussi que M. Dewdney et le colonel Macleod étaient investis de l'autorité nécessaire pour lier la Couronne.

[357] Toutefois, rien ne prouve que le Canada ou la tribu des Blood ont pris des mesures pour mettre de côté des terres d'une superficie égale à celle issue de la grande revendication. Plus précisément, rien ne prouve que le Canada n'ait jamais mis de côté les terres entre la rivière Belly et la rivière Kootenai, et en réalité, des éléments de preuve montrent que les membres de la tribu des Blood

reserve. There is no evidence that Canada ever set apart the land south to the international boundary as a reserve for the Blood Tribe.

[358] I must conclude on the balance of probabilities that the Big Claim is not made out.

VI. BREACH OF FIDUCIARY DUTY

[359] The plaintiffs submit that they have proved that Canada breached its fiduciary duty to the Blood Tribe. The breaches they allege all occurred after the Red Crow Agreement of September 1880, wherein the parties agreed that the Blood Tribe would have a reserve “near Fort Kipp”. The conduct of Canada that they allege constitutes breaches of Canada’s duty to the Blood Tribe are the following:

- a. Canada failed to “*protect the cognizable interest in the lands ‘between the rivers to the mountains’ under the TLE in the Red Crow Agreement*”;
- b. Canada entered into grazing leases with third parties “*within the lands subject to a cognizable interest*”;
- c. Canada set the boundaries of the reserve in the 1883 Agreement contrary to the TLE in Treaty No. 7, and misled the Blood Tribe about the arrangements made on July 2, 1883;
- d. Canada covered up its conduct in (a) to (c) and led the Blood Tribe to believe that it received more land than it was entitled to receive under the TLE; and
- e. The Minister of Indian Affairs and Northern Development following the ICC denied that the Blood Tribe has a valid claim.

ont été délogés de cette zone en 1881, car le Canada a dit qu’elle ne faisait pas partie de leur réserve. Rien ne prouve que le Canada n’ait jamais mis de côté les terres au sud de la frontière internationale à titre de réserve pour la tribu des Blood.

[358] Je dois conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la grande revendication n’est pas établie.

VI. MANQUEMENT À UNE OBLIGATION FIDUCIAIRE

[359] Les demandeurs soutiennent qu’ils ont prouvé que le Canada avait manqué à son obligation fiduciaire envers la tribu des Blood. Les manquements qu’ils allèguent ont tous eu lieu après l’accord de Red Crow en septembre 1880, aux termes duquel les parties ont convenu que la tribu ait une réserve [TRADUCTION] « près de Fort Kipp ». La conduite du Canada, qui selon eux constitue des manquements à l’obligation du Canada envers la tribu des Blood, est la suivante :

- a. Le Canada n’a pas [TRADUCTION] « *protégé l’intérêt reconnu dans les terres “entre les rivières jusqu’aux montagnes” aux termes des DFIT de l’accord de Red Crow* »;
- b. Le Canada a conclu des baux de pâturage avec des tiers concernant des [TRADUCTION] « *terres faisant l’objet d’un intérêt reconnu* »;
- c. Le Canada a établi les limites de la réserve dans l’accord de 1883 contraires aux DFIT issus du Traité n° 7 et a induit en erreur la tribu des Blood concernant les accords conclus le 2 juillet 1883.
- d. Le Canada a caché sa conduite énoncée aux points a) à c) et a porté la tribu des Blood à croire qu’elle recevait plus de terre que ce à quoi elle avait droit au titre des DFIT.
- e. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien après que la CRI a jugé que la tribu des Blood n’avait pas de revendication valide.

A. Canada's Duty to First Nations

[360] Aboriginal or Indian title to land is a legal right derived from the fact that they historically occupied and possessed their tribal lands.

[361] As in this instance, many Bands negotiated treaties with the Crown, under which they surrendered their title to their ancestral lands in exchange for the benefits the Crown agreed to provide. When a reserve is created under Treaty for a Band, title in the land does not pass to the Band; rather, the Crown continues to hold the fee simple: *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, (1995), 130 D.L.R. (4th) 193 (*Blueberry River*), at paragraph 34. This does not mean that the Crown can do whatever it wants with reserve land. As Justice Dickson observed in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335 at page 376, (1984), 13 D.L.R. (4th) 321 (*Guerin*), Canada has an equitable obligation to deal with the land for the benefit of the First Nation:

In my view, the nature of Indian title and the framework of the statutory scheme established for disposing of Indian land places upon the Crown an equitable obligation, enforceable by the courts, to deal with the land for the benefit of the Indians. This obligation does not amount to a trust in the private law sense. It is rather a fiduciary duty. If, however, the Crown breaches this fiduciary duty it will be liable to the Indians in the same way and to the same extent as if such a trust were in effect.

[362] In *Guerin*, the Supreme Court of Canada also observed that even prior to the creation of a reserve, a fiduciary relationship between the Crown and the First Nation may arise. As noted by the Supreme Court in *Wewaykum*, at paragraph 86, prior to reserve creation, the Crown's "duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries."

[363] The scope of that fiduciary duty is then enlarged after the creation of a reserve [*Wewaykum*, at paragraph 86]:

A. Obligation du Canada envers les Premières Nations

[360] Le titre de propriété d'une terre aborigène ou indien est un droit légal provenant du fait qu'ils ont toujours occupé ou possédé leurs terres tribales.

[361] Comme en l'espèce, de nombreuses bandes ont négocié des traités avec la Couronne aux termes desquels elles ont cédé leur titre et leurs terres ancestrales en échange d'avantages que la Couronne a consentis à fournir. Lorsqu'une réserve est créée aux termes d'un traité pour une bande, le titre sur les terres ne sont pas transmis à la bande, mais c'est plutôt la Couronne qui détient le titre en fief simple : arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344 (arrêt *rivière Blueberry*), au paragraphe 34. Cela ne veut pas dire que la Couronne peut faire ce qu'elle veut avec la terre de réserve. Comme le juge Dickson l'a observé dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335 (arrêt *Guerin*), à la page 376, le Canada a une obligation d'équité d'utiliser ces terres au profit des Indiens :

À mon avis, la nature du titre des Indiens et les modalités prévues par la Loi relativement à l'aliénation de leurs terres imposent à Sa Majesté une obligation d'équité, exécutoire en justice, d'utiliser ces terres au profit des Indiens. Cette obligation ne constitue pas une fiducie au sens du droit privé. Il s'agit plutôt d'une obligation de fiduciaire. Si, toutefois, Sa Majesté manque à cette obligation de fiduciaire, elle assumera envers les Indiens exactement la même responsabilité qu'aurait imposée une telle fiducie.

[362] Dans l'arrêt *Guerin*, la Cour suprême du Canada a aussi observé que même avant la création d'une réserve, un rapport fiduciaire entre la Couronne et la Première Nation peut naître. Comme l'a souligné la Cour suprême dans l'arrêt *Wewaykum*, au paragraphe 86, avant de créer une réserve, « l'obligation de la Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires autochtones de l'obligation ».

[363] La portée de cette obligation fiduciaire est ensuite élargie après la création d'une réserve [*Wewaykum*, au paragraphe 86] :

3. Once a reserve is created, the content of the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation.

At paragraph 100, when discussing protection from exploitation, Justice Binnie stated that “ordinary diligence must be used by the Crown to avoid invasion or destruction of a band's quasi-property interest [in a reserve] by an exploitative bargain with third parties or, indeed, exploitation by the Crown itself” (emphasis added).

[364] Justice Binnie also observed at paragraph 86 that the “content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected”. In that regard, I note that no Canadian case has been cited by the parties where it has been found that the interest of an aboriginal people in its reserve is other than of the highest importance.

[365] In addition to these duties, this Court has also found that the Crown has a duty to consult with a First Nation in matters involving its land. In *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48, (1998), 156 F.T.R. 1 (T.D.) (*Fairford*), at paragraphs 198 to 199, Justice Rothstein considered the Crown's particular fiduciary obligation to consult, citing Chief Justice Lamer in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, (1997), 153 D.L.R. (4th) 193 (*Delgamuukw*), at paragraph 168:

.... This aspect of aboriginal title suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown's failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*. The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to

3. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard.

Au paragraphe 100, lorsqu'il aborde la protection contre l'exploitation, le juge Binnie affirme que « la Couronne doit faire montre de la diligence ordinaire requise pour éviter l'empiétement ou la destruction de l'intérêt quasi propriétaire de la bande en raison d'un marché abusif avec des tiers, voire de mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l'exploitation » (non souligné dans l'original).

[364] Le juge Binnie a aussi observé, au paragraphe 86, que le « contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger ». À cet égard, je note qu'aucune affaire canadienne n'a été invoquée par les parties dans laquelle il a été conclu que l'intérêt d'un peuple aborigène dans sa réserve n'est pas de la plus grande importance.

[365] En plus de ces obligations, la Cour a aussi conclu que la Couronne avait l'obligation de consulter une Première Nation en ce qui concerne ses terres. Dans la décision *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1^{re} inst.) (décision *Fairford*), aux paragraphes 198 et 199, le juge Rothstein a examiné l'obligation fiduciaire de consultation particulière de la Couronne, citant le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (arrêt *Delgamuukw*), au paragraphe 168 :

[...] Cet aspect du titre aborigène indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si un groupe autochtone a été consulté est pertinente pour décider si l'atteinte au titre aborigène est justifiée, au même titre que le fait pour la Couronne de ne pas consulter un groupe autochtone au sujet des conditions auxquelles des terres d'une réserve sont cédées à bail peut constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire de celle-ci en common law : *Guerin*. La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la

aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands. [Emphasis added.]

simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones. [Non souligné dans l'original.]

[366] Based on these authorities, I find that Canada had the following fiduciary duties to the Blood Tribe as a consequence of entering into Treaty No. 7 as amended by the Red Crow Agreement:

- a. A duty to provide a reserve for the Blood Tribe in keeping with the provisions of Treaty No. 7, as amended by the Red Crow Agreement;
- b. A duty of loyalty and good faith to the Blood Tribe in the discharge of its mandate;
- c. A duty to provide full disclosure and to consult with the Blood Tribe with respect to its reserve lands; and
- d. A duty to protect and preserve the Blood Tribe's proprietary interest in the reserve from exploitation.

[367] These are very broad fiduciary duties. The following will discuss whether Canada met its duties in relation to specific conduct. The plaintiffs raised a number of specific complaints about Canada's conduct. I prefer to address the question of Canada's breach of fiduciary duty with an eye to the two principal claims of the Blood Tribe: (1) the failure to implement the TLE in the Treaty, and (2) the taking away of the lands included in the 1882 Survey.

[366] Compte tenu de ces précédents, je conclus que le Canada avait les obligations fiduciaires suivantes à l'égard de la tribu des Blood en raison de la conclusion du Traité n° 7, tel qu'il a été modifié par l'accord de Red Crow :

- a. Une obligation de fournir une réserve à la tribu des Blood, conformément aux dispositions du Traité n° 7, tel qu'il a été modifié par l'accord de Red Crow;
- b. Une obligation de loyauté et de bonne foi à l'égard de la tribu des Blood dans l'exécution de son mandat;
- c. Une obligation de communication intégrale à la tribu des Blood et de consultation avec celle-ci relativement à ses terres de réserve;
- d. Une obligation de protéger et de préserver l'intérêt propriétaire de la tribu des Blood dans la réserve contre l'exploitation.

[367] Ces obligations fiduciaires sont très larges. Nous allons chercher à savoir si le Canada a respecté ses obligations relativement à une conduite précise. Les demandeurs ont formulé un certain nombre de plaintes relativement à la conduite du Canada. Je préfère aborder la question du manquement à l'obligation fiduciaire du Canada en tenant compte des deux revendications principales de la tribu des Blood : 1) le défaut de mettre en application les DFIT issus du Traité et 2) la prise des terres incluses dans le levé de 1882.

[368] The Blood Tribe also alleges a breach of fiduciary duty related to the Big Claim; however, as I have found that the Big Claim has not been proven on the balance of probabilities, it cannot be concluded that Canada breached its duty to the Blood Tribe in that respect.

B. Duty to Implement the Treaty

[369] Canada has a duty to fulfill its treaty promises with honour and integrity. This was recently well put by Justice Hennessy in *Restoule v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701, 431 D.L.R. (4th) 32 (*Restoule*), at paragraphs 3 and 538:

The principle of the honour of the Crown and the doctrine of fiduciary duty impose on the Crown the obligation to diligently implement the Treaties' promise to achieve their purpose (*i.e. of reflecting the value of the territories in the annuities*) and other related justiciable duties.

...

The honour of the Crown requires that the Crown fulfil their treaty promises with honour, diligence, and integrity. The duty of honour also includes a duty to interpret and implement the Treaties purposively and in a liberal or generous manner.

[370] In implementing Treaty No. 7, as amended by the Red Crow Agreement, as explained in *Delgamuukw*, Canada had a duty to consult with the Blood Tribe regarding the location of its reserve. Canada did so. The record establishes that Canada consulted with the Blood Tribe and the earliest indication that Canada became aware that it might claim an interest in a greater area appears to have been in 1888. I am not persuaded that more detailed consultation with the Band than was had prior to the laying out of the reserve in the 1882 Survey would have disclosed that the Blood Tribe asserted such an interest. Moreover, it is clear that even if it had, the Big Claim area claimed far exceeds the TLE formula, even on the population count I have found. For these reasons, I find no breach of the duty to consult when implementing the Treaty as amended.

[368] La tribu des Blood allègue aussi un manquement à l'obligation fiduciaire lié à la grande revendication; toutefois, comme j'ai estimé que la grande revendication n'avait pas été prouvée selon la prépondérance des probabilités, on ne peut pas conclure que le Canada a manqué à son obligation à l'égard de la tribu des Blood à cet égard.

B. Obligation de mettre en œuvre le Traité

[369] Le Canada a l'obligation de respecter les promesses contenues dans les traités avec honneur et intégrité. Le juge Hennessy l'a récemment bien exprimé dans l'arrêt *Restoule v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 7701, 432 D.L.R. (4th) 32 (arrêt *Restoule*), aux paragraphes 3 et 538 :

[TRADUCTION] Le principe de l'honneur de la Couronne et la doctrine de l'obligation fiduciaire imposent à la Couronne l'obligation de satisfaire à la promesse des traités avec diligence pour arriver à ses fins (*p. ex. refléter la valeur des territoires dans les annuités*) et respecter d'autres obligations dont on peut saisir les tribunaux.

[...]

L'honneur de la Couronne nécessite que la Couronne respecte les promesses des traités avec honneur, diligence et intégrité. L'obligation d'honneur inclut aussi l'obligation d'interpréter et de mettre en œuvre les traités téléologiquement et de manière libérale et généreuse.

[370] En appliquant le Traité n° 7, tel qu'il a été modifié par l'accord de Red Crow, tel que cela est expliqué dans l'arrêt *Delgamuukw*, le Canada a l'obligation de consulter la tribu des Blood concernant l'emplacement de sa réserve. C'est ce que le Canada a fait. Il ressort du dossier que le Canada a consulté la tribu des Blood et la première indication du fait que le Canada a appris qu'elle pourrait revendiquer un intérêt à l'égard d'un secteur plus grand semble avoir été en 1888. Je ne suis pas convaincu qu'une consultation plus approfondie de la bande que celle qui a eu lieu avant de tracer la réserve dans le levé de 1882 aurait divulgué que la tribu des Blood affirmait un tel intérêt. De plus, il est clair que même si cela avait été le cas, la zone de la grande revendication revendiquée va bien au-delà de la formule des DFIT, même avec le chiffre de population que j'ai déterminé. Pour ces motifs, je conclus qu'il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de consultation lors de la mise en œuvre du Traité tel qu'il a été modifié.

[371] Canada, having promised the Blood Tribe a reserve equal to one square mile for each family of five, first had to ascertain the population of the Blood Tribe. I accept that this was not an easy task as the Blood were a nomadic people at that time and were actively involved in the buffalo hunt.

[372] The challenge of ascertaining population likely accounts for the fact, as testified by the experts, that Canada typically used the count of those receiving Treaty annuities as the *de facto* census of a Band. It probably also accounts, as the experts testified, that usually reserves were laid out slightly larger than required based on that *de facto* count to permit some margin of error.

[373] There is no evidence how Canada arrived at the 650-square mile reserve created by the 1882 Survey. It appears to be based on a Blood Tribe population of 3 250. Absent evidence as to how Canada arrived at the population figure it appears to have used, and given my finding that the actual population was 3 550, I conclude that Canada failed to fulfill its treaty obligation to provide a reserve equal to the TLE.

C. Canada's Duty to the Blood Tribe After the Reserve Was Created

[374] I have found that the Blood reserve was created by the 1882 Survey. It set apart a 650-square mile area. Canada then had a duty to protect and preserve that reserve. I find that Canada failed in that duty.

[375] First, in April 1882, Canada leased part of the reserve as defined by the 1882 Survey to third parties under grazing leases.

[376] After leasing the land, it was only in May 1883 that Canada made inquiries to ascertain whether there was an overlap between the reserve and the leased land and it then discovered that there was. Canada then took appropriate

[371] Le Canada, ayant promis à la tribu des Blood une réserve égale à un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, devait d'abord déterminer la population de la tribu des Blood. J'admets que ce n'était pas une tâche facile étant donné que les Blood étaient un peuple nomade à cette époque et qu'ils prenaient activement part à la chasse au bison.

[372] Le défi lié à la vérification auprès de la population explique vraisemblablement pourquoi, comme l'on dit les experts, le Canada utilisait habituellement le nombre de personnes recevant les annuités aux termes du Traité comme le recensement de fait d'une bande. Cela explique probablement aussi pourquoi, comme l'ont dit les experts, le tracé des réserves était généralement plus grand que ce qui était nécessaire compte tenu de ce chiffre établi de fait pour laisser une marge d'erreur.

[373] Il n'y a aucun élément de preuve sur la manière dont le Canada en est arrivé à une réserve de 650 milles carrés créée par le levé de 1882. La taille de la réserve semble fondée sur une population de 3 250 membres de la tribu des Blood. Sans preuve de la manière dont le Canada en est arrivé au chiffre de population qu'il semble avoir utilisé, et compte tenu de ma conclusion selon laquelle la population réelle était de 3 550 personnes, je conclus que le Canada n'a pas respecté son obligation issue du traité de fournir une réserve égale aux DFIT.

C. L'obligation du Canada à l'égard de la tribu des Blood après la création de la réserve

[374] J'ai conclu que la réserve des Blood a été créée par le sondage de 1882. Une zone de 650 milles carrés a été mise de côté. Le Canada avait ensuite l'obligation de protéger et de préserver cette réserve. J'estime que le Canada n'a pas respecté cette obligation.

[375] D'abord, en avril 1882, le Canada a loué une partie de la réserve telle qu'elle est définie par le levé de 1882 à des tierces parties aux termes de baux de pâturage.

[376] Après avoir loué la terre, ce n'est qu'en mai 1883 que le Canada s'est renseigné pour vérifier s'il existait un chevauchement entre la réserve et la terre louée; il a ensuite découvert que c'était le cas. Le Canada a ensuite

steps to inform the lessees that the description of the leased lands would have to be amended. However, the descriptions were not amended.

[377] What did happen, as is outlined earlier, is that the Canadian officials from the Indian Department took steps to move the southern boundary of the reserve so that no overlap with the leased land would exist. This was done without ever informing the Blood Tribe—a breach of Canada’s duty. This was done without any consultation with the Blood Tribe—a breach of Canada’s duty. It was also done without obtaining any surrender from the Band—a breach of Canada’s duty. It was also done without replacing the land taken with other land, thus it was also in breach of the TLE formula—a breach of Canada’s duty. In short, Canada failed to meet its fiduciary duty to the Blood Tribe and acted dishonourably by putting the interests of the white leaseholders ahead of the Blood Tribe’s interests in the land, which it was to preserve and protect.

[378] I further find that Canada breached its duty to the Blood Tribe in 1888 when its officials told Red Crow and the others that the reserve as laid out by the 1883 Survey gave them a larger reserve than they were entitled to under the terms of Treaty No. 7. First, that statement was wrong based on the population count determined herein. Second, there is no evidence that Pocklington, who made that statement, had made any inquiry to ascertain its truth, or had any direct knowledge that it was accurate. Third, by making the statement, Canada effectively led the Blood Tribe to put aside any thought that it was entitled to more. That, in part, explains the delay in raising the claim that the Blood Reserve is not as large as it should be.

[379] For these reasons, I find that the Blood Tribe, on the balance of probabilities, has proven that Canada breached its fiduciary duty to the Band in implementing Treaty No. 7, and in dealing with the Band subsequent to the creation of the Blood reserve.

pris les mesures pertinentes pour informer les loueurs que la description des terres louées allait devoir être modifiée. Toutefois, les descriptions n’ont pas été modifiées.

[377] Ce qui s’est passé, comme cela a été expliqué plus tôt, c’est que les fonctionnaires canadiens du ministère des Affaires indiennes ont pris des mesures pour déplacer la limite sud de la réserve pour qu’il n’y ait pas de chevauchement de la terre louée. Cela a été fait sans que la tribu des Blood en soit jamais informée — un manquement à l’obligation du Canada. Cela a été fait sans que la tribu des Blood ait été consultée — un manquement à l’obligation du Canada. Cela a été fait sans l’obtention d’une cession de la bande — un manquement à l’obligation du Canada. Cela a aussi été fait sans que la terre prise avec d’autres terres ne soit remplacée, ce qui était donc aussi un manquement à la formule des DFIT — un manquement à l’obligation du Canada. En bref, le Canada a manqué à son obligation fiduciaire à l’égard de la tribu des Blood et a manqué à son honneur en faisant passer les intérêts des titulaires de domaine à bail blancs devant les intérêts dans la terre, qu’elle devait préserver et protéger.

[378] J’estime aussi que le Canada a manqué à son obligation à l’égard de la tribu des Blood en 1888, quand ses fonctionnaires ont dit à Red Crow et à d’autres que la réserve telle qu’elle avait été tracée par le levé de 1883 leur donnait une réserve plus grande que ce à quoi ils avaient droit aux termes des modalités du Traité n° 7. Premièrement, cette déclaration est erronée compte tenu du chiffre de population déterminé en l’espèce. Deuxièmement, rien n’indique que M. Pocklington, qui a fait cette déclaration, s’était renseigné pour en vérifier la véracité ou savait personnellement qu’elle était exacte. Troisièmement, en faisant cette déclaration, le Canada a effectivement porté la tribu des Blood à mettre de côté toute considération selon laquelle elle avait droit à plus. Cela explique, en partie, le fait d’avoir tardé à soulever la revendication selon laquelle la réserve des Blood n’était pas aussi grande qu’elle devrait l’être.

[379] Pour ces motifs, je conclus que la tribu des Blood, selon la prépondérance des probabilités, a prouvé que le Canada avait manqué à son obligation fiduciaire à l’égard de la bande lors de l’application du Traité n° 7 et en traitant avec la bande après la création de la réserve des Blood.

VII. LIMITATIONS DEFENCE

[380] Canada pleads statutory limitations periods and the equitable limitations of laches, acquiescence, election, delay, waiver, and estoppel. I will first analyze Canada's defence based on the Acts incorporated by subsection 39(1) of the *Federal Courts Act*; namely the *Crown Liability Act*, *The Limitation of Actions Act, 1935*, S.A. 1935, c. 8 (*The Limitation of Actions Act, 1935*), *The Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1970, c. 209 (*The Limitation of Actions Act, 1970*), and the *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15 (*Limitation of Actions Act, 1980*). I will then consider the equitable defences Canada has raised in its amended statement of defence.

A. Application of the *Crown Liability Act*

[381] Canada submitted in oral argument that the *Crown Liability Act* extinguishes the plaintiffs' ability to bring a claim against the Crown. Subsection 24(1) of this Act states:

Operation

24. (1) No proceedings shall be taken against the Crown under this Act in respect to any act, omission, transaction, matter or thing that occurred or existed before the 14th day of May 1953.

[382] Canada submits that because the events relevant to this proceeding occurred prior to 1953, the breach of fiduciary duty, and breach of treaty claims are time-barred. The Blood Tribe submits in reply that the *Crown Liability Act* has no application to this claim because it only creates the right to bring actions against the Crown for tort. The right to bring an action against the Crown for breach of fiduciary duty exists independent of this Act.

[383] I agree with the Blood Tribe that the *Crown Liability Act* has no application to this action. Subsection 24(1)

VII. MOYEN DE DÉFENSE FONDÉ SUR LA PRESCRIPTION

[380] Le Canada invoque le délai de prescription légal et la prescription en equity de la diligence, de l'acquiescement, de l'élection, du retard, de l'exemption et de l'irrecevabilité. Je vais d'abord analyser les moyens de défense du Canada selon les lois incorporées par le paragraphe 39(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, notamment la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, la *Limitation of Actions Act, 1935*, S.A. 1935, ch. 8 (la *Limitation of Actions Act de 1935*), la *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1970, ch. 209 (la *Limitation of Actions Act de 1970*), et la *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15 (la *Limitation of Actions Act de 1980*). J'examinerai ensuite les moyens de défense en equity que le Canada a invoqués dans sa défense modifiée.

A. Application de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*

[381] Le Canada a prétendu dans sa plaidoirie que la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* éteint la capacité des demandeurs d'intenter une action contre la Couronne. Le paragraphe 24(1) est rédigé ainsi :

Pas d'effet rétroactif

24. (1) On ne peut exercer de recours contre la Couronne, en vertu de la présente loi, à l'égard de quelque acte, omission, opération, matière ou chose qui sont survenus ou qui existaient avant le 14 mai 1953.

[382] Le Canada prétend qu'étant donné que les événements propres à la présente instance se sont produits avant 1953, le manquement à l'obligation fiduciaire et le manquement aux revendications du traité sont prescrits. La tribu des Blood prétend en réponse que la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* ne s'applique pas à la présente revendication, car elle ne fait qu'établir le droit d'intenter des actions contre la Couronne pour responsabilité délictuelle. Le droit d'intenter une action contre la Couronne pour manquement à une obligation fiduciaire existe indépendamment de cette loi.

[383] Je suis d'accord avec la tribu des Blood pour dire que la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* ne

expressly states that the limitations only apply to actions “proceedings ... taken against the Crown under this Act” (emphasis added). A review of this Act shows that proceedings may be brought under it with regards to tort, but there is no mention of fiduciary duty, breach of treaty, or any catch-all provision. I agree with the Blood Tribe that the ability to bring an action against the Crown for breach of fiduciary duty arises independent of this statute: see, for example *Guerin*, at paragraphs 94 to 105. The same is true of breach of treaty, which is discussed below.

B. Application of Provincial Limitation Acts to Treaty and Aboriginal Rights

[384] The Blood Tribe submits that provincial limitations legislation does not apply to its claim relating to the reserve created by the 1882 Survey, or to its claim that the TLE was not fulfilled, or to the Big Claim.

[385] With respect to the reserve created by the 1882 Survey, the Blood Tribe says that “a provincial limitation statute cannot deprive the Bloods of ‘lands reserved for Indians’ once a reserve is created”. With respect to the TLE claim, it says that “a provincial limitation statute cannot extinguish a treaty right” and it says that the TLE is a treaty right.

[386] Its submission is that limiting these claims would affect “Lands reserved for the Indians” which falls under the federal government’s jurisdiction under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]].

[387] Provincial limitations laws apply by virtue of subsection 39(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7:

s’applique pas à la présente action. Le paragraphe 24(1) prévoit expressément que la prescription ne s’applique qu’aux « recours contre la Couronne, en vertu de la présente loi » (non souligné dans l’original). Il ressort d’un examen de cette loi que des procédures peuvent être intentées sous son régime en ce qui a trait à la responsabilité délictuelle, mais il n’y a aucune mention d’obligation fiduciaire, de manquement à un traité ou de toute autre disposition générale. Je suis d’accord avec la tribu des Blood pour dire que la capacité d’intenter une action contre la Couronne pour manquement à son obligation fiduciaire est indépendante de cette loi : voir, par exemple l’arrêt *Guerin*, aux paragraphes 94 à 105. Il en va de même pour le manquement au traité, qui est abordé ci-dessous.

B. Application des lois provinciales sur la prescription au Traité et aux droits ancestraux

[384] La tribu des Blood prétend que les lois provinciales sur la prescription ne s’appliquent pas à sa revendication portant sur la réserve créée par le levé de 1882 ni à sa revendication selon laquelle les DFIT n’ont pas été respectés, ni à la grande revendication.

[385] Concernant la réserve créée par le levé de 1882, la tribu des Blood a affirmé qu’une [TRADUCTION] « une loi provinciale sur la prescription ne peut pas priver la tribu des Blood de “terres réservées pour les Indiens” une fois qu’une réserve est créée ». En ce qui a trait à la revendication concernant les DFIT, elle affirme qu’[TRADUCTION] « une loi provinciale sur la prescription ne peut pas éteindre un droit issu de traités » et elle affirme que les DFIT sont des droits issus de traités.

[386] Elle fait valoir qu’opposer la prescription de ces revendications aurait une incidence sur les « terres réservées pour les Indiens », ce qui relève de la compétence du gouvernement fédéral aux termes 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]].

[387] Les lois provinciales sur la prescription s’appliquent aux termes du paragraphe 39(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la Loi) :

Prescription and limitation on proceedings

39 (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceeding in the Federal Court of Appeal or the Federal Court in respect of any cause of action arising in that province.

[388] Canada submits that the argument being advanced by the Blood Tribe has previously been considered and rejected by this and higher courts. Justice Russell in *Samson First Nation v. Canada*, 2015 FC 836 (*Samson*), at paragraphs 111 to 113 recently addressed it. Relying on the decisions of the Supreme Court of Canada in *Wewaykum and Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2018] 1 S.C.R. 372 (*sub nom. Papaschase*) (*Lameman*), he held at paragraph 112 that “limitations legislation, as well as the principles of laches and acquiescence, are applicable to claims against Canada even where the rights at stake are constitutionally-protected treaty and Aboriginal rights.” His judgment was affirmed on appeal³⁹ and an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed [[2017] 1 S.C.R. viii].⁴⁰

[389] The Blood Tribe says that its submission is not foreclosed by these previous decisions. They are distinguishable from this action in that they dealt with *in personam* claims and the plaintiffs were not seeking actual land or compensation in lieu. Here, the Blood Tribe says, it is advancing an *in rem* claim to reserve lands.

[390] The plaintiffs also submit that section 88 of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] supports their position that the land was not intended to be affected by provincial limitations. While it provides that laws of general application in force in a province are applicable to Indians, it contains no reference to such laws applying to reserves or lands

³⁹ *Buffalo v. Canada*, 2016 FCA 223, 487 N.R. 306.

⁴⁰ *Chief Victor Buffalo v. Canada*, 37280 (9 March 2017) [[2017] 1 S.C.R. viii].

Prescription — Fait survenu dans une province

39 (1) Sauf disposition contraire d’une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s’appliquent à toute instance devant la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale dont le fait générateur est survenu dans cette province.

[388] Le Canada prétend que cet argument avancé par la tribu des Blood a déjà été examiné et a été écarté par la Cour et par des tribunaux d’instance supérieure. Le juge Russell a récemment abordé la question dans la décision *Première nation Samson c. Canada*, 2015 CF 836 (décision *Samson*), aux paragraphes 111 à 113. Se fondant sur les décisions de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Wewaykum* et *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372 (*sub nom. Papaschase*) (arrêt *Lameman*), il a conclu, au paragraphe 112, que les « lois en matière de prescription ainsi que les principes du manque de diligence et de l’acquiescement s’appliquent aux demandes faites contre le Canada même lorsque les droits en jeu sont des droits issus de traités et des droits ancestraux protégés par la Constitution ». Son jugement a été confirmé en appel³⁹ et une demande d’autorisation d’interjeter appel à la Cour suprême du Canada a été rejetée [[2017] 1 R.C.S. viii]]⁴⁰.

[389] La tribu des Blood affirme que ces décisions antérieures n’empêchent pas son observation. Ces décisions ne sont pas comme la présente action, car elles avaient trait à des revendications personnelles et les demandeurs ne cherchaient pas à obtenir des terres ou une indemnisation tenant lieu de celles-ci. En l’espèce, la tribu des Blood affirme, selon ses dires, présenter une revendication réelle relative aux terres de réserves.

[390] Les demandeurs affirment aussi que l’article 88 de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] étaye leur thèse selon laquelle la terre n’était pas censée être touchée par la prescription provinciale. Même s’il prévoit que les lois d’application générales en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens, il ne contient aucune

³⁹ Arrêt *Buffalo c. Canada*, 2016 CAF 223.

⁴⁰ *Chief Victor Buffalo v. Canada*, 37280 (9 mars 2017) [[2017] 1 R.C.S. viii].

reserved for Indians. They say that these subjects are specifically excluded.

[391] Canada submits that the plaintiffs' claims are actually *in personam* as they are requesting damages. It cites *Shade v. Canadian Pacific Railway Limited*, 2017 ABQB 292 (CanLII), 54 Alta. L.R. (6th) 343, for the proposition that the difference between *in rem* and *in personam* is a matter of substance, not form. Canada directed the Court to the amended statement of claim where the plaintiffs ask for compensation and general damages. Moreover, while it concedes that the Blood Tribe also asks for land, it says that the Blood Tribe does not ask for a specific property.

[392] I reject the submission of the Blood Tribe that provincial limitations legislation can have no application to the claims in this action for at least two reasons.

[393] First, as is explained by the Supreme Court of Canada in *Blueberry River*, at paragraph 104 and *Wewaykum*, at paragraph 108, in raising a limitations defence set out in provincial legislation, a defendant is not applying provincial limitations statutes *per se*. Section 39 of the *Federal Courts Act* operates to incorporate into federal law the provincial limitations period in place in the province where the cause of action arose. Although it may appear to apply provincial law, Canada's defence applies federal law. This is clearly stated by the Supreme Court of Canada in *Wewaykum*, at paragraph 116:

Parliament is entitled to adopt, in the exercise of its exclusive legislative power, the legislation of another jurisdictional body, as it may from time to time exist: *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137. This is precisely what Parliament did when it enacted what is now s. 39(1) of the *Federal Court Act*.

Consequently, the Blood Tribe's interpretation of section 88 has no application because it is federal and not

référence à de telles lois s'appliquant aux réserves ou aux terres réservées pour les Indiens. Selon eux, ces objets sont tout particulièrement exclus.

[391] Le Canada prétend que les revendications des demandeurs sont en réalité personnelles étant donné qu'il demande des dommages-intérêt. Il cite l'arrêt *Shade v. Canadian Pacific Railway Limited*, 2017 ABQB 292 (CanLII), 54 Alta. L.R. (6th) 343 pour affirmer que la différence entre une revendication réelle et personnelle est une question de fond et non de forme. Le Canada a attiré l'attention de la Cour sur la déclaration modifiée dans laquelle les demandeurs sollicitent une indemnisation et des dommages-intérêts généraux. En outre, bien qu'il reconnaisse que la tribu des Blood demande aussi des terres, il affirme que la tribu des Blood ne demande pas de bien précis.

[392] Je rejette l'observation de la tribu des Blood selon laquelle les lois provinciales sur la prescription ne peuvent pas s'appliquer aux revendications en l'espèce, et ce, pour au moins deux raisons.

[393] D'abord, comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Blueberry River*, au paragraphe 104 et dans l'arrêt *Wewaykum*, au paragraphe 108, en invoquant un moyen de défense fondé sur la prescription prévu par les lois provinciales, un défendeur n'applique pas les lois provinciales sur la prescription proprement dites. L'article 38 des *Loi sur les Cours fédérales* a pour effet d'intégrer dans la loi fédérale les délais de prescription provinciaux en vigueur dans la province où la cause d'action a pris naissance. Bien qu'il semble appliquer la loi provinciale, le moyen de défense du Canada applique la loi fédérale. C'est clairement ce qu'a affirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Wewaykum*, au paragraphe 116 :

Le Parlement peut, dans l'exercice de sa compétence législative exclusive, faire sienne la loi d'un autre législateur : *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137. C'est précisément ce qu'il a fait en édictant la disposition qui est maintenant le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Par conséquent, l'interprétation que fait la tribu des Blood de l'article 88 ne s'applique pas, puisque c'est une loi

provincial law that is acting on the reserves and lands reserved for Indians.

[394] Second, there is a fundamental flaw in the plaintiffs' submission that the limitations legislation deprives it of reserve land or extinguishes a treaty right. Limitations and prescriptions do no such thing; rather, they provide that a proceeding in respect of a claim to reserve land or a treaty right must be initiated within a certain period after the discovery of the claim. The inability later to pursue the claim is because of the inaction of the plaintiff. A substantial difference exists between a law that extinguishes a right and one that limits when that right can be enforced against another.

[395] This point was effectively made by Justice Russell in *Samson*, at paragraph 129:

Samson's second argument is that the application of a limitation period effectively expunges or infringes constitutionally-enshrined Aboriginal and treaty rights. In my view, Samson is simply asking the Court to ignore clear authorities that tell us that limitation periods do not expunge rights, they bar remedies based upon those rights. As *Chippewas*, above, makes clear, the seeking of a remedy is not an Aboriginal or treaty right, and limitations periods merely bar the remedy. Samson ignores the line of cases that makes a distinction between substantive and procedural law in the context of limitations and relies upon *Tolofson*, above, a conflict of law case, for the motion now before the Court where we have an established line of authority on point, where the Supreme Court of Canada has told us that limitation periods do apply to this kind of case.

[396] The Blood Tribe also submits that the recent Supreme Court of Canada decision *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623 (*Manitoba Metis*) stands for the proposition that the principles of reconciliation can weigh against application of any limitations legislation. I understand its submission to be that a trial judge has a discretion to waive limitation periods in Indigenous law matters to allow for reconciliation.

fédérale et non provinciale qui régit les réserves et les terres réservées pour les Indiens.

[394] Ensuite, l'observation des demandeurs selon laquelle les lois sur la prescription les privent de terres de réserve ou éteignent un droit issu de traités est entachée d'un vice fondamental. Ce n'est pas l'effet de la prescription; elle prévoit qu'une instance relative à une revendication concernant des terres de réserve ou un droit issu de traités doit être introduite au cours d'une certaine période après la communication de la revendication. L'impossibilité ultérieure de donner suite à la revendication tient à l'inaction du demandeur. Il existe une différence importante entre une loi qui éteint un droit et une loi qui établit le délai dans lequel un droit peut être exercé sur un autre.

[395] Cet argument a effectivement été mis en avant par le juge Russell dans l'arrêt *Samson*, au paragraphe 129 :

Selon le deuxième argument de Samson, l'application d'un délai de prescription a pour effet d'anéantir des droits ancestraux et issus de traités enchâssés dans la Constitution ou d'y porter atteinte. À mon avis, Samson demande simplement à la Cour de faire fi de précédents clairs qui nous enseignent que les délais de prescription n'éteignent pas de droits, mais ne font que rendre irrecevables les recours fondés sur ces droits. Comme l'arrêt *Chippewas*, précité, l'indique clairement, une demande de réparation n'est pas un droit ancestral ou issu d'un traité, et les délais de prescription ne font qu'empêcher d'obtenir la réparation. Samson ne tient pas compte de la jurisprudence qui établit une distinction entre une règle de fond et une règle de procédure dans le contexte de la prescription et invoque l'arrêt *Tolofson*, précité, une affaire de droit international privé, au soutien de la requête dont la Cour est maintenant saisie alors que, selon une jurisprudence bien établie sur la question, la Cour suprême du Canada a affirmé que les délais de prescription s'appliquent à ce type d'affaire.

[396] La tribu des Blood prétend aussi que la récente décision de 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 (arrêt *Manitoba Metis*) permet d'affirmer que les principes de réconciliation peuvent militer contre l'application de lois sur la prescription. Selon moi, elle fait valoir qu'un juge qui préside à la discrétion de renoncer aux délais de prescription relativement aux questions de droit indigène pour permettre une réconciliation.

[397] In response, Canada submits that this action is distinguishable from *Manitoba Metis* because the Blood Tribe is not seeking declaratory relief. Although the pleadings ask for orders declaring that there has been a breach of fiduciary duty, Canada says that “the use of the word ‘declaring’ does not make the request in this instance a declaration”. Canada submits that the pleadings, in substance, are seeking the remedy of compensation.

[398] I do not read *Manitoba Metis* to stand for any general proposition that I have discretion to waive limitations. The Supreme Court of Canada specifically acknowledged at paragraph 138 that its decision did not change the previous law with respect to the application of limitations legislation:

... We agree, as the Court of Appeal held, that the limitation applies to Aboriginal claims for breach of fiduciary duty with respect to the administration of Aboriginal property: *Wewaykum*, at para. 121, and *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372, at para. 13.

[399] *Manitoba Metis* dealt with a failure by the government to implement a provision of the *Manitoba Act* [1870, S.C. 1870, c. 3 [reprinted in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8]], a Constitutional document, and a request for a declaration. As Chief Justice McLachlin and Justice Karakatsanis explained, there was no claim for damages, land, or personal relief: rather, the declaration sought was to assist in extra-judicial negotiations. *Manitoba Metis* dealt with a very different matter than that before this Court in this action. I am of the view it does not stand for the proposition that limitations may be waived by a trial judge in a claim where the plaintiff seeks land, or damages in lieu.

[400] In conclusion, I reject the plaintiffs submission that it is unconstitutional to incorporate provincial law into federal law using section 39 of the *Federal Courts Act*.

[397] En réponse, le Canada prétend que l’action en l’espèce est différente de l’arrêt *Manitoba Metis*, car la tribu des Blood ne sollicite pas de jugement déclaratoire. Bien que des ordonnances déclarant qu’il y a eu un manquement à l’obligation fiduciaire soient sollicitées dans les actes de procédure, le Canada affirme que [TRADUCTION] « l’utilisation du mot “déclarant” ne fait pas de la demande en l’espèce un jugement déclaratoire ». Le Canada prétend que, au fond, un redressement sous forme d’indemnisation est sollicité dans les actes de procédure.

[398] Je n’interprète pas l’arrêt *Manitoba Metis* comme enseignant que j’ai la discrétion de renoncer au délai de prescription. La Cour suprême du Canada a précisément reconnu, au paragraphe 138, que sa décision ne modifie pas l’ancienne loi en ce qui a trait à l’application des lois sur la prescription :

[...] Nous sommes d’accord avec la Cour d’appel que ce délai de prescription s’applique aux demandes des Autochtones pour manquement à une obligation fiduciaire relative à la gestion de leurs biens (*Wewaykum*, par. 121, et *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, par. 13).

[399] L’arrêt *Manitoba Metis* porte sur le défaut du gouvernement d’exécuter une disposition de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* [S.C. 1870, ch. 3 [reproduite dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 8]], un document constitutionnel et une demande de jugement déclaratoire. Comme l’ont expliqué la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis, il n’y a eu aucune sollicitation de réparation personnelle, demande de dommages-intérêts, ni revendication territoriale : le jugement déclaratoire sollicité visant plutôt à faciliter les négociations extrajudiciaires. L’arrêt *Manitoba Metis* portait plutôt sur une question très différente de celle dont la Cour est saisie en l’espèce. Je suis d’avis que l’arrêt n’enseigne pas qu’un juge qui préside peut renoncer au délai de prescription dans le contexte d’une revendication dans laquelle le demandeur cherche à obtenir des terres ou des dommages-intérêts en tenant lieu.

[400] Pour conclure, j’écarte l’observation des demandeurs selon laquelle il est inconstitutionnel d’intégrer une loi provinciale dans une loi fédérale aux termes de l’article 39 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

C. The Relevant Provincial Limitations Laws

[401] At the time when this action was commenced, the place that had the most substantial connection to the causes of action was the Treaty No. 7 lands of the Blood Tribe. Those lands are now in the province of Alberta, and Canada says that this action is time-barred by virtue of the *Limitations Act 2000*, and its precursors.

[402] The plaintiffs submit that one cannot apply Alberta limitations statutes to a claim that arose in the North-West Territories.⁴¹ They submit that *The Alberta Act, 1905*, 4-5 Edw. VII, c. 3 [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 19] (Canada) (*Alberta Act*) does not provide Alberta with the authority to pass laws applicable to events prior to the creation of the province on September 5, 1905. They say that section 10 of the *Alberta Act* restricts the law making power to apply to matters “so far as they are capable of being exercised after the coming into force of this Act in relation to the government of the said province” (emphasis is the plaintiffs’). They say that the *Alberta Act* never provided the province of Alberta with authority to pass laws that would be applicable to events arising prior to September 5, 1905, in the North-West Territories. In their submission, the *Alberta Act* forms part of the *Constitution Act, 1982* via section 53 and the Schedule [Item 12], and thus any law that conflicts with it would be unconstitutional and of no force or effect. Because of this, they say that the correct limitations law is that of the present Northwest Territories because this is where the cause of action arose: *Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, [1994] 3 S.C.R. 1022, (1994), 120 D.L.R. (4th) 289. The Blood Tribe says that Canada has not pleaded any Northwest Territories limitations statute, and as a result, it cannot rely on a limitations defence.

[403] I agree with Canada’s submission on the applicability of the Alberta legislation. When section 10 of the *Alberta Act* is viewed in its entirety, its purpose is not as suggested by the plaintiffs; rather, it is to transfer the

⁴¹ The North-West Territories was renamed the Northwest Territories in the Revised Statutes of Canada of 1906.

C. Lois provinciales sur la prescription pertinentes

[401] Au moment où la présente action a été intentée, les terres issues du Traité n° 7 de la tribu des Blood sont ce qui avait le lien le plus important avec les causes d’action. Ces terres se situent aujourd’hui dans la province de l’Alberta et le Canada affirme que la présente action est prescrite aux termes de la *Limitations Act* de 2000 et des lois qui l’ont précédée.

[402] Les demandeurs prétendent qu’il n’est pas possible d’appliquer les lois de l’Alberta sur la prescription à une revendication introduite dans les Territoires du Nord-Ouest⁴¹. Ils affirment que l’*Acte de l’Alberta, 1905*, 4-5 Edw. VII, ch. 3 (Canada) [S.R.C. 1970, appendice II, n° 19] (l’*Acte de l’Alberta*), ne confère pas à l’Alberta le pouvoir d’adopter des lois applicables à des événements antérieurs à la création de la province le 5 septembre 1905. Ils soutiennent que l’article 10 de l’*Acte de l’Alberta* vise à restreindre les pouvoirs réglementaires à appliquer aux questions qui « seront, en tant qu’après l’entrée en vigueur de la présente loi ils pourront être exercés relativement au gouvernement de la dite province » (non souligné dans l’original). Ils affirment que l’*Acte de l’Alberta* n’a jamais conféré à la province de l’Alberta le pouvoir d’adopter des lois qui seraient applicables à des événements s’étant produits avant le 5 septembre 1905, dans les Territoires du Nord-Ouest. Dans leur observation, l’*Acte de l’Alberta* fait partie de la *Loi constitutionnelle de 1982* par l’article 53 et l’annexe [n° 12]; ainsi, toute loi incompatible avec celui-ci serait inconstitutionnelle et inopérante. Par conséquent, ils affirment que la loi sur la prescription pertinente est celle des Territoires du Nord-Ouest actuels, car c’est là où la cause d’action a été introduite : arrêt *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l’instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S. 1022. La tribu des Blood affirme que le Canada n’a pas invoqué de loi des Territoires du Nord-Ouest sur la prescription, et que par conséquent, il ne peut pas invoquer un moyen de défense fondé sur la prescription.

[403] Je suis d’accord avec l’observation du Canada sur la faisabilité de la mise en application de la loi de l’Alberta. Considéré dans son ensemble, l’objet de l’article 10 de l’*Acte de l’Alberta* n’est pas celui qu’affirment

⁴¹ Dans les Revised Statutes of Canada of 1906 (version anglaise seulement), la graphie de « North-West Territories » est devenue « Northwest Territories ».

powers from the Lieutenant Governor of the North-West Territories to the Lieutenant Governor of Alberta. It does not limit Alberta's ability to put in place a limitations statute. That section reads as follows:

Powers of Lieutenant Governor and Council

10. All powers, authorities and functions which under any law were before the coming into force of this Act vested in or exercisable by the Lieutenant Governor of the North-west Territories, with the advice, or with the advice and consent, of the Executive Council thereof, or in conjunction with that Council or with any member or members thereof, or by the said Lieutenant Governor individually, shall, so far as they are capable of being exercised after the coming into force of this Act in relation to the government of the said province, be vested in and shall or may be exercised by the Lieutenant Governor of the said province, with the advice or with the advice and consent of, or in conjunction with, the Executive Council of the said province or any member or members thereof, or by the Lieutenant Governor individually, as the case requires, subject nevertheless to be abolished or altered by the Legislature of the said province.

[404] Canada submits, and I agree, that section 16 of the *Alberta Act* is the relevant provision. It explains that Alberta inherited the laws and courts of the North-West Territory and has the ability to change them:

Laws, courts and officers continued

16. All laws and all orders and regulations made thereunder, so far as they are not inconsistent with anything contained in this Act, or as to which this Act contains no provision intended as a substitute therefor, and all courts of civil and criminal jurisdiction, and all commissions, powers, authorities and functions, and all officers and functionaries, judicial, administrative and ministerial, existing immediately before the coming into force of this Act in the territory hereby established as the province of Alberta, shall continue in the said province as this Act and *The Saskatchewan Act* had not been passed; subject, nevertheless, except with respect to such as are enacted by or existing under Acts of the Parliament of Great Britain, or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, to be repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the said province, according to the authority of the Parliament, or of the said Legislature: Provided that all powers, authorities and functions which,

les demandeurs. Il vise plutôt à transférer les pouvoirs du lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest au lieutenant-gouverneur de l'Alberta. Il ne limite pas la capacité de l'Alberta à adopter une loi sur la prescription. Voici l'article en question :

Pouvoirs du Lieutenant-gouverneur et du Conseil

10. Les pouvoirs, l'autorité et les fonctions qui en vertu de toute loi étaient, avant l'entrée en vigueur de la présente, attribués au lieutenant-gouverneur des territoires du Nord-Ouest et pouvaient être exercés par lui de l'avis, ou de l'avis et du consentement du conseil exécutif de ces territoires, ou avec la coopération de ce conseil ou d'aucun membre du dit conseil, ou par le dit lieutenant-gouverneur individuellement, seront, en tant qu'après l'entrée en vigueur de la présente loi ils pourront être exercés relativement au gouvernement de la dite province, attribués au lieutenant-gouverneur de la dite province et pourront être par lui exercés de l'avis, ou de l'avis et du consentement, ou avec la coopération du conseil exécutif de la dite province ou d'aucun de ses membres ou par le Lieutenant-gouverneur individuellement, selon le cas; mais ils peuvent être mis à néant ou modifiés par la législature de la dite province.

[404] Le Canada prétend, et je suis d'accord, que l'article 16 de l'*Acte de l'Alberta* est la disposition pertinente. Il y est expliqué que l'Alberta a hérité des lois et des tribunaux des Territoires du Nord-Ouest et a la capacité de les modifier :

Conservation des lois, des tribunaux et des fonctionnaires

16. (1) Toutes les lois et les ordonnances et tous les règlements établis sous leur autorité, en tant qu'ils ne dérogent à aucune disposition de la présente loi ou en ce que la présente loi ne contient pas de disposition destinée à leur être substituée, et tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle et les commissions, les pouvoirs, autorités et fonctions, et tous les officiers et fonctionnaires judiciaires, administratifs et ministériels existant immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi dans le territoire qu'elle constitue en province, continueront d'exister dans la province d'Alberta comme si la présente loi et l'Acte de la Saskatchewan n'eussent pas été rendus; sauf, toutefois (à l'exception de ce qui a été édicté par actes du parlement de la Grande-Bretagne et du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et de ce qui existe en vertu de ces actes), abrogation, abolition ou modification par le parlement du Canada ou par la législature de la dite province dans l'exercice de l'autorité qu'a le Parlement

under any law, order or regulation were, before the coming into force of this Act, vested in or exercisable by any public officer or functionary of the North-west Territories shall be vested in and exercisable in and for the said province by like public officers and functionaries of the said province when appointed by competent authority.

[405] The situation here parallels that in *Canada v. Lefebvre*, 1986 ABCA 236 (CanLII), [1987] 1 W.W.R. 481, 41 D.L.R. (4th) 311, which examined whether a section from the *North-West Territories Act* [R.S.C. 1886, c. 50] allowing trials to be held in English or French remained in force. The Alberta Court of Appeal found that section 16 of the *Alberta Act* kept the existing laws in force, but then the province subsequently altered them. Here, Alberta inherited the laws of the North-West Territories, including the Ordinances relating to limitation of actions⁴² and was free to, and did, change them.

[406] This continuity can also be seen from inspecting Alberta's different limitations legislation. In 1922, Alberta passed *The Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1922, c. 90, which incorporated an English limitations Act related to real property passed in 1874. It had transition provisions in section 3 which explained that it "shall be deemed to have been in force in the Province and in the North-West Territories since the passing thereof [1874]". The 1935 Act, *The Limitation of Actions Act, 1935*, specifically repealed and replaced the 1922 Act, which was in turn repealed and replaced, up until *The Limitation of Actions Act, 1970*.

[407] In my view, section 16 of the *Alberta Act* allowed Alberta's Legislature to alter the law as it was in the North-West Territories by introducing its own limitations legislation. As a result, *The Limitation of Actions Act, 1970*, is not unconstitutional and is applicable to this current matter, which arose within the geographical boundaries outlined in section 2 of the *Alberta Act*.

⁴² *An Ordinance Respecting Limitation of Actions in Certain Cases*, R.S.N.W.T. 1898, c. 31, *The Trustee Ordinance*, 1903, Sess. 2, c. 11.

ou la dite législature. Mais tous les pouvoirs, autorités, et fonctions dont, en vertu d'une loi, d'une ordonnance ou d'un règlement, un officier ou fonctionnaire public des territoires du Nord-Ouest avait l'attribution et qu'il pouvait exercer avant l'entrée en vigueur de la présente loi, continueront d'être attribués à pareils officiers ou fonctionnaires publics de la dite province nommés par l'autorité compétente et peuvent être exercés par eux dans et pour la dite province.

[405] La situation en l'espèce correspond à celle de l'arrêt *Canada v. Lefebvre*, 1986 ABCA 236 (CanLII), [1987] 1 W.W.R. 481, 41 D.L.R. (4th) 311, dans lequel il a été examiné si un article de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* [S.R.C. 1886, ch. 50] permettant la tenue de procès en anglais ou en français demeurait en vigueur. La Cour d'appel de l'Alberta a jugé que l'article 16 de l'*Acte de l'Alberta* maintenait les lois existantes en vigueur, mais ensuite, la province les a modifiées. En l'espèce, l'Alberta a hérité des lois des Territoires du Nord-Ouest, y compris les ordonnances concernant la prescription des actions⁴² et qu'elle était libre de les modifier, et c'est ce qu'elle a fait.

[406] Cette logique ressort aussi de l'examen de différentes lois de l'Alberta sur la prescription. En 1922, l'Alberta a adopté la *Limitation of Action Act*, R.S.A. 1922, ch. 90, qui comprenait une loi sur la prescription en anglais liée aux biens immobiliers adoptée en 1874. Elle contenait des dispositions transitoires à l'article 3 expliquant qu'elle [TRADUCTION] « devra être réputée être entrée en vigueur dans la Province et dans les Territoires du Nord-Ouest depuis son adoption [en 1874] ». La loi de 1935, la *Limitation of Actions Act* de 1935 a précisément abrogé et remplacé la loi de 1922, qui à son tour a été abrogée et remplacée, jusqu'à la *Limitation of Actions Act* de 1970.

[407] Je suis d'avis que l'article 16 de l'*Acte de l'Alberta* a permis au législateur de l'Alberta de modifier la loi qui portait sur les Territoires du Nord-Ouest en introduisant ses propres lois sur la prescription. Par conséquent, la *Limitation of Actions Act* de 1970, n'est pas inconstitutionnelle et est applicable à la présente affaire, qui a été introduite dans les limites géographiques définies à l'article 2 de l'*Acte de l'Alberta*.

⁴² *An Ordinance Respecting Limitation of Actions in Certain Cases*, R.S.N.W.T. 1898, ch. 31, *The Trustee Ordinance*, 1903, Sess. 2, ch. 11.

[408] Had I found that Alberta lacked the authority to enact limitations applicable to the North-West Territories, I would have accepted Canada's alternate submission that section 39 of the *Federal Courts Act* applies. The relevant part of section 39 reads that “[a] proceeding in the [Court] in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose”. As the North-West Territories is not a province, the cause of action arose “otherwise than in a province” and is subject to a six-year limitations period: see *Karl Mueller Construction Ltd. v. Canada*, [1989] 3 F.C. 626, (1989), 29 F.T.R. 1 (T.D.), at page 641 which dealt with the predecessor to [the current] section 39.

[409] For these reasons, I find that the relevant provincial laws are those of Alberta.

D. Alberta Limitations Act

[410] The plaintiffs commenced this action on January 10, 1980. At that time, the limitations legislation in force in Alberta was *The Limitation of Actions Act*, 1970. Even though the events giving rise to this action occurred well prior to that Act, and indeed as we have seen prior to the creation of the province of Alberta, that Act applied by virtue of section 3 which provides: “The provisions of this Act apply to all causes of action whenever arising” (emphasis added).

[411] The sections of *The Limitation of Actions Act*, 1970 relevant to this proceeding are paragraphs (e) and (g) of subsection 5(1):

Limitation periods

5. (1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned :

...

(e) actions grounded on accident, mistake or other equitable ground of relief not hereinbefore specifically dealt with, within six years from the discovery of the cause of action ;

...

[408] Si j’avais conclu que l’Alberta n’avait pas le pouvoir d’établir une prescription applicable aux Territoires du Nord-Ouest, j’aurais admis l’observation subsidiaire du Canada selon laquelle l’article 39 de la *Loi sur les Cours fédérales* s’applique. La partie pertinente de l’article 39 est rédigée ainsi : « Le délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n’est pas survenu dans une province. » Étant donné que les Territoires du Nord-Ouest ne sont pas une province, la cause d’action « n’est pas survenu[e] dans une province » et est assujettie à un délai de prescription de six ans : voir la décision *Karl Mueller Construction Ltd. c. Canada*, [1989] 3 C.F. 626 (1^{re} inst.), à la page 641, qui portait sur l’article remplacé par l’article 39 [actuel].

[409] Pour ces motifs, je conclus que les lois provinciales pertinentes sont celles de l’Alberta.

D. Loi de l’Alberta sur la prescription

[410] Les demandeurs ont intenté la présente action le 10 janvier 1980. À cette époque, la loi sur la prescription en vigueur en Alberta était la *Limitation of Actions Act* de 1970. Bien que les événements ayant donné lieu à la présente action se soient produits bien avant cette loi, et, en effet, comme nous l’avons établi, avant l’établissement de la province de l’Alberta, cette loi s’appliquait aux termes de l’article 3 qui prévoit que [TRADUCTION] « [L]es dispositions de la présente Loi s’appliquent à toutes les causes d’action, le cas échéant » (non souligné dans l’original).

[411] Les alinéas de la *Limitation of Actions Act* de 1970 pertinent en l’espèce sont les alinéas 5(1)e) et g) :

[TRADUCTION]

5. (1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-après :

[...]

e) une action fondée sur un accident, une erreur ou un autre motif de recours reconnu en equity qui n’est pas régi par les dispositions qui précèdent se prescrit par 6 ans, à compter de la découverte de la cause d’action;

[...]

(g) any other action not in this Act or any other Act specifically provided for, within six years after the cause of action therein arose.

[412] I agree with Canada that all of the causes of action advanced by the Blood Tribe fall within these provisions. Breach of fiduciary duty is an equitable cause of action and could be captured under paragraph 5(1)(e), or in the alternative, the catch-all provision in paragraph 5(1)(g). Breach of treaty is not specifically provided for anywhere in *The Limitation of Actions Act*, 1970, and so would be captured by paragraph 5(1)(g).

[413] Canada also pleaded all of the predecessor limitations statutes to *The Limitation of Actions Act*, 1970, including *The Limitation of Actions Act*, 1935, as well as the corresponding *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34 and the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1958, c. 98. The history of Alberta limitations periods and those of the North-West territories were capably explained to me by both parties and is also extensively canvassed by Justice Slatter in the trial decision in *Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655 (CanLII), 365 A.R. 1. Both parties agree however that if an Alberta limitations statute applies, it would be *The Limitation of Actions Act*, 1970. I note also that the relevant limitations periods are the same between *The Limitation of Actions Act*, 1935, *The Limitation of Actions Act*, 1970, and the *Limitation of Actions Act*, 1980.

E. Trust Exceptions in *The Limitation of Actions Act*, 1970

[414] The plaintiffs submit that their breach of fiduciary duty claims are exempt from the six-year limitation periods because of the trusts exceptions in sections 40 and 41 of *The Limitation of Actions Act*, 1970. These sections are reproduced here:

Claims of a beneficiary

40. Subject to the other provisions of this Part no claim of a *cestui que trust* against his trustee for any property

g) une autre action qui n'est pas expressément régie par une disposition de la présente loi ou d'une autre loi se prescrit par 6 ans, à compter de la naissance de la cause d'action.

[412] Je suis d'accord avec le Canada pour dire que toutes les causes d'action invoquées par la tribu des Blood sont visées par ces dispositions. Un manquement à l'obligation fiduciaire est une cause d'action en equity et pourrait être visé par l'alinéa 5(1)e), ou subsidiairement, la disposition prévue à l'alinéa 5(1)g). Un manquement au traité n'est pas précisément prévu par la *Limitation of Actions Act* de 1970 et serait donc visé par l'alinéa 5(1)g).

[413] Le Canada a aussi invoqué l'ensemble des lois sur la prescription antérieures à la *Limitation of Actions Act* de 1970, y compris la *Limitation of Actions Act* de 1935; la *Loi de la cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1927, ch. 34 et la *Loi de la cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1958, ch. 98, correspondantes. La chronologie des délais de prescription de l'Alberta et ceux des Territoires du Nord-Ouest m'a été bien expliquée par les deux parties et est aussi examinée en profondeur par le juge Slatter dans une décision de première instance dans la décision *Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655 (CanLII), 365 A.R. 1. Toutefois, les deux parties sont d'accord pour dire que si une loi de l'Alberta sur la prescription s'applique, c'est la *Limitation of Actions Act* de 1970. Je souligne que les périodes de prescription pertinentes sont les mêmes dans la *Limitation of Actions Act* de 1935, la *Limitation of Actions Act* de 1970 et la *Limitation of Actions Act* de 1980.

E. Exception en matière de fiducie dans la *Limitation of Actions Act* de 1970

[414] Les demandeurs prétendent que leurs revendications en matière de manquement à une obligation fiduciaire ne sont pas visées par la période de prescription de six ans, en raison des exceptions en matière de fiducie prévues aux articles 40 et 41 de la *Limitation of Actions Act* de 1970. Ces articles sont reproduits ici :

[TRADUCTION]

40. Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, aucune loi portant sur la prescription ne peut être

held on an express trust, or in respect of a breach of the trust, shall be held to be barred by this Act.

Action against trustee

41. (1) In this section, “trustee” includes an executor, an administrator, and a trustee whose trust arises by construction or implication of law as well as an express trustee, and also includes a joint trustee.

(2) In an action against a trustee or a person claiming through him, except where the claim is founded upon any fraud or fraudulent breach of trust to which the trustee was party or privy, or is to recover trust property, or the proceeds thereof, still retained by the trustee, or previously received by the trustee and converted to his use,

(a) rights and privileges conferred by this Act shall be enjoyed in the like manner and to the like extent as they would have been enjoyed in the action if the trustee or person claiming through him had not been a trustee or person claiming through a trustee and

(b) if the action is brought to recover money or other property and is one to which no limitation provision of this Act applies, the trustee or person claiming through him is entitled to the benefit of and is at liberty to plead the lapse of time as a bar to the action in the like manner and to the same extent as if the claim had been against him in an action for money and had received.

[415] The plaintiffs submit that Canada was a trustee of the reserve lands for the benefit of the Blood Tribe, and they claim that Canada committed a breach of trust by failing to properly account for the population of the Blood in the TLE claim.

[416] In the plaintiffs’ reply, they suggest that their breach of trust submissions are based on a constructive trust. However, in their oral submission, they explained that for the purpose of limitations, their claims should be treated as express trusts because they fit into the exception in *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.) because Canada held trust property and dealt with it in a way that was inconsistent with a trust of which it was cognizant.

interprétée de façon à limiter le droit du bénéficiaire d’introduire une cause ou une affaire contre le fiduciaire à l’égard des biens qu’il détient en conformité avec une fiducie explicite ou à l’égard de tout manquement de sa part à ses obligations de fiduciaire.

41. (1) Dans le présent article, « fiduciaire » s’entend également de l’exécuteur testamentaire, de l’administrateur, du fiduciaire dont la fiducie est judiciaire ou se déduit du droit, du fiduciaire explicite et du fiduciaire conjoint.

(2) Dans une action à l’encontre d’un fiduciaire ou d’un ayant droit du fiduciaire, à l’exclusion d’une demande fondée sur la fraude ou sur un manquement frauduleux aux obligations fiduciaires et dont le fiduciaire en fait partie ou en a connaissance, ou dans une action pour récupérer un bien en fiducie précédemment obtenu par le fiduciaire et aménagé pour être utilisé par ce dernier.

a) les droits et privilèges conférés par la présente loi s’exercent de la même manière et dans la même mesure que si, dans cette action, le fiduciaire ou son ayant droit n’avait pas été un fiduciaire ou un ayant droit du fiduciaire;

b) si l’action est intentée pour recouvrer du numéraire ou d’autres biens et est une action à laquelle ne s’applique aucune disposition de la présente loi relative à la prescription, le fiduciaire ou son ayant droit peut invoquer et opposer à cette action le délai de prescription qu’ils auraient pu invoquer ou opposer si la réclamation avait été faite contre eux dans une action pour dette et peuvent le faire de la même manière et dans la même mesure que dans ce dernier cas.

[415] Les demandeurs prétendent que le Canada était le fiduciaire des terres de réserve au profit de la tribu des Blood, et ils prétendent que le Canada a manqué à une obligation de fiduciaire en ne tenant pas bien compte de la population des Blood dans la revendication relative aux DFIT.

[416] Les demandeurs, dans leur réponse, laissent entendre que leurs arguments de manquement aux obligations fiduciaires reposent sur l’existence d’une fiducie par interprétation. Cependant, dans leurs observations orales, ils ont expliqué que pour ce qui est de la prescription, leurs revendications devraient être traitées comme des fiducies explicites parce qu’elles s’inscrivent dans l’exception présentée dans l’arrêt *Soar v. Ashwell*, [1893] 2 Q.B. 390 (C.A.), étant donné que le Canada détenait un bien en

[417] In oral submission, they also stated that their claims fit into two of the exceptions outlined in subsection 41(2) of *The Limitation of Actions Act*, 1970. As they explained, Canada is a trustee of a trust that arises by construction or implication of law as well as an express trustee. Moreover, they say that the limitations do not apply because the action is founded upon a fraud or fraudulent breach of trust, and because their action is to recover trust property previously received by the trustee and converted to his use.

[418] I agree with Canada's submission that section 40 of *The Limitation of Actions Act*, 1970 does not apply here, as there is no express trust. As explained by Justice Dickson in *Guerin*, at page 386, although the relationship is trust-like, reserve land is not held in trust:

I agree with Le Dain J. that before surrender the Crown does not hold the land in trust for the Indians. I also agree that the Crown's obligation does not somehow crystallize into a trust, express or implied, at the time of surrender. The law of trusts is a highly developed, specialized branch of the law. An express trust requires a settlor, a beneficiary, a trust corpus, words of settlement, certainty of object and certainty of obligation. Not all of these elements are present here.

[419] In order to find an express trust, among other factors, there must be certainty of obligation. I have not been directed to any facts that would demonstrate that there was an intention to create an express trust during the creation of the Blood reserve by the 1882 Survey. The same is true concerning Treaty No. 7 and the TLE formula. As a result, this section does not apply.

[420] Section 41 of *The Limitation of Actions Act*, 1970 also does not apply because Canada is not a trustee described in subsection 41(1). The test to determine whether one is a trustee for the purposes of subsection 41(1) is commonly referred to as the "rule" from *Soar v. Ashwell*.

fiducie et n'a pas géré ce bien conformément à une fiducie dont il avait connaissance.

[417] Ils ont également affirmé, dans leurs observations orales, que leurs revendications s'inscrivaient dans deux des exceptions présentées au paragraphe 41(2) de la *Limitation of Actions Act* de 1970. Ils ont expliqué que le Canada est un fiduciaire dont la fiducie est judiciaire ou se déduit du droit, et qu'il est aussi un fiduciaire explicite. Ils ajoutent que la prescription ne s'applique pas étant donné que l'action repose sur une fraude ou un manquement frauduleux aux obligations fiduciaires, et parce que leur action vise à récupérer un bien en fiducie précédemment obtenu par le fiduciaire et aménagé pour être utilisé par ce dernier.

[418] Je conviens avec le Canada que l'article 40 de la *Limitation of Actions Act* de 1970 ne s'applique pas en l'espèce puisqu'il n'existe pas de fiducie explicite. Comme l'a expliqué le juge Dickson à la page 386 de l'arrêt *Guerin*, même si la relation s'apparente à une fiducie, les terres d'une réserve ne sont pas détenues en fiducie :

Je suis d'accord avec le juge Le Dain pour dire qu'avant une cession, Sa Majesté ne possède pas les terres en fiducie pour les Indiens. Je suis également d'accord pour dire qu'au moment de la cession l'obligation de Sa Majesté ne se cristallise pas d'une manière ou d'une autre en fiducie explicite ou implicite. Le droit des fiducies constitue un domaine juridique très perfectionné et spécialisé. Pour qu'il y ait fiducie explicite, il faut un disposant, un bénéficiaire, une masse fiduciaire, des mots portant disposition, certitude quant à l'objet et certitude quant à l'obligation. Ces éléments ne sont pas tous présents en l'espèce.

[419] Pour qu'il y ait fiducie explicite, il faut, entre autres, une certitude quant à l'obligation. Aucun des faits énoncés ne démontre qu'il existait une intention d'établir une fiducie explicite lors de la création de la réserve des Blood avec le levé de 1882. Il en va de même en ce qui concerne le Traité n° 7 et la formule des DFIT. Cet article ne s'applique donc pas.

[420] L'article 41 de la *Limitation of Actions Act* de 1970 ne s'applique pas non plus parce que le Canada n'est pas un fiduciaire au sens prévu par le paragraphe 41(1). Le critère pour déterminer l'existence d'un fiduciaire aux fins d'application du paragraphe 41(1) est couramment appelé

This rule, as explained Viscount Cave in *Taylor v. Davies*, [1920] A.C. 636 (P.C.) [at page 653], is that the “trust arose before the occurrence of the transaction impeached and not to cases where it arises only by reason of that transaction”.

[421] In *Taylor v. Davies*, the Privy Council was interpreting an Ontario statute, *The Limitations Act*, R.S.O. 1914, c. 75, section 47 with the same wording as in *The Limitation of Actions Act*, 1970. The defendant inspector of a bankrupt had purchased some of the bankrupt’s property for himself. The plaintiff attempted to argue that a recent revision to the Ontario Act, which had added the phrase “a trustee whose trust arises by construction or implication of law” meant that all constructive trustees were intended to be included. Viscount Cave [in *Taylor v. Davies*, cited above] explained, at page 651 that the term “constructive trustee[s]” refers to two different types of trustees:

.... These persons, though not originally trustees, had taken upon themselves the custody and administration of property on behalf of others ; and though sometimes referred to as constructive trustees, they were, in fact, actual trustees, though not so named. It followed that their possession also was treated as the possession of the persons for whom they acted, and they, like express trustees, were disabled from taking advantage of the time bar. But the position in this respect of a constructive trustee in the usual sense of the words—that is to say, of a person who, though he had taken possession in his own right, was liable to be declared a trustee in a Court of equity—was widely different, and it had long been settled that time ran in his favour from the moment of his so taking possession.

[422] Viscount Cave went on to explain, at pages 652–653 that if *all* constructive trusts were included in this subsection, the purpose of limitations would be defeated as plaintiffs could avoid limitations by seeking a constructive trust:

la « règle » de l’arrêt *Soar v. Ashwell*. Selon cette règle, comme l’a expliqué le vicomte Cave dans la décision *Taylor v. Davies*, [1920] A.C. 636 (P.C.) [à la page 653], il faut que la [TRADUCTION] « fiducie ait pris naissance avant la survenue de la transaction attaquée, et non qu’elle prenne naissance uniquement en raison de cette transaction ».

[421] Dans la décision *Taylor v. Davies*, le Conseil privé interprétait une loi de l’Ontario, la *Limitations Act (The)*, R.S.O. 1914, ch. 75, article 47, dont le libellé est le même que celui de la *Limitation of Actions Act* de 1970. L’inspecteur de faillite du défendeur avait acheté pour lui-même une partie des biens du failli. La demanderesse tentait de faire valoir qu’une révision récente de la loi ontarienne, ayant entraîné l’ajout de la phrase [TRADUCTION] « un fiduciaire dont la fiducie est judiciaire ou se déduit du droit », signifiait que tous les fiduciaires dans le cadre d’une fiducie par interprétation devaient être inclus. Le vicomte Cave [dans la décision *Taylor v. Davies*, précité] a expliqué, à la page 651, que l’expression [TRADUCTION] « fiduciaire[s] par interprétation » renvoie à deux types de fiduciaires différents :

[TRADUCTION] [...] Ces personnes, même si elles n’étaient pas initialement fiduciaires, avaient entrepris de détenir les biens et d’en assurer la gestion au nom d’autres personnes; bien qu’on les ait parfois désignées comme des fiduciaires par interprétation, elles étaient en fait des fiduciaires réels, même si elles n’étaient pas appelées ainsi. Ce faisant, les biens qui leur appartenaient étaient aussi traités comme s’ils appartenaient aux personnes pour lesquelles elles agissaient et, tout comme des fiduciaires explicites, elles ne pouvaient pas profiter de la prescription. Cependant, la position dans ce contexte d’un fiduciaire par interprétation au sens usuel de ces mots — c’est-à-dire la position d’une personne qui, bien qu’ayant pris possession de biens de son propre chef, était susceptible d’être considérée comme un fiduciaire par une cour d’équité — était très différente, et il était établi depuis longtemps que le temps jouait en sa faveur à partir du moment où il a pris possession des biens.

[422] Le vicomte Cave a ensuite expliqué, aux pages 652 et 653, que l’inclusion de *toutes* les fiducies par interprétation dans ce paragraphe contreviendrait à l’objet de la prescription, puisque les demandeurs pourraient éviter la prescription en demandant une fiducie par interprétation :

As to the pre-existing law, then, there is no question ; but it is contended for the appellant [plaintiff] that the recent statute has altered the law in this respect. Sect. 47, sub-s. 1, it is said, defines a trustee as including “a trustee whose trust arises by construction or implication of law,” and, accordingly, the exclusion from s. 47, sub-s. 2, of a claim to recover “trust property or the proceeds thereof still retained by the trustee” must apply to property in the hands of a constructive trustee or of any person claiming under him otherwise than by purchase for value without notice. If this contention be correct, then the section, which was presumably passed for the relief of trustees, has seriously altered for the worse the position of a constructive trustee, and (to use the words of Sir William Grant in the case above cited) a doctrine has been introduced which may be “fatal to the security of property.” It does not appear to their Lordships that the section has this effect.

[423] For a constructive trust to be considered for the purpose of section 41, it must meet the rule in *Soar v. Ashwell*, which requires that the “trust arose before the occurrence of the transaction impeached and not to cases where it arises only by reason of that transaction”. Put another way, there is no breach of trust if there was no trust at the time of the transaction.

[424] In this matter, the plaintiffs submit that they fall into the exception in *Soar v. Ashwell* because Canada held trust property and dealt with it in a way that was inconsistent with a trust of which it was cognizant. For both the 1882 Survey claim and the Treaty No. 7 TLE claim, the relevant “transaction” was the 1883 Reserve creation, as this was the action which either removed land from the 1882 reserve, or created a Reserve smaller than promised by the TLE formula. However, as stated earlier, no trust of any sort existed prior to the “impeached transactions” nor was Canada aware of such a trust.

[425] I am aware that the rule in *Soar v. Ashwell* and *Taylor v. Davies* has caused difficulty in its application (see, for example, the discussion in Donovan W.M. Waters,

[TRANSDUCTION] Aucune question ne se pose alors concernant la législation antérieure; mais l’appelante [la demanderesse] soutient que la récente loi a modifié la législation à cet égard. Il est dit que la définition du mot « fiduciaire » donnée au paragraphe 47(1) comprend « un fiduciaire dont la fiducie est judiciaire ou se déduit du droit » et que, par conséquent, l’exclusion du paragraphe 47(2) d’une demande visant à récupérer « les biens détenus en fiducie ou les produits de ces biens conservés par le fiduciaire » doit s’appliquer aux biens détenus par un fiduciaire par interprétation ou par toute personne se réclamant de lui autrement que par un achat moyennant contrepartie sans préavis. Si cette prétention est valable, alors le paragraphe, qui a vraisemblablement été adopté pour aider les fiduciaires, a gravement empiré la position de fiduciaire par interprétation, et (pour reprendre les propos de Sir William Grant dans le dossier susmentionné) un principe a été introduit qui pourrait se révéler « fatal pour la sécurité des biens ». Il ne semble pas à leurs Seigneuries que le paragraphe ait cet effet.

[423] Pour qu’une fiducie par interprétation soit envisagée aux fins d’application de l’article 41, elle soit respecter la règle énoncée dans l’arrêt *Soar v. Ashwell*, qui veut que la [TRANSDUCTION] « fiducie ait pris naissance avant la survenue de la transaction attaquée, et non qu’elle prenne naissance uniquement en raison de cette transaction ». Autrement dit, il n’y a pas de manquement aux obligations fiduciaires s’il n’existait pas de fiducie au moment de la transaction.

[424] En l’espèce, les demandeurs affirment qu’ils sont visés par l’exception présentée dans l’arrêt *Soar v. Ashwell* puisque le Canada a détenu des biens en fiducie et ne les a pas gérés conformément à une fiducie dont il avait connaissance. Pour la revendication concernant le levé de 1882 et celle concernant les DFIT dans le Traité n° 7, la [TRANSDUCTION] « transaction » était la création de la réserve en 1883, puisque c’est cet acte qui a exclu des terres de la réserve de 1882 ou qui a créé une réserve plus petite que ce qui avait été promis conformément à la formule des DFIT. Cependant, comme je l’ai mentionné précédemment, il n’existait pas la moindre fiducie avant les [TRANSDUCTION] « transactions attaquées » et le Canada n’avait pas connaissance de l’existence d’une fiducie quelconque.

[425] Je sais que l’application de la règle suivie dans l’arrêt *Soar v. Ashwell* et dans la décision *Taylor v. Davies* a posé problème (cette question est notamment abordée par

ed., *Waters' Law of Trusts in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2012), at page 1316) and has since been reformed by Alberta and most other provinces (*Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12). However, I note that similar rulings regarding constructive trusts were made by the Alberta Court of the Queen's Bench prior to reformation in *J.L.O. Ranch Ltd. v. Logan*, 1987 CanLII 3174, [1987] A.W.L.D. 1244, 81 A.R. 261 (Q.B.), (at paragraphs 36–41) and *Angeletakis v. Thymaras*, 1989 CanLII 3141, [1989] A.W.L.D. 450, 95 A.R. 81 (Q.B.), (at paragraphs 22–32) with regards to the *Limitation of Actions Act*, 1980. As explained by Justice Conrad in *Angeletakis v. Thymaras*, at paragraph 31:

.... The property is not trust property in [the Defendant's] hands at the time he takes it. Indeed, the nature of a constructive trust action is to make something which is not trust property declared to be subject to a trust for equitable reasons. In my opinion, the logic behind the rule of no limitation on trusts is that the trustee would know, expressly or by implications, that the property he holds is subject to a trust. That is not so with a constructive trust such as the type here. There is no trust until the court declares one.

[426] This observation applies equally to the case before me. Therefore, neither of these trust exceptions applies.

F. Lulling / Abuse of Process

[427] The plaintiffs submit that even if the causes of action arose more than six years before the filing of their statement of claim, the limitation period could not have run during some period in the 1970s because of lulling. They submit that Canada's 1969 "Statement of the Government of Canada on Indian Policy" (known as the "White Paper") and the 1973 "Statement of Policy Regarding Indian Lands" held out to First Nations that they could not seek remedies in the Courts but were to work with the Canadian government. Because of this lulling, the plaintiffs participated in the Indian Claims Commission process instead of filing a statement of claim. As I understand the plaintiffs, the limitations clock would only start again in June of 1978, which is when the Blood's TLE Claim before the

Donovan W.M. Waters, éd., dans *Waters' Law of Trusts in Canada*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2012), à la page 1316) et a depuis été réformée par l'Alberta et par la plupart des autres provinces (*Limitations Act*, R.S.A. 2000, ch. L-12). Je constate cependant qu'avant la réforme, la Cour du banc de la Reine de l'Alberta a rendu des décisions semblables au sujet des fiducies par interprétation, dans les décisions *J.L.O. Ranch Ltd. v. Logan*, 1987 CanLII 3174, [1987] A.W.L.D. 1244, 81 A.R. 261 (Q.B.) (aux paragraphes 36 à 41), et dans *Angeletakis v. Thymaras*, 1989 CanLII 3141, [1989] A.W.L.D. 450, 95 A.R. 81 (Q.B.) (aux paragraphes 22 à 32), en ce qui concerne la *Limitation of Actions Act* de 1980. Comme l'a expliqué le juge Conrad au paragraphe 31 de la décision *Angeletakis v. Thymaras* :

[TRADUCTION] [...] Le bien n'est pas un bien en fiducie appartenant [au défendeur] au moment où il en prend possession. En effet, la nature d'une action fondée sur une fiducie par interprétation est de faire en sorte qu'un bien qui n'est pas détenu en fiducie soit déclaré comme étant assujéti à une fiducie pour des raisons d'équité. À mon avis, la logique de la règle d'absence de prescription pour les fiducies est que le fiduciaire saurait, de façon expresse ou implicite, que le bien qu'il détient est assujéti à une fiducie. Ce n'est pas le cas avec une fiducie par interprétation comme celle qui nous occupe. Il n'existe de fiducie que lorsque la Cour l'a déclaré.

[426] Cette observation vaut également en l'espèce. Par conséquent, aucune de ces exceptions en matière de fiducie ne s'applique.

F. Leurre/abus de procédure

[427] Les demandeurs affirment que même si les causes d'action ont pris naissance plus de six ans avant le dépôt de leur déclaration, le délai de prescription n'aurait pas pu courir pendant une certaine période au cours des années 1970 parce qu'ils ont été leurrés. Ils prétendent que le document de 1969 intitulé « La politique indienne du gouvernement du Canada » (également appelée le « Livre blanc ») et la « déclaration de principe concernant les terres indiennes » de 1973 ont persuadé les Premières Nations qu'elles ne pouvaient s'adresser aux tribunaux pour demander des réparations, mais devaient se tourner vers le gouvernement canadien. Ce leurre a amené les demandeurs à prendre part au processus de la Commission des revendications des Indiens au lieu de déposer une

Commission was denied. The plaintiffs submit the case of *Zbryski v. City of Calgary*, 1965 CanLII 528, 51 D.L.R. (2d) 54 (Alta. Q.B.) (*Zbryski*) supports that limitations may not run during lulling. The plaintiffs also suggested that this lulling might be an abuse of process, which would be reviewable by the Court: *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566.

[428] Canada submits that these allegations are unfounded and that there is no evidence pleaded to support them.

[429] I am not persuaded that lulling extends the limitations in this matter.

[430] First, I am not convinced that lulling actually operates to stop the clock as the plaintiffs have submitted. *Zbryski* is quite different from the matter at hand. In *Zbryski*, the plaintiffs claimed to have adversely possessed certain lands near Calgary. They had been under the belief that neighbouring lots were part of their lot, and they had been using these neighbouring lots since 1927 and paying taxes on them. The lots were actually registered in the name of a local municipal district. In 1962, the City Land Department became aware of this arrangement and began negotiating with the Mr. Zybryski. The Land Department told Mr. Zybryski that they would approach the Land Committee at the next meeting about making a transfer to them: however, the Department instead persuaded the Land Titles Office to transfer the title from the municipal district to the city. The defendant then attempted to rely on *The City Act*, R.S.A. 1955, c. 42, section 731, which prevents adverse possession claims from succeeding against a city.

[431] In my view, *Zbryski* does not show that lulling stops the clock for limitations as the plaintiffs submit. In fact, limitations are not actually considered. Although *The Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1955 c. 177 is referred

déclaration. Selon ce que je comprends des observations des demandeurs, le délai de prescription n'aurait repris qu'en juin 1978, lorsque le Commission des revendications des Indiens a refusé la revendication de la tribu des Blood concernant les DFIT. Les demandeurs affirment que la décision *Zbryski v. City of Calgary*, 1965 CanLII 528, 51 D.L.R. (2d) 54 (B.R. Alb.) (*Zbryski*), confirme qu'il ne peut y avoir de prescription au moment du leurre. Ils ajoutent que ce leurre pourrait être un abus de procédure susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire : arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566.

[428] Le Canada affirme que ces allégations sont infondées et ne sont appuyées par aucun élément de preuve.

[429] Je ne suis pas persuadé que le leurre prolonge le délai de prescription en l'espèce.

[430] Tout d'abord, je ne suis pas convaincu que le leurre ait effectivement pour conséquence de suspendre la prescription, comme l'ont affirmé les demandeurs. La décision *Zbryski* est assez différente de l'espèce. Dans la décision *Zbryski*, les demandeurs affirmaient avoir la possession contraire de certains terrains près de Calgary. Ils croyaient que leur terrain incluait certains terrains voisins, qu'ils utilisaient depuis 1927 et pour lesquels ils payaient des impôts. Les terrains en question appartenaient en fait à un district municipal local. En 1962, la Direction de l'immobilier de la ville a été informée de la situation et a commencé à négocier avec M. Zybryski. La Direction de l'immobilier de la ville a alors dit à M. Zybryski qu'elle s'adresserait au comité des terres lors de sa prochaine réunion afin de transférer les terrains à M. Zybryski; toutefois, la Direction a plutôt convaincu le bureau d'enregistrement des titres fonciers de transférer le titre des terrains du district municipal à la ville. L'intimée a ensuite tenté de s'appuyer sur la *City Act (The)*, R.S.A. 1955, ch. 42, article 731, qui empêche l'aboutissement des revendications de possession contraire à l'encontre d'une ville.

[431] À mon avis, la décision *Zbryski* ne montre pas que le leurre suspend la prescription, comme l'affirment les demandeurs. En fait, la prescription n'est même pas examinée. Si la *Limitation of Actions Act (The)*, R.S.A.

to in the decision, it is only because of its connection to the law of adverse possession.

[432] Further, I do not read *The Limitation of Actions Act*, 1970 as allowing a judge to stop the limitations clock even if the judge thinks its application by time-barring the action results in some unfairness to a plaintiff.

[433] Further, I do not accept that *Nixon* or the doctrine of abuse of process discussed in that case have any application on this matter. *Nixon* was focused on plea bargaining in a criminal context and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44 (Charter)]. There is no alleged engagement of section 7 in this matter and this doctrine does not appear to have any application on the action before me.

[434] In the alternate though, even if *Zbryski* stands for the proposition the plaintiffs claim and I am free to disregard the 1970 *Limitation of Actions Act*, I would not find that requirements for lulling have been made out. In *Zbryski* there was considerable evidence submitted regarding the discussions between Mr. Zbryski's solicitors and the Land Department. There is almost no similar evidence here.

[435] The plaintiffs submitted: (a) a 1973 memorandum which shows that Canada and the plaintiffs entered into an agreement to research the Blood Tribe's claim regarding the size of the reserve; (b) a 1976 cover letter from the submission of the plaintiffs' TLE Claim in 1976; and (c) a 1978 letter to the Department of Indian and Northern Affairs from the plaintiffs' then counsel asking for a response to the TLE Claim.

[436] There is no evidence that Canada informed the Blood Tribe or any First Nation that it could not continue

1955, ch. 177, est évoquée dans la décision, c'est seulement à cause de son lien avec le droit relatif à la possession contraire.

[432] De plus, je ne suis pas d'avis que la *Limitation of Actions Act* de 1970 permet à un juge de suspendre la prescription, même s'il pense que l'imposition d'un délai de prescription à l'action conformément à la loi crée une injustice pour un demandeur.

[433] En outre, je n'accepte pas l'argument selon lequel l'arrêt *Nixon* ou la doctrine de l'abus de procédure qui y est analysée s'appliquent en l'espèce. L'arrêt *Nixon* portait sur la négociation de plaidoyer dans un contexte criminel, ainsi que sur l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44 (Charte)]. Il n'existe pas d'application présumée de l'article 7 en l'espèce et cette doctrine ne semble pas s'appliquer à l'action qui m'a été présentée.

[434] À titre subsidiaire, cependant, même si la décision *Zbryski* va dans le sens de ce qu'affirment les demandeurs et même si j'ai toute latitude pour ne pas tenir compte de la *Limitation of Actions Act* de 1970, je n'estime pas que les exigences nécessaires pour parler de leurre sont satisfaites. Dans la décision *Zbryski*, un très grand nombre d'éléments de preuve ont été fournis quant aux discussions qui ont eu lieu entre les avocats de M. Zbryski et la Direction de l'immobilier. Il n'existe quasiment pas d'éléments de preuve similaires en l'espèce.

[435] Voici ce que les demandeurs ont déposé : a) un mémoire de 1973 montrant que le Canada et les demandeurs se sont entendus pour examiner la revendication de la tribu des Blood quant à la superficie de la réserve; b) une lettre de 1976 provenant du dépôt de la revendication des demandeurs concernant les DFIT au cours de la même année; et c) une lettre de 1978 adressée au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien par les avocats des plaignants à l'époque, afin de demander une réponse à la revendication concernant les DFIT.

[436] Rien n'indique que le Canada a informé la tribu des Blood ou toute autre Première Nation qu'il n'était

to seek remedies in court but had to deal with Canada directly. Although plaintiffs' counsel suggests they might have reached these conclusions from reading the government policy, there is no evidence that this policy was considered or these conclusions reached. The plaintiffs submitted a claim regarding the TLE claim in the 1970s. Their reason for participating in this claim process and for not commencing this action is a matter of conjecture. Based on the record, I cannot find that Canada lulled the plaintiff.

G. Discovery or Discoverability of the Facts Underlying the Claims

[437] Having found that there is a six-year limitation period applicable to the claims of the Blood Tribe, the question to be addressed is when did the Blood Tribe discover or when ought it have discovered the facts underlying its claims?

[438] As noted earlier, paragraphs 5(e) and (g) of *The Limitation of Actions Act*, 1970 govern the claims asserted in this action: each provides for a six-year limitations period. They read as follows:

Limitation periods

5. (1) ...

...

(e) actions grounded on accident, mistake or other equitable ground of relief not hereinbefore specifically dealt with, within six years from the discovery of the cause of action ;

...

(g) any other action not in this Act or any other Act specifically provided for, within six years after the cause of action therein arose.

plus possible de s'adresser aux tribunaux pour demander des réparations et qu'il fallait solliciter directement le gouvernement canadien. Même si les avocats des demandeurs laissent entendre qu'ils pourraient avoir tiré ces conclusions en lisant la politique du gouvernement, rien n'indique que cette politique a été examinée ni que ces conclusions ont été tirées. Les demandeurs ont déposé une revendication concernant les DFIT dans les années 1970. Le fait qu'ils aient participé à ce processus de revendication au lieu d'entamer la présente action relève de la conjecture. Compte tenu du dossier, je ne puis conclure que le Canada a leurré les demandeurs.

G. Découverte ou possibilité de découverte des faits qui sous-tendent les revendications

[437] J'ai conclu qu'un délai de prescription de six ans s'applique aux revendications de la tribu des Blood. La question est maintenant de savoir à quel moment la tribu des Blood a découvert ou aurait dû découvrir les faits qui sous-tendent les revendications.

[438] Comme je l'ai indiqué précédemment, les alinéas 5e) et g) de la *Limitation of Actions Act* de 1970 régissent les revendications invoquées dans la présente action : chaque alinéa prévoit un délai de prescription de six ans. Ces alinéas sont ainsi libellés :

[TRANSLATION]

Délais de prescription

5. (1) [...]

[...]

e) une action fondée sur un accident, une erreur ou un autre motif de recours reconnu en equity qui n'est pas régi par les dispositions qui précèdent se prescrit par 6 ans, à compter de la découverte de la cause d'action;

[...]

g) une autre action qui n'est pas expressément régie par une disposition de la présente loi ou d'une autre loi se prescrit par 6 ans, à compter de la naissance de la cause d'action.

[439] Canada submits, and I agree, that the limitation in paragraph 5(e) relating to the equitable claims in this action, are subject to a six-year limitation beginning when the cause of action is actually discovered. This is unlike the period for claims referenced in paragraph 5(g) which begin when the cause of action is discoverable. This distinction was affirmed by the Supreme Court of Canada in *Lameman*, at paragraph 15 where it was interpreting substantially similar provisions in the *Limitation of Actions Act*, 1980.

[440] The date of discoverability has been described by the Supreme Court of Canada in *Central & Eastern Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at page 224, (1986), 31 D.L.R. (4th) 481 [cited above] as being “when the material facts on which it [the cause of action] is based ... ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence”.

[441] Canada having raised a limitations defence, the onus is on the Blood Tribe to disprove its knowledge or discoverability: *James A. Meek, Jr. v. San Juan Resources Inc.*, 2005 ABCA 448 (CanLII), 376 A.R. 202, at paragraph 28 and *Authorson (Litigation Administrator of) v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321, at paragraph 137.

[442] The time when the Blood Tribe discovered or by the exercise of reasonable diligence ought to have discovered the material facts underlying the three causes of action may differ. Accordingly, they will be examined separately. Common issue will be dealt with thereafter.

a. The Big Claim

[443] As outlined above, the Blood Tribe in its memorandum describes the Big Claim as follows:

The Blood Tribe claims that the lands between the St. Mary and Kootenay (Waterton) Rivers, to the mountains and to

[439] Je conviens avec le Canada qu’en ce qui concerne la prescription évoquée à l’alinéa 5e) en lien avec les réclamations en equity dans la présente action, il existe un délai de prescription de six ans à compter de la découverte réelle de la cause d’action. Cela diffère de la période concernant les réclamations dont il est question à l’alinéa 5g), laquelle commence lorsque la cause d’action est susceptible d’être découverte. Cette distinction a été confirmée par la Cour suprême du Canada qui, au paragraphe 15 de l’arrêt *Lameman*, a interprété des dispositions essentiellement semblables de la *Limitation of Actions Act* de 1980.

[440] La date à laquelle la découverte devient possible a été présentée par la Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147 [précité], à la page 224, comme étant « lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d’action [...] auraient dû [être découverts par le demandeur] s’il avait fait preuve de diligence raisonnable ».

[441] Puisque le Canada a invoqué une défense fondée sur la prescription, il incombe à la tribu des Blood de prouver qu’elle n’avait pas connaissance de la cause d’action et ne pouvait pas la découvrir : *James A Meek, Jr. v. San Juan Resources Inc.*, 2005 ABCA 448 (CanLII), 376 A.R. 202, au paragraphe 28, et *Authorson (Litigation Administrator of) v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 501, 86 O.R. (3d) 321, au paragraphe 137.

[442] Le moment auquel la tribu des Blood a découvert les faits substantiels qui sous-tendent les trois causes d’action pourrait être différent du moment où elle aurait dû, en faisant preuve de diligence raisonnable, découvrir ces faits. Par conséquent, ces deux moments seront examinés séparément. La question commune sera abordée par la suite.

a. La grande revendication

[443] Tel qu’il est indiqué plus haut, voici la description que la tribu des Blood donne de la grande revendication :

[TRADUCTION] La tribu des Blood allègue que les terres entre les rivières St. Mary et Kootenay (Waterton), jus qu’aux

the International Boundary (the “Big Claim lands”) were reserved for them and it was never the Blood Tribe’s understanding or intent that the Big Claim lands were given up at the time of Treaty.

[444] The evidence before the Court proves that very soon after the creation of the Reserve in 1883, the Blood Tribe was aware that the Big Claim lands had not been reserved for them. The evidence relied on for this finding includes the following:

- (i) In 1881, members of the Blood Tribe who settled in the area between the Kootenai and Belly Rivers were removed to land south of the Belly River and told that the land between those rivers was not part of their reserve.
- (ii) In 1888, when Red Crow questioned the location of the reserve’s southern boundary, he was taken by Nelson and others on a tour of the boundary that was surveyed in 1883. On this trip, he would have discovered or ought reasonably to have discovered that Cardston (which lies within the Big Claim area) was south and outside of the reserve’s southern boundary, and the southern boundary of the reserve did not reach to the international boundary.
- (iii) Evans recounts that in 1899, Canada decided to fence the southern boundary of the Blood Tribe’s reserve “in an effort to curb trespass by settlers’ cattle”. That was apparently done; however, Red Crow and others objected that it failed to follow the boundary mounds put in place by Nelson in 1883. The construction of this fence and the ensuing discussion with the officials was such that Red Crow discovered or could reasonably have discovered that the southern boundary was not at the international boundary of the reserve as the Big Claim would have it. Moreover, he could reasonably have discovered, if he was not so informed, that there were settlers, on the Big Claim land south of the reserve.

montagnes et à la frontière internationale (le « territoire de la grande revendication ») leur ont été réservées et la tribu n’a jamais supposé ou voulu que le territoire de la grande revendication fasse l’objet d’une cession à la signature du Traité.

[444] Les éléments de preuve soumis à la Cour prouvent que la tribu des Blood savait, très peu de temps après la création de la réserve en 1883, que le territoire de la grande revendication n’en faisait pas partie. Voici les éléments de preuve sur lesquels repose cette conclusion :

- i) En 1881, les membres de la tribu des Blood qui étaient installés entre les rivières Kootenai et Belly ont été déplacés vers le sud de la rivière Belly, et on leur a dit que le territoire situé entre ces rivières ne faisait pas partie de leur réserve.
- ii) En 1888, lorsque Red Crow a posé des questions sur l’emplacement de la limite sud de la réserve, M. Nelson et d’autres personnes ont fait avec lui une visite de la limite sud établie par arpentage en 1883. Lors de ce déplacement, Red Crow aurait découvert ou aurait raisonnablement dû découvrir que la ville de Cardston (qui se trouve dans le secteur visé par la grande revendication) était au sud de la limite sud de la réserve et donc en dehors de la réserve, et que la limite sud de la réserve ne correspondait pas à la frontière internationale.
- iii) M. Evans relate qu’en 1899, le Canada a décidé de clôturer la limite sud de la réserve de la tribu des Blood [TRADUCTION] « pour empêcher le bétail des colons de s’y introduire ». Cela semble avoir été fait; toutefois, Red Crow et d’autres personnes ont protesté, affirmant que la clôture ne suivait pas les buttes mises en place par M. Nelson en 1883 pour indiquer la limite. La construction de cette clôture et le débat qui a suivi avec les représentants ont permis ou auraient dû permettre à Red Crow de découvrir que la limite sud de la réserve ne correspondait pas à la frontière internationale comme le voudrait la grande revendication. En outre, on pouvait raisonnablement s’attendre à ce qu’il découvre, s’il n’en avait pas été informé, que des colons se trouvaient sur le territoire de la grande revendication au sud de la réserve.

[445] Although there is evidence that Red Crow and the Blood Tribe always thought the Mormon settlement at Cardston was on their reserve, there is little evidence to support that belief. In my view, the most telling contrary evidence is the 1888 tour of the southern boundary undertaken by Nelson and Red Crow. This was done after the Mormons settled in southern Alberta and Red Crow would have seen with his own eyes that the boundary of his reserve was north of Cardston. The Court heard evidence of unfruitful searches conducted in the twentieth century for a lease some believed to have been entered into with the Mormons and the Blood Tribe but that evidence does not overcome, in my view, the fact that Red Crow discovered by the late 1880s that the reserve's southern boundary did not go to the international boundary, or to the mountains.

[446] For these reasons, I find that this action as regards the Big Claim, even if it had been proven, is well outside the applicable limitation period, and must be dismissed as time-barred.

b. The 1882 Reserve Claim

[447] I have found earlier that the 1882 Survey created a reserve for the Blood Tribe. The Blood Tribe, notwithstanding convention, was not taken by Nelson on a tour of the reserve's boundaries, nor is there any evidence that it was told of the 1882 Survey. It was previously told that a surveyor would be sent out by Canada to establish the reserve's borders. That it did not know the exact borders as set out in the 1882 Survey, does not, as discussed above, mean that it did not have a reserve created in 1882.

[448] The evidence we have regarding the Blood Tribe's learning of the 1882 Survey is from Dorothy First Rider. On August 5, 1969, at a meeting of the Blood Tribe council, Leroy Little Bear presented information on the 1882 Survey. The Minutes reflect that:

[445] Bien que des éléments de preuve indiquent que Red Crow et la tribu des Blood ont toujours cru que la colonie mormone de Cardston était située dans leur réserve, peu d'éléments de preuve viennent soutenir cette conviction. À mon avis, la preuve du contraire la plus convaincante est la visite de la limite sud entreprise par M. Nelson et Red Crow en 1888. Cette visite a eu lieu après l'installation des mormons dans le sud de l'Alberta, et Red Crow aurait constaté lors de la visite que la limite de sa réserve se trouvait au nord de Cardston. La Cour a entendu des témoignages à propos de recherches infructueuses menées au XX^e siècle afin de retrouver un bail qui, selon certaines personnes, aurait été conclu par les mormons et la tribu des Blood, mais je ne crois pas que ces éléments de preuve réfutent le fait que Red Crow avait découvert, à la fin des années 1880, que la réserve ne s'étendait ni jusqu'à la frontière internationale, ni jusqu'aux montagnes.

[446] Pour ces motifs, je conclus qu'en ce qui concerne la grande revendication, même si des preuves avaient appuyé celle-ci, cette action dépasse largement le délai de prescription applicable et doit donc être rejetée parce qu'elle est prescrite.

b. La revendication quant à la réserve délimitée en 1882

[447] J'ai conclu, précédemment, que le levé de 1882 avait délimité une réserve pour la tribu des Blood. La tribu des Blood, en dépit de la convention, n'a pas été invitée par M. Nelson à faire une visite des limites de la réserve, et rien ne prouve qu'elle a été informée de l'existence du levé de 1882. Elle avait précédemment été informée que le Canada enverrait un arpenteur pour délimiter la réserve. Le fait que la tribu ne connaissait pas les limites exactes définies dans le levé de 1882 ne signifie pas, comme il a été vu précédemment, qu'aucune réserve n'a été créée en 1882.

[448] Dorothy First Rider nous a apporté les éléments de preuve quant à la découverte, par la tribu des Blood, du levé de 1882. Le 5 août 1969, lors d'une réunion du conseil de la tribu des Blood, Leroy Little Bear a présenté des renseignements sur le levé de 1882. Voici ce qui était indiqué dans le procès-verbal de cette réunion :

Leroy brought in some books, newspapers, and maps re: the Indian Law and informed Council that according to these books the Treaty of 1855 [*sic*] never mentioned anything about letting us go: nothing against us. As for the maps, they are our strong points, according to J.C. Nelson's report the map showed that our Reserve was nine miles south of the Boundary. Leroy stated that at this time he hasn't got his written report ready, but this he will present to Council at the end of his contract.

[449] Although the Minutes state that the survey had the reserve at "nine miles south of the Boundary" (emphasis added), I agree with Canada that this is clearly an error and was intended to be a reference to the 1882 Survey which had the reserve nine miles north of the International Boundary. The Blood Tribe confirmed that the map referred to in the Minutes is Exhibit 24 in this trial, "Map of Part of the Districts of Assiniboia and Alberta, Shewing Dominion Land Surveys To 31st December 1882, Published by Authority of the Honorable Minister of the Interior". This map shows the southern border as running below the NWMP station located on the St. Mary River, while the 1883 survey shows the southern border being north of the station.

[450] Leroy Little Bear's report was available to members of the Blood Tribe at least by November 4, 1969.

[451] This evidence shows that the Blood Tribe had knowledge of the 1882 Survey southern line at least by 1969, 11 years before it commenced this action. Accordingly, this claim by the Blood Tribe is time-barred.

c. The TLE Claim

[452] Leroy Little Bear travelled to Ottawa in August 1971, and requested information from the Department of Indian and Northern Affairs as to the "total number of people in the Blood Band for the years 1879 to 1884". The Department responded within a few days providing information that "has been extracted from the annuity paylists". Its summary showed a total population of the Blood Tribe

[TRADUCTION] Leroy apporte des carnets, des journaux et des cartes en lien avec la loi indienne et informe le conseil que d'après ces carnets, il n'a jamais été question de nous renvoyer dans le Traité de 1855 [*sic*]; il n'y a rien contre nous. Les cartes sont nos points forts; selon le rapport de J.C. Nelson, la carte indiquait que notre réserve s'étendait jusqu'à neuf milles au sud de la frontière. Leroy indique que son rapport écrit n'est pas prêt, mais qu'il présentera ceci au Conseil à la fin de son contrat.

[449] Même s'il est indiqué, dans le procès-verbal, que le levé place la limite de la réserve à [TRADUCTION] « neuf milles au sud de la frontière » (non souligné dans l'original), je suis d'accord avec le Canada pour dire qu'il s'agit clairement d'une erreur et qu'on voulait faire référence au levé de 1882 qui établissait que la réserve prenait fin à neuf milles au nord de la frontière internationale. La tribu des Blood a confirmé que la carte à laquelle on fait référence dans le procès-verbal est la pièce 24 du présent procès : [TRADUCTION] « Carte de la partie des districts d'Assiniboia et d'Alberta illustrant les levés des terres fédérales au 31 décembre 1882, publiée avec l'autorisation du ministre de l'Intérieur ». Selon cette carte, la limite sud passe au sud du poste de la P.C.N.-O. situé sur la rivière St. Mary; cependant, d'après le levé de 1883, la limite sud passe au nord du poste de police.

[450] Le rapport préparé par Leroy Little Bear a été mis à la disposition des membres de la tribu des Blood au plus tard le 4 novembre 1969.

[451] C'est donc au plus tard en 1969, soit 11 ans avant d'intenter la présente action, que la tribu des Blood a eu connaissance de l'emplacement de la limite sud établie par le levé de 1882. Par conséquent, cette revendication de la tribu des Blood est frappée de prescription.

c. La revendication concernant les DFIT

[452] Leroy Little Bear s'est rendu à Ottawa en août 1971 et a demandé des renseignements au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien au sujet du [TRADUCTION] « nombre total de membres que comptait la bande des Blood pour les années 1879 à 1884 ». Le ministère lui a répondu quelques jours plus tard en fournissant des renseignements [TRADUCTION] « extraits des listes de

to be 3 521 in 1882, and 2 589 in 1883. Canada submits that as of August 1971, the Blood Tribe knew what its population was when the surveys were conducted, and thus could determine its TLE, and whether the current Reserve was sufficient to meet that obligation. Based on the number provided in 1971, the reserve size based on the 1882 Treaty Annuity payroll would be 704.2 square miles, and on the 1883 number would be 516 square miles. The current Reserve is 547.5 square miles. Canada's position is that the TLE claim is therefore also time-barred.

[453] The numbers provided by the Department for these two years raise an obvious question: Which year's population number applies to the TLE? The answer leads one to the next obvious question: When were those annuities paid? The answer was easily discoverable by asking the Department the appropriate follow-up questions. It was easily discoverable that the 1883 number was determined after the 1882 Survey and therefore, the Blood Tribe could have discovered in 1971 its population for TLE purposes.

[454] Subject to the following discussion regarding the alleged fraudulent concealment by Canada, and the commencement date for this limitation period, I agree with Canada that the TLE claim is also time-barred.

d. Fraudulent Concealment

[455] The Blood Tribe submits that the limitations period does not apply to the claims based on breach of fiduciary duty in implementing the treaty and breach of treaty regarding TLE, because Canada fraudulently concealed the existence of the cause of action. On this theory, the limitation does not run until the date when that fraud is

bénéficiaires d'annuités ». Selon le résumé fourni par le ministère, la tribu des Blood comptait, au total, 3 521 membres en 1882, et 2 589 en 1883. Le Canada soutient qu'à partir d'août 1971, la tribu des Blood savait quelle était sa population lorsque les levés ont été produits et pouvait donc déterminer ses DFIT et savoir si la superficie de la réserve existante respectait les critères. D'après l'information fournie en 1971, la superficie de la réserve serait de 704,2 milles carrés selon la liste de bénéficiaires d'annuités de 1882, et de 516 milles carrés selon la liste de 1883. Actuellement, la réserve a une superficie de 547,5 milles carrés. Le Canada soutient que la revendication concernant les DFIT est donc frappée de prescription.

[453] Une question évidente se pose en voyant les chiffres fournis par le ministère pour ces deux années : de quelle année doit-on tenir compte pour établir les DFIT? De la réponse à cette question découle naturellement une autre question : ces annuités ont-elles été payées? La réponse pouvait facilement être obtenue en posant au ministère les questions complémentaires qui s'imposaient. Il était aisé de découvrir que le chiffre de 1883 avait été établi après le levé de 1882 et, par conséquent, la tribu des Blood aurait pu découvrir en 1971 quelle était sa population aux fins d'établissement des DFIT.

[454] Sous réserve de l'examen qui suit concernant la dissimulation frauduleuse dont le Canada serait coupable, et concernant la date à laquelle ce délai de prescription a commencé à courir, je conviens avec le Canada que la revendication concernant les DFIT est également frappée de prescription.

d. Dissimulation frauduleuse

[455] La tribu des Blood prétend que le délai de prescription ne s'applique pas aux revendications reposant sur le manquement à une obligation fiduciaire dans la mise en œuvre du traité et sur le manquement au traité en ce qui concerne les DFIT, parce que le Canada a dissimulé de manière frauduleuse l'existence de la cause d'action.

discovered or when with reasonable diligence it could have discovered the fraud.⁴³

[456] Fraudulent concealment is specifically mentioned in section 6 of the 1970 *Limitation of Actions Act*:

Fraudulent concealment

6. When the existence of a cause of action has been concealed by the fraud of the person setting up this Part or Part 2 as a defence, the cause of action shall be deemed to have arisen when the fraud was first known or discovered.

[457] The Blood Tribe cites the Supreme Court of Canada in *Guerin*, at page 390, as authority for the proposition that equitable fraud is sufficient to meet the threshold for fraudulent concealment:

It is well established that where there has been a fraudulent concealment of the existence of a cause of action, the limitation period will not start to run until the plaintiff discovers the fraud, or until the time when, with reasonable diligence, he ought to have discovered it. The fraudulent concealment necessary to toll or suspend the operation of the statute need not amount to deceit or common law fraud. Equitable fraud, defined in *Kitchen v. Royal Air Force*

⁴³ The 1970 *Limitation of Actions Act* actually says: “deemed to have arisen when the fraud was first known or discovered” and does not explicitly reference the matter of being discoverable with reasonable diligence. However, the Supreme Court of Canada in *Guerin* [at page 390] says “It is well established ... the limitation period will not start to run until the plaintiff discovers the fraud, or until the time when, with reasonable diligence, he ought to have discovered it.” In *Guerin*, the concept of reasonable diligence for discovering fraud was actually in the relevant *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, at section 38, but this passage has since been cited by numerous courts when describing equitable fraud generally under different limitations acts, notably Alberta (see *Lynch*, at paragraph 29, considering the *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15) and the Federal Court (see *Peepeekisis Band v. Canada*, 2012 FC 915, [2012] 4 C.N.L.R. 260, aff’d 2013 FCA 191, [2014] 1 C.N.L.R. 306, considering *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1). In this matter, both parties approvingly quote this passage of *Guerin* and neither argues for the strict wording of the Act.

Selon cette théorie, la période de prescription ne commence pas à courir avant la date à laquelle cette fraude est découverte ou la date à laquelle, en faisant preuve de diligence raisonnable, on aurait pu la découvrir⁴³.

[456] L’article 6 de la *Limitation of Actions Act* de 1970 aborde expressément la question de la dissimulation frauduleuse :

[TRANSCRIPTION]

Dissimulation frauduleuse

6. Quand l’existence d’une cause d’action a été cachée par une manœuvre frauduleuse de la personne qui invoque en défense la présente partie ou la partie 2, la cause d’action est réputée avoir pris naissance au moment où la manœuvre frauduleuse a d’abord été connue ou découverte.

[457] La tribu des Blood cite la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Guerin*, à la page 390, à l’appui de l’affirmation selon laquelle une fraude d’équité suffit à atteindre le seuil de la dissimulation frauduleuse.

Il est bien établi qu’en cas de dissimulation frauduleuse de l’existence d’une cause d’action, le délai de prescription ne commence à courir qu’à partir du moment où le demandeur découvre la fraude, ou du moment où, en faisant preuve de diligence raisonnable, il aurait dû la découvrir. Il n’est pas nécessaire que la dissimulation frauduleuse requise pour interrompre ou suspendre l’application de la loi constitue une tromperie ou une fraude de *common law*.

⁴³ En fait, la *Limitation of Actions Act* de 1970 dispose que la période de prescription est [TRANSCRIPTION] « réputée avoir pris naissance lorsque la fraude a été découverte » ne fait pas explicitement référence au fait qu’il soit possible de découvrir la fraude en faisant preuve de diligence raisonnable. Toutefois, la Cour suprême du Canada a fait la déclaration suivante dans l’arrêt *Guerin* [à la page 390] : « Il est bien établi [que] [...] le délai de prescription ne commence à courir qu’à partir du moment où le demandeur découvre la fraude, ou du moment où, en faisant preuve de diligence raisonnable, il aurait dû la découvrir. » Dans l’arrêt *Guerin*, le concept de diligence raisonnable pour la découverte d’une fraude était en fait présenté à l’article 38 de la *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, ch. 370, mais ce passage a été cité depuis par de nombreux tribunaux pour décrire la fraude d’équité de façon générale aux termes de différentes lois sur la prescription, notamment les tribunaux de l’Alberta (voir *Lynch*, au paragraphe 29, examinant la *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15) et la Cour fédérale (voir *Bande de Peepeekisis c. Canada*, 2012 CF 915, conf. par 2013 CAF 191, examinant la *Limitations Act*, S.S. 2004, ch. L-16.1). En l’espèce, les deux parties citent avec approbation ce passage de l’arrêt *Guerin*, et ni l’une ni l’autre ne plaide en faveur du libellé strict de la Loi.

Association, [1958] 1 W.L.R. 563, as “conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other”, is sufficient.

[458] Justice Wittmann in *Huet v. Lynch*, 2000 ABCA 97 (CanLII), 255 A.R. 359, at paragraph 28 explained the necessary connection between the fraud and the cause of action:

To overcome a limitation defence under s. 57 of the [*Limitation of Actions Act*], it is not sufficient for a plaintiff to simply prove that there has been some type of fraud, such as equitable fraud, perpetrated by the defendant. The plaintiff must also show that the fraud concealed the existence of the plaintiff’s cause of action. That is, the fraud must have concealed some material fact which the plaintiff has to prove to succeed at trial: *Photinopoulos, supra*; *Cooke (Cook) v. Gill* (1873), L.R. 8 C.P. 107; and *Shtitz v. C.N.R.*, 1926 CanLII 92 (SK CA), [1927] 1 D.L.R. 951 (Sask. C.A.).

[459] The Blood Tribe asserts that for decades Canada has engaged in unconscionable conduct regarding the size of its reserve as required by the terms of Treaty No. 7. The first, it says was in 1888, when Nelson and Pocklington “made false representations to the Bloods that the TLE was satisfied” when they represented to Red Crow that, as Pocklington writes in his letter of August 30, 1888: “[A]s a matter of fact, the present Reserve contained far more than they were entitled to”.

[460] It is submitted that this deception continued in 1971, when providing a summary of the population based on annuity payments, Canada “fails to disclose the actual dates of the paylist counts from 1882 and 1883”. The Blood Tribe notes in particular that it fails to disclose that the 1883 payment was “completed on September 27, 1883, well after the July 1883 Document [the Red Crow Agreement] set out the size of the Reserve”.

[461] While I agree with the Blood Tribe that the conduct of Pocklington and Nelson in 1888 regarding the size

Il suffit qu’il y ait fraude d’*equity* qui est définie, dans la décision *Kitchen v. Royal Air Force Association*, [1958] 1 W.L.R. 563, comme [TRADUCTION] « une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est fort peu scrupuleuse de la part de l’une envers l’autre ».

[458] Le juge Wittmann, au paragraphe 28 de la décision *Huet v. Lynch*, 2000 ABCA 97 (CanLII), 255 A.R. 359, a expliqué qu’il doit exister un lien entre la fraude et la cause d’action :

[TRADUCTION] Pour contourner une défense aux termes de l’article 57 de la [*Limitation of Actions Act*], le demandeur ne peut pas se contenter de prouver que l’intimé a commis une fraude quelconque, par exemple une fraude d’*equity*. Il doit également démontrer que la fraude a caché l’existence de sa cause d’action, c’est-à-dire que la fraude doit avoir caché un fait important que le demandeur doit prouver pour obtenir gain de cause au procès : *Photinopoulos*, précité; *Cooke (Cook) v. Gill* (1873), L.R. 8 C.P. 107; et *Shtitz v. C.N.R.*, 1926 CanLII 92 (SK CA), [1927] 1 D.L.R. 951 (Sask. C.A.).

[459] La tribu des Blood affirme que le Canada a eu, pendant des décennies, un comportement répréhensible quant à la superficie de sa réserve selon les modalités du Traité n° 7. Tout d’abord, selon elle, en 1888, lorsque M. Nelson et M. Pocklington ont fait [TRADUCTION] « de fausses déclarations aux Blood en disant que les DFIT étaient respectés » lorsqu’ils ont déclaré à Red Crow que, comme l’a écrit M. Pocklington dans sa lettre du 30 août 1888 : [TRADUCTION] « la réserve actuelle renfermait beaucoup plus de terres que ce à quoi ils avaient droit ».

[460] Elle prétend que cette tromperie a continué en 1971, lorsqu’au moment de fournir un recensement de la population fondé sur les versements d’annuités, le Canada [TRADUCTION] « n’a pas indiqué les dates réelles du chiffre de population figurant sur les listes de bénéficiaires de versements de 1882 et 1883 ». La tribu des Blood souligne tout particulièrement qu’il n’a pas indiqué que les versements de 1883 se sont [TRADUCTION] « achevés le 27 septembre 1883, bien après le document de juillet 1883 [l’accord de Red Crow] établissant la taille de la réserve ».

[461] Bien que je sois d’accord avec la tribu des Blood pour dire que la conduite de M. Pocklington et de

of the Reserve being greater than its entitlement is unconscionable, given the facts as found, any delay in the limitation period consequently ends when the Blood Tribe, with reasonable diligence, ought to have discovered it.

[462] The Blood Tribe says that despite “making enquiries of the TLE claim with Canada in the 1960s and 1970, ... Canada failed to disclose critical facts in their exclusive possession” (emphasis added). The critical facts, apparently, are the dates when the Treaty annuity payments were made.

[463] I have a number of concerns with this submission. First, the Blood Tribe has not tendered any evidence that it did not have knowledge of when the annuities were paid in the relevant years. Nor has it led any evidence that the general timing of annuity payments under the treaty differed then from the timing now. Second, there is no evidence that Leroy Little Bear ever asked Canada in 1971 or subsequently when these payments were made. Given its knowledge as to the date the Red Crow Agreement was signed and the 1883 Survey, and given that in 1971 it was aware that there was an 1882 Survey and a map, the question of timing appears to me to have been an obvious question. Third, there is no evidence that had Canada been asked, it would not have provided a truthful response.

[464] This leads me to the conclusion that with reasonable diligence in 1971, the Blood Tribe would have discovered what it now describes as “fraud” by Canada regarding the TLE. Thus, while I agree that Canada’s conduct in 1888 was unconscionable, its conduct could reasonably have been discovered in 1971 or shortly thereafter, and accordingly this claim, subject to the discussion as to whether a breach of treaty is actionable before 1982, is time-barred.

M. Nelson en 1888 au sujet de la taille de la réserve étant plus grande que ce à quoi elle a eu droit est inadmissible, compte tenu des faits établis, tout retard relatif à la prescription serait donc éteint dès lors où la tribu des Blood, avec une diligence raisonnable, l’aurait découvert.

[462] La tribu des Blood affirme que bien qu’elle « se soit informée de la revendication concernant les DFIT auprès du Canada dans les années 1960 et 1970, [...] le Canada a omis de divulguer des faits essentiels qu’il était le seul à connaître » (non souligné dans l’original.) Les faits essentiels dont il est question sont apparemment les dates auxquelles ont été versées les annuités aux termes du Traité.

[463] J’ai plusieurs réserves quant à cette affirmation. Premièrement, la tribu des Blood n’a pas produit la moindre preuve indiquant qu’elle ne savait pas quand les annuités avaient été versées au cours des années en cause. Elle n’a pas non plus fourni d’éléments de preuve montrant que le calendrier général des versements d’annuités aux termes du Traité était alors différent de celui qui prévaut actuellement. Deuxièmement, rien ne prouve que Leroy Little Bear a demandé au Canada, en 1971 ou par la suite, à quel moment ces versements ont eu lieu. Puisque la tribu connaissait la date de signature de l’accord de Red Crow et était au courant du levé de 1883, et puisqu’elle n’ignorait pas, en 1971, l’existence du levé de 1882 ainsi que d’une carte, il me semble que la question du calendrier était évidente. Troisièmement, rien ne prouve que le Canada n’aurait pas fourni de réponse honnête si la question lui avait été posée.

[464] J’en conclus donc que la tribu des Blood, si elle avait fait preuve de diligence raisonnable en 1971, aurait alors découvert ce qu’elle qualifie à présent de [TRADUCTION] « fraude » commise par le Canada au sujet des DFIT. Par conséquent, même si je reconnais que le comportement du Canada en 1888 était inadmissible, on aurait raisonnablement pu découvrir ce comportement en 1971 ou peu après; cette revendication est donc frappée de prescription, sous réserve de l’analyse permettant de déterminer si le manquement à un traité constitue un motif légitime de plainte avant 1982.

H. Equitable Defences

[465] Canada has pleaded the doctrines of laches, acquiescence, election, delay, waiver and equitable estoppel. The only submission Canada advanced after trial was that “if this Court finds that no limitation statute applies, the doctrines of laches and acquiescence would apply and the claim is barred through their operation”.

[466] Having found that a limitations statute does apply, I need not address the alternative submission that Canada has an equitable defence to the claim.

I. Conclusion

[467] I find that the claim of the Blood Tribe that Canada breached its fiduciary duty, and its claim to the reserve established by the 1882 Survey, and its Big Claim, are all time-barred by virtue of the Alberta *Limitation of Actions Act*, 1970. That leaves the claim that Canada breached Treaty No. 7 by failing to provide the Blood Tribe with the size of reserve to which it was entitled under the TLE.

[468] With respect to that claim, the Blood Tribe asserts that no limitation period runs against it, as a breach of treaty was not actionable until the passage of section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

VIII. BREACH OF TREATY AS AN ACTIONABLE CAUSE OF ACTION

[469] The Blood Tribe asserts that no limitation or prescription can run until a plaintiff has a cause of action which he or she can immediately assert in a court, and that is so even if the facts underlying that cause of action occurred and were discovered at an earlier date. The plaintiffs say that this principle was first asserted by the Court of Appeal in *Musurus Bey v. Gadban and Others*, [1894] 2 Q.B. 352. The executor of the estate of Musurus Pacha,

H. Moyens de défense en equity

[465] Le Canada a invoqué les doctrines de la diligence, de l’acquiescement, de l’élection, du retard, de l’exemption et de l’irrecevabilité en equity. La seule observation faite par le Canada après le procès était que [TRADUCTION] « si la Cour juge qu’aucune loi sur la prescription ne s’applique, alors les doctrines de la diligence et de l’acquiescement s’appliquent et font que la revendication est prescrite ».

[466] Puisque j’ai déterminé qu’il existe effectivement une loi sur la prescription applicable, je n’ai pas besoin d’examiner l’autre argument voulant que le Canada ait un moyen de défense en equity.

I. Conclusion

[467] Je conclus que la revendication de la tribu des Blood voulant que le Canada ait manqué à son obligation fiduciaire, sa revendication concernant la réserve créée par le levé de 1882, ainsi que sa grande revendication, sont toutes prescrites aux termes de la *Limitation of Actions Act* de 1970 de l’Alberta. Il reste donc la revendication selon laquelle le Canada n’a pas respecté le Traité n° 7 en n’accordant pas à la tribu des Blood la superficie de réserve à laquelle elle avait droit au titre des DFIT.

[468] La tribu des Blood affirme qu’aucun délai de prescription ne s’applique à cette revendication étant donné que le manquement à un traité n’était pas un recours possible avant l’adoption de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

VIII. LE MANQUEMENT AU TRAITÉ EN TANT QUE RECOURS POSSIBLE

[469] La tribu des Blood affirme qu’il ne peut y avoir aucun délai de prescription avant qu’un demandeur ait une cause d’action qu’il peut immédiatement faire valoir en cour, et ce, même si les faits qui sous-tendent cette cause d’action se sont produits et ont été découverts plus tôt. Selon les demandeurs, ce principe a été établi par la Cour d’appel dans l’arrêt *Musurus Bey v. Gadban and Others*, [1894] 2 Q.B. 352. Dans cette affaire, l’exécuteur

attempted to rely on the six-year limitation period in the *Statute of Limitations* as a defence to a claim made against the estate by a party that had loaned the testator money nearly 20 years earlier in 1873. The testator was ambassador in London with diplomatic immunity when the loan was made and he continued to be so until he was recalled by the Sultan of Turkey in 1885. If the limitation period ran from the date of loan, then it was statute-barred. The Court of Appeal held that the party loaning the funds had no cause of action for the repayment of the loan until the debtor's diplomatic immunity ended.

[470] Canadian courts have taken a similar view: See *Méthot v. Commission de Transport de Montréal*, [1972] S.C.R. 387, (1971), 25 D.L.R. (3d) 324 (*Méthot*). In *Costello v. Calgary (City)*, 1989 ABCA 194 (CanLII), 60 D.L.R. (4th) 732, leave to appeal to S.C.C. refused, [1990] 1 S.C.R. vi, at paragraph 21, the Court of Appeal stated, “So time does not run when the chance to sue is inaccessible”. To hold otherwise, as observed by Justice Hall in *Méthot*, would result in the right of action being stillborn.

[471] The Blood Tribe submits that prior to April 17, 1982, when section 35 of the *Constitution Act, 1982* came into effect recognizing existing aboriginal and treaty rights, it had no actionable right to enforce Canada's treaty obligations. Accordingly, the Blood Tribe submits that no limitation can run against a claim for breach of treaty until it became actionable, i.e. on April 17, 1982. Section 35 of the *Constitution Act, 1982*, provides as follows:

Recognition of existing and treaty rights

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

Definition of “aboriginal peoples of Canada”

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

testamentaire de Musurus Pacha a tenté d'invoquer le délai de prescription de six ans prévu dans le *Statute of Limitations* pour contrer une réclamation contre l'actif émanant d'une partie qui avait prêté de l'argent au testateur 20 ans plus tôt, en 1873. Au moment du prêt, le testateur était ambassadeur à Londres et jouissait de l'immunité diplomatique, et cela a été le cas jusqu'à son rappel par le sultan de Turquie en 1885. Si le délai de prescription a commencé à courir à la date du prêt, alors il y avait prescription. La Cour d'appel a conclu que le prêteur n'avait aucune cause d'action quant au remboursement du prêt avant la levée de l'immunité diplomatique du testataire.

[470] Les tribunaux canadiens ont adopté un point de vue semblable : voir *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387 (*Méthot*). Dans l'arrêt *Costello v. Calgary (City)*, 1989 ABCA 194 (CanLII), 60 D.L.R. (4th) 732, autorisation d'interjeter appel refusée à la C.S.C., [1990] 1 R.C.S. vi, au paragraphe 21, la Cour d'appel a déclaré : [TRADUCTION] « Aucun délai ne commence à courir lorsqu'il n'y a pas de possibilité d'entamer des poursuites ». Si l'on concluait autrement, le droit d'action serait mort-né, comme l'a indiqué le juge Hall dans l'arrêt *Méthot*.

[471] La tribu des Blood affirme qu'avant le 17 avril 1982, date à laquelle l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est entré en vigueur afin de reconnaître les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, elle n'avait aucun droit recevable de faire appliquer les obligations du Canada aux termes du traité. Elle prétend donc qu'aucun délai de prescription ne peut courir concernant une allégation de manquement au traité avant la date où celle-ci est devenue recevable, c'est-à-dire le 17 avril 1982. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est ainsi libellé :

Confirmation des droits existants des peuples autochtones

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

Définition de « peuple autochtones du Canada »

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

Land claims agreements

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

Aboriginal and treaty rights are guaranteed equally to both sexes

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

[472] The plaintiffs submit that the Supreme Court of Canada has recognized that a cause of action established by the *Constitution Act, 1982* does not arise for the purpose of a limitation period until the relevant constitutional provision comes into force, even though the facts underlying the cause of action were discovered before the provision existed. In *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181, the plaintiff brought a civil claim seeking damages for a benefit being cut off in violation of the Charter by legislation that came into effect before the Charter came into effect. Chief Justice McLachlin, writing for the Court stated [at paragraph 18] that the cause of action arose only when the Charter came into effect:

In order to determine whether the appellant’s personal claims are statute-barred, it is necessary to pinpoint when her cause of action arose. In my view, her cause of action arose on April 17, 1985 when s. 15 of the Charter came into effect.⁴⁴ The appellant was denied benefits pursuant to the operation of s. 68(1) of the 1978 Act. However, she had no cognizable legal right upon which to base her claim until s. 15 of the Charter came into force. [Emphasis added.]

[473] Canada submits that the position of the Blood Tribe is without merit.

[474] First, Canada says, “aboriginal and treaty rights were acknowledged in 1982, they were not created by

⁴⁴ In accordance with subsection 32(2) [of the *Constitution Act, 1982*], section 15 of the Charter did not come into force until three years after the rest of the Charter.

Accords sur des revendications territoriales

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

Égalité de garantie des droits pour les deux sexes

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

[472] Les demandeurs affirment que la Cour suprême du Canada a reconnu qu’aucune cause d’action créée par la *Loi constitutionnelle de 1982* ne pouvait prendre naissance concernant un délai de prescription avant l’entrée en vigueur de la disposition constitutionnelle pertinente, même si les faits qui sous-tendent la cause d’action ont été découverts alors que la disposition n’existait pas encore. Dans l’arrêt *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181, la demanderesse a engagé des poursuites civiles pour réclamer des dommages-intérêts au motif qu’une prestation lui avait été supprimée en violation de la Charte par une loi qui était entrée en vigueur avant la Charte. La juge en chef McLachlin, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré [au paragraphe 18] que la cause d’action avait pris naissance seulement lors de l’entrée en vigueur de la Charte :

Afin de déterminer si les demandes de réparations personnelles de l’appelante sont prescrites, il est nécessaire d’arrêter le moment où sa cause d’action a pris naissance. Selon moi, sa cause d’action a pris naissance le 17 avril 1985, lorsque l’art. 15 de la *Charte* est entré en vigueur⁴⁴. S’il est vrai que les prestations lui ont été refusées en application du par. 68(1) de la Loi de 1978, l’appelante ne disposait d’aucun droit reconnu pour étayer sa demande avant que l’art. 15 de la *Charte* n’entre en vigueur. [Non souligné dans l’original.]

[473] Le Canada prétend que la thèse de la tribu des Blood n’est pas fondée.

[474] Premièrement, le Canada soumet que [TRADUCTION] « les droits ancestraux et les droits issus de traités,

⁴⁴ Conformément au paragraphe 32(2) [de la *Loi constitutionnelle de 1982*], l’article 15 de la Charte n’est entré en vigueur que trois ans après le reste de la Charte.

section 35”. I agree, but I also agree with the Blood Tribe that in making this argument, Canada fails to see the distinction between “rights” and “cognizable legal rights” which are actionable. There is no question, commencing in 1877, the Blood Tribe had the treaty rights set out in Treaty No. 7. The acknowledgement that they had certain treaty rights does not address the question of whether, prior to 1982, the Blood Tribe could enforce those treaty rights in a court.

[475] Second, Canada says that if the plaintiffs’ submission is accepted, then First Nations will have “a wide exemption from the application of limitation periods” contrary to the “clear policy rationale behind them” and “contrary to binding SCC jurisprudence”. Limitations are based on the policy principles of certainty, evidentiary issues, and diligence. While Canada may be correct that all three of these are subverted by the new cause of action of breach of treaty, it fails to recognize that there was previously no cause of action, so this limitation legally did not run. Canada is the one who created the new cause of action when it enshrined existing treaty rights into the Canadian constitution. In short, Canada fails to distinguish between actions that could have been brought earlier but cannot now be pursued due to a limitation period defence, and actions that could not have been brought until recently. In both cases, the limitation period only has application when the claim is actionable, but not before.

[476] Neither Canada nor the Blood Tribe cite any jurisprudence at any level that holds that a First Nation could or could not commence an action to enforce its treaty rights prior to 1982. This appears to be the first time the question has been directly raised.

qui ont été reconnus en 1982, n’ont pas été créés par l’article 35 ». Je suis d’accord avec le Canada, mais je suis également d’accord avec la tribu des Blood qui affirme qu’avec cet argument, le Canada ne fait pas la distinction entre les [TRADUCTION] « droits » et les [TRADUCTION] « droits reconnus » qui donnent ouverture à action. Il ne fait aucun doute que la tribu des Blood avait acquis, à partir de 1877, les droits établis dans le Traité n° 7. Le fait de reconnaître qu’elle détenait certains droits issus de traités ne répond pas à la question de savoir si, avant 1982, la tribu des Blood pouvait faire appliquer dans un tribunal ces droits issus de traités.

[475] Deuxièmement, le Canada avance que si j’accepte l’observation formulée par les demandeurs, les Premières Nations bénéficieront alors d’une [TRADUCTION] « large exemption quant à l’application des délais de prescription » n’allant pas dans le sens des [TRADUCTION] « motifs clairs justifiant ces délais » et [TRADUCTION] « n’allant pas dans le sens de la jurisprudence ayant force obligatoire de la CSC ». Les délais sont établis d’après les principes directeurs que sont la certitude, les questions de preuve et la diligence. Le Canada a peut-être raison d’affirmer que ces trois principes sont contrecarrés par la nouvelle cause d’action qu’est le manquement au traité, mais il oublie de reconnaître qu’il n’existait précédemment aucune cause d’action, ce qui fait que ce délai de prescription n’avait pas légalement commencé à courir. C’est le Canada qui a donné naissance à cette nouvelle cause d’action en inscrivant les droits issus de traités existants dans la constitution canadienne. En bref, le Canada ne fait pas la distinction entre les actions qui auraient pu être intentées plus tôt mais ne peuvent plus l’être maintenant à cause d’une défense fondée sur la prescription, et les actions qui ne pouvaient être intentées jusqu’à tout récemment. Dans les deux cas, le délai de prescription s’applique dans le seul cas où un recours est possible, et uniquement à partir du moment où il est possible.

[476] Ni le Canada ni la tribu des Blood n’invoquent de décisions judiciaires à quelque niveau que ce soit voulant qu’une Première Nation puisse ou non intenter une action pour faire appliquer ses droits issus de traités avant 1982. C’est la première fois, semble-t-il, que la question est posée directement.

[477] Canada cites *Wewaykum* and *Guerin* for the proposition that the rights referred to in section 35 “derive either from treaty or from Aboriginal peoples’ prior occupation and possession of the territory now known as Canada”. It follows, Canada says, that “Aboriginal rights existed and could ground a cause of action prior to 1982.” As proof of that statement, Canada asserts that “Aboriginal peoples could and did sue based on those pre-existing rights” and it points to *Dreaver v. The King* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (Ex. Ct.) (*Dreaver*), as one of what Canada says are “many cases in Canadian jurisprudence where Aboriginal groups sued based on treaty rights before section 35 came into force”.

[478] In *Dreaver*, the members of the Mistawasis Band of Indians filed a petition of right against Canada. The plaintiffs’ reserve was set aside under a treaty with Canada made in 1876. The Band later surrendered portions of its reserve on the condition that Canada sell the land for the stipulated price and dispose of the funds in the manner set out in the surrender agreements. The land was sold and Canada submitted accounts to the Band showing receipts and disbursements by the Department of Indian Affairs. The Band asserts that certain of the disbursements were improper and sought to have those sums paid back into its funds being held by the Department.

[479] One disputed disbursement was \$4 489.95 for “drugs, medical supplies or medicines”. It was the Band’s position that Canada was obliged to provide drugs free under the following treaty provision:

That a medicine chest shall be kept at the house of each Indian Agent for the use and benefit of the Indians at the direction of such agent.

Canada responded to the petition, taking the position that this and the other disputed disbursements were “made and charged to the funds of the band as by law authorized”.

[477] Le Canada cite les décisions *Wewaykum* et *Guerin* pour étayer l’argument selon lequel les droits dont il est question dans l’article 35 [TRADUCTION] « découlent de traités ou de l’occupation et de la possession antérieures, par les Autochtones, du territoire qui est maintenant le Canada ». Il s’ensuit, selon le Canada, que [TRADUCTION] « les droits ancestraux existaient et pourraient justifier une cause d’action avant 1982 ». Pour étayer ses propos, le Canada affirme que [TRADUCTION] « ces droits préexistants permettraient aux peuples autochtones d’entamer des poursuites, ce qu’ils ont fait », et il cite la décision *Dreaver v. The King* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (C. de l’É.) (*Dreaver*), comme étant, selon lui, l’un des [TRADUCTION] « nombreux cas dans la jurisprudence canadienne où des groupes autochtones ont intenté des poursuites sur la base de droits issus de traités avant l’entrée en vigueur de l’article 35 ».

[478] Dans la décision *Dreaver*, les membres de la bande de Mistawasis ont déposé une pétition de droit contre le Canada. La réserve des demandeurs avait été établie aux termes d’un traité conclu avec le Canada en 1876. Par la suite, la bande a renoncé à des parties de sa réserve à condition que le Canada vende les terres au prix indiqué et utilise le produit de la vente de la manière indiquée dans les actes de cession. Les terres ont été vendues et le Canada a remis ses comptes à la bande, présentant les recettes et les dépenses du département des Affaires des sauvages. La bande a affirmé que certaines dépenses étaient inappropriées et a tenté de se faire rembourser ces sommes détenues par le département.

[479] Une des dépenses contestées était la somme de 4 489, 95 \$ pour [TRADUCTION] « des médicaments, des fournitures médicales ou des remèdes ». La bande estimait que le Canada était tenu de fournir les médicaments gratuitement, conformément à la disposition suivante du traité :

[TRADUCTION] Qu’il sera tenu un buffet à médicaments au domicile de tout agent des Indiens pour l’usage et l’avantage des Indiens, à la discrétion de tel agent.

Le Canada a répondu à la pétition en affirmant que cette dépense et toutes les autres dépenses contestées étaient [TRADUCTION] « faites et imputées aux fonds de la bande comme le permettait la loi ».

[480] The Exchequer Court of Canada found that the treaty provision means “that all medicines, drugs or medical supplies which might be required by the Indians of the Mistawasis Band were to be supplied to them free of charge”. Accordingly, the Court found that Canada had improperly deducted the cost of these drugs from the sale proceeds. The Band’s claim was well founded.

[481] I am not persuaded that *Dreaver* is an example of a First Nation bringing an action to enforce a treaty right. It is not an illustration of a Band enforcing its treaty right to free drugs; rather, it is a suit to recover from Canada funds taken improperly by Canada from the Band’s trust account. In order to establish that the taking was illegal, the Band pointed to its treaty and the right thereunder to receive the medicines without charge. There was no question raised in *Dreaver* as to whether Canada was meeting its treaty obligations: instead, the focus was on Canada’s improper taking of the trust funds. It was on that basis that the Court ordered Canada to reimburse the funds it took.

[482] Canada has provided other cases it says are examples of a Band enforcing its treaty rights prior to 1982: *Henry*; *Regina v. Taylor and Williams*, 1981 CanLII 1657, 34 O.R. (2d) 360, 3 C.N.L.R. 114 (C.A.) (*Taylor*); *R. v. White*, 1964 CanLII 452, 50 D.L.R. (2d) 613, 1964 B.C.J. No. 212 (QL) (C.A.) (*White*); *Regina v. Moses*, 1969 CanLII 384, [1970] 5 C.C.C. 356, 13 D.L.R. (3d) 50 (Ont. Dist. Ct.) (*Moses*); and *R. v. Wesley*, 1932 CanLII 267, [1932] 4 D.L.R. 775, [1932] 2 W.W.R. 337 (Alta. Sup. Ct.) (*Wesley*).

[483] In *Henry* the Mississaugas of the Credit sued by way of Petition of Right, asking that a sum of money granted under a treaty and alleged to be withheld by Canada, be credited to its accounts. Treaty No. 19, made October 28, 1818, with the former Province of Canada, contained an obligation to pay to the Mississaugas a fixed annuity of \$2 090. Following Confederation, that obligation rested with Canada.

[480] La Cour de l’Échiquier du Canada a considéré que la disposition du traité signifiait que [TRADUCTION] « l’ensemble des remèdes, des médicaments et des fournitures médicales dont les Indiens de la bande de Mistawasis pourraient avoir besoin doivent leur être fournis gratuitement ». La Cour a donc conclu que le Canada avait eu tort de déduire le coût de ces médicaments du produit de la vente. La revendication de la bande était bien fondée.

[481] Je ne suis pas convaincu qu’il faille prendre la décision *Dreaver* comme un exemple de Première Nation intentant une action pour faire appliquer un droit issu de traité. Il n’y est pas question d’une bande qui fait appliquer son droit à des médicaments gratuits aux termes d’un traité; il s’agit plutôt d’une poursuite afin que le Canada rende les fonds prélevés de façon irrégulière sur le compte en fiducie de la bande. Afin d’établir que le Canada avait agi de façon illégale, la bande a fait mention de son traité et du droit qui s’y rattache de recevoir gratuitement les médicaments. Il n’a jamais été question, dans la décision *Dreaver*, de savoir si le Canada respectait ses obligations issues de traité; le dossier était centré sur le fait que le Canada s’était approprié de manière illégitime les fonds en fiducie. C’est d’ailleurs sur cette base que la cour a ordonné au Canada de rembourser les fonds en question.

[482] Le Canada a évoqué d’autres affaires présentées comme des exemples de bandes faisant appliquer leurs droits issus de traités avant 1982 : *Henry*; *Regina v. Taylor and Williams*, 1981 CanLII 1657, 34 O.R. (2d) 360, 3 C.N.L.R. 114 (C.A.) (*Taylor*); *R. v. White*, 1964 CanLII 452, 50 D.L.R. (2d) 613, 1964 B.C.J. n° 212 (QL) (C.A.) (*White*); *Regina v. Moses*, 1969 CanLII 384, [1970] 5 C.C.C. 356, 13 D.L.R. (3d) 50 (C. dist. Ont.) (*Moses*); et *R. v. Wesley*, 1932 CanLII 267, [1932] 4 D.L.R. 775, [1932] 2 W.W.R. 337 (C. sup. Alb.) (*Wesley*).

[483] Dans la décision *Henry*, les Mississaugas de la « rivière Credit » intentaient des poursuites par voie d’une pétition de droit afin que lui soit versée une somme d’argent accordée aux termes d’un traité et prétendument retenue par le Canada. Le Traité n° 19, signé le 28 octobre 1818 avec ce qui était alors la Province du Canada, faisait état d’une obligation de verser aux Mississaugas une annuité fixe de 2 090 \$. Après la Confédération, cette obligation a été assumée par le Canada.

[484] It was found that the fiscal year 1889–1890 was the last time the Band was credited with the full amount of the annuity. The trial judge found that the annuity ought to have been credited to it each year and “as their right thereto rests upon the treaty or contract between the Crown and them, and upon The British North America Act, 1867, the court has, I think, jurisdiction so to declare” (emphasis added).

[485] There were other claims in the suit aside from the unpaid annuity payments, none of which are germane to the present discussion. It is clear from the judge’s reasons that he spent a considerable time assessing whether the Exchequer Court had jurisdiction to hear these various claims. He notes that section 15 of *An Act to amend “The Supreme and Exchequer Courts Act,” and to make better provision for the Trial of Claims against the Crown*, 50-51 Vict., c. 16, provides:

Exclusive original jurisdiction of the court.

15. [That the court] shall have exclusive original jurisdiction in all cases in which demand is made or relief sought in respect of any matter which might, in England, be the subject of a suit or action against the Crown, and for greater certainty, but not so as to restrict the generality of the foregoing terms, it shall have exclusive original jurisdiction in all cases in which the land, goods or money of the subject are in the possession of the Crown, or in which the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown. [Emphasis added.]

[486] With respect to the claims involved, the trial Judge held that there was no case in England where relief was given against the Crown as trustee. He also held that the claims did not relate to money of the Band now in the Crown’s possession, as it had not been paid and the Band was seeking to have it paid. He does find, however that the court has jurisdiction under contract:

With respect, however, to the provision of the section that gives the court jurisdiction in any case in which the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the

[484] On a déterminé que c’était au cours de l’année financière 1889–1890 que la bande avait reçu l’annuité complète pour la dernière fois. La juge qui présidait a conclu que l’annuité aurait dû être versée chaque année à la bande et que [TRADUCTION] « puisque leur droit repose sur le traité ou contrat établi entre eux et la Couronne, ainsi que sur l’Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867 la Cour a, semble-t-il, compétence pour faire cette déclaration » (non souligné dans l’original).

[485] La poursuite comprenait d’autres réclamations en plus des versements d’annuités non effectués, mais aucune ne s’avère pertinente dans la présente analyse. Les motifs du juge indiquent clairement qu’il a longuement réfléchi afin de décider si la Cour de l’Échiquier avait compétence pour entendre ces diverses revendications. Il fait remarquer que l’article 15 de l’*Acte à l’effet de modifier l’Acte des cours Suprême et de l’Echiquier, et d’établir de meilleures dispositions pour l’instruction des réclamations contre la Couronne*, 50-51 Vict., ch. 16, est rédigé ainsi :

Jurisdiction exclusive de la cour en première instance.

15. La cour de l’Echiquier aura juridiction exclusive, en première instance, dans tous les cas où demande sera faite ou recours sera cherché au sujet de toute matière qui pourrait, en Angleterre, faire le sujet d’une poursuite ou action contre la Couronne ; et pour plus de certitude, mais non pas de manière à restreindre la généralité des termes ci-dessus, elle aura juridiction exclusive, en première instance, dans tous les cas où des terrains, effets ou deniers du sujet seront en la possession de la Couronne, ou dans lesquels la réclamation proviendra d’un contrat passé par la Couronne ou en son nom. [Non souligné dans l’original.]

[486] Le juge qui présidait a conclu, à l’égard des revendications formulées, qu’il n’existait en Angleterre aucun dossier dans lequel une réparation a été accordée à l’encontre de la Couronne en tant que fiduciaire. Il a également conclu que les revendications n’étaient pas liées à des fonds appartenant à la bande, mais détenus par la Couronne à ce moment-là, puisque les versements n’avaient pas eu lieu et que la bande cherchait à les obtenir. En revanche, il a conclu que la Cour avait compétence aux termes d’un contrat :

[TRADUCTION] Cependant, pour ce qui est de la disposition de l’article qui donne compétence à la cour dans tout dossier dans lequel la revendication découle d’un contrat

Crown, it seems to me that the court has jurisdiction so far as the claim set up is supported by the agreement or treaty, or by the surrender, to which reference has been made.

[487] A fair reading of the reasons is that the only basis on which the Court found that it had jurisdiction was under contract with the Crown, and it equated the treaty with the Band as a contract. There is no evidence that either party submitted that the issue was not one of contract or that a treaty is not a contract. As such, the issue before this Court in this action was not before the Court in *Henry*. It does not support Canada's submission as an example where a Band claimed a breach of treaty, as it was looked upon and considered only as a breach of contract.

[488] Moreover, there is reason to believe that the case might be decided differently today. First Nations' Treaties are no longer considered as mere contracts—they have a unique status: see *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, [1999] 2 C.N.L.R. 289, at paragraph 24, and *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576 [cited above], at paragraph 37.

[489] In the next authority cited by Canada, *Taylor*, some members of the Chippewa were charged and convicted of taking bullfrogs from unoccupied Crown land to feed their families, contrary to *Regulations* made under the Ontario *Game and Fish Act (The)*, R.S.O. 1970, c. 186. The area from which the bullfrogs were taken was land covered by a treaty entered into in 1818. It was found that they had not surrendered their traditional right to hunt and fish in the area. The Court of Appeal held that provincial laws of general application dealing with hunting and fishing had no application to Indians because those rights had been preserved by *The Royal Proclamation, 1763* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1], independent of the *Indian Act*.

conclu par la Couronne ou au nom de celle-ci, il me semble que la cour est compétente dans la mesure où la prétention est étayée par la cession, l'entente ou le traité auquel on renvoie.

[487] L'interprétation raisonnable des motifs permet de conclure que la Cour a estimé qu'elle avait compétence seulement s'il s'agissait d'un contrat avec la Couronne, et qu'elle a considéré que le traité signé avec la bande équivalait à un contrat. Rien n'indique que l'une ou l'autre des parties a affirmé que la question en litige n'était pas une question de contrat ou qu'un traité ne constituait pas un contrat. Par conséquent, la question dont notre Cour est saisie en l'espèce diffère de la cause d'action dans la décision *Henry*. L'observation du Canada, qui affirme qu'il s'agit d'un exemple de bande revendiquant le manquement à un traité, n'est pas appuyée puisque cette affaire a été examinée uniquement comme une violation de contrat.

[488] En outre, il y a lieu de croire que l'affaire pourrait faire l'objet d'une décision différente de nos jours. Les traités signés par les Premières Nations ne sont plus considérés comme de simples contrats; ils bénéficient à présent d'un statut unique : voir *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, au paragraphe 24, et *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576 [précité], au paragraphe 37.

[489] Le Canada a également cité la décision *Taylor*, dans laquelle certains membres de la Première Nation des Chippewas ont été accusés et déclarés coupables d'avoir pris des ouaouarons sur des terres domaniales inoccupées afin de nourrir leurs familles, en contravention du *Règlement* pris en application de la *Game and Fish Act (The)*, L.R.O. 1970, ch. 186. Les terres où ont été pris les ouaouarons étaient visées par un traité conclu en 1818. On a conclu, dans cette décision, que les Chippewas n'avaient pas renoncé à leur droit traditionnel de chasser et de pêcher sur ces terres. La Cour d'appel a déclaré que les lois provinciales d'application générale concernant la chasse et la pêche ne s'appliquaient pas aux Indiens parce que ces droits avaient été préservés par la *Proclamation royale (1763)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 1], qui est indépendante de la *Loi sur les Indiens*.

[490] As in *Dreaver*, in *Taylor* the Indians were using treaty rights as a defence to Crown actions. It is not an illustration of them using their treaty rights to advance a claim against the Crown for breach of them. In short, they are using the treaty as a shield to defend against Crown actions, and not as a sword to enforce treaty rights.

[491] *White, Moses, and Wesley* are also illustrations where treaty rights were used to defend against charges of having violated provincial or federal laws. None is an illustration of a Band or a Band member looking to enforce positive rights given under the treaty.

[492] The Blood Tribe submits its TLE action is a claim for breach of treaty. Although the facts of the underlying cause of action took place in the 1880s, they say that they had no actionable cause of action for breach of treaty prior to April 17, 1982 when section 35 of the *Constitution Act, 1982*, entrenched treaty rights.

[493] The plaintiffs point to English jurisprudence dating from before Treaty No. 7. In *The Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 (BAILII), [1859] E.R. 836, the Judicial Committee of the Privy Council at pages 28-29 stated:

The general principle of law was not, as indeed it could not, with any colour of reason be dispute. The transactions of independent States between each other are governed by other laws than those which Municipal Courts administer : such Courts have neither the means of deciding what is right, nor the power of enforcing any decision which they may make.

[494] The plaintiffs have also referred the Court to the decision of the Privy Council in *Nayak Vajesingji Joravarsingji and others v. The Secretary of State for India in Council*, [1924] UKPC 51 (BAILII), (1924) L.R. 51 Ind. App. 357 (P.C.). The plaintiffs, Indian nobles, sued the Indian Government for a declaration that they are proprietors of the lands at issue. On December 12, 1860,

[490] Dans la décision *Taylor*, tout comme dans la décision *Dreaver*, les Indiens ont utilisé les droits issus de traité comme moyen de défense contre les actions intentées par la Couronne. Ils n'utilisent pas leurs droits issus de traité pour présenter une réclamation contre la Couronne au motif que celle-ci n'a pas respecté ces droits. En bref, le traité est un moyen défensif face aux actions de la Couronne, et non un moyen offensif pour faire appliquer les droits.

[491] Les décisions *White, Moses et Wesley* sont d'autres exemples d'utilisation des droits issus de traité afin de se défendre contre des accusations de non-respect des lois provinciales ou fédérales. Il n'est question dans aucune d'elle d'une bande ou d'un membre de bande qui cherche à faire appliquer les droits positifs conférés par un traité.

[492] La tribu des Blood affirme que son action concernant les DFIT est une revendication de manquement à un traité. Bien que les faits de la cause d'action sous-jacente se soient déroulés dans les années 1880, les membres de la tribu soutiennent que le manquement au traité n'est devenu un recours possible que le 17 avril 1982, lorsque les droits issus de traités ont été inscrits à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[493] Les demandeurs mentionnent la jurisprudence anglaise antérieure au Traité n° 7. Voici ce qu'a déclaré le Comité judiciaire du Conseil privé aux pages 28 et 29 de la décision *The Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 (BAILII), [1859] E.R. 836 :

[TRADUCTION] Quelle que soit l'apparence de raison, le principe général de droit n'était pas (et n'aurait pas pu être) le litige. Les transactions effectuées entre des États indépendants sont régies par des lois différentes de celles qu'administrent les tribunaux locaux : ces cours n'ont ni les moyens de décider ce qui convient, ni le pouvoir de faire appliquer les décisions qu'elles ont prises.

[494] Les demandeurs ont également renvoyé la Cour à la décision du Conseil privé dans *Nayak Vajesingji Joravarsingji and others v. The Secretary of State for India in Council*, [1924] UKPC 51 (BAILII), (1924) L.R. 51 Ind. App. 357 (P.C.). Dans cette affaire, les demandeurs, des membres de la noblesse indienne, poursuivaient le gouvernement indien afin d'obtenir une déclaration indiquant

Scindia of Gwalior had ceded the territory to the British Government by a treaty.

[495] The Privy Council held at pages 360 and 361 [page 2 of [1924] UKPC 51] that no court could address the matter as the claim involved the interpretation and application of a treaty:

.... But a summary of the matter is this ; when a territory is acquired by a sovereign state for the first time that is an Act of State. It matters not how the acquisition has been brought about. It may be by conquest, it may be by cession following on treaty, it may be by occupation of territory hitherto unoccupied by a recognised ruler. In all cases the result is the same. Any inhabitant of the territory can only make good in the municipal Courts established by the new sovereign such rights as the sovereign has, through his officers, recognised. Such rights as he had under the rule of predecessors avail him nothing. Nay more, even if in a treaty of cession it is stipulated that certain inhabitants should enjoy certain rights, that does not give a title to these inhabitants to enforce these stipulations in the municipal Courts. The right to enforce remains only with the High Contracting Parties. This is made quite clear by Lord Atkinson [in *Secretary of State for India v. Bai Rajbai* (1916) L.R. 42 I.A. 229] at page 238, when, citing the Pondoland case of *Cook v. Sprigg* [1899] AC 572], he says: “It was held that the annexation of territory was an Act of State, and that any obligation assumed under a treaty with the ceding State either to the sovereign or the individuals is not one which municipal Courts are authorised to enforce.” [Emphasis added.]

[496] The ability to bring a civil action to enforce a treaty right was again considered by the Privy Council in *Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board*, [1941] UKPC 6 (BAILII), [1941] A.C. 308 (P.C.). This case deals with a treaty an indigenous people entered into when it ceded its land to the Crown and so is a close parallel to the matter before me. In that case, the Maori attempted to enforce treaty rights under Treaty of Waitangi before a court. By way of the Treaty of Waitangi, the Maori of New Zealand ceded their lands to the Crown in exchange for solemn promises. The Privy Council ruled that

qu’ils étaient propriétaires des terres visées par le litige. Le 12 décembre 1860, la famille Scindia de l’État de Gwalior avait signé un traité par lequel elle cédait le territoire au gouvernement britannique.

[495] Le Conseil privé a conclu, aux pages 360 et 361 [à la page 2 de [1924] UKPC 51], qu’aucun tribunal ne pouvait traiter la question puisque la revendication portait sur l’interprétation et l’application d’un traité :

[TRADUCTION] [...] Mais voici à quoi se résume l’affaire : lorsqu’un territoire est acquis pour la première fois par un État souverain, il s’agit d’un acte de gouvernement. La façon dont l’acquisition s’est faite n’a aucune importance. Il peut s’agir d’une conquête, d’une cession à la suite d’un traité, ou encore de l’occupation d’un territoire qui n’était jusqu’alors occupé par aucun dirigeant reconnu. Le résultat est le même dans tous les cas. Tout habitant du territoire peut faire valoir, devant les tribunaux locaux établis par le nouveau souverain, uniquement les droits que ce souverain a reconnus par l’intermédiaire de ses représentants. Les droits qu’il avait sous le règne de ses prédécesseurs ne lui sont d’aucun secours. De plus, même si un traité de cession précise que certains habitants doivent bénéficier de certains droits, cela ne donne pas à ces habitants le droit de faire appliquer ces dispositions devant les tribunaux locaux. Le droit de faire exécuter ces dispositions revient uniquement aux hautes parties contractantes. Lord Atkinson l’a indiqué assez clairement [dans *Secretary of State for India v Bai Rajbai*, (1916) LR 42 IA 229], à la page 238, lorsque, citant le cas du Pondoland dont il était question dans *Cook v Sprigg*, [1899] AC 572], il a déclaré : « Il a été conclu que l’annexion de territoire était un acte de gouvernement et que toute obligation assumée aux termes d’un traité, que ce soit envers le souverain qui cède le territoire ou envers des personnes, n’est pas une obligation que les tribunaux locaux sont autorisés à faire appliquer. » [Non souligné dans l’original.]

[496] La capacité d’intenter une action civile pour faire respecter un droit issu de traité a une nouvelle fois été examinée par le Conseil privé dans la décision *Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board*, [1941] UKPC 6 (BAILII), 1941 A.C. 308 (P.C.). Cette affaire portait sur un traité signé par un peuple autochtone lors de la cession de ses terres à la Couronne; elle ressemble donc beaucoup à l’affaire dont je suis saisi. Dans la décision *Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board*, les Maoris se sont tournés vers un tribunal pour tenter de faire respecter des droits prévus par

the Maori of New Zealand had no right to bring actions to enforce their treaty rights before any court, with Viscount Simon stating at pages 324 and 325:

.... It is well settled that any rights purporting to be conferred by such a treaty of cession cannot be enforced in the courts, except in so far as they have been incorporated in the municipal law.

...

So far as the appellant invokes the assistance of the Court, it is clear that he cannot rest his claim on the Treaty of Waitangi, and that he must refer the Court to some statutory recognition of the right claimed by him. [Emphasis added.]

[497] The plaintiffs note that appeals to the Privy Council from the Supreme Court of Canada continued until 1949, and thus say that this decision is “highly persuasive, if not binding, in Canada.” More importantly, they say that the Supreme Court of Canada adopted this approach in *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, (1956), 3 D.L.R. (2d) 641. There, the appellant resided on an Indian reserve in the Province of Quebec adjoining an Indian reserve in the State of New York. He brought certain articles from the United States into Canada and paid no duties on them. They were seized by the Crown and the appellant, under protest, paid the sum demanded. By his petition of right, he claimed the return of this money and a declaration that no duties or taxes were payable by him with respect to these goods by reason of Article III of the Jay Treaty [1794]. The claim was rejected by the Exchequer Court of Canada. In dismissing the appeal, Chief Justice Kerwin of the Supreme Court of Canada stated at page 621 (cited to S.C.R.):

... it is clear that in Canada such rights and privileges as were here advanced of subjects of a contracting party to a treaty are enforceable by the Courts only where the treaty has been implemented or sanctioned by legislation.

le traité de Waitangi. En signant ce traité, les Maoris de Nouvelle-Zélande ont cédé leurs terres à la Couronne en échange de promesses solennelles. Le Conseil privé a conclu que les Maoris de Nouvelle-Zélande n’avaient pas le droit d’intenter d’actions pour faire respecter leurs droits issus de traité devant quelque tribunal que ce soit, et voici ce que le vicomte Simon a déclaré, aux pages 324 et 325 :

[TRADUCTION] [...] Il est bien établi qu’il est impossible de faire valoir devant les tribunaux les droits censés être conférés par un tel traité de cession, sauf s’ils ont été intégrés dans la législation municipale.

[...]

Dans la mesure où l’appelant demande l’aide de la cour, il ne peut clairement pas fonder sa revendication sur le Traité de Waitangi et il doit renvoyer la cour à une reconnaissance législative du droit qu’il revendique. [Non souligné dans l’original.]

[497] Les demandeurs indiquent que les appels devant le Conseil privé du jugement rendu par la Cour suprême du Canada se sont poursuivis jusqu’en 1949 et affirment donc que cette décision est [TRADUCTION] « très convaincante, voire contraignante, au Canada ». Plus important encore, ils affirment que la Cour suprême du Canada a suivi cette approche dans l’arrêt *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618. Dans cette affaire, l’appelant résidait dans une réserve indienne située au Québec et adjacente à une réserve indienne située dans l’État de New York. Il a ramené au Canada certains articles en provenance des États-Unis, sans payer les frais de douane requis. Ces biens ont été saisis par la Couronne et l’appelant, tout en protestant, a payé la somme exigée. L’appelant a déposé une pétition de droit pour récupérer son argent et obtenir une déclaration selon laquelle il n’avait pas à payer de taxes ou de droits de douane quant à ces biens, du fait de l’article III du Traité Jay [1794]. La Cour de l’Échiquier du Canada a rejeté sa demande. En rejetant l’appel, le juge en chef Kerwin de la Cour suprême du Canada a déclaré, à la page 621 de l’arrêt (cité dans le R.C.S.) :

[TRADUCTION] [...] il est évident qu’au Canada, les droits et privilèges ici défendus de personnes assujetties à une partie contractante à un traité ne sont exécutoires en justice que lorsque traité a été mis en œuvre ou sanctionné par la loi.

[498] The Supreme Court of Canada in *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at page 404, (1985), 24 D.L.R. (4th) 390 observed that treaties with First Nations in Canada are not the same as treaties between independent countries. Even so, the Ontario Court of Appeal noted in *R. v. Agawa*, 1988 CanLII 148, 65 O.R. (2d) 505, at page 509, 53 D.L.R. (4th) 101 (*Agawa*):

.... Indian treaties are, however, similar in one respect to Canada's international treaties. They are not self-executing and can acquire the force of law in Canada only to the extent that they are protected by the Constitution or by statute. [Emphasis added.]

[499] Prior to 1982, the only legislation that might apply to the TLE claim is the *Indian Act*. For the reasons offered by the Court in *Agawa*, at pages 509 and 510, that Act does not provide these plaintiffs with any actionable right against Canada to enforce Treaty rights:

In practical terms, however, the only effective protection of Indian treaty rights until 1982 was provided by the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, enacted by the Parliament of Canada pursuant to its power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* to make laws in relation to "Indians and lands reserved for Indians". Section 88, which was only inserted in the Act in 1951 (S.C. 1951, c. 29, s. 87), provides:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of the Parliament of Canada, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that such laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that such laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

The Supreme Court of Canada has established that the phrase "all laws of general application ... in force in any province" in s. 88 refers only to provincial laws and not federal laws. The result is that, in the event of conflict, Indian treaty rights prevail over provincial legislation: *R. v. White and Bob* (1966), 52 D.L.R. (2d) 481n, [1965] S.C.R. vi (S.C.C.); *Simon v. The Queen*, *supra*. Where, however,

[498] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la page 404, a indiqué que les traités signés avec des Premières Nations au Canada sont différents des traités signés entre des pays indépendants. Pourtant, voici ce qu'a indiqué la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Agawa*, 1988 CanLII 148, 65 O.R. (2d) 505, à la page 509, 53 D.L.R. (4th) 101 (*Agawa*):

[TRADUCTION] [...] Les traités indiens, toutefois, sont semblables à un égard aux traités internationaux signés par le Canada. Ils ne sont pas automatiquement exécutoires et peuvent avoir force exécutoire au Canada seulement dans la mesure où ils sont protégés par la Constitution ou par une loi. [Non souligné dans l'original.]

[499] Avant 1982, la seule loi susceptible de s'appliquer à la revendication concernant les DFIT était la *Loi sur les Indiens*. Pour les motifs indiqués aux pages 509 et 510 de la décision *Agawa*, cette loi ne donne à ces demandeurs aucun droit recevable à l'encontre du Canada afin de faire respecter les droits issus de traité :

[TRADUCTION] D'un point de vue pratique, cependant, le seul outil efficace pour protéger les droits issus de traités des Indiens avant 1982 était la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1970, c. I-6, adoptée par le Parlement du Canada en vertu de son pouvoir, aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d'adopter des lois concernant « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». L'article 88, qui n'a été inséré dans la Loi qu'en 1951 (L.C. 1951, c. 29, article 87), est rédigé ainsi :

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi du Parlement du Canada, toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où lesdites lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou statut administratif établi sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou y ressortissant.

La Cour suprême du Canada a établi que la phrase « toutes lois d'application générale et en vigueur [...] dans une province » de l'article 88 fait seulement référence aux lois provinciales, et non aux lois fédérales. Ainsi, en cas de conflit, les droits issus de traités des Indiens ont préséance sur les lois provinciales : *R. v. White and Bob* (1966), 52 D.L.R. (2d) 481n, [1965] R.C.S. vi (C.S.C.); *Simon v. The Queen*,

treaty rights conflict with federal legislation, the federal law prevails as the Supreme Court of Canada held in *Sikyea v. The Queen*, [1965] 2 C.C.C. 129, 50 D.L.R. (2d) 80, [1964] S.C.R. 642 (S.C.C.), and *R. v. George*, [1966] 3 C.C.C. 137, 55 D.L.R. (2d) 386, [1966] S.C.R. 267 (S.C.C.). Martland J. in *George* said at p. 151 C.C.C., p. 398 D.L.R., p. 281 S.C.R.:

This section was not intended to be a declaration of the paramountcy of treaties over Federal legislation. The reference to treaties was incorporated in a section the purpose of which was to make provincial laws applicable to Indians, so as to preclude any interference with rights under treaties resulting from the impact of provincial legislation.

[500] Accordingly, First Nations in Canada were denied the ability to make claims against the Crown for breach of treaty outside the statutory scheme of the *Indian Act*: There is nothing in the *Indian Act* permitting a First Nation to bring an action to enforce the TLE under a Treaty.

[501] I am persuaded that the Blood Tribe is correct that prior to 1982, a properly instructed Canadian court could not entertain a claim by it that Canada had breached the TLE treaty promise. Accordingly, no limitation can commence to run until the claim became actionable with the passage of section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[502] Canada submits that even if the breach of treaty claim was not actionable before 1982, this claim was not pleaded by the Blood Tribe until it filed its amended statement of claim in 1999, and it was then out of time to raise the cause of action. The paragraph of the amended statement of claim referenced in this submission is paragraph 7:

The members of the Blood Tribe have Aboriginal and Treaty rights which are constitutionally protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

précité. En revanche, lorsque les droits issus de traités sont incompatibles avec les lois fédérales, ces dernières ont pré-séance, comme l'a conclu la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Sikyea v. The Queen*, [1965] 2 C.C.C. 129, 50 D.L.R. (2d) 80, [1964] R.C.S. 642 (C.S.C.), et *R. v. George*, [1966] 3 C.C.C. 137, 55 D.L.R. (2d) 386, [1966] R.C.S. 267 (C.S.C.). Voici ce que le juge Martland a déclaré dans l'arrêt *George* (C.C.C. : p. 151, D.L.R. : p. 398, R.C.S. : p. 281) :

Cet article ne vise pas à déclarer la suprématie des traités sur la législation fédérale. Le renvoi aux traités a été inclus dans un article dont l'objet est de rendre les lois provinciales applicables aux Indiens, de façon à empêcher tout conflit entre les droits reconnus par les traités et l'effet des lois provinciales.

[500] Par conséquent, les Premières Nations du Canada ont été privées de la possibilité de formuler des revendications de manquement à un traité contre la Couronne en dehors du cadre législatif de la *Loi sur les Indiens* : rien dans cette loi ne permet à une Première Nation d'intenter une action pour faire appliquer les DFIT aux termes d'un Traité.

[501] Je suis convaincu que la tribu des Blood a raison d'affirmer qu'avant 1982, un tribunal canadien bien informé n'aurait pas pu entendre une demande de la tribu selon laquelle le Canada n'avait pas respecté la promesse contenue dans le traité relativement aux DFIT. De ce fait, aucune période de prescription ne peut exister avant que la revendication ne devienne recevable, c'est-à-dire avant l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[502] Le Canada affirme que même si la revendication de manquement à un traité n'était pas recevable avant 1982, la tribu des Blood n'a pas fait cette revendication avant le dépôt de sa déclaration modifiée en 1999, et il était alors trop tard pour soulever la cause d'action. Le paragraphe de la déclaration modifiée dont il est question dans cet argument est le paragraphe 7 :

[TRADUCTION] Les membres de la tribu des Blood ont des droits autochtones et issus de traités qui sont protégés par la constitution, conformément à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[503] The plaintiffs respond first by noting that the time for Canada to raise this objection was when the motion to amend was made in 1999. Canada did not do so then, and the plaintiffs submit it cannot do so now. Second, they point out that the facts described in the original Statement of Claim of 1980 supporting the claim did not change in 1999. The amendment, they say, is therefore effective from the original filing of 1980 for limitation purposes. In support of this proposition the Blood Tribe cites *Fox Lake Indian Band v. Reid Crowther & Partners Ltd.*, 2002 FCT 630, [2003] 1 F.C. 197 (*Fox Lake*).

[504] *Fox Lake*, a decision of Prothonotary Hargrave, was rendered on a motion to amend the statement of claim to add a claim for reimbursement by way of *quantum meruit* and unjust enrichment. The Crown opposed the amendment on the basis that the new claim was time-barred. The amendment was permitted, the Court stating at paragraph 19 “where a new and apparently reasonable cause of action arises out of the same or essentially the same facts as already plead, an amendment to institute that cause of action ought to be allowed, even though a limitation has run” (emphasis added). The plaintiffs also rely on rule 77 of the *Federal Courts Rules*, which provides: “The Court may allow an amendment under rule 76 notwithstanding the expiration of a relevant period of limitation that had not expired at the date of commencement of the proceeding.”

[505] After careful consideration, I have concluded that the breach of treaty claim is not time-barred. Although the plaintiffs directed the Court to the 1999 amendment and the additional pleading of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, that pleading added nothing to the claims set out in the original statement of claim, as I have found above. Accordingly, I find it unnecessary to consider the plaintiffs’ submission based on *Fox Lake*. Indeed, I am of the view, that it was unnecessary to plead the law as was done. Rule 175 [of the *Federal Courts Rules*] provides that in this Court a party “may” raise a point of law in its pleading but need not do so.

[503] Les demandeurs répondent en premier en soulignant que le bon moment pour le Canada de présenter cette opposition était le moment où la requête en modification a été présentée en 1999. Le Canada ne l’a pas fait alors et les demandeurs affirment qu’il ne peut pas le faire aujourd’hui. Deuxièmement, ils soulignent que les faits présentés dans la déclaration initiale de 1980 à l’appui de la déclaration n’ont pas changé en 1999. La modification, selon eux, est donc en vigueur depuis le dépôt initial de 1980 aux fins du délai de prescription. À l’appui de cette affirmation, la tribu des Blood cite la décision *Bande indienne de Fox Lake c. Reid Crowthers & Partners Ltd.*, 2002 CFPI 630, [2003] 1 C.F. 197 (décision *Fox Lake*).

[504] La décision *Fox Lake*, une décision du protonotaire Hargrave, a été rendue relativement à une requête en modification de la déclaration pour ajouter une demande de remboursement invoquant le *quantum meruit* et l’enrichissement sans cause. La Couronne s’est opposée à la modification pour le motif que la nouvelle revendication était frappée de prescription. La modification a été autorisée, la Cour affirmant au paragraphe 19 « que lorsque les mêmes faits, tels qu’ils ont été allégués, ou des faits essentiellement similaires donnent naissance à une cause d’action apparemment raisonnable, il convient d’autoriser la modification visant à ajouter cette cause d’action, même s’il y a prescription » (non souligné dans l’original). Les demandeurs s’appuient aussi sur la règle 77 des *Règles des Cours fédérales*, rédigé ainsi : « La Cour peut autoriser une modification en vertu de la règle 76 même si le délai de prescription est expiré, pourvu qu’il ne l’ait pas été à la date du début de l’instance ».

[505] Après un examen minutieux, j’ai conclu que la revendication de manquement à un traité n’était pas frappée de prescription. Bien que les demandeurs aient renvoyé la Cour à la modification de 1999 et à l’autre acte de procédure aux termes de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, cet acte de procédure n’a rien ajouté aux revendications énoncées dans la déclaration initiale, comme je l’ai conclu précédemment. Par conséquent, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’examiner les observations des demandeurs en se fondant sur la décision *Fox Lake*. En effet, je suis d’avis qu’il n’était pas nécessaire d’invoquer le droit tel que cela a été fait. Selon la règle 175 [des *Règles des Cours fédérales*], devant la Cour une partie « peut »,

[506] The material facts as set out in the original statement of claim are: that the Blood Tribe was a party to Treaty No. 7, that under the Treaty the Blood Tribe was entitled to a reserve of a size to be determined based on the TLE, that Canada provided a reserve, but that the reserve provided was not of the required size under the TLE. The Blood Tribe sought a declaration that it is entitled to additional lands, or in the alternative, damages. These are the material facts that touch on the claim of breach of treaty. They are few and straightforward.

[507] As Lord Denning observed, and as approved by the Federal Court of Appeal in *Conohan* and *Paradis Honey*, the plaintiffs “can present, in argument, any legal consequence of which the facts permit”. One of the legal consequences of the facts pleaded is that Canada breached Treaty No. 7 in regards to the TLE of the Blood Tribe.

[508] Paragraph 5(1)(g) of *The Limitation of Actions Act*, 1970 provides that an action for breach of treaty must be commenced within six years after the cause of action arose. It may seem odd, but here the Blood Tribe commenced this action two years before the cause of action arose. It did so because it pleaded the action as if it were a breach of contract claim. As result of the view of the Supreme Court of Canada that treaties are not contracts, it has turned out that the claim of the Blood Tribe is not one for breach of contract but rather is a claim for breach of treaty.

[509] The Blood Tribe since commencing this action has been the beneficiary of the entrenchment of treaty rights into the Constitution in 1982 and the pronouncements of the Supreme Court of Canada; however, those consequences are what they are and the plaintiffs cannot be faulted for taking advantage of these changes in the law. Canada has not put forward any arguments on the temporal application of the *Constitution Act, 1982* to suggest that it would not apply to an ongoing action.

dans son acte de procédure, soulever des points de droit, mais n’est pas tenue de le faire.

[506] Les faits substantiels, tels qu’ils sont exposés dans la déclaration initiale, sont que la tribu des Blood était partie au Traité n° 7; qu’aux termes du Traité, la tribu des Blood avait droit à une réserve d’une taille devant être déterminée selon les DFIT; que le Canada a fourni une réserve, mais que la réserve fournie n’était pas de la taille requise aux termes des DFIT. La tribu des Blood a demandé un jugement déclarant qu’elle a droit à des terres supplémentaires, ou subsidiairement, à des dommages-intérêts. Ce sont des faits substantiels qui ont trait à la revendication de manquement à un traité. Ils sont peu nombreux et très clairs.

[507] Comme l’a observé lord Denning, et tel que l’a approuvé la Cour d’appel fédérale dans les arrêts *Conohan* et *Paradis Honey*, les demandeurs « [TRADUCTION] peu[ven]t, dans [leur] argumentation, présenter toute conséquence juridique justifiée par les faits ». Une des conséquences juridiques des faits allégués est que le Canada a manqué au Traité n° 7 relativement aux DFIT de la tribu des Blood.

[508] Selon l’alinéa 5(1)(g) de la *Limitation of Actions Act* de 1970, une action doit être intentée dans les six années suivant le moment où la cause d’action a pris naissance. Cela peut paraître étrange, mais en l’espèce, la tribu des Blood a intenté cette action deux ans avant le moment où la cause d’action a pris naissance. Tel a été le cas, car elle a invoqué l’action comme s’il s’agissait d’une revendication fondée sur une rupture de contrat. En raison du point de vue de la Cour suprême du Canada selon lequel les traités ne sont pas des contrats, il s’est avéré que la revendication de la tribu des Blood ne relève pas d’une rupture de contrat, mais qu’il s’agit plutôt d’une revendication de manquement à un traité.

[509] Depuis qu’elle a entamé la présente action, la tribu des Blood a bénéficié de l’inscription de droits issus de traités dans la Constitution de 1982 et des prononcés de la Cour suprême du Canada; toutefois, ces conséquences sont ce qu’elles sont et on ne saurait reprocher aux demandeurs d’avoir tiré avantage de ces changements du droit. Le Canada n’a pas présenté d’observations sur l’application temporelle de la *Loi constitutionnelle de 1982* indiquant qu’elle ne s’appliquerait pas à une action en cours.

[510] For these reasons, the claim of the Blood Tribe for breach of the TLE promise in Treaty No. 7 is not time-barred.

IX. CONCLUSION

[511] For the reasons above, the claim of the Blood Tribe is allowed, in part. The Court finds that Canada is in breach of the TLE formula in Treaty No. 7 in regards to the size of the Blood Reserve. The plaintiffs were entitled under the TLE formula to a reserve of 710 square miles, whereas the current Reserve is 547.5 square miles. Canada is liable to the Blood Tribe for this breach of Treaty. All other claims are dismissed as time-barred.

[512] The Court shall conduct a trial management conference to schedule Phase III of this trial, to address remedy, and to address costs.

JUDGMENT in T-238-80

This Court's JUDGMENT IS that:

1. Under the Treaty Land Entitlement provisions of Treaty No. 7, the Blood Tribe was entitled to a reserve equal to 710 square miles in area;
2. Canada, having provided the Blood Tribe with a Reserve of 547.5 square miles in area, is in breach of the Treaty Land Entitlement provisions of Treaty No. 7;
3. All claims of the Blood Tribe, other than the Treaty Land Entitlement claim arising from Canada's breach of Treaty No. 7, are time-barred by operation of *The Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1970, c. 209, made applicable to this action by section 38 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7; and

[510] Pour ces motifs, la revendication de la tribu des Blood concernant un manquement à la promesse de DFIT du Traité n° 7 n'est pas frappée de prescription.

IX. CONCLUSION

[511] Pour les motifs qui précèdent, la revendication de la tribu des Blood est accueillie en partie. La Cour juge que le Canada ne respecte pas la formule des droits fonciers issus de traités indiquée dans le Traité n° 7 pour ce qui est de la superficie de la réserve des Blood. La formule des droits fonciers issus de traités donnait une réserve de 710 milles carrés aux demandeurs, mais la réserve actuelle a une superficie de 547,5 milles carrés. Le Canada est responsable envers la tribu des Blood de ce manquement à un traité. Toutes les autres revendications sont rejetées parce qu'elles sont prescrites.

[512] La Cour organisera une conférence de gestion de l'instruction pour établir le calendrier de la phase III du procès afin d'examiner la question de la réparation, ainsi que la question des dépens.

JUGEMENT DANS LE DOSSIER T-238-80

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. Conformément aux dispositions du Traité n° 7 concernant les droits fonciers issus de traités, la tribu des Blood avait droit à une réserve d'une superficie de 710 milles carrés.
2. Le Canada a donné à la tribu des Blood une réserve d'une superficie de 547,5 milles carrés, et contrevient donc aux dispositions du Traité n° 7 concernant les droits fonciers issus de traités.
3. En dehors de la revendication concernant les droits fonciers issus de traités découlant du manquement, par le Canada, au Traité n° 7, toutes les revendications de la tribu des Blood sont frappées de prescription en raison de la *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1970, ch. 209, rendue applicable à cette action par l'article 38 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

4. The Court shall arrange for a Trial Management Conference to discuss the scheduling of Phase III, to address remedy, and to address costs.

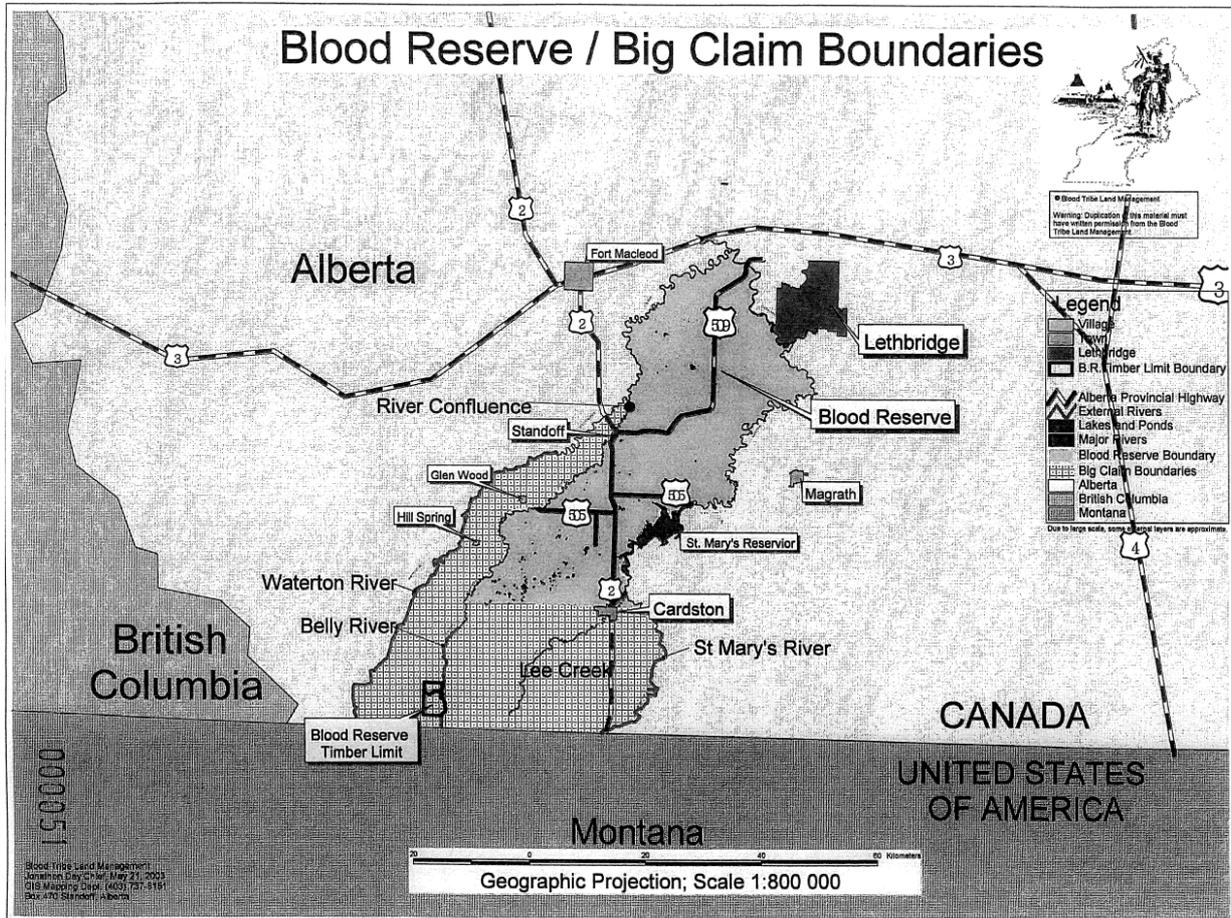
4. La Cour fera le nécessaire pour organiser une conférence de gestion de l’instruction afin de discuter de l’établissement du calendrier de la phase III qui portera sur la réparation, ainsi que la question des dépens.

APPENDICES

ANNEXES

A. Map of the Blood Tribe Reserve and the Big Claim Area

A. Carte de la réserve de la tribu des Blood et du secteur visé par la grande revendication.



Blood Reserve / Big Claim Boundaries
Alberta
British Columbia

Limites de la Réserve des Blood et du territoire de la grande revendication
Alberta
Colombie-Britannique

Blood Reserve / Big Claim Boundaries	Limites de la Réserve des Blood et du territoire de la grande revendication
Blood Reserve Timber Limit	Limite de la concession forestière de la Réserve des Blood
Belly River	Rivière Belly
Waterton River	Rivière Waterton
Hill spring	Hill Spring
Glen wood	Glenwood
Standoff	Standoff
River Confluence	Confluent des rivières
Fort Macleod	Fort Macleod
Lethbridge	Lethbridge
Blood Reserve	Réserve des Blood
Magrath	Magrath
St. Mary's Reservoir	Réservoir St. Mary's
Cardston	Cardston
Lee Creek	Lee Creek
St. Mary's River	Rivière St. Mary's
CANADA	CANADA
UNITED STATES OF AMERICA	ÉTATS-UNIS
Montana	Montana
Blood Tribe Land Management	Service de la gestion de terres de la Tribu des Blood
Jonathan Day C?, May 21, 2003	Jonathan Day C?, 21 mai 2003

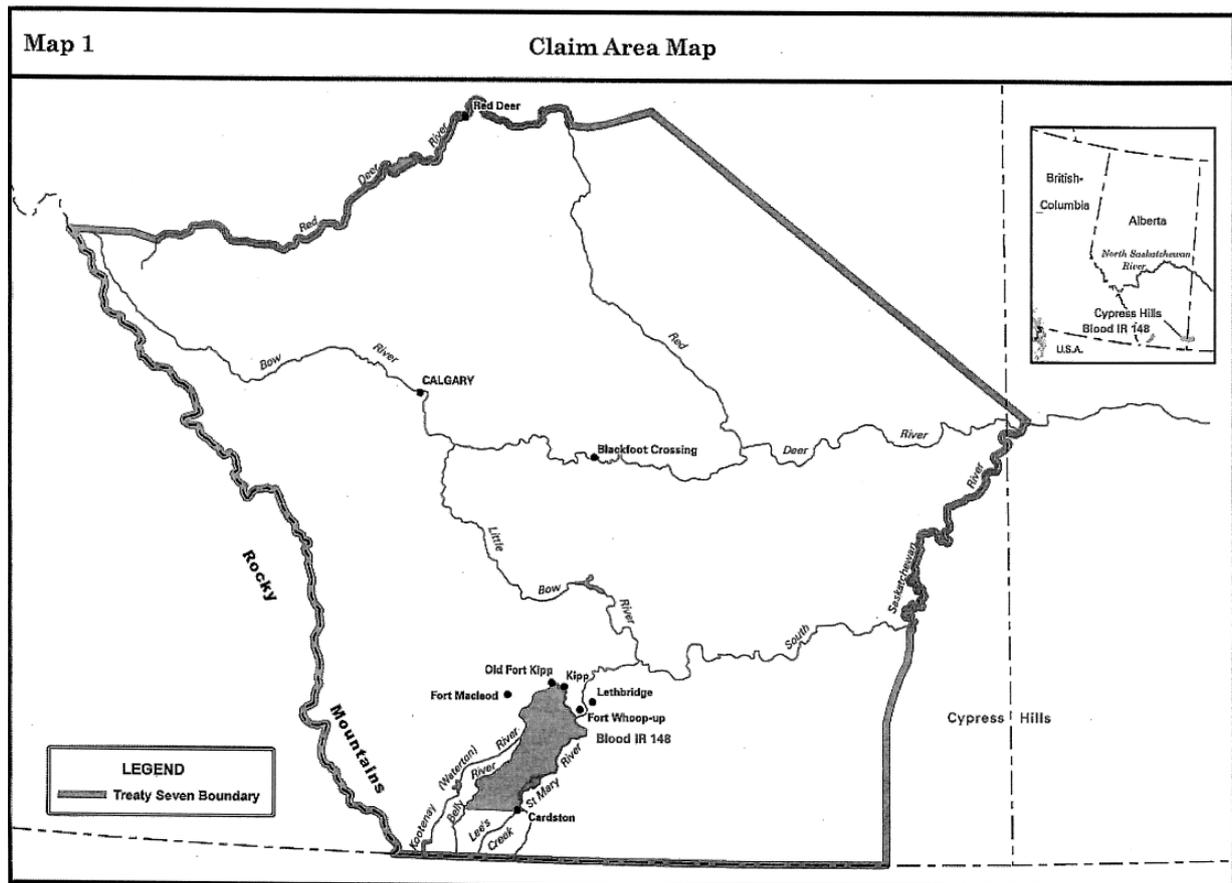
Blood Reserve / Big Claim Boundaries	Limites de la Réserve des Blood et du territoire de la grande revendication
CIS Mapping Dept (403) 737-8151	Service de la cartographie du SIG 403-737-8151
Box 470 Standoff, Alberta	B.P. 470, Standoff (Alberta)
Geographic Projection; Scale 1 :800 000	Projection géographique; échelle 1 :800 000
Kilometers	Kilomètres
© Blood Tribe Management	© Blood Tribe Management
Warning : Duplication of this material must have written permission from the Blood Tribe Land Management.	Avertissement : La reproduction de ce matériel doit être autorisée par écrit par le Service de la gestion de terres de la Tribu des Blood.
Legend	Légende
Village	Village
Town	Ville
Lethbridge	Lethbridge
B.R. Timber Limit Boundary	Réserve des Blood Limite de la concession forestière
Alberta Provincial Highway	Autoroute provinciale de l'Alberta
External Rivers	Rivières externes
Lakes and Ponds	Lacs et étangs
Major Rivers	Principales rivières
Blood Reserve Boundary	Limite de la réserve des Blood
Big Claim Boundaries	Limites du territoire de la grande revendication
Alberta	Alberta
British Columbia	Colombie-Britannique

Blood Reserve / Big Claim Boundaries
Montana
Due to large scale, some external layers are approximate.

Limites de la Réserve des Blood et du territoire de la grande revendication
Montana
En raison de la grande échelle utilisée, certaines couches externes sont approximatives

B. Map of the Blood Tribe Reserve and the Treaty No. 7 Area

B. Carte de la réserve de la tribu des Blood et du secteur du Traité n° 7



Map 1
Claim Area Map
Rocky Mountains

Carte 1
Carte du territoire de revendication
Montagnes Rocheuses

Map 1
Red Deer River
Red Deer
Bow River
CALGARY
Blackfoot Crossing
Little Bow River
South Saskatchewan River
Cypress Hills
Kootenay (Waterton) river
Belly river
Lee's Creek
Cardston
St. Mary River
Fort Whoop-up
Blood IR 148
Lethbridge
Kipp
Old Fort Kipp
Fort Macleod
British-Columbia
Alberta

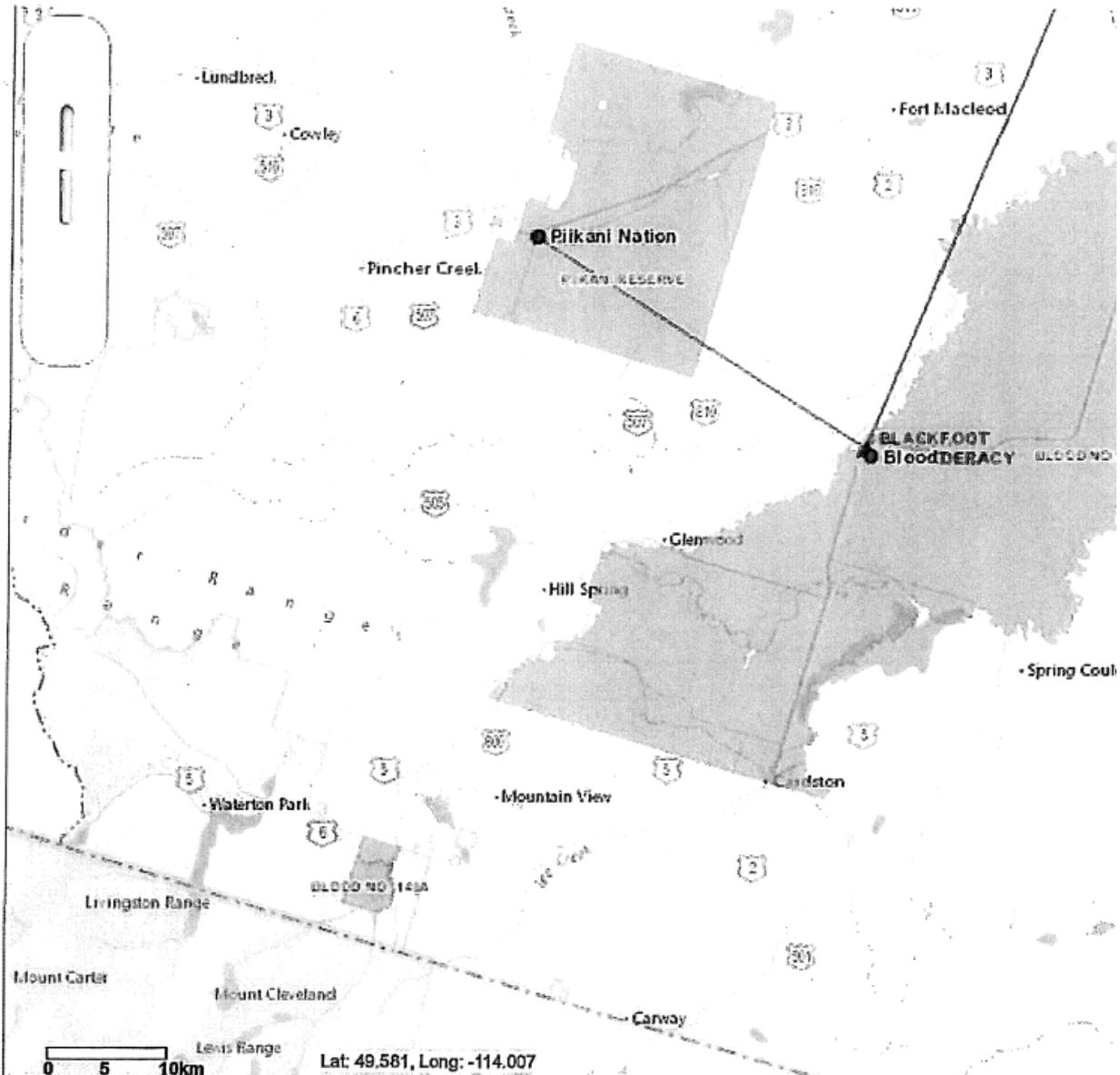
Carte 1
Rivière Red Deer
Red Deer
Rivière Bow
CALGARY
Blackfoot Crossing
Rivière Little Bow
Rivière South Saskatchewan
Cypress Hills
Rivière Kootenay (Waterton)
Rivière Belly
Lee's Creek
Cardston
Rivière St. Mary
Fort Whoop-Up
Réserve Blood 148
Lethbridge
Kipp
Old Fort Kipp
Fort Macleod
Colombie-Britannique
Alberta

Map 1
North Saskatchewan River
Cypress hills
Blood IR 148
U.S.A.
LEGEND
Treaty Seven Boundary

Carte 1
Rivière North Saskatchewan
Cypress Hills
Réserve Blood 148
États-Unis
LÉGENDE
Limite du Traité n° 7

C. Map of Area to the South of the Blood Reserve

C. Carte de la région située au sud de la réserve des Blood



The information contained in the Community Profiles is extracted from the authoritative source systems used for the ongoing operations inconsistencies are occasionally overlooked. If you spot inaccuracies in the profiles, please contact the Aboriginal Affairs and Northern L

Lundbreck
Cowley
Pincher Creek
Piikani Nation
Piikani Reserve
Hill spring
Glenwood
Waterton park
Mountain view
Livingston range
BLOOD NO 148A
Mount Carter
Mount Cleveland
Lewis Range
Canway
Cardston
Spring couk?
BLACKFOOT Blood DERACY
BLOOD NO
Fort Macleod
10 km
Lat : 49,581, Long : - 114,007

Lundbreck
Cowley
Pincher Creek
Nation Piikani
Réserve Piikani
Hill Spring
Glenwood
Waterton Park
Mountain View
Cha�ne Livingston
BLOOD NO 148A
Mont Carter
Mont Cleveland
Cha�ne Lewis
Canway
Cardston
Spring Coulee
CONFÉDÉRATION DES PIEDS-NOIRS Blood
BLOOD NO
Fort Macleod
10 km
Lat : 49,581, Long : - 114,007

The information contained in the Community profiles is extracted from the authoritative source systems used for the ongoing operations inconsistencies are occasionally overlooked. If you spot inaccuracies in the profiles, please contact the Aboriginal Affairs and Northern L

Les renseignements contenus dans les profils des collectivités proviennent de systèmes d'information autorisés qui sont utilisés pour les activités courantes du Ministère. Il est important pour ce dernier de conserver des données de haute qualité. Cependant, il arrive parfois que des erreurs se glissent. Si vous relevez une erreur dans un profil, veuillez communiquer avec le service de référence d'Affaires autochtones et Développement du Nord Canada.

D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)

COPY OF TREATY
AND
SUPPLEMENTARY TREATY
No. 7,
MADE 22ND SEPT., AND 4TH DEC, 1877,
BETWEEN
HER MAJESTY THE QUEEN
AND THE
BLACKFEET
AND
OTHER INDIAN TRIBES,
AT THE BLACKFOOT CROSSING OF BOW RIVER
AND FORT MACLEOD.

D. Copie du traité et traité supplémentaire n° 7, 22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n° 7)

DE SON SUPPLÉMENT
SIGNÉ LE 22 SEPTEMBRE ET LE 4 DÉCEMBRE 1877,
ENTRE
SA MAJESTÉ LA REINE
ET LES
PIEDS-NOIRS
ET
D'AUTRES TRIBUS INDIENNES
À BLACKFOOT CROSSING, SUR LA RIVIÈRE BOW, ET À FORT MACLEOD

Réimpression de l'édition de 1877 par
©
ROGER DUHAMEL, F.R.S.C.
IMPRIMEUR DE LA REINE ET CONTRÔLEUR DE LA PAPETERIE
OTTAWA, 1966
Cat. n° : Ci 72-0766
Publication d'AINC n° QS-0575-000-EE-A

Reprinted from the Edition of 1877 by

©
ROGER DUHAMEL, F.R.S.C.
QUEEN'S PRINTER AND CONTROLLER OF STATIONERY
OTTAWA, 1966

Cat. No.: Ci 72-0766

IAND Publication No. QS-0575-000-EE-A

D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7,
September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)
—Continued

ARTICLES OF A TREATY

Made and concluded this twenty-second day of September, in the year of Our Lord, one thousand eight hundred and seventy-seven, between Her Most Gracious Majesty the Queen of Great Britain and Ireland, by Her Commissioners, the Honorable David Laird, Lieutenant-Governor and Indian Superintendent of the North-West Territories, and James Farquharson MacLeod, C.M.G., Commissioner of the North-West Mounted Police, of the one part, and the Blackfeet, Blood, Piegan, Sarcee, Stony and other Indians, inhabitants of the Territory north of the United States Boundary Line, east of the central range of the Rocky Mountains, and south and west of Treaties numbers six and four, by their Head Chiefs and Minor Chiefs or Councilors, chosen as hereinafter mentioned, of the other part.

WHEREAS the Indians inhabiting the said Territory, have, pursuant to an appointment made by the said Commissioners, been convened at a meeting at the "Blackfoot Crossing" of the Bow River, to deliberate upon certain matters of interest to Her Most Gracious Majesty, of the one part, and the said Indians of the other;

And whereas the said Indians have been informed by Her Majesty's Commissioners that it is the desire of Her Majesty to open up for settlement, and such other purposes as to Her Majesty may seem meet, a tract of country, bounded and described as hereinafter mentioned, and to obtain the consent thereto of Her Indian subjects inhabiting the said tract, and to make a Treaty, and arrange with them, so that there may be peace and good will between them and Her Majesty, and between them and Her Majesty's other subjects; and that Her Indian people may know and feel assured of what allowance they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence;

And whereas the Indians of the said tract, duly convened in Council, and being requested by Her Majesty's Commissioners to present their Head Chiefs and Minor Chiefs, or Councilors, who shall be authorized, on their behalf, to conduct such negotiations and sign any Treaty to be founded thereon, and to become responsible to Her Majesty for the faithful performance, by their respective Bands of such obligations as should be assumed by them, the said Blackfeet, Blood, Piegan and Sarcee Indians have therefore acknowledged for that purpose, the several Head and Minor Chiefs, and the said Stony Indians, the Chiefs and Councilors who have subscribed hereto, that thereupon in open Council the said Commissioners received and acknowledged the Head and Minor Chiefs and the Chiefs and Councilors presented for the purpose aforesaid;

And whereas the said Commissioners have proceeded to negotiate a Treaty with the said Indians; and the same has been finally agreed upon and concluded as follows, that is to say: the Blackfeet, Blood, Piegan, Sarcee, Stony and other Indians inhabiting the district hereinafter more fully described and defined, do hereby cede, release, surrender, and yield up to the Government of Canada for Her Majesty the Queen and her successors for ever, all their rights, titles, and privileges whatsoever to the lands included within the following limits, that is to say:

Commencing at a point on the International Boundary due south of the western extremity of the Cypress Hills, thence west along the said boundary to the central range of the Rocky Mountains, or to the boundary of the Province of British Columbia, thence north-westerly along the said boundary to a point due

D. Copie du traité et traité supplémentaire n° 7,
22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n° 7) — Suite

ARTICLES D'UN TRAITE

Fait et conclu, le vingt-deuxième jour de septembre dans l'année de Notre-Seigneur mil huit cent soixante-dix-sept, entre Sa Très Gracieuse Majesté la Reine de la Grande-Bretagne et d'Irlande, par ses Commissaires, l'honorable David Laird, lieutenant-gouverneur et surintendant des Indiens des Territoires du Nord-Ouest, et James Farquharson MacLeod, C.M.G. commissaire de la police à cheval du Nord-Ouest, d'une part, et les tribus des Pieds-Noirs, des Gens du Sang, des Piéganes, des Sarcis, des Stony, et des autres tribus d'Indiens, habitants du pays situé au nord de la ligne frontière des États-Unis et à l'est de la chaîne centrale des Montagnes-Rocheuses, et au sud et à l'ouest des traités n°s 4 et 6 et par leurs chefs, sous-chefs ou conseillers, choisis, tel que ci-après mentionné d'autre part.

CONSIDÉRANT que les Indiens, habitant ledit pays se sont, conformément au rendez-vous indiqué par lesdits commissaires, réunis en conférence à la traverse des «Pieds-Noirs» de la rivière à l'Arc, pour délibérer sur certaines affaires qui intéressent Sa Très Gracieuse Majesté, d'une part, et lesdits Indiens de l'autre.

Et considérant que lesdits Indiens ont été notifiés et informés par lesdits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables, une étendue de pays, bornée et décrite, tel que ci-après mentionné, et d'obtenir à cet égard le consentement de ses sujets Indiens habitant ledit pays, et de faire un Traité et de s'arranger avec eux, de manière que la paix et la bonne harmonie puissent exister entre eux et Sa Majesté et entre eux et les autres sujets de Sa Majesté, et qu'ils puissent connaître à savoir avec certitude quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de sa Majesté.

Et considérant que les Indiens de ladite étendue du pays, se sont dûment réunis en conseil comme ci-dessus, et qu'étant requis par les Commissaires de Sa Majesté de présenter leurs chefs, sous-chefs ou conseillers, qui seraient autorisés en leur nom de conduire ces négociations et à signer un traité d'après elles, et à devenir responsables envers Sa Majesté du fidèle accomplissement de la part de ces bandes des obligations qu'elles contracteront, lesdits Indiens des tribus Pieds-Noirs, Gens du Sang, Piéganes et Sarcis ont, en conséquence, nommé à cette fin les divers chefs et sous-chefs et lesdits Indiens Stony, les chefs et conseillers qui y ont apposé leur nom; et alors séance tenante, lesdits commissaires ont reçu et reconnu les chefs et les sous-chefs ainsi que les chefs et conseillers susdits :

En considérant que lesdits Commissaires ont procédé à négocier un traité avec lesdits Indiens, et que ce traité a été finalement accepté et conduit comme suit à savoir : Les tribus des Indiens Pieds-Noirs, Gens du Sang, Piéganes, Sarcis, Stony et tous les Indiens habitant le district ci-après décrit et défini, par le présent cèdent, abandonnent, remettent et rendent au gouvernement de la Puissance du Canada pour Sa Majesté la Reine et ses successeurs à toujours, tous droits, titres et privilèges quelconques, qu'ils peuvent avoir aux terres comprises dans les limites suivantes à savoir :

À partir d'un endroit sur la frontière internationale au sud de l'extrémité ouest des Collines du Cypres, de là en suivant la ligne frontière vers l'ouest jusqu'à la chaîne centrale des Montagnes-Rocheuses, ou jusqu'à la ligne frontière de la province de la Colombie-Britannique, de là en suivant la ligne frontière dans une direction ouest jusqu'à un endroit franc ouest de la source de la branche principale de la rivière du Cerf, de là en prenant une direction sud-ouest en passant au sud des frontières des terres cédées par les traités Nos 6 et 4 jusqu'au point de départ.

D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)—Continued

4

west of the source of the main branch of the Red Deer River, thence south-westerly and southerly following on the boundaries of the Tracts ceded by the Treaties numbered six and four to the place of commencement;

And also all their rights, titles and privileges whatsoever, to all other lands wherever situated in the North-West Territories, or in any other portion of the Dominion of Canada.

To have and to hold the same to Her Majesty the Queen and her successors forever:—

And Her Majesty the Queen hereby agrees with her said Indians, that they shall have right to pursue their vocations of hunting throughout the Tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may, from time to time, be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty and saving and excepting such Tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, trading or other purposes by Her Government of Canada; or by any of Her Majesty's subjects duly authorized therefor by the said Government.

It is also agreed between Her Majesty and Her said Indians that Reserves shall be assigned them of sufficient area to allow one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families, and that said Reserves shall be located as follows, that is to say:

First.—The Reserves of the Blackfeet, Blood and Sarcee Bands of Indians, shall consist of a belt of land on the north side of the Bow and South Saskatchewan Rivers, of an average width of four miles along said rivers, down stream, commencing at a point on the Bow River twenty miles north-westerly of the Blackfoot Crossing thereof, and extending to the Red Deer River at its junction with the South Saskatchewan; also for the term of ten years, and no longer, from the date of the concluding of this Treaty, when it shall cease to be a portion of said Indian Reserves, as fully to all intents and purposes as if it had not at any time been included therein, and without any compensation to individual Indians for improvements, of a similar belt of land on the south side of the Bow and Saskatchewan Rivers of an average width of one mile along said rivers, down stream; commencing at the aforesaid point on the Bow River, and extending to a point one mile west of the coal seam on said river, about five miles below the said Blackfoot Crossing; beginning again one mile east of the said coal seam and extending to the mouth of Maple Creek at its junction with the South Saskatchewan; and beginning again at the junction of the Bow River with the latter river, and extending on both sides of the South Saskatchewan in an average width on each side thereof of one mile, along said river against the stream, to the junction of the Little Bow River with the latter river, reserving to Her Majesty, as may now or hereafter be required by Her for the use of Her Indian and other subjects, from all the Reserves hereinbefore described, the right to navigate the above mentioned rivers, to land and receive fuel cargoes on the shores and banks thereof, to build bridges and establish ferries thereon, to use the fords thereof and all the trails leading thereto, and to open such other roads through the said Reserves as may appear to Her Majesty's Government of Canada, necessary for the ordinary travel of her Indian and other subjects, due compensation being paid to individual Indians for improvements, when the same may be in any manner encroached upon by such roads.

Secondly.—That the Reserve of the Piegan Band of Indians shall be on the Old Man's River, near the foot of the Porcupine Hills, at a place called "Crow's Creek."

And, Thirdly.—The Reserve of the Stony Band of Indians shall be in the vicinity of Morleyville.

In view of the satisfaction of Her Majesty with the recent general good conduct of her said Indians, and in extinguishment of all their past claims, she

D. Copie du traité et traité supplémentaire n° 7, 22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n° 7)—Suite

4

Et aussi tous leurs droits, titres et privilèges quelconques à toutes autres terres situées dans les territoires du Nord-Ouest ou dans toute autre partie du Canada.

Pour, par Sa Majesté la Reine, et ses successeurs, avoir et posséder ledit pays à toujours.

Et Sa Majesté la Reine, convient avec lesdits Indiens qu'ils auront le droit de s'avérer à leurs occupations ordinaires de la chasse dans l'étendue de pays cédée, tel que ci-dessus décrite, sujet à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par son gouvernement du Canada agissant au nom de Sa Majesté; et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissement, de mine, de commerce de bois ou autres par son dit gouvernement du Canada, ou par chacun de ses sujets y demeurant, et qui seront dûment autorisés à cet effet par ledit gouvernement;

Et Sa Majesté la Reine par le présent convient et s'oblige de mettre à part des réserves propres à la culture de la terre, pourvu que toutes telles réserves ne devront pas excéder en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites, et lesdites réserves seront placées aux endroits suivants, à savoir :

Premièrement. — Les réserves des Pieds Noirs, des Gens du Sang, et des Sarcis se composeront d'une lisière de terre située sur le côté nord des rivières à l'Arc et Saskatchewan Sud, d'une largeur moyenne de quatre milles sur le bord des dites rivières en suivant le cours de l'eau, à partir d'un endroit sur la rivière à l'Arc, située à vingt milles dans une direction nord-ouest de la traverse des Pieds-Noirs, et se prolongeant jusqu'à la rivière du Cerf à sa jonction avec la Saskatchewan-Sud; en outre, pendant un espace de dix années, et pas davantage, à compter de la date de la signature de ce traité, époque à laquelle elle cessera de faire partie des dites réserves des Indiens, aussi efficacement que si elle n'en avait jamais fait partie en aucun temps, et sans aucune compensation à aucun Indien en particulier pour améliorations; une autre lisière de terre sur le côté sud des rivières à l'Arc et de la Saskatchewan, d'une largeur moyenne d'un mille sur le bord des dites rivières en suivant le cours de l'eau, à partir de l'endroit déjà mentionné sur la rivière à l'Arc et se prolongeant jusqu'à un endroit situé à un mille à l'ouest du filon de houille sur la dite rivière à environ cinq milles en aval de la Traverse des Pieds-Noirs; commençant de nouveau à un mille à l'est dudit filon de houille et se prolongeant jusqu'à l'embouchure du ruisseau à l'Érable où il se jette dans la Saskatchewan-Sud; et à partir de nouveau à la jonction de la rivière à l'Arc avec cette dernière rivière et se prolongeant sur la largeur moyenne d'un mille chaque côté de la Saskatchewan Sud, et en suivant la dite rivière en remontant le courant jusqu'à la jonction de la petite rivière à l'Arc avec cette dernière, réservant à Sa Majesté, pour maintenant ou pour plus tard, dans toutes les réserves ci-dessus décrites, le droit pour elle ou pour ses sujets Indiens, de naviguer dans les rivières ci-dessus mentionnées, de débarquer et de recevoir le combustible et les cargaisons sur le rivage et les bords d'icelles, d'y construire des ponts et d'y établir des bateaux passeurs, de se servir des gués et de tous les sentiers qui y conduisent, et d'ouvrir à travers lesdites réserves tous autres chemins que le gouvernement de Sa Majesté jugera nécessaires pour les voyages ordinaires de ses dits Indiens ou autres, une compensation raisonnable devant être payée aux Indiens pour les améliorations qu'ils auraient faites lorsque lesdits chemins empièteront sur leurs domaines.

Deuxièmement — Que la réserve de la bande d'Indiens Piéganes sera sur la rivière du Vieux, à un endroit appelé «Ruisseau du Corbeau», au pied des collines du Porc-Epic.

Troisièmement — La réserve de la bande d'Indiens Stony sera dans le voisinage de Morleyville.

En considération du plaisir causé à Sa Majesté par la bonne conduite récente desdits Indiens, et en compensation de toutes les réclamations antérieures, Elle s'engage, par ses commissaires à leur faire présent d'un paiement de douze dollars en argent à chaque homme, femme et enfant des familles ici présentes.

D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)—Continued

5

hereby, through her Commissioners, agrees to make them a present payment of twelve dollars each in cash to each man, woman, and child of the families here represented.

Her Majesty also agrees that next year, and annually afterwards forever, she will cause to be paid to the said Indians, in cash, at suitable places and dates, of which the said Indians shall be duly notified, to each Chief, twenty-five dollars, each minor Chief or Councillor (not exceeding fifteen minor Chiefs to the Blackfeet and Blood Indians, and four to the Piegan and Sarcee Bands, and five Councillors to the Stony Indian Bands), fifteen dollars, and to every other Indian of whatever age, five dollars; the same, unless there be some exceptional reason, to be paid to the heads of families for those belonging thereto.

Further, Her Majesty agrees that the sum of two thousand dollars shall hereafter every year be expended in the purchase of ammunition for distribution among the said Indians; Provided that if at any future time ammunition become comparatively unnecessary for said Indians, Her Government, with the consent of said Indians, or any of the Bands thereof, may expend the proportion due to such Band otherwise for their benefit.

Further, Her Majesty agrees that each Head Chief and Minor Chief, and each Chief and Councillor duly recognized as such, shall, once in every three years, during the term of their office, receive a suitable suit of clothing, and each Head Chief and Stony Chief, in recognition of the closing of the Treaty, a suitable medal and flag, and next year, or as soon as convenient, each Head Chief, and Minor Chief, and Stony Chief shall receive a Winchester rifle.

Further, Her Majesty agrees to pay the salary of such teachers to instruct the children of said Indians as to Her Government of Canada may seem advisable, when said Indians are settled on their Reserves and shall desire teachers.

Further, Her Majesty agrees to supply each Head and Minor Chief, and each Stony Chief, for the use of their Bands, ten axes, five handsaws, five augers, one grindstone, and the necessary files and whetstones.

And further, Her Majesty agrees that the said Indians shall be supplied as soon as convenient, after any Band shall make due application therefor, with the following cattle for raising stock, that is to say: for every family of five persons, and under, two cows; for every family of more than five persons, and less than ten persons, three cows; for every family of over ten persons, four cows; and every Head and Minor Chief, and every Stony Chief, for the use of their Bands, one bull; but if any Band desire to cultivate the soil as well as raise stock, each family of such Band shall receive one cow less than the above mentioned number, and in lieu thereof, when settled on their Reserves and prepared to break up the soil, two hoes, one spade, one scythe, and two hay forks, and for every three families, one plough and one harrow, and for each Band, enough potatoes, barley, oats, and wheat (if such seeds be suited for the locality of their Reserves) to plant the land actually broken up. All the aforesaid articles to be given, once for all, for the encouragement of the practice of agriculture among the Indians.

And the undersigned Blackfeet, Blood, Piegan and Sarcee Head Chiefs and Minor Chiefs, and Stony Chiefs and Councillors on their own behalf and on behalf of all other Indians inhabiting the Tract within ceded do hereby solemnly promise and engage to strictly observe this Treaty, and also to conduct and behave themselves as good and loyal subjects of Her Majesty the Queen. They promise and engage that they will, in all respects, obey and abide by the Law, that they will maintain peace and good order between each other and between themselves and other tribes of Indians, and between themselves and others of Her Majesty's subjects, whether Indians, Half Breeds or Whites, now inhabiting, or hereafter to inhabit, any part of the said ceded tract; and that they will not molest the person or property of any inhabitant of such ceded tract, or the

D. Copie du traité et traité supplémentaire n° 7, 22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n° 7)—Suite

5

Il est en outre entendu entre Sa Majesté et les Indiens qu'à partir de l'année prochaine et toutes les années subséquentes, et pour toujours, ils recevront en argent, à des endroits et des dates convenables, dont avis leur sera donné, vingt-cinq dollars pour chaque chef, à chaque sous-chef ou conseiller (le nombre de sous-chefs ne devant pas dépasser quinze chez les Pieds-Noirs et les Gens-du-Sang, quatre pour les bandes de Piéganes et des Sarcis, et cinq conseillers pour les bandes des Indiens Stony) quinze dollars et à chaque autre Indiens de tout âge, cinq dollars; ces montants, à moins de raisons particulières, devront être payés au chef de famille pour tous ceux qui en font partie.

Il est en outre convenu entre Sa Majesté et lesdits Indiens que la somme de deux mille dollars sera accordée chaque année subséquente pour l'achat de munitions devant être distribuées parmi lesdits Indiens; pourvu toutefois, que si à une époque ultérieure les munitions devenaient comparativement inutiles auxdits Indiens, son gouvernement, du consentement des dits Indiens ou d'aucune des bandes, dépasserait la proportion due à chaque bande à une autre fin et à leur avantage.

Il est en outre convenu que Sa Majesté donnera à chaque chef et sous-chef et à chaque chef et conseiller dûment reconnu comme tel, une fois tous les trois ans pendant la durée de leurs fonctions, un habillement complet convenable, et à chaque chef et conseiller des Stony, en reconnaissance de la signature du traité, un pavillon et une médaille convenables, et l'année prochaine ou aussitôt que la chose pourra avoir lieu commodément, chaque chef et sous-chef et chef des Stony recevra une carabine Winchester.

En outre, Sa Majesté s'engage à payer le salaire des maîtres d'école que son gouvernement du Canada jugera nécessaires pour instruire les enfants des Indiens des que ceux-ci seront établis sur leurs réserves et qu'ils demanderont des maîtres.

En outre, Sa Majesté s'engage à fournir à chaque chef et sous-chef et à chaque chef Stony, pour l'usage de leurs bandes, dix haches, cinq scies, cinq tarières, une meule, les limes nécessaires et des pierres à aiguiser.

En outre, Sa Majesté s'engage à ce que chaque bande d'Indiens qui en a fait la demande, recevra aussitôt qu'il sera possible et pour l'élevage le bétail suivant, à savoir : pour chaque famille de cinq personnes ou moins, deux vaches; pour chaque famille de plus de cinq et de moins de dix personnes, trois vaches; pour chaque famille de plus de dix personnes, quatre vaches; et chaque chef et sous-chef et chef des Stony recevra pour sa bande, un taureau; mais dans le cas où aucune des bandes désirerait cultiver le sol en même temps qu'élever le bétail, chaque famille de telle bande recevra une vache de moins que le nombre ci-dessus indiqué, et lorsqu'ils seront établis sur leurs réserves et préparés à labourer, ils recevront en échange deux hoes, une bêche, une faux et deux fourches à foin, et pour chaque trois familles, une charrue et une herse, et pour chaque bande assez de pommes de terre, d'orge, d'avoine et de blé (si de telles semences conviennent au sol de telles réserves) pour ensemençer la terre alors labourée. Tous les articles susmentionnés seront donnés une fois pour toutes afin d'encourager la pratique de l'agriculture parmi les Indiens.

Et les chefs et sous-chefs des Pieds-Noirs, des Gens du Sang, des Piéganes et des Sarcis et les chefs et conseillers de Stony soussignés, en leur nom et au nom de tous les autres Indiens habitant l'étendue du pays présentement cédé, déclarent solennellement par les présentes qu'ils s'engagent et promettent d'observer strictement ce traité, et aussi de se conduire et comporter comme de bons et loyaux sujets de Sa Majesté la Reine. Ils promettent et s'engagent à subir et à se conformer sous tous les rapports à la loi, et à maintenir la paix et la bonne harmonie entre eux, et aussi entre eux et les autres tribus d'Indiens, ainsi qu'entre eux-mêmes et les autres sujets de Sa Majesté, qu'ils soient Indiens, Métis ou Blancs, habitant maintenant ou devant habiter par la suite quelque partie de ladite étendue de pays cédée, et à ne molester la personne ou la propriété d'aucun habitant de telle étendue dudit pays cédé, ni la propriété de Sa Majesté la Reine, et à n'inquiéter ni troubler aucune personne passant ou voyageant dans ladite étendue de pays ou aucune partie d'icelle, et à aider et assister les officiers de Sa Majesté à amener à justice et à châtier tout Indiens contrevenant aux dispositions de ce traité ou enfreignant les lois en force dans ce pays ainsi cédé.

D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)—Continued

6

property of Her Majesty the Queen, or interfere with or trouble any person, passing or travelling through the said tract or any part thereof, and that they will assist the officers of Her Majesty in bringing to justice and punishment any Indian offending against the stipulations of this Treaty, or infringing the laws in force in the country so ceded.

IN WITNESS WHEREOF HER MAJESTY'S said Commissioners, and the said Indian Head and Minor Chiefs, and Stony Chiefs and Councillors, have hereunto subscribed and set their hands, at the "Blackfoot Crossing" of the Bow River, the day and year herein first above written.

Signed by the Chiefs and Councillors within named in presence of the following witnesses, the same having been first explained by James Bird, Interpreter.

A. G. IRVINE, Ass't. Com., N.W.M.P.
J. MCDUGALL, Missionary.
JEAN L'HEUREUX.
W. WINDER, Inspector.
T. N. F. CROZIER, Inspector.
E. DALRYMPLE CLARK, Lieut. & Adjutant N.W.M.P.
A. SHURTLIFF, Sub Inspector.
C. E. DENING, Sub Inspector.
W. D. AUTROBUS, Sub Inspector.
FRANK NORMAN, Staff Constable.
MARY J. MACLEOD
JULIA WINDER
JULIA SHURTLIFF
E. HARDISTY
A. MCDUGALL.
E. A. BARRETT.

CONSTANTINE SCOLLEN, Priest, witness to signatures of Stonixosak and those following.

CHARLES E. CONRAD.
THos J BOGG.

DAVID LAIRD, Lieutenant-Governor of North-West Territories, and Special Indian Commissioner.

JAMES F. MACLEOD, Lieut-Colonel, Com. N.W.M.P., and Special Indian Commissioner.

CHAPO-MEXICO, or Crowfoot, his Head Chief of the South x
Blackfeet. mark.

MATOSE-APIW, or Old Sun, his Head Chief of the North x
Blackfeet. mark.

STAMISCOTOCAR, or Bull Head, his Head Chief of the Sarcccs. x
mark.

MEKASTO, or Red Crow x
Head Chief of the South Bloods mark.

NATOSE-ONISTORS, or Medicine his Calf x
mark.

POKAPIW-OTOIAN, or Bad Head his x
mark.

SOTENAH, or Rainy Chief, his Head Chief of the North x
Bloods. mark.

TAKOYE-STAMIX, or Fiend Bull. his x
mark.

AKKA-KITCIPIMIW-OTAS, or many x spotted horses. mark.

ATTISTA-MACAN, or Running his Rabbit. x
mark.

D. Copie du traité et traité supplémentaire n° 7, 22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n° 7)—Suite

6

EN FOI DE QUOI lesdits commissaires de Sa Majesté et lesdits chefs et sous-chefs indiens, et les chefs et conseillers Stony ont apposé leurs signatures de leurs mains à la Traverse des Pieds-Noirs, sur la rivière à l'Arc, au jour et an ci-dessus mentionnés.

Signé par les chefs et conseillers nommés aux présentes en présence des témoins suivants, ledit traité ayant été au préalable lu et expliqué par James Bird, interprète.

A.G. IRVINE, assist. comm., P.C.N.O.

J. MCDUGALL, missionnaire.

JEAN L'HEUREUX.

W. WINDER, inspecteur.

T.N.F. CROZIER, inspecteur.

E. DALRYMPLE CLARK, lieut. et adjudant P.C.N.O.

A. SHURTLIFF, sous-inspecteur.

C.E. DENING, sous-inspecteur.

W.D. AUTROBUS, sous-inspecteur.

FRANK NORMAN, constable.

MARY J. MACLEOD

JULIA WINDER

JULIA SHURTLIFF

E. HARDISTY

A. MCDUGALL.

E. A. BARRETT.

CONSTANTINE SCOLLEN, prêtre, témoin des signatures de Stonixosak et des suivants.

CHARLES E. CONRAD.

THos J BOGG.

DAVID LAIRD, lieutenant-gouverneur Territoires du Nord-Ouest et commissaire spécial des Indiens.

JAMES F. MacLEOD, lieut.-colonel, Com.

P.C.N.O., et commissaire spécial des Indiens.

CHAPO-MEXICO, ou LE PIED DE sa x

CORBEAU, marque.

chef des Pieds-Noirs du Sud,

MATOSE-APIW, ou LE VIEUX sa x

SOLEIL, marque.

chef des Pieds-Noirs du Nord,

STAMISCOTOCAR, ou LA TÊTE sa x

DE BOEUF, marque.

chef des Sarcis,

MEKASTO, ou LE CORBEAU sa x

ROUGE, marque.

chef des Gens du Sang du Sud,

NATOSE-ONISTORS, ou LE VEAU sa x

DE MÉDECINE, marque.

POKAPIW-OTOIAN, ou LA sa x

MAUVAISE TÊTE, marque.

SOTENAH, ou LA PLUIE DES sa x

GENS DU SANG DU NORD, marque.

chef,

TAKOYE-STAMIX, ou LE BOEUF sa x

MALIN, marque.

AKKA-KITCIPIMIW-OTAS, ou sa x

PLUSIEURS CHEVAUX marque.

TACHETÉS,

ATTISTA-MACAN, ou LE LAPIN sa x

COUREUR, marque.

D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)—Continued

7

PITAH-PEKIS, or Eagle Rib,	his x mark.	
SAKOYE-AOTAN, or Heavy Shield, Head Chief of the Middle Blackfeet.	his x mark.	
ZOATZE-TAPITAPIW, or Setting on an Eagle Tail.	his x mark.	
Head Chief of the North Piegans	his his x mark.	
AKKA-MAKKOYE, or Many Swans	his x mark.	
APENAKO-SAPOP, or Morning Plume	his x mark.	
MAS-GWA-AH-SID, or Bear's Paw	his x mark.	<i>Stony Chiefs</i>
CHE-NK-KA, or John,	his x mark.	
KI-CHI-PWOT, or Jacob,	his x mark.	
STAMIX-OSOK, or Bull Backfat,	his x mark.	
EMITAH-APISKINNE, or White Striped Dog,	his x mark.	
MATAPI-KOMOTZIW, or the Captive or Stolen Person,	his x mark.	
APAWAWAKOSOW, or White Antelope,	his x mark.	
MAKOYE-KIN, or Wolf Collar,	his x mark.	
AYE-STIPIS-SIMAT, or Heavily Whipped,	his x mark.	
KISSOUM, or Day Light,	his x mark.	
PITAH-OTOCAN, or Eagle Head,	his x mark.	
APAW-STAMIX, or Weasel Bull,	his x mark.	
OMSTAM-POKAH, or White Calf,	his x mark.	

D. Copie du traité et traité supplémentaire n° 7, 22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n° 7)—Suite

7

PITAH-PEKIS, ou LA CÔTE D'AIGLE,	sa x marque.	
SAKOYE-AOTAN, ou LE GRAND BOUCLIER, chef des Pieds-Noirs du Centre,	sa x marque. sa x marque.	
ZOATZE-TAPITAPIW, ou ASSIS SUR LA QUEUE DE L'AIGLE, chef des Piegânes du Nord,	sa x marque.	
AKKA-MAKKOYE, ou PLUSIEURS CYGNES,	sa x marque.	
APENAKO-SAPOP, ou PLUME DU MATIN,	sa x marque.	
MAS-GWA-AH-SID, ou LA PATTE D'OURS, CHE-NE-KA, ou JEAN,	sa x marque. sa x marque.	<i>Stony Chiefs</i>
KI-CHI-PWOT, ou JACOB,	sa x marque.	
STAMIX-OSOK, ou LE BOEUF AU DOS GRAS, EMITAH-APISKINNE, ou LE CHIEN RAYÉ DE BLANC, MATAPI-KOMOTZIW, ou L'HOMME CAPTIF ou VOLÉ, APAWAWAKOSOW, ou L'ANTILOPE BLANCHE, MAKOYE-KIN, ou LE COU DE LOUP, AYE-STIPIS SIMAT, ou FOUETTE SANS MERCI, KISSOUM, ou LA LUMIERE DU JOUR, PITAH-OTOCAN, ou LA TÊTE D'AIGLE, APAW-STAMIX ou LA BELETTE,	sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque.	
ONISTAH-POKAH, ou LE VEAU BLANC,	sa x marque.	

D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)—Continued

8

NETAH-KITEI-PI-MEW, or Only Spot,	his x mark.
AKAK-OTOS, or Many Horses,	his x mark.
STOKIMATIS, or The Drum	his x mark.
PITAH-ANNES or Eagle Robe	his x mark.
PITAU-OTISKIN, or Eagle Shoe,	his x mark.
STAMIXO-TA-KA-PIW, or Bull Turn Round	his x mark.
MASTE-PITAH, or Crow Eagle,	his x mark.
JAMES DIXON,	his x mark.
ABRAHAM KECHEPWOT,	his x mark.
PATRICK KECHEPWOT,	his x mark.
GEORGE MOY-ANY-MEN,	his x mark.
GEORGE CRAWLOR,	his x mark.
EKAS-KINE, or Low Horn,	his x mark.
KAYO-OKOSIS, or Bear Shield,	his x mark.
PONOKAH-STAMIX, or Bull Elk,	his x mark.
OMAKSI SAPOP, or Big Plume,	his x mark.
ONISTAH, or Calf Robe,	his x mark.
PITAH-SIKSINUM, or White Eagle,	his x mark.

Stony Councilors

D. Copie du traité et traité supplémentaire n° 7, 22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n° 7)—Suite

8

NETAH-KITEI-PI-MEW, ou LA SEULE TACHE, AKAK-OTOS, ou PLUSIEURS CHEVAUX, STOKIMATIS, ou LE TAMBOUR,	sa x marque. sa x marque. sa x marque.
PITAH-ANNES, ou LA ROBE D'AIGLE, PITAH-OTSIKIN, ou LA CHAUSSURE DE L'AIGLE, STAMIXO-TA-KA-PIW, ou LE BOEUF TOURNE-TOI, MASTE-PITAH, ou L'AIGLE CORBEAU, JAMES DIXON,	sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque. sa x marque.
ABRAHAM KECHEPWOT,	sa x marque.
PATRICK KECHEPWOT,	sa x marque.
GEORGE MOY-ANY-MEN,	sa x marque.
GEORGE CRAWLOR,	sa x marque.
EKAS-KINE, ou LA CORNE BASSE, KAYO-OKOSIS, ou LE BOUCLIER D'OURS, PONOKAH-STAMIX, ou L'ELAN,	sa x marque. sa x marque. sa x marque.
OMAKSI SAPOP, ou LA GRANDE PLUME, ONISTAH, ou LA ROBE DE VEAU,	sa x marque. sa x marque.
PITAH-SIKSINUM, ou L'AIGLE BLANC,	sa x marque.

Conseillers Stony

D. Copy of Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877 (Treaty No. 7)—Concluded

9		
	APAW-ONISTAW, or Weasel Calf,	his x mark.
	ATTISTA-HAES, or Rabbit Carrier,	his x mark.
	PITAH, or Eagle,	his x mark.
	PITAH-ONISTAH, or Eagle White Calf,	his x mark.
	KAYE-TAPO, or Going to Bear,	his x mark.

We the members of the Blackfoot tribe of Indians having had explained to us the terms of the Treaty made and concluded at the Blackfoot Crossing of the Bow River, on the twenty-second day of September, in the year of our Lord one thousand eight hundred and seventy-seven;

Between Her Majesty the Queen, by Her Commissioners duly appointed to negotiate the said Treaty and the Blackfeet, Blood, Piegan, Sarcee, Stony and other Indian inhabitants of the country within the limits defined in the said Treaty, but not having been present at the Councils at which the articles of the said Treaty were agreed upon, do now hereby, for ourselves and the Bands which we represent, in consideration of the provisions of the said Treaty being extended to us and the Bands which we represent, transfer, surrender and relinquish to Her Majesty the Queen, Her heirs and successors, to and for the use of Her Government of the Dominion of Canada, all our right, title, and interest whatsoever which we and the said Bands which we represent have held or enjoyed of in and to the territory described and fully set out in the said Treaty; also, all our right, title, and interest whatsoever to all other lands wherever situated, whether within the limits of any other Treaty heretofore made or hereafter to be made with Indians, or elsewhere in Her Majesty's territories, to have and to hold the same unto and for the use of Her Majesty the Queen, Her heirs and successors forever;

And we hereby agree to accept the several benefits, payments, and Reserves promised to the Indians under the Chiefs adhering to the said Treaty at the Blackfoot Crossing of the Bow River, and we solemnly engage to abide by, carry out and fulfil all the stipulations, obligations and conditions therein contained on the part of the Chiefs and Indians therein named, to be observed and performed and in all things to conform to the articles of the said Treaty, as if we ourselves and the Bands which we represent had been originally contracting parties thereto and had been present at the Councils held at the Blackfoot Crossing of the Bow River, and had there attached our signatures to the said Treaty.

IN WITNESS WHEREOF, James Farquharson MacLeod, C.M.G., one of Her Majesty's Commissioners appointed to negotiate the said Treaty, and the Chief of the Band, hereby giving their adhesion to the said Treaty, have hereunto subscribed and set their hands at Fort MacLeod, this fourth day of December, in the year of our Lord one thousand eight hundred and seventy-seven.

10

Signed by the parties hereto in the presence of the undersigned witnesses, the same having been explained to the Indians by the said James Farquharson MacLeod, one of the Commissioners appointed to negotiate the said Treaty, through the interpreter, Jerry Potts, in the presence of

JAMES F. MACLEOD, LIEUT. COL., <i>Special Indian Commissioner.</i>	
MEANKISTOMACH or Three Bulls	his x mark.

A. G. IRVINE,
Assistant Commissioner.

E. DALRMYMLE CLARK,
Lieutenant and Adjutant N.W.M.P.

CHARLES E. CONRAD,
W. WINDER,
Inspector.

D. Copie du traité et traité supplémentaire n° 7, 22 septembre et 4 décembre 1877 (Traité n° 7)—Fin

9		
	APAW-ONISTAW, ou LA JEUNE	sa x
	BELETTE,	marque.
	ATTISTA-HAES, ou LE PORTEUR	sa x
	DE LAPINS,	marque.
	PITAH, ou L'AIGLE,	sa x
	PITAH-ONISTAH, ou LE VEAU	marque.
	BLANC AIGLE,	marque.
	KAYE-TAPO, ou ALLANT A	sa x
	L'OURS,	marque.

Nous, membre de la tribu d'Indiens Pieds-Noirs, ayant reçu des explications concernant les conditions du traité fait et signé à la Traverse des Pieds-Noirs, sur la rivière à l'Arc, le vingt-deuxième jour de septembre, dans l'année de Notre-Seigneur, mil huit cent soixante-dix-sept. —

Entre Sa Majesté la Reine, par les commissaires dûment nommés à cet effet pour négocier ledit traité, et les Pieds-Noirs, les Gens du Sang, les Pieganes, les Sarcis, les Stony et autres Indiens du pays demeurant dans les limites indiquées par ledit traité, mais qui n'étaient pas présents aux réunions du Conseil lorsque ces conditions du traité ont été adoptées, nous nous engageons par les présentes pour nous-mêmes et les bandes que nous représentons, en considération des dispositions du traité qui nous sont accordées à nous et aux bandes que nous représentons, à céder, abandonner, remettre et vendre à Sa Majesté la Reine, et ses successeurs, à et pour l'usage de son gouvernement du Canada, tous nos droits, titres et intérêts quelconques dont nous ou les différentes bandes que nous représentons, pouvons avoir joui et que nous pouvons avoir eu dans les territoires décrits et amplement désignés dans ledit traité; de plus à tous nos droits, titres et privilèges quelconques aux autres terres que nous pouvons avoir, soit en vertu des dispositions d'aucun autre traité antérieur ou devant être fait par la suite avec les Indiens, ou en quelque endroit que ce soit dans les territoires de Sa Majesté, pour par Sa Majesté la Reine, et ses Successeurs, les avoir et posséder à toujours;

Et nous nous engageons par les présentes à accepter les différents avantages, réserves et paiements promis aux Indiens ayant pour chefs ceux qui ont donné leur adhésion audit traité de la Traverse des Pieds-Noirs à la rivière à l'Arc, et nous nous engageons solennellement à suivre fidèlement, à exécuter et remplir toutes les dispositions, obligations et conditions imposées aux chefs et Indiens y mentionnés, le tout devant être fait et observé en conformité des articles du dit traité, comme si nous-mêmes et les bandes que nous représentons avions été originairement parties contractantes dans celui-ci, et avions été présents aux Conseils tenus à la Traverse des Pieds-Noirs sur la rivière à l'Arc, et avions apposé nos signatures audit traité.

EN FOI DE QUOI, James Farquharson MacLeod, l'un des commissaires de Sa Majesté nommé pour négocier ledit traité, et les chefs de la bande, donnent par les présentes leur adhésion audit traité, et ont apposé leurs noms et signatures de leurs mains, au Fort MacLeod, ce quatrième jour de décembre, dans l'année de Notre Seigneur mil huit cent soixante-dix-sept.

10

Signé par les parties aux présentes en présence des témoins suivants, ledit traité ayant été au préalable lu et expliqué aux Indiens par ledit James Farquharson, MacLeod, l'un des commissaires nommés pour négocier ledit traité, avec l'aide de Jerry Potts, interprète, en présence de

JAMES F. McLEOD, lieut.-col. <i>commissaire spécial des Indiens.</i>	
MEANKISTOMACH, ou LES TROIS BOEUFs,	sa x marque.

A. G. IRVINE,
Assistant Commissaire.

E. DALRMYMLE CLARK,
Lieutenant et adjudant, P.C.N.O.

CHARLES E. CONRAD,
W. WINDER,
Inspecteur.

E. Blackfoot, Blood, and Peigan Populations According to Treaty Annuity Paylists, 1877-1890

-268-

Appendix 2. Blackfoot, Blood, and Peigan Populations According to Treaty Annuity Paylists, 1877-1890

Year	Blackfoot	Blood	Peigan	Source and Comments
1877	1,234	1,810	589	LAC, RG 10, Vol. 9412, Treaty 7 recapitulations, 336 and 352. - Blood payments made at the treaty grounds by NWMP Sub-Inspector W. Antrobus and Staff Constable Frank Norman
1878	1,946	2,488	750	LAC, RG 10, Vol. 9412, Treaty annuity paylists-Treaties 4, 6, and 7, 1874-1878, recapitulations, 1878 payments, 538 and 570-572. - Blood payments made at Fort Kipp by NWMP Inspector J. Winder and Constable S. F. Stone
1879	2,240	3,065	941	LAC, RG 10, Vol. 9413, Blackfoot treaty annuity paylists, paid at Fort Macleod and Blackfoot Crossing, 30 September-14 October 1879, 175-196; Blood treaty annuity paylists, paid at Fort Macleod, 1-6 October 1879 and at Blackfoot Crossing, n.d., 197-222; Peigan treaty annuity paylists, paid at Fort Macleod, 4-5 October 1879, 223-229. - Blood payments made at Fort Macleod by NWMP Superintendent J. Winder and a NWMP sergeant
1880	272	956	738	LAC, RG 10, Vol. 9414, Blackfoot, Blood, and Peigan payroll recapitulations, 162, 178, and 185. - Blood payments made at Fort Macleod by NWMP Inspector J. H. McIlreath and a NWMP sergeant
1881	2,974	3,560	1,012	LAC, RG 10, Vol. 9415, Blackfoot, Blood, and Peigan payroll recapitulations and "miscellaneous" payroll (for the Blackfoot), 193-194, 223, and 233. - Blood payments made on the Blood Reserve by Indian Agent Norman Macleod and the agency secretary, Percy Robinson
1882	2,255	3,542	849	LAC, RG 10, Vol. 9415A, Blood, Blackfoot, and Peigan payroll recapitulations, 208, 238, and 262. - Blood payments made on the Blood Reserve by Indian Agent W. Pocklington and agency clerk W. Sherwood
1883	2,158	2,589	893	LAC, RG 10, Vol. 9416, treaty annuity payroll recapitulations for the Blackfoot, Blood, and Peigan, 183, 217, and 228-229. - Blood payments made by Indian Agent C. E. Denny
1884	2,173	2,270	922	LAC, RG 10, Vol. 9417, treaty annuity payroll recapitulations for the Blackfoot, Blood, and Peigan, 220, 270, and 279. - Blood payments made by Indian Agent W. Pocklington
1885	2,147	2,329	941	LAC, RG 10, Vol. 9418, treaty annuity payroll recapitulations for the Blackfoot, Blood, and Peigan, 266, 279, 290, 326, and 356. - Blood payments made by Indian Agent W. Pocklington

-269-

Year	Blackfoot	Blood	Peigan	Source and Comments
1886	2,046	2,254	929	LAC, RG 10, Vol. 9419, treaty annuity payroll recapitulations for the Blackfoot, Blood, and Peigan, 354, 384, 418, 437, and 450. - Blood payments made by Indian Agent Pocklington
1887	1,952	2,202	931	LAC, RG 10, Vol. 1920, treaty annuity payroll recapitulations for the Blackfoot, Blood, and Peigan, 358, 388, 408, and 450. - Blood payments made by Indian Agent Pocklington
1888	1,816	2,135	932	LAC, RG 10, Vol. 1921, treaty annuity payroll recapitulations for the Blackfoot, Blood, and Peigan, 337, 369, 421, and 435. - Blood payments made by Indian Agent Pocklington
1889	1,827	2,041	924	LAC, RG 10, Vol. 1922, treaty annuity payroll recapitulations for the Blackfoot, Blood, and Peigan, 475, 508, 572, and 597. - Blood payments made by Indian Agent Pocklington
1890	1,746	1,703	914	LAC, RG 10, Vol. 9423, treaty annuity payroll recapitulations for the Blackfoot, Blood, and Peigan, 593, 657, and 681. - Blood payments made by Indian Agent Pocklington

E. Populations des Pieds-Noirs, des Blood et des Peigan d'après les listes de bénéficiaires d'annuités du Traité, entre 1877 et 1890

-268-

Annexe 2. Populations des Pieds-Noirs, des Blood et des Peigan d'après les listes de bénéficiaires d'annuités du Traité, entre 1877 et 1890

Année	Pieds-Noirs	Blood	Peigan	Source et commentaires
1877	1 234	1 810	589	BAC, RG 10, vol. 9412, recapitulations du traité n° 7, 336 et 352. - Paiements versés à la population Blood sur les lieux de signature du traité par le sous-inspecteur W. Antrobus et le constable Frank Norman de la P.C.N.O.
1878	1 946	2 488	750	BAC, RG 10, vol. 9412, listes de paiement des annuités versées en application du traité - Traités 4, 6 et 7, 1874-1878, recapitulations, paiement versés en 1878, 538 et 570 à 572. - Paiements versés à la population Blood à Fort Kipp par l'inspecteur J. Winder et le constable S. F. Stone de la P.C.N.O.
1879	2 240	3 065	941	BAC, RG 10, vol. 9413, listes de paiement des annuités versées en application du traité à la population Pieds-Noirs à Fort Macleod et à Blackfoot Crossing, entre le 30 septembre et le 14 octobre 1879, 175 à 196; listes de paiement des annuités versées en application du traité à la population Blood à Fort Macleod, entre le 1 ^{er} et le 6 octobre 1879 et à Blackfoot Crossing, date non disponible, 197 à 222; listes de paiement des annuités versées en application du traité à la population Peigan à Fort Macleod, les 4 et 5 octobre 1879, 223 à 229. - Paiements versés à la population Blood à Fort Macleod par le suintendant J. Winder et un sergent de la P.C.N.O.
1880	272	956	738	BAC, RG 10, vol. 9414, recapitulation des listes de paiements versés aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 162, 178 et 185. - Paiements versés à la population Blood à Fort Macleod par l'inspecteur J. H. McIlreath et un sergent de la P.C.N.O.
1881	2 974	3 560	1 012	BAC, RG 10, vol. 9415, recapitulation des listes de paiements versés aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan et liste de paiements « divers » (versés à la population Pieds-Noirs), 193, 194, 223 et 233. - Paiements versés à la population Blood sur la réserve Blood par l'agent des Indiens Norman Macleod et le secrétaire de l'agence Percy Robinson
1882	2 255	3 542	849	BAC, RG 10, vol. 9415A, recapitulation des listes de paiements versés aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 208, 238 et 262. - Paiements versés à la population Blood sur la réserve Blood par l'agent des Indiens W. Pocklington et le secrétaire de l'agence W. Sherwood
1883	2 158	2 589	893	BAC, RG 10, vol. 9416, recapitulation des listes de paiement d'annuités aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 183, 217, 228 et 229. - Paiements versés à la population Blood par l'agent des Indiens C. E. Denny
1884	2 173	2 270	922	BAC, RG 10, vol. 9417, recapitulation des listes de paiement d'annuités aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 220, 270 et 279. - Paiements versés à la population Blood par l'agent des Indiens W. Pocklington
1885	2 147	2 329	941	BAC, RG 10, vol. 9418, recapitulation des listes de paiement d'annuités aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 220, 270 et 279. - Paiements versés à la population Blood par l'agent des Indiens W. Pocklington

-269-

Année	Pieds-Noirs	Blood	Peigan	Source et commentaires
1886	2 046	2 254	929	BAC, RG 10, vol. 9419, recapitulation des listes de paiement d'annuités aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 354, 384, 418, 437 et 450. - Paiements versés à la population Blood par l'agent des Indiens Pocklington
1887	1 952	2 202	931	BAC, RG 10, vol. 1920, recapitulation des listes de paiement d'annuités aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 358, 388, 408 et 450. - Paiements versés à la population Blood par l'agent des Indiens Pocklington
1888	1 816	2 135	932	BAC, RG 10, vol. 1921, recapitulation des listes de paiement d'annuités aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 337, 369, 421 et 435. - Paiements versés à la population Blood par l'agent des Indiens Pocklington
1889	1 827	2 041	924	BAC, RG 10, vol. 1922, recapitulation des listes de paiement d'annuités aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 475, 508, 572 et 597. - Paiements versés à la population Blood par l'agent des Indiens Pocklington
1890	1 746	1 703	914	BAC, RG 10, vol. 9423, recapitulation des listes de paiement d'annuités aux populations Pieds-Noirs, Blood et Peigan, 593, 657 et 681. - Paiements versés à la population Blood par l'agent des Indiens Pocklington

F. Agreement Releasing Blood Tribe Interest in Treaty No. 7 Reserve dated September 25, 1880 (Red Crow Agreement)

F. Accord de cession, par la tribu des Blood, de son intérêt dans la réserve attribuée aux termes du Traité 7, daté du 25 septembre 1880 (accord de Red Crow)

(67)

26.785

Whereas a Treaty was made and concluded on the twenty second day of September in the year of Our Lord, one thousand eight hundred and seventy seven between Her Most Gracious Majesty the Queen of Great Britain and Ireland, by Her Commissioners, the Honourable David Laird Lieutenant-Governor and Indian Superintendent of the North West Territories, and James Sarguharson MacLeod C.M.G., Commissioner of the North West Mounted Police, of the one part, and the Blackfoot, Blood, Piegau, Sarcee, Stoney and other Indians, of the other part.

And whereas it was agreed in said Treaty that the Reserve of the Blackfoot, Blood and Sarcee Bands of Indians should consist of a belt of land on the North side of the Bow and Saskatchewan Rivers of an average width of four miles along said Rivers down stream, commencing at a point on the Bow River, twenty miles North-Westerly of the Blackfoot Crossing thereof and extending to the Red Deer River at its junction with the South Saskatchewan, I - "McKarto" or "Red Arm" Head Chief of the Blood Indians, on behalf and with the consent of the Blood Indians included in said Treaty do hereby give up all our rights, titles, and privileges whatsoever to the lands included in said

B.C. 10. v. 6620, f. 104A-1-1 v.1

Whereas a Treaty was made and concluded on the twenty second day of September in the year of Our Lord, one thousand eight hundred and seventy seven between Her Most Gracious Majesty the Queen of Great Britain and Ireland, by Her Commissioners, the Honorable David Laird, Lieutenant-Governor and Indian Superintendent of the North-West Territories, and James Farquharson MacLeod, C.M.G., Commissioner of the North-West Mounted Police, of the one part, and the Blackfeet, Blood, Piegan, Sarcee, Stony and other Indians, of the other park.

And whereas is was agreed in said Treaty that the Reserve of the Blackfoot Blood and Sarcee Bands of Indians should nourish of a belt of land on the North side of the Bow and Saskatchewan Rivers of an average width of four miles along said Rivers down stream, commencing at a point on the Bow River, twenty miles North-Westerly of the Blackfoot Crossing thereof and extending to the Red Deer River at its junction with the South Saskatchewan, I “Makacto” or “Red Cross” Head Chief of the Blood Indians, on behalf of the Blood Indians included in said Treaty do hereby give up all our rights titles, and privileges whatsoever to the law & included in said

Considérant qu’un traité a été fait et conclu, le vingt-deuxième jour de septembre dans l’année de Notre-Seigneur mil huit cent soixante-dix-sept, entre Sa Très Gracieuse Majesté la Reine de la Grande-Bretagne et d’Irlande, par ses Commissaires, l’honorable David Laird, lieutenant-gouverneur et surintendant des Indiens des Territoires du Nord-Ouest, et James Farquharson MacLeod, C.M.G. commissaire de la police à cheval du Nord-Ouest, d’une part, et les tribus des Pieds-Noirs, des Gens du Sang, des Piégânes, des Sarcis, des Stony, et des autres tribus d’Indiens, d’autre part.

Et considérant qu’il a été convenu dans ledit traité que la Réserve des bandes des Pieds-Noirs, des Gens du Sang et des Sarcis consistera en une lisière de terre située sur le côté nord des rivières à l’Arc et Saskatchewan Sud, d’une largeur moyenne de quatre milles sur le bord des dites rivières en aval, à partir d’un endroit sur la rivière à l’Arc, située à vingt milles dans une direction nord-ouest de la traverse des Pieds-Noirs, et se prolongeant jusqu’à la rivière du Cerf à sa jonction avec la Saskatchewan-Sud, je, « Makacto » ou « Corbeau rouge », chef des Gens du Sang, au nom de ? avec le consentement des Gens du Sang prenant part au Traité, renonce par la présente à tous nos droits, titres et privilèges devant la loi et inclus dans ledit

F. Agreement Releasing Blood Tribe Interest in Treaty No. 7 Reserve dated September 25, 1880 (Red Crow Agreement) —Concluded

F. Accord de cession, par la tribu des Blood, de son intérêt dans la réserve attribuée aux termes du Traité 7, daté du 25 septembre 1880 (accord de Red Crow) —Fin

(20)

Treaty, provided the Government will grant us a Reserve on the Belly River in the neighbourhood of the Mouth of the Hortenau River.

Dated at Fort Macleod in the North West Territories of Canada this twenty fifth day of September in the year of Our Lord 1880

(Sp) Mckasto^{his} Head chief of Blood Indians

*Witnesses
(Sp) Wm. How Macleod Indian Agent
or Percy G. H. Robinson acct.*

Signed in presence of Edgus Dend Indian Commissioner N. W. T.

RG 10, v. 6620, f. 104A-1-1 v. 1

Treaty, provided the government will grant us a Reserve on the Belly River in the neighborhood of the Mouth of the Kortewai River.	Traité, étant entendu que le gouvernement nous attribuera une réserve sur la rivière Belly aux environs de l'embouchure de la rivière Kootenai.
Dated at Fort MacLeod in the North West Territories of Canada this Twenty Fifth day of September in the year of Our Lord 1880	Fait à Fort MacLeod, dans les Territoires du Nord-Ouest du Canada, ce vingt-deuxième jour de septembre dans l'année de Notre-Seigneur 1880
(sqd) Mekasto	(sqd) Mekasto
His X mark	sa X marque.
Head Chief of Blood Indians	Chef des Gens du Sang
Witnesses	Témoins
(sqd/ Nor. Thor MacLoad)	(sqd/ Nor. Thom. MacLeod)
Indian ??	Agent des Indiens
Fercy G.H. Robinson	Percy G.H. Robinson
Acct.	Comptable
Signed in presence of Edgar Dewdne	Signé en présence d'Edgar Dewdne
Indian Commissioner N.W.T.	commissaire des Indiens, T.N.-O.

Figure 3. Plan Showing Grazing Leases and Indian Reserves in Southern Alberta, April 1882
Source : LAC, RG 2, Vol. 413, OC 1882-0722 [author's additions]
[Sarcee]
[Peigan]
[Blood]
Nelson 1882
South Boundary

Figure 3 Plan montrant les baux de pâturage et les réserves indiennes dans le sud de l'Alberta, avril 1882
Source : BAC, RG 2, vol. 413, OC 1882-0722 [ajouts de l'auteur]
[Sarcee]
[Peigan]
[Blood]
Nelson 1882
Limite sud

H. July 2, 1883 Agreement Whereby the Blood Tribe Surrenders its Interest in the Land

184

ARTICLES OF A TREATY made and concluded this second day of July, in the year of Our Lord one thousand eight hundred and eighty-three, between " Her Most Gracious Majesty the Queen " of Great Britain and Ireland, by Her Commissioners the Honourable Edgar Dewdney, Commissioner of Indian Affairs and Lieutenant-Governor of the North-West Territories, and James Farquharson MacLeod, C.M.G., Stipendiary Magistrate, of the one part, and the Blood Indians, by their Head and Minor Chiefs in council assembled, of the other part.

Whereas by a treaty made and concluded on the twenty-seventh day of September, in the year of Our Lord 1877, between Her Majesty the Queen, by Her Commissioners the Honourable David Laird and the said James Farquharson MacLeod, C.M.G., of the one part, and the said Blood Indians, and the Blackfeet, Piegans, Sarces and Stoney Indians of the other part, it was amongst other things provided in the words and to the effect following, that is to say:—

It is also agreed between Her Majesty and Her said Indians that reserves shall be assigned them of sufficient area to allow one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families, and that said reserves shall be located as follows, that is to say:—

First, the reserves of the Blackfeet, Bloods and Sarces Indians shall consist of a belt of land on the north side of the Bow and South Saskatchewan Rivers, of an average of four miles along said rivers, down stream, commencing at a point on the Bow River twenty miles north-westerly of the "Blackfoot Crossing" thereof, and extending to the Red Deer River at its junction with the South Saskatchewan; also for the term of ten years, and no longer, from the date of the concluding of this treaty, when it shall cease to be a portion of said Indian reserves as fully to all intents and purposes as if it had not at any time been included therein, and without any compensation to individual Indians for improvements, of a similar belt of land on the south side of the Bow and Saskatchewan Rivers, of an average width of one mile along said rivers, down stream, commencing at the aforesaid point on the Bow River and extending to a point one mile west of the coal seam on said river, about five miles below the said "Blackfoot Crossing;" beginning again one mile east of the said coal seam and extending to the mouth of Maple Creek at its junction with the South Saskatchewan, and beginning again at the junction of the Bow River with the latter river, and extending on both sides of the South Saskatchewan in an average width on each side thereof of one mile along said river against the stream to the junction of the Little Bow River with the latter river.

And whereas the said Blood Indians have requested that a reserve other than and in lieu of that described in the said hereinbefore in part recited treaty should be granted to them, and it hath been agreed, by the parties hereto, that the reserve hereinafter described shall be granted to them as such reserve:

These Articles witness that Her Majesty the Queen, by Her said Commissioners, parties hereto, doth grant unto the said Blood Indians—

All that certain tract of land in the North-West Territories, Canada, bounded as follows, that is to say: Commencing on the north bank of the St. Mary's River at a point in north latitude forty-nine degrees twelve minutes and sixteen seconds (49° 12' 16"); thence extending down the said bank of the said river to its junction with the Belly River; thence extending up the south bank of the latter river to a point thereon in north latitude forty-nine degrees, twelve minutes and sixteen seconds (49° 12' 16"), and thence easterly along a straight line to the place of beginning; excepting and reserving from out the same any portion of the north-east quarter of section number three, in township number eight, in range twenty-two, west of the Fourth Principal Meridian, that may lie within the above mentioned boundaries; to have and to hold the same unto the use of the said Blood Indians forever. And in consideration of the premises the said Blood Indians, by their Head and Minor Chiefs, in council assembled, do hereby release to Her Majesty the Queen all the reserve mentioned and described in the said hereinbefore in part recited treaty and all their interests therein.

Canada, Indian Treaties and Surrenders from 1680 to 1890, vol. 2, (Ottawa; Queen's Printer, 1871, reprinted Fifth House Publishers, 1993)

H. Accord du 2 juillet 1883 par lequel la tribu des Blood cède son intérêt dans les terres

184

ARTICLES D'UN TRAITÉ fait et conclu le deuxième jour de juillet dans l'année de Notre-Seigneur mil huit cent quatre-vingt-trois, entre Sa Très Gracieuse Majesté la Reine de la Grande-Bretagne et d'Irlande, par ses Commissaires, Edgar Dewdney, commissaire des Affaires indiennes et lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest, et James Farquharson MacLeod, C.M.G. magistrat stipendiaire, d'une part, et les tribus des Gens du Sang, par l'entremise de leurs sous-chefs et chefs assemblés en conseil, d'autre part.

Considérant qu'un traité a été fait et conclu, le vingt-septième jour de septembre dans l'année de Notre-Seigneur mil huit cent soixante-dix-sept, entre Sa Très Gracieuse Majesté la Reine de la Grande-Bretagne et d'Irlande, par ses Commissaires, l'honorable David Laird, et James Farquharson MacLeod, C.M.G. d'une part, et lesdits Gens du Sang ainsi que les Pieds-Noirs, Piéguins, Sarcis et Stony, d'autre part, il a entre autres choses été prévu, dans le texte et à l'effet suivant, à savoir: -

Et Sa Majesté la Reine par le présent convient et s'oblige de mettre à part des réserves propres à la culture de la terre, pourvu que toutes telles réserves ne devront pas excéder en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites, et lesdites réserves seront placées aux endroits suivants, savoir:

Premièrement. - Les réserves des Pieds Noirs, des Gens du Sang, et des Sarcis se composeront d'une lisière de terre située sur le côté nord des rivières à l'Arc et Saskatchewan Sud, d'une largeur moyenne de quatre milles sur le bord desdites rivières en suivant le cours de l'eau, à partir d'un endroit sur la rivière à l'Arc, située à vingt milles dans une direction nord-ouest de la traverse des Pieds-Noirs, et se prolongeant jusqu'à la rivière du Cerf à sa jonction avec la Saskatchewan-Sud; en outre, pendant un espace de dix années, et pas davantage, à compter de la date de la signature de ce traité, époque à laquelle elle cessera de faire partie desdites réserves des Indiens, aussi efficacement que si elle n'en avait jamais fait partie en aucun temps, et sans aucune compensation à aucun Indien en particulier pour améliorations; une autre lisière de terre sur le côté sud des rivières à l'Arc et de la Saskatchewan, d'une largeur moyenne d'un mille sur le bord des dites rivières en suivant le cours de l'eau, à partir de l'endroit déjà mentionné sur la rivière à l'Arc et se prolongeant jusqu'à un endroit situé à un mille à l'ouest du filon de houille sur la dite rivière à environ cinq milles en aval de la Traverse des Pieds-Noirs; commençant de nouveau à un mille à l'est du dit filon de houille et se prolongeant jusqu'à l'embouchure du ruisseau à l'Érable où il se jette dans la Saskatchewan-Sud; et à partir de nouveau à la jonction de la rivière à l'Arc avec cette dernière rivière et se prolongeant sur la largeur moyenne d'un mille chaque côté de la Saskatchewan Sud, et en suivant ladite rivière en remontant le courant jusqu'à la jonction de la petite rivière à l'Arc avec cette dernière.

Et considérant que lesdits Gens du Sang ont demandé qu'une réserve autre que celle décrite dans le traité énoncé en partie ci-dessus (et la remplaçant) leur soit attribuée, et qu'il a été convenu, par les parties aux présentes, que la réserve ci-après décrite leur sera accordée, puisque cette réserve:

Ces articles attestent que Sa Majesté la Reine, par lesdits commissaires, qui sont des parties aux présentes, accorde auxdits Gens du Sang—

L'ensemble d'une parcelle de terre dans les Territoires du Nord-Ouest du Canada, délimitée comme suit, à savoir: commençant sur la rive nord de la rivière St. Mary's à un point de latitude nord de quarante-neuf degrés, douze minutes et seize secondes (49° 12' 16"); de là s'étendant le long de ladite rive de la rivière jusqu'à son embouchure avec la rivière Belly; de là, s'étendant jusqu'à la rive sud de ladite rivière jusqu'à un point de latitude nord de quarante-neuf degrés, douze minutes et seize secondes (49° 12' 16"), et de là vers l'est le long d'une ligne droite jusqu'au point de départ, en excluant et en réservant la même partie du quartier nord-est de la section numéro trois, dans le township huit, rang vingt-deux, à l'ouest du quatrième méridien principal, qui pourrait se trouver au-delà des limites susmentionnées; de posséder et tenir ces terres pour les mettre à la disposition desdits Gens du Sang à toujours. Et compte tenu du préambule, lesdits Gens du Sang, par leur chef et de leurs sous-chefs, assemblés en conseil, libèrent par les présentes Sa Majesté la Reine de la réserve mentionnée et décrite dans le traité énoncé en partie ci-dessus et de tous les intérêts dans cette réserve.

Canada, traités indiens et cessions de 1680 à 1890, vol. 2, (Ottawa; Imprimeur de la Reine, 1871, réimprimé par Fifth House Publishers, 1993)

A-104-18
2019 FCA 206

A-104-18
2019 CAF 206

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Appellant*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*appelant*)

v.

c.

Andrew James Fisher-Tennant by his guardian at law, Jonathan Tennant

Andrew James Fisher-Tennant, par la tutelle de Jonathan Tennant

(*Respondent*)

(*intimé*)

and

et

Canadian Association of Refugee Lawyers (*Intervener*)

Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (*intervenante*)

**INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
v. TENNANT**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)
c. TENNANT**

Federal Court of Appeal, Webb, Near and Laskin J.J.A.—
Toronto, February 13; Ottawa, July 16, 2019.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Near et Laskin,
J.C.A.—Toronto, 13 février; Ottawa, 16 juillet 2019.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Federal Court decision granting application for judicial review of citizenship officer's decision made under Citizenship Act (Act) — Federal Court declaring respondent to be citizen of Canada — Declining to certify question of general importance — Absent certified question, no appeal lying to Federal Court of Appeal from Federal Court (Act, s. 22.2(d)) — Despite this preclusive clause, appellant, on appeal, arguing that Act, s. 22.2(d) will not, in certain circumstances, bar appeal from decision in respect of which no question certified — In present matter, Act, s. 3(1)(b) providing principle of citizenship by descent — Since 2009, citizenship by descent under s. 3(1)(b) limited by Act, s. 3(3)(b) to first generation born outside Canada to Canadian parent; however, first generation limit subject to, inter alia, Crown servant exception set out in Act, s. 3(5)(b) — Respondent, 3 years old, born in U.S, represented by biological father who is Canadian citizen — Respondent not first generation born outside Canada since biological father born in 1971 in Malaysia to Canadian citizens — Father of respondent's biological father working abroad as professor retained by Canadian government — Respondent's biological father applying for certificate of citizenship on behalf of respondent under Act, s. 12(1) — Citizenship officer concluding that Crown servant exception of Act, s. 3(5)(b) not applying since employment abroad with Canadian university not falling under categories of Crown service — Thus, citizenship officer concluding respondent not

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue par une agente de la citoyenneté au titre de la Loi sur la citoyenneté (Loi) — La Cour fédérale a déclaré que l'intimé était citoyen canadien — Elle n'a pas certifié de question de portée générale — Il ne peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale d'un jugement de la Cour fédérale s'il n'y a pas de question certifiée (art. 22.2d) de la Loi — Malgré cette disposition privative, l'appelant, dans son appel, a fait valoir que, dans certaines circonstances, l'art. 22.2d) n'interdit pas qu'il soit fait appel de décisions ne comportant pas de question certifiée — Dans la présente affaire, l'art. 3(1)(b) de la Loi énonce le principe de la citoyenneté par affiliation — Depuis 2009, l'art. 3(3)(b) vient limiter la citoyenneté par filiation prévue à l'art. 3(1)(b) à la première génération d'enfants nés à l'étranger d'un père ou d'une mère canadiens; toutefois, la règle limitant la citoyenneté à la première génération est assujettie, entre autres choses, à l'exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l'art. 3(5)(b) — L'intimé est âgé de trois ans, est né aux États-Unis, et était représenté par son père biologique, un citoyen canadien — L'intimé n'appartient pas à la première génération d'enfants nés à l'étranger de sa famille : son père biologique est né en 1971 en Malaisie de parents canadiens — Le père du père biologique de l'intimé travaillait à l'étranger comme professeur d'université engagé par le gouvernement du Canada — Le père biologique

meeting legislative requirements for citizenship — Respondent's biological father applying for judicial review of officer's decision, seeking declaration that son Canadian citizen — Federal Court declining to return matter for redetermination; affirming that father of biological father had served as Crown servant abroad; that respondent thus Canadian citizen as matter of law — Appellant claiming that Federal Court's decision falling within narrow exception to certified question requirement because Federal Court making jurisdictional errors — Whether appellant's appeal barred by Act, s. 22.2(d); in particular, whether Federal Court impermissibly granting declaration of fact, whether Federal Court usurping role of appellant — Per Laskin J.A. (Webb J.A. concurring): Act, s. 22.2(d) governing judicial reviews under Act — Certain types of error will justify hearing appeal in face of preclusive clause — However, no need in present case to revisit nature, scope of exceptions since errors Federal Court allegedly making not errors at all or were ordinary errors — Federal Court having authority to issue declaratory relief in deciding application for judicial review as such stated power found in Federal Courts Act, s. 18(1)(a) — Status as citizen of Canada by descent may be subject of declaration — Court previously holding that Canadian citizenship creature of federal statute — Act itself confers citizenship by descent; not granted by appellant but acquired by birth — Nature of Federal Court's declaration therefore not basis to conclude that preclusive clause not applying — In present matter, Federal Court issuing declaration requiring that appellant issue certificate of citizenship to respondent — Substitution remedy at issue may follow in exceptional cases in which court determining that substitution warranted — Federal Court's finding in particular that father of biological father indeed Crown servant bringing present case into class of exceptional cases in which relief amounting to substitution recognized as appropriate — While Federal Court may have erred in certain respects in present case, errors constituting “mere” or “everyday” errors of kind that Federal Court of Appeal regularly correcting in absence of preclusive clause — Not reaching level that would bring case into categories of cases in which Federal Court of Appeal would be justified in disregarding preclusive clause Parliament enacted in Act, s. 22.2(d) — Act, s. 22.2(d) barring appellant's appeal, which appeal quashed — Appeal dismissed — Per Near J.A. (dissenting): Federal Court's declaration about respondent's citizenship in present circumstances amounting to error sufficient to conclude that preclusive clause not applying here — Federal Court also usurping role of appellant, rendering decision on merits despite that Parliament has given appellant exclusive authority to determine applications made under Act, s. 12(1) — Federal Court clearly substituting its decision for that of appellant — Such substitution constituting exceptional power under judicial review law; having to be exercised with caution but present case not exceptional.

de l'intimé a présenté une demande de certificat de citoyenneté canadienne au nom de l'intimé au titre de l'art. 12(1) de la Loi — L'agente de la citoyenneté a conclu que l'exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l'art. 3(5)b) de la Loi ne s'appliquait pas, puisque l'emploi à l'étranger pour le compte d'une université canadienne n'appartenait à ni l'une ni l'autre des catégories de services de la Couronne — L'agente a donc conclu que l'intimé ne satisfaisait pas aux critères légaux de citoyenneté — Le père biologique de l'intimé a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'agente et a demandé une déclaration selon laquelle son fils était un citoyen canadien — La Cour fédérale a refusé de renvoyer l'affaire pour nouvelle décision; elle a affirmé que le père du père biologique était un fonctionnaire de l'État à l'étranger et que l'intimé était légalement citoyen canadien — L'appellant a fait valoir que la décision de la Cour fédérale faisait partie des exceptions limitées à l'exigence de la question certifiée, car la Cour fédérale avait commis des erreurs de compétence — Il s'agissait de savoir si l'art. 22.2(d) de la Loi empêche qu'un appel soit interjeté; plus particulièrement, si la Cour fédérale a prononcé une déclaration de fait sans en avoir le pouvoir; et si elle a usurpé le rôle de l'appellant — Le juge Laskin, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : L'art. 22.2(d) de la Loi régit les demandes de contrôle judiciaire présentées en application de la Loi — Certains types d'erreurs justifient l'audition d'un appel malgré une disposition privative — Toutefois, il n'était pas nécessaire en l'espèce de revoir la nature et la portée des exceptions parce que les erreurs qu'aurait commises la Cour fédérale n'étaient pas des erreurs de tout ou étaient des erreurs ordinaires — La Cour fédérale peut prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'elle tranche une demande de contrôle judiciaire, car ce pouvoir lui est conféré par l'art. 18(1)a) de la Loi — Le statut de citoyen canadien par filiation pourrait faire l'objet d'un jugement déclaratoire — La Cour a conclu par le passé que la citoyenneté canadienne était une création statutaire fédérale — C'est la Loi en soi qui confère la citoyenneté par filiation; cette citoyenneté n'est pas attribuée par l'appellant, elle est acquise de naissance — La nature du jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale ne justifiait donc pas qu'il soit conclu à l'inapplicabilité de la disposition privative — En l'espèce, la Cour fédérale a prononcé un jugement déclaratoire qui obligera l'appellant à délivrer un certificat de citoyenneté à l'intimé — Ce type de réparation équivalant à une substitution pourrait être accordé dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la cour détermine que la substitution est justifiée — En raison de la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le père du père biologique de l'intimé était un fonctionnaire de l'État, la présente affaire est entrée dans la catégorie des situations exceptionnelles où l'octroi d'une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué — À supposer que la Cour fédérale ait commis des erreurs à certains égards dans la présente affaire, il s'agirait de « simples » erreurs ou d'erreurs « ordinaires » d'un type que la Cour d'appel fédérale corrige fréquemment lorsqu'il n'y a pas de disposition privative — Ces erreurs ne seraient pas suffisamment graves pour faire entrer la présente affaire dans l'une ou l'autre des catégories

Federal Court Jurisdiction — Federal Court granting application for judicial review of citizenship officer's decision made under Citizenship Act (Act) — Federal Court declaring respondent to be citizen of Canada — Whether Federal Court impermissibly granting declaration of fact; whether Federal Court usurping role of appellant — Per Laskin J.A. (Webb J.A. concurring): Law of judicial review recognizing power on part of reviewing court to substitute its view for that of administrative decision maker provided that certain conditions met — Federal Court therefore not erring in holding that remedy available to it if set conditions satisfied — Substitution of Federal Court's views for those of administrative decision maker can be achieved indirectly or through remedies that Federal Courts Act setting out — While indirect substitution recognized, albeit as exceptional power under law of judicial review, law also recognizing power even of direct substitution, in which court itself granting relief sought from administrative decision maker in exceptional circumstances — Finding herein bringing this case into class of exceptional cases in which relief amounting to substitution recognized as appropriate — Per Near J.A. (dissenting): Federal Court's declaration about respondent's citizenship in present circumstances amounting to error — Federal Court also usurping role of appellant, rendering decision on merits despite that Parliament has given appellant exclusive authority to determine applications made under Act, s. 12(1) — Federal Court clearly substituting its decision for that of appellant — Such substitution constituting exceptional power under judicial review law; having to be exercised with caution but present case not warranting exceptional power.

de situations justifiant que la Cour d'appel fédérale fasse abstraction de la disposition privative adoptée par le législateur à l'art. 22.2d) de la Loi — L'art. 22.2d) de la Loi empêchait l'appelant de faire appel, lequel a été annulé — Appel rejeté — Le juge Near, J.C.A. (dissident) : Le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale concernant la citoyenneté de l'intimé dans les présentes circonstances constituait une erreur suffisamment grave pour que l'on conclue que la disposition privative ne s'appliquait pas en l'espèce — La Cour fédérale a également usurpé le rôle de l'appelant et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré à l'appelant le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre de l'art. 12(1) de la Loi — La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle de l'appelant — Une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence, mais la présente affaire n'était pas exceptionnelle.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue par une agente de la citoyenneté au titre de la Loi sur la citoyenneté (Loi) — La Cour fédérale a déclaré que l'intimé était citoyen canadien — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a prononcé une déclaration de fait alors qu'elle ne le pouvait pas; si la Cour fédérale a usurpé le rôle de l'appelant — Le juge Laskin, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le droit relatif au contrôle judiciaire reconnaît à la cour de révision le pouvoir de substituer son point de vue à celui du décideur administratif, sous réserve du respect de certaines conditions — La Cour fédérale n'a donc pas commis d'erreur en concluant que cette mesure de réparation était à sa disposition si les conditions étaient réunies — La Cour fédérale peut substituer ses conclusions à celles d'un décideur administratif indirectement ou au moyen des mesures de réparation prévues par la Loi sur les Cours fédérales — La substitution indirecte est un pouvoir reconnu, quoiqu'exceptionnel, dans le droit régissant le contrôle judiciaire, mais le droit reconnaît également un pouvoir de substitution directe, c'est-à-dire lorsque la Cour accorde elle-même la réparation demandée au décideur administratif dans des circonstances exceptionnelles — En raison de la conclusion tirée dans la présente affaire, celle-ci est entrée dans la catégorie des situations exceptionnelles où l'octroi d'une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué — Le juge Near, J.C.A. (dissident) : Le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale sur la citoyenneté de l'intimé dans les présentes circonstances constituait une erreur — La Cour fédérale a également usurpé le rôle de l'appelant et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré à l'appelant le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre de l'art. 12(1) de la Loi — La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle de l'appelant — Une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence, mais la présente affaire ne justifiait pas l'exercice de ce pouvoir exceptionnel.

This was an appeal from a Federal Court decision granting an application for judicial review of a decision made under the *Citizenship Act* (Act) and declaring the respondent a citizen of Canada. The Federal Court declined to certify in its judgment a question of general importance. By paragraph 22.2(d) of the Act, no appeal lies to the Federal Court of Appeal from a judgment of the Federal Court on judicial review with respect to any matter under the Act, absent a certified question. Despite this preclusive clause, the appellant, on appeal, relied on the case law of the Federal Court of Appeal holding that paragraph 22.2(d) and other preclusive clauses in the Act and in the *Immigration and Refugee Protection Act* will not, in certain circumstances, bar an appeal from a decision in respect of which no question has been certified. Under paragraph 3(1)(b) of the Act, a person “is” a citizen by descent if the person was born outside Canada after February 14, 1977, and if, at the time of the person’s birth, one of the person’s parents, other than an adoptive parent, was a Canadian citizen. Since 2009, citizenship by descent under paragraph 3(1)(b) has been limited by paragraph 3(3)(b) to the first generation born outside Canada to a Canadian parent. However, the first generation limit in paragraph 3(3)(b) is subject to, among other things, the Crown servant exception set out in paragraph 3(5)(b). Under this exception, the first generation limit does not apply to a person born to a parent one or both of whose parents, at the time of that parent’s birth, were employed outside Canada in the federal public administration or the public service of a province.

The respondent is three years old, was born in the U.S., and was represented by his biological father who is a Canadian citizen. The respondent was not the first generation to be born outside Canada: his biological father (biological father or guardian at law) was born in 1971 in Malaysia to Canadian parents and his father was working there as a university professor retained by the Government of Canada. The respondent’s biological father applied for a certificate of Canadian citizenship on behalf of the respondent under subsection 12(1) of the Act and all the necessary documents were submitted. The application was considered by a citizenship officer who concluded that, because employment abroad with a Canadian university did not fall under the categories of Crown service, the Crown servant exception of paragraph 3(5)(b) of the Act did not apply. Thus, the officer concluded that the respondent did not meet the legislative requirements for citizenship.

The respondent’s biological father applied for leave and judicial review of the officer’s decision and sought a declaration that his son was a Canadian citizen. He alternatively asked that the officer’s decision be set aside and the matter sent back for redetermination. Leave was granted and the Federal Court considered the guardian at law’s request for declaratory relief. The Federal Court concluded that the case warranted the exceptional

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue au titre de la *Loi sur la citoyenneté* (Loi) et déclarant que l’intimé était citoyen canadien. La Cour fédérale n’a pas certifié de question de portée générale dans son jugement. Selon l’alinéa 22.2(d) de la Loi, il ne peut être interjeté appel devant la Cour d’appel fédérale d’un jugement de la Cour fédérale consécutif à un contrôle judiciaire portant sur toute question régie par cette loi s’il n’y a pas de question certifiée. Malgré cette disposition privative, l’appelant, dans son appel, s’est appuyé sur la jurisprudence de la Cour d’appel fédérale concluant que l’alinéa 22.2(d) ainsi que d’autres dispositions privatives de la Loi et de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* dans certaines circonstances, n’interdisent pas qu’il soit fait appel de décisions ne comportant pas de question certifiée. Selon l’alinéa 3(1)(b) de la Loi, une personne « a qualité » de citoyen par filiation si elle est née à l’étranger après le 14 février 1977 d’un père ou d’une mère, autre qu’un père ou une mère adoptifs, ayant qualité de citoyen au moment de la naissance. Depuis 2009, l’alinéa 3(3)(b) vient limiter la citoyenneté par filiation prévue à l’alinéa 3(1)(b) à la première génération d’enfants nés à l’étranger d’un père ou d’une mère canadiens. Toutefois, la règle limitant la citoyenneté à la première génération prévue à l’alinéa 3(3)(b) est assujettie, entre autres, à l’exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l’alinéa 3(5)(b). Selon cette exception, la limite ne s’applique pas à la personne née d’un parent dont, au moment de la naissance de celui-ci, le ou les parents étaient au service, à l’étranger, de l’administration publique fédérale ou de celle d’une province.

L’intimé est âgé de trois ans, est né aux États-Unis, et était représenté par son père biologique, un citoyen canadien. L’intimé n’appartient pas à la première génération d’enfants nés à l’étranger de sa famille : son père biologique, (père biologique ou tuteur en droit) est né en 1971 en Malaisie de parents canadiens, et son père y travaillait comme professeur d’université engagé par le gouvernement du Canada. Le père biologique de l’intimé a présenté une demande de certificat de citoyenneté canadienne au nom de l’intimé au titre du paragraphe 12(1) de la Loi et tous les documents nécessaires ont été soumis. La demande a été examinée par une agente de la citoyenneté, qui a conclu que l’emploi à l’étranger pour le compte d’une université canadienne n’appartenant à ni l’une ni l’autre des catégories de services de la Couronne, l’exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l’alinéa 3(5)(b) de la Loi ne s’appliquait pas. L’agente a donc conclu que l’intimé ne satisfaisait pas aux critères légaux de citoyenneté.

Le père biologique de l’intimé a demandé l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de l’agente et a demandé une déclaration selon laquelle son fils était un citoyen canadien. Subsidiairement, il a demandé que la décision de l’agente soit annulée et que l’affaire soit renvoyée pour nouvel examen. La demande d’autorisation a été accueillie et la Cour fédérale a analysé la demande de jugement déclaratoire du

remedy of a directed verdict and declined to return the matter for redetermination. It affirmed that the father of the guardian at law had served abroad as a Crown servant at the relevant time and that the respondent was a Canadian citizen as a matter of law. While the appellant's request to have a question certified was denied by the Federal Court, in presenting a notice of appeal, the appellant claimed that the Federal Court's decision fell within the "narrow exception" to the certified question requirement because the Federal Court had made two "jurisdictional" errors. These errors, argued the appellant, were in impermissibly granting a declaration of fact and in "usurping" the decision-making role of the appellant under the Act and resulted in the Federal Court awarding relief not available on judicial review under the *Federal Courts Act*. The respondent brought a motion against proceeding with the appeal but this motion was dismissed.

The main issues were whether the appeal was barred by paragraph 22.2(d) of the Act and, in particular, whether the Federal Court impermissibly granted a declaration of fact and whether it usurped the role of the appellant.

Held (Near J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Laskin J.A. (Webb J.A. concurring): The relevant provision in this case was paragraph 22.2(d) of the Act which governs judicial review applications under the Act. The case law establishes that certain types of errors will justify hearing an appeal in the face of a preclusive clause. These include, for example, bias or a reasonable apprehension of bias on the part of the judge at first instance, and refusal to exercise jurisdiction. Case law has not defined the exceptions to preclusive clauses particularly well. On hearing the respondent's motion, the Federal Court of Appeal provided a better explanation of the circumstances in which it will be appropriate to entertain an appeal despite a preclusive clause. However, there was no need in this case to revisit the nature and scope of the exceptions or to decide in this case whether to adopt the Federal Court of Appeal's formulation or variation of such exceptions. That is because the errors that the Federal Court was alleged to have made either were not errors at all or were ordinary errors, of a kind that did not displace the preclusive clause in paragraph 22.2(d) of the Act, regardless of how the currently recognized exceptions to the preclusive clauses were expressed.

The substantive relief granted by the Federal Court was a declaration that the respondent was a citizen of Canada. The Federal Court has authority to issue declaratory relief in deciding an application for judicial review. Its power to do so is found in paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, by which it may grant

tuteur en droit. Elle a conclu que l'affaire justifiait la mesure de réparation exceptionnelle d'une décision imposée et elle a refusé de renvoyer l'affaire pour nouvelle décision. Elle a affirmé que le père du tuteur en droit était un fonctionnaire de l'État à l'étranger au moment pertinent et que l'intimé était légalement citoyen canadien. Si sa demande de certification d'une question a été rejetée par la Cour fédérale, dans la présentation d'un avis d'appel, l'appellant a cependant fait valoir que la décision de la Cour fédérale faisait partie des « exceptions limitées » à l'exigence de la question certifiée, car la Cour fédérale avait commis deux erreurs de « compétence ». L'appellant a soutenu qu'elle a commis ces erreurs en prononçant une déclaration de fait alors qu'elle ne le pouvait pas et en « usurpant » le rôle de décideur que la Loi confère à l'appellant, de sorte que la Cour fédérale a accordé une mesure de réparation qu'elle n'avait pas le pouvoir d'accorder dans un contrôle judiciaire régi par la *Loi sur les Cours fédérales*. L'intimé a déposé une requête afin qu'il ne soit pas donné suite à l'appel, mais cette requête a été rejetée.

Il s'agissait principalement de savoir si l'alinéa 22.2d) de la Loi empêche qu'un appel soit interjeté et, plus particulièrement, si la Cour fédérale a prononcé une déclaration de fait sans en avoir le pouvoir et si elle a usurpé le rôle de l'appellant.

Arrêt (le juge Near, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Laskin, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La disposition pertinente en l'espèce était l'alinéa 22.2d) de la Loi, qui régit les demandes de contrôle judiciaire présentées en application de cette loi. La jurisprudence a établi que certains types d'erreurs justifient l'audition d'un appel malgré une disposition privative. Parmi ces types d'erreurs se trouvent la partialité ou la crainte raisonnable de partialité du juge de première instance ainsi que le refus de celui-ci d'exercer sa compétence. La jurisprudence n'a pas très bien délimité la portée des exceptions aux dispositions privatives. Dans le cadre de l'audition de la requête de l'intimé, la Cour d'appel fédérale a donné une explication plus claire des circonstances dans lesquelles il conviendrait d'entendre un appel malgré la disposition privative. Toutefois, il n'était pas nécessaire en l'espèce de revoir la nature et la portée des exceptions ou de décider s'il convenait ou non d'adopter la formulation de la Cour d'appel fédérale ou une variation de ces exceptions. Il en est ainsi parce que les erreurs qu'aurait commises la Cour fédérale n'étaient pas des erreurs du tout ou étaient des erreurs ordinaires d'une nature qui ne justifie pas que soit écartée la disposition privative de l'alinéa 22.2d) de la Loi, quelle que soit la façon dont les exceptions actuellement reconnues à cette disposition sont formulées.

La principale mesure de réparation accordée par la Cour fédérale était un jugement déclaratoire selon lequel l'intimé était un citoyen du Canada. La Cour fédérale peut prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'elle tranche une demande de contrôle judiciaire. Ce pouvoir lui est conféré par l'alinéa 18(1)a) de la *Loi*

declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal. The appellant argued that the Federal Court exceeded its powers to grant declaratory relief under subsections 18(1) and 18.1(3) of the *Federal Courts Act* by issuing a declaration of fact. Status as a citizen of Canada by descent may be the subject of a declaration. This Court has previously held that Canadian citizenship is “a creature of federal statute” with “no meaning apart from statute”. It is the Act itself—in this case paragraph 3(1)(b)—that confers citizenship by descent. It is not granted by the appellant but rather is acquired by birth. Contrary to the appellant’s submission, a declaration of citizenship is thus, at a minimum, not “solely” a declaration of fact. The nature of the Federal Court’s declaration was therefore not a basis to conclude that the preclusive clause did not apply.

With respect to the appellant’s submission that the Federal Court usurped the role of the appellant, the law of judicial review recognizes a power on the part of a reviewing court to substitute its view for that of the administrative decision maker, provided that certain conditions are met. The Federal Court therefore did not err in holding that this remedy was available to it if these conditions were satisfied. At a minimum, substitution of the Court’s views for those of the administrative decision maker can be achieved indirectly, or in effect, through remedies that the *Federal Courts Act* sets out. While indirect substitution is a recognized, albeit exceptional, power under the law of judicial review, that law also recognizes a power even of direct substitution, in which the court itself grants the relief sought from the administrative decision maker—again, in exceptional circumstances.

In this case, the application to the appellant was for a certificate of Canadian citizenship under subsection 12(1) of the Act but the Federal Court did not grant that relief. What it granted, having found that there was only one reasonable conclusion on the question whether the respondent was a citizen, was a declaration that would as a practical matter require that the appellant issue a certificate. This type of substitution remedy may follow in the exceptional cases in which a court determines that substitution is warranted. The Federal Court’s finding in this matter that the father of the respondent’s biological father was a Crown servant and the finding of futility in returning the matter to the appellant for redetermination brought this case into the class of exceptional cases in which relief amounting to substitution was recognized as appropriate. Although the Federal Court may have erred in certain respects in this case, these errors constituted “mere” or “everyday” errors of a kind that the Federal Court of Appeal regularly corrects in the absence of a preclusive clause. They did not reach a level that would bring this case into any of the categories of cases in which the Federal Court of Appeal

sur les Cours fédérales, lequel dispose qu’elle peut prononcer un jugement déclaratoire contre tout office fédéral. L’appelant a soutenu que la Cour fédérale a outrepassé son pouvoir de rendre des jugements déclaratoires en vertu des paragraphes 18(1) et 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* en prononçant une déclaration de fait. Le statut de citoyen canadien par filiation pourrait faire l’objet d’un jugement déclaratoire. La Cour a conclu par le passé que la citoyenneté canadienne était « une création statutaire fédérale » qui « n’a pas de sens autre que celui que lui reconnaît la loi ». C’est la Loi en soi, en l’occurrence l’alinéa 3(1)(b), qui confère la citoyenneté par filiation. Cette citoyenneté n’est pas attribuée par l’appelant, elle est acquise de naissance. Contrairement à ce qu’a soutenu l’appelant, un jugement déclaratoire établissant la citoyenneté d’une personne, à tout le moins, n’est pas « seulement » une déclaration de fait. La nature du jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale ne justifiait donc pas qu’il soit conclu à l’inapplicabilité de la disposition privative.

En ce qui concerne l’argument de l’appelant selon lequel la Cour fédérale a usurpé son rôle, le droit relatif au contrôle judiciaire reconnaît à la cour de révision le pouvoir de substituer son point de vue à celui du décideur administratif, sous réserve du respect de certaines conditions. La Cour fédérale n’a donc pas commis d’erreur en concluant que cette mesure de réparation était à sa disposition si les conditions étaient réunies. À tout le moins, la Cour peut substituer ses conclusions à celles d’un décideur administratif indirectement ou, en fait, au moyen des mesures de réparation prévues par la *Loi sur les Cours fédérales*. La substitution indirecte est un pouvoir reconnu, quoiqu’exceptionnel, dans le droit régissant le contrôle judiciaire, mais le droit reconnaît également un pouvoir de substitution directe, c’est-à-dire lorsque la Cour accorde elle-même la réparation demandée au décideur administratif, encore une fois, dans des circonstances exceptionnelles.

En l’espèce, la demande adressée à l’appelant visait l’obtention d’un certificat de citoyenneté canadienne conformément au paragraphe 12(1) de la Loi, mais la Cour fédérale n’a pas accordé cette mesure. Après avoir conclu qu’il n’existait qu’une conclusion raisonnable à la question de la citoyenneté de l’intimé, la Cour fédérale a prononcé un jugement déclaratoire qui, dans les faits, obligera l’appelant à délivrer un certificat. Ce type de réparation équivalant à une substitution pourrait être accordé dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la cour détermine que la substitution est justifiée. En raison de la conclusion de la Cour fédérale dans la présente affaire selon laquelle le père du père biologique de l’intimé était un fonctionnaire de l’État et selon laquelle il serait futile de renvoyer l’affaire à l’appelant pour nouvelle décision, la présente affaire est entrée dans la catégorie des situations exceptionnelles où l’octroi d’une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué. À supposer que la Cour fédérale ait commis des erreurs à certains égards dans la présente affaire, il s’agirait de « simples » erreurs ou d’erreurs « ordinaires » d’un type que la Cour d’appel fédérale

would be justified in disregarding the preclusive clause that Parliament enacted in paragraph 22.2(d) of the Act. Since the preclusive clause applied here, it was not appropriate ultimately to decide whether the Federal Court committed these errors in substituting its view for that of the appellant. It followed that the Federal Court's approach should not be taken to be either endorsed or disapproved of herein. Remedies amounting to substitution of the court's view for that of the administrative decision maker remain appropriate only in exceptional cases. Therefore, paragraph 22.2(d) of the Act barred the appellant's appeal, which was quashed.

Per Near J.A. (dissenting): The Federal Court concluded that the father of the respondent's biological father was a Crown servant in 1971 based on newly admitted evidence which led directly to it declaring that the respondent was a Canadian citizen. It drew this conclusion despite not having conducted a judicial review or possibly entertaining a *mandamus* application as a remedy. Accordingly, the Federal Court's declaration in these circumstances amounted to an error sufficient to conclude that the preclusive clause did not apply in this case. While this finding was sufficient to dispose of the matter and to allow the appeal, the Federal Court also usurped the role of the appellant and rendered a decision on the merits despite the fact that Parliament has given the appellant exclusive authority to determine applications made under subsection 12(1) of the Act. The Federal Court clearly substituted its decision for that of the appellant. Such a substitution is an exceptional power under the law of judicial review and is to be exercised with caution. This was not such a case. Given that the Federal Court failed to conduct a judicial review and relied upon evidence not placed before the appellant, it was not at all clear that the Federal Court's factual declaration that the respondent was a Canadian citizen was the only reasonable determination of the matter.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Citizenship Act, S.C. 2008, c. 14, s. 2(2).
Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 5(1)(b).
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3, 5, 5.1, 11, 12(1), 22.1(1), 22.2, 22.4.
Citizenship Regulations, No. 2, SOR/2015-124, s. 14.
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).

corrige fréquemment lorsqu'il n'y a pas de disposition privative. Ces erreurs ne seraient pas suffisamment graves pour faire entrer la présente affaire dans l'une ou l'autre des catégories de situations justifiant que la Cour d'appel fédérale fasse abstraction de la disposition privative adoptée par le législateur à l'alinéa 22.2d) de la Loi. Étant donné que la disposition privative s'appliquait en l'espèce, il n'appartenait pas à la Cour d'appel fédérale de déterminer si la Cour fédérale a commis ou non ces erreurs lorsqu'elle a substitué sa conclusion à celle de l'appellant. Il s'en est suivi qu'on ne pouvait pas considérer que la démarche de la Cour fédérale a été adoptée ou rejetée en l'espèce. Les mesures de réparation équivalant à substituer la conclusion de la cour à celle du décideur administratif ne devraient être accordées que dans des situations exceptionnelles. Pour ces motifs, l'alinéa 22.2d) de la Loi empêchait l'appellant de faire appel, lequel a été annulé.

Le juge Near, J.C.A. (dissent) : La Cour fédérale a conclu que le père du père biologique de l'intimé était un fonctionnaire de la Couronne en 1971 à la lumière des nouveaux éléments de preuve, ce qui l'a menée à déclarer que l'intimé était citoyen canadien. Elle a tiré cette conclusion sans faire de contrôle judiciaire ni examiner la possibilité de recourir au *mandamus*. En conséquence, le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale dans ces circonstances constituait une erreur suffisamment grave pour que l'on conclue que la disposition privative ne s'appliquait pas en l'espèce. Cette conclusion suffisait pour trancher la question et accueillir l'appel. Toutefois, la Cour fédérale a également usurpé le rôle de l'appellant et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré à l'appellant le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre du paragraphe 12(1) de la Loi. La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle de l'appellant. Une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence. Tel n'a pas été le cas en l'espèce. Étant donné que la Cour fédérale n'a pas effectué de contrôle judiciaire et qu'elle s'est fondée sur des éléments de preuve dont l'appellant ne disposait pas, il n'était pas du tout manifeste que la déclaration de fait de la Cour fédérale voulant que l'intimé ait qualité de citoyen fût la seule issue raisonnable.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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 modifiant la Loi sur la citoyenneté, L.C. 2008, ch. 14, art. 2(2).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3, 5, 5.1, 11, 12(1), 22.1(1), 22.2, 22.4.
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 5(1)(b).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1),(3), 18.1, 27(1)(a),(c), 28, 52.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 64, 72, 74.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 75(2).
Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22.

Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, ch. 22.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1),(3), 18.1, 27(1)a,c), 28, 52.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 75(2).
Règlement n° 2 sur la citoyenneté, DORS/2015-124, art. 14.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 64, 72, 74.

CASES CITED

APPLIED:

Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration), 2016 FCA 178, 485 N.R. 186; *Giguère v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 1, [2004] 1 S.C.R. 3.

CONSIDERED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant, 2018 FCA 132; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 144; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 1 S.C.R. viii, (2012), 435 N.R. 391; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 252 N.R. 68, 1999 CarswellNat 2541 (WL) (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 1 S.C.R. xiii; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lazareva*, 2005 FCA 181, 335 N.R. 21; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Makara v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 189; *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 F.T.R. 285, 1991 CarswellNat 291 (WL) (F.C.T.D.); *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603, (1988), 90 N.R. 5 (C.A.); *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, 430 D.L.R. (4th) 621; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691, 1992 CanLII 8572 (C.A.); *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 349, [2008] 3 F.C.R. 324, 286 D.L.R. (4th) 385; *Assal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 505; *Schlesinger v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 CanLII 92532, 2015 CarswellNat 8549 (WL) (I.R.B.); *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rafuse*, 2002 FCA 31, 286 N.R. 385; *Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125, 1994 CarswellNat 484 (WL) (T.D.); *Jada Fishing Co. Ltd. v. Canada (Minister of*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2016 CAF 178; *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 1, [2004] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant, 2018 CAF 132; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 144; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2012] 1 R.C.S. viii; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk*, 1999 CanLII 9238, 1999 CarswellNat 5631 (WL) (C.A.F.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 1 R.C.S. xiii; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Lazareva*, 2005 CAF 181; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Makara c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 189; *Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 944 (QL) (1^{re} inst.); *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F. 603 (C.A.); *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691, 1992 CanLII 8572 (C.A.); *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 349, [2008] 3 R.C.F. 324; *Assal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 505; *Schlesinger c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CanLII 92532, 2015 CarswellNat 8550 (WL) (C.I.S.R.); *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Rafuse*, 2002 CAF 31; *Xie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125, 1994 CarswellNat 484 (WL) (C.F. 1^{re} inst.); *Jada Fishing Co. Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 103, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée,

Fisheries and Oceans), 2002 FCA 103, 288 N.R. 237, leave to appeal to S.C.C. refused [2002] 4 S.C.R. vi; *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 149; *Turanskaya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 314, 1995 CarswellNat 1163 (WL) (T.D.), affd (1997), 145 D.L.R. (4th) 259, 210 N.R. 235 (F.C.A.); *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199, 120 D.L.R. (3d) 1; *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, 2009 ONCA 234, 311 D.L.R. (4th) 109; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772; *Canada v. Williams Lake Indian Band*, 2016 FCA 63, 396 D.L.R. (4th) 164, reversed on other grounds, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Canada (Attorney General) v. Bétournay*, 2018 FCA 230, 48 Admin. L.R. (6th) 71.

REFERRED TO:

Benner v. Canada (Secretary of State), [1997] 1 S.C.R. 358, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Housen v. Nikolaison*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Sturgeon Lake Cree Nation v. Hamelin*, 2018 FCA 131, 424 D.L.R. (4th) 366; *Tennina v. Canada (National Revenue)*, 2010 FCA 25, 402 N.R. 1; *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305, 1999 CarswellNat 157 (WL) (F.C.A.); *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255; *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3, 432 N.R. 261, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 3 S.C.R. viii, (2012), 440 N.R. 398; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 223, [2012] 2 F.C.R. 243; *Crevier v. A.G. (Québec) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3; *R. v. Shore Disposal Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 219, 16 N.S.R. (2d) 538 (C.A.); *Telecommunication Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc.*, 2007 MBCA 85, 214 Man. R. (2d) 284; *Canada (Human Resources Development and Social Development) v. Layden*, 2009 FCA 14; *Adamson v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, 2015 FCA 153, [2016] 2 F.C.R. 75, 474 N.R. 136, leave to appeal to S.C.C. refused, [2016] 1 S.C.R. v; *Canada (Attorney General) v. Burnham*, 2008 FCA 380, 384 N.R. 149; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Canada (Public Safety*

[2002] 4 R.C.S. vi; *Première Nation de Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149; *Turanskaya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1776 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [1997] A.C.F. n° 254 (QL) (C.A.); *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199; *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, 2009 ONCA 234, 311 D.L.R. (4th) 109; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772; *Canada c. Bande indienne de Williams Lake*, 2016 CAF 63, infirmé pour d'autres motifs par 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Canada (Procureur général) c. Bétournay*, 2018 CAF 230.

DÉCISIONS CITÉES :

Benner c. Canada (Secrétaire d'État), [1997] 1 R.C.S. 358; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Housen c. Nikolaison*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Sturgeon Lake Cree Nation c. Hamelin*, 2018 CAF 131; *Tennina c. Canada (Revenu national)*, 2010 FCA 25; *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999 CanLII 7421 (C.A.F.); *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255; *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2012] 3 R.C.S. viii; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; *Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 223, [2012] 2 R.C.F. 243; *Crevier c. P.G. (Québec) et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 R.C.F. 3; *R. v. Shore Disposal Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 219, 16 N.S.R. (2d) 538 (C.A.); *Telecommunication Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc.*, 2007 MBCA 85, 214 Man. R. (2d) 284; *Canada (Ressources humaines et Développement social) c. Layden*, 2009 CAF 14; *Adamson c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2015 CAF 153, [2016] 2 R.C.F. 75, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2016] 1 R.C.S. v; *Canada (Procureur général) c. Burnham*, 2008 CAF 380; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55; *D'Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205; *R. c. Rowbotham*; *R. c. Roblin*, [1994] 2 R.C.S. 463; *Retail*

and Emergency Preparedness) v. *LeBon*, 2013 FCA 55, 444 N.R. 93; *D’Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205; *R. v. Rowbotham*; *R. v. Roblin*, [1994] 2 S.C.R. 463, (1993), 168 N.R. 220; *Retail, Wholesale Department Store Union v. Yorkton Cooperative Association*, 2017 SKCA 107; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2014 ABCA 199, 575 A.R. 325; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053, [2010] R.J.Q. 2322, leave to appeal to S.C.C. refused, [2011] 2 S.C.R. v; *Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, 184 D.L.R. (4th) 441; *Bessette v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 SCC 31, 433 D.L.R. (4th) 631; *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, 2018 BCCA 344, 426 D.L.R. (4th) 333; *Sharma v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 48; *Canada (Attorney General) v. Allard*, 2018 FCA 85.

AUTHORS CITED

Martin, Paul. “The Declaratory Judgment” (1931) 9 *Can. Bar Rev.* 540.

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 151) granting an application for judicial review of a decision made under the *Citizenship Act* and declaring the respondent a citizen of Canada. Appeal dismissed, Near J.A. dissenting.

APPEARANCES

Gregory G. George, David Joseph and Eleanor Elstub for appellant.
Martha A. Cook for respondent.
Michael A. Bossin and Laïla Demirdache for interveners.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Martha Cook Professional Corporation, Stratford, for respondent.
Ottawa Community Legal Services, Ottawa, for interveners.

Wholesale Department Store Union v. Yorkton Cooperative Association, 2017 SKCA 107; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2014 ABCA 199, 575 A.R. 325; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053, [2010] R.J.Q. 2322, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2011] 2 R.C.S. v; *Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855; *Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2019 CSC 31; *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, 2018 BCCA 344, 426 D.L.R. (4th) 333; *Sharma c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 48; *Canada (Procureur général) c. Allard*, 2018 CAF 85.

DOCTRINE CITÉE

Martin, Paul. “The Declaratory Judgment” (1931) 9 *R. du B.* 540.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2018 CF 151), qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue au titre de la *Loi sur la citoyenneté* et déclarant que l’intimé était citoyen canadien. Appel rejeté, le juge Near, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU :

Gregory G. George, David Joseph et Eleanor Elstub pour l’appelant.
Martha A. Cook pour l’intimé.
Michael A. Bossin et Laïla Demirdache pour l’intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l’appelant.
Martha Cook Professional Corporation, Stratford, pour l’intimé.
Services juridiques communautaires d’Ottawa, Ottawa, pour l’intervenante.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LASKIN J.A.:

I. Overview

[1] In granting an application for judicial review of a decision made under the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, a judge of the Federal Court declared that Andrew James Fisher-Tennant is a citizen of Canada: *Fisher-Tennant v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 151 (Ahmed J.). The application Judge declined to certify in his judgment a question of general importance. By paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*, no appeal lies to this Court from a judgment of the Federal Court on judicial review with respect to any matter under the Act, absent a certified question.

[2] Despite this preclusive clause, the Minister of Citizenship and Immigration appeals from the application Judge's decision. He relies on the jurisprudence of this Court holding that paragraph 22.2(d) and other preclusive clauses in the *Citizenship Act* and the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), will not, in certain circumstances, bar an appeal from a decision in respect of which no question has been certified. The Minister argues that the application Judge committed two "jurisdictional" errors that permit the appeal to proceed. These errors, the Minister argues, were in impermissibly granting a declaration of fact and in "usurping" the decision-making role of the Minister under the *Citizenship Act*, and they resulted in the application Judge awarding relief not available on judicial review under the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

[3] The respondent, Andrew, is three years old. He is represented in this proceeding by his biological father, Jonathan Tennant, who submits that the application Judge committed no error that would permit an appeal to this Court in the absence of a certified question.

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

LE JUGE LASKIN, J.C.A. :

I. Aperçu

[1] En accueillant la demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue au titre de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, ch. C-29, un juge de la Cour fédérale a déclaré qu'Andrew James Fisher-Tennant était citoyen canadien (*Fisher-Tennant c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 151 (le juge Ahmed)). Le juge de première instance n'a pas certifié de question de portée générale dans son jugement. Selon l'alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*, il ne peut être interjeté appel devant notre Cour d'un jugement de la Cour fédérale consécutif à un contrôle judiciaire portant sur toute question régie par cette loi s'il n'y a pas de question certifiée.

[2] Malgré cette disposition privative, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration interjette appel de la décision du juge de première instance. Il s'appuie sur la jurisprudence de notre Cour concluant que l'alinéa 22.2d) ainsi que d'autres dispositions privatives de la *Loi sur la citoyenneté* et de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), dans certaines circonstances, n'interdisent pas qu'il soit fait appel de décisions ne comportant pas de question certifiée. Le ministre soutient que le juge de première instance a commis deux erreurs relatives à sa [TRADUCTION] « compétence », lesquelles rendent l'appel recevable. Selon lui, le juge a commis ces erreurs d'une part en prononçant une déclaration de fait alors qu'il ne le pouvait pas et d'autre part en [TRADUCTION] « usurpant » le rôle de décideur que confère au ministre la *Loi sur la citoyenneté*, de sorte que le juge de première instance a accordé une mesure de réparation qu'il n'avait pas le pouvoir d'accorder dans un contrôle judiciaire régi par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

[3] L'intimé, Andrew, est âgé de trois ans. Il est représenté dans l'instance par son père biologique, Jonathan Tennant, qui soutient que le juge de première instance n'a commis aucune erreur qui rendrait possible l'appel devant notre Cour sans question certifiée.

[4] For the reasons that follow, I agree with Mr. Tennant. I would therefore quash the Minister's appeal on the basis that it is barred by paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*.

II. Background

A. *Citizenship by descent*

[5] Part I of the *Citizenship Act* bears the heading "The Right to Citizenship." By paragraph 3(1)(b) of the Act, which is included in Part I under the subheading "Persons who are citizens," and subject to the Act's other provisions, a person "is" a citizen by descent if the person was born outside Canada after February 14, 1977, and if, at the time of the person's birth, one of the person's parents, other than an adoptive parent, was a Canadian citizen.

[6] Since 2009, citizenship by descent under paragraph 3(1)(b) has been limited by paragraph 3(3)(b) to the first generation born outside Canada to a Canadian parent: *An Act to amend the Citizenship Act*, S.C. 2008, c. 14, subsection 2(2).

[7] However, the first generation limit in paragraph 3(3)(b) is subject to, among other things, the Crown servant exception set out in paragraph 3(5)(b). Under this exception, the first generation limit does not apply to a person "born to a parent one or both of whose parents, at the time of that parent's birth, were employed outside Canada in or with the Canadian Armed Forces, the federal public administration or the public service of a province, otherwise than as a locally engaged person."

[8] In this case, Andrew was born in November 2015 in the United States. Mr. Tennant, a Canadian citizen, is his biological father, and Marc Fisher, an American citizen by birth, his adoptive father. But Andrew was not the first generation to be born outside Canada: his biological father, Mr. Tennant, was born in 1971 in Malaysia, to Dr. Paul Tennant and Susan Carey, Canadian citizens by birth, while Dr. Tennant was working in that country. At birth, Mr. Tennant was a Canadian citizen under paragraph 5(1)(b) of the former *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, which provided that a person born

[4] Pour les motifs qui suivent, je souscris à l'avis de Jonathan Tennant. Je rejetterais donc l'appel du ministre au motif qu'il est irrecevable aux termes de l'alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*.

II. Les faits

A. *La citoyenneté par filiation*

[5] La partie I de la *Loi sur la citoyenneté* porte le titre « Le droit à la citoyenneté ». Selon l'alinéa 3(1)(b) de cette loi, qui se trouve dans la partie I sous l'intertitre « Citoyens », sous réserve des autres dispositions de la Loi, une personne « a qualité » de citoyen par filiation si elle est née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère, autre qu'un père ou une mère adoptifs, ayant qualité de citoyen au moment de la naissance.

[6] Depuis 2009, l'alinéa 3(3)(b) vient limiter la citoyenneté par filiation prévue à l'alinéa 3(1)(b) à la première génération d'enfants nés à l'étranger d'un père ou d'une mère canadiens (*Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté*, L.C. 2008, ch. 14, au paragraphe 2(2)).

[7] Toutefois, la règle limitant la citoyenneté à la première génération prévue à l'alinéa 3(3)(b) est assujettie, entre autres, à l'exception relative aux personnes au service de la Couronne visée à l'alinéa 3(5)(b). Ainsi, selon cette exception, la limite ne s'applique pas à « la personne née d'un parent dont, au moment de la naissance de celui-ci, le ou les parents étaient, sans avoir été engagés sur place, au service, à l'étranger, des Forces armées canadiennes ou de l'administration publique fédérale ou de celle d'une province ».

[8] En l'espèce, Andrew est né en novembre 2015 aux États-Unis. Jonathan Tennant est citoyen canadien et le père biologique d'Andrew, tandis que Marc Fisher est citoyen américain de naissance et son père adoptif. Cependant, Andrew n'appartient pas à la première génération d'enfants nés à l'étranger de sa famille : son père biologique, Jonathan Tennant, est né en 1971 en Malaisie alors que le père de ce dernier, Paul Tennant, Ph. D., et sa mère, Susan Carey, tous deux citoyens canadiens de naissance, y résidaient et que Paul Tennant y travaillait. À sa naissance, Jonathan Tennant avait qualité de citoyen canadien au titre

outside of Canada was a Canadian citizen if his or her father was a citizen.

[9] It follows that unless the Crown servant exception applies—unless Andrew’s grandfather, Dr. Tennant, was employed in Malaysia “in or with ... the federal public administration or the public service of a province” at the time that Andrew’s biological father, Mr. Tennant, was born—the first generation limit in paragraph 3(3)(b) applies to Andrew, who is then not a citizen by descent. Conversely, if the Crown servant exception applies, Andrew is a citizen by descent under paragraph 3(1)(b).

[10] By contrast to section 3, under which certain persons have the status of citizen at birth, section 5 of the Act, under the subheading “Grant of citizenship,” provides for the acquisition of citizenship by certain categories of persons through a grant of citizenship by the Minister, on application. Sections 5.1 and 11 also provide for citizenship on application and by grant. The Supreme Court recognized and discussed the distinction between citizenship at birth and citizenship by grant in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paragraphs 2–4, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577. I will return to this distinction later in these reasons.

B. *Application for certificate of citizenship*

[11] Mr. Tennant applied for a certificate of Canadian citizenship on Andrew’s behalf under subsection 12(1) of the *Citizenship Act*. That provision states that the Minister must, on application, determine if a person is a citizen, and, if they are, must (subject to any applicable regulations) issue a certificate of citizenship or provide them with some other means to establish their citizenship.

[12] Mr. Tennant set out in the application that he had been born in Malaysia in 1971, at a time when his father, Dr. Tennant, was employed there as a Crown servant. In

de l’alinéa 5(1)b) de l’ancienne *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19. À l’époque, cet alinéa prévoyait qu’une personne née à l’étranger avait qualité de citoyen si son père était citoyen canadien.

[9] Il s’ensuit qu’à moins que ne s’applique l’exception relative aux personnes au service de la Couronne, c’est-à-dire, à moins que le grand-père d’Andrew, Paul Tennant, n’ait travaillé en Malaisie « au service, à l’étranger, des Forces armées canadiennes ou de l’administration publique fédérale ou de celle d’une province » au moment de la naissance de son père, Jonathan Tennant, la limite relative à la première génération prévue à l’alinéa 3(3)b) s’applique à Andrew, qui ne serait alors pas citoyen canadien par filiation. Inversement, si l’exception relative aux personnes au service de la Couronne s’applique, alors Andrew a qualité de citoyen par filiation en vertu de l’alinéa 3(1)b).

[10] Si l’article 3 prévoit les circonstances dans lesquelles une personne a qualité de citoyen dès la naissance, quant à lui l’article 5 de la *Loi sur la citoyenneté*, sous l’intertitre « Attribution de la citoyenneté », dispose que certaines catégories de personnes peuvent acquérir la citoyenneté sur demande, si le ministre leur attribue ce statut. Les articles 5.1 et 11 prévoient également l’attribution de la citoyenneté sur demande. La Cour suprême du Canada a reconnu et analysé la distinction qui existe entre la citoyenneté de naissance et l’attribution de citoyenneté dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, aux paragraphes 2 à 4. Je reviendrai sur cette distinction plus loin dans les présents motifs.

B. *La demande de certificat de citoyenneté*

[11] Jonathan Tennant a présenté une demande de certificat de citoyenneté au nom d’Andrew au titre du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Selon cette disposition, le ministre doit, sur demande, décider si la personne a qualité de citoyen et, si tel est le cas, sous réserve des règlements applicables, lui délivrer un certificat de citoyenneté ou lui fournir un autre moyen de prouver sa qualité de citoyen.

[12] Jonathan Tennant a écrit dans la demande qu’il est né en Malaisie en 1971 alors que son père, Paul Tennant, y travaillait au service de la Couronne. Dans l’espace

the space provided in which to include “[d]etails on Crown service”, Mr. Tennant indicated that his father had been a “University professor retained by the Government of Canada under a scheme established between Canada and Malaysia for technical co-operation”.

[13] Mr. Tennant included a copy of his father’s passport, issued April 1, 1971, in support of Andrew’s application. The passport contained a temporary employment visa, “[f]or employment as Lecturer with The University of Penang under Colombo Plan”, as well as an inscription, reading:

THE BEARER IS PROCEEDING TO MALAYSIA AS A UNIVERSITY PROFESSOR RETAINED BY THE GOVERNMENT OF CANADA UNDER THE SCHEME ESTABLISHED BETWEEN CANADA AND MALAYSIA FOR TECHNICAL CO-OPERATION.

[14] Mr. Tennant also included a letter from the University of British Columbia, indicating that Dr. Tennant taught at the University of Penang from 1971 to 1973, and that the University of British Columbia paid his salary and benefits during this period, for which it was then reimbursed by the Canadian International Development Agency of the Government of Canada. Finally, he provided a copy of Dr. Tennant’s application for registration of Mr. Tennant’s birth abroad, which stated that Dr. Tennant was “SERVING ON A CIDA PROJECT” at the time of Mr. Tennant’s birth.

[15] The application was considered by a citizenship officer of Citizenship and Immigration Canada. She wrote to Citizenship and Passport Program Guidance, with the subject line “Verification of crown servant employment”, asking whether the documentation provided by Mr. Tennant was “acceptable in order to apply [the] crown servant grandparent exception”. A senior program advisor responded several months later. He stated that “employment with the University of British Columbia ... would not qualify for the grandparent Crown servant exception”, because employment abroad with the University of British Columbia “[did] not fall under either the ‘federal public administration’ or ‘public service of a province’ categories of Crown service”. He also stated that, if Mr. Tennant

prévu pour les « [d]étails sur le service de la Couronne », Jonathan Tennant a écrit que son père était [TRADUCTION] « un professeur d’université engagé par le gouvernement du Canada dans le cadre d’une entente de coopération technique entre le Canada et la Malaisie ».

[13] Jonathan Tennant a joint une copie du passeport de son père, délivré le 1^{er} avril 1971, à l’appui de la demande d’Andrew. Le passeport contenait un visa de travail temporaire [TRADUCTION] « pour un emploi de professeur à l’Université de Penang dans le cadre du Plan Colombo ». Il portait également l’inscription suivante :

[TRADUCTION] LE DÉTENTEUR SE REND EN MALAISIE À TITRE DE PROFESSEUR D’UNIVERSITÉ DONT LES SERVICES SONT RETENUS PAR LE GOUVERNEMENT DU CANADA DANS LE CADRE DE L’ENTENTE DE COOPÉRATION TECHNIQUE ÉTABLIE ENTRE LE CANADA ET LA MALAISIE.

[14] Jonathan Tennant a également inclus une lettre de l’Université de la Colombie-Britannique attestant que Paul Tennant avait enseigné à l’Université de Penang de 1971 à 1973 et que c’était l’Université de la Colombie-Britannique qui payait son salaire et ses avantages sociaux durant cette période. Ces frais étaient ensuite remboursés par l’Agence canadienne de développement international du gouvernement du Canada. Finalement, il a fourni une copie de la demande d’enregistrement de naissance à l’étranger, dans laquelle son père avait écrit qu’il travaillait [TRADUCTION] « au service d’un projet de l’ACDI » au moment de sa naissance.

[15] La demande a été examinée par une agente de la citoyenneté de Citoyenneté et Immigration Canada. Elle s’est adressée par écrit à la Direction de l’orientation des programmes de citoyenneté et de passeport. L’objet de sa lettre était : [TRADUCTION] « Vérification de l’emploi au service de la Couronne ». Elle y demandait si les documents fournis par Jonathan Tennant étaient [TRADUCTION] « recevables pour que s’applique l’exception relative aux grands-parents au service de la Couronne ». Un conseiller principal du programme lui a répondu plusieurs mois plus tard. Il a affirmé qu’un [TRADUCTION] « emploi à l’Université de la Colombie-Britannique [...] n’ouvre pas droit à l’exception relative aux grands-parents au service de la Couronne », car l’emploi à l’étranger pour le compte de l’Université de la

had documentation demonstrating that Dr. Tennant was employed abroad by the Canadian government during the relevant period, “we would take it into consideration”.

[16] The officer prepared a memorandum concerning Andrew’s application, setting out her conclusion that the Crown servant exception was not applicable, “[a]s per information received and through verification with [Citizenship and Passport Program Guidance]”. The officer wrote to Mr. Tennant advising of her decision, stating that Andrew did not meet the legislative requirements for citizenship.

C. Application for judicial review

[17] Mr. Tennant applied on Andrew’s behalf for leave to judicially review the officer’s decision under subsection 22.1(1) and section 22.2 of the *Citizenship Act*. In his application for leave and for judicial review, he sought a declaration that Andrew is “a Canadian citizen by virtue of meeting the requirements for Canadian citizenship pursuant to the [Citizenship Act]”, and an order in the nature of *mandamus* “compelling the Minister, within 30 days of the date of the order, to issue [Andrew] a Certificate of Citizenship”. One of the grounds asserted for relief was that Andrew “[met] the statutory requirements for Canadian citizenship by virtue of paragraph 3(1)(b) of the *Citizenship Act* and [was] entitled to a Certificate of Citizenship”. Mr. Tennant asked in the alternative that the officer’s decision be set aside and the matter sent back for redetermination. Mr. Tennant submitted an affidavit in support of the application, as well as an affidavit sworn by Dr. Tennant.

[18] The Minister opposed the granting of leave. Mr. Tennant then raised in his reply memorandum the argument that the officer had fettered her discretion by treating the view of Citizenship and Passport Program Guidance

Colombie-Britannique [TRADUCTION] « n’appartient à ni l’une ni l’autre des catégories de services de la Couronne, soit “administration publique fédérale” et “administration publique provinciale” ». Il a également affirmé que, si Jonathan Tennant avait des documents montrant que Paul Tennant avait occupé un emploi à l’étranger pour le compte du gouvernement du Canada durant la période visée, [TRADUCTION] « nous les prendrions en considération ».

[16] L’agente a rédigé une note sur la demande d’Andrew, dans laquelle elle a écrit sa conclusion voulant que l’exception relative aux personnes au service de la Couronne ne fût pas applicable [TRADUCTION] « [s]elon les renseignements reçus et à la suite d’une vérification [auprès de la Direction de l’orientation des programmes de citoyenneté et de passeport] ». L’agente a écrit à Jonathan Tennant pour l’informer de sa décision et du fait qu’Andrew ne satisfaisait pas aux critères légaux de citoyenneté.

C. La demande de contrôle judiciaire

[17] Jonathan Tennant a demandé au nom d’Andrew l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de l’agente conformément au paragraphe 22.1(1) et à l’article 22.2 de la *Loi sur la citoyenneté*. Dans sa demande d’autorisation et de contrôle judiciaire, il a demandé une déclaration selon laquelle Andrew est [TRADUCTION] « un citoyen canadien au motif qu’il satisfait aux critères de citoyenneté canadienne prévus par la Loi sur la citoyenneté », ainsi qu’une ordonnance sous la forme d’un *mandamus* [TRADUCTION] « obligeant le ministre à délivrer un certificat de citoyenneté à Andrew dans les 30 jours suivant l’ordonnance ». Jonathan Tennant soutenait, entre autres, qu’Andrew [TRADUCTION] « répond[ait] aux exigences légales de citoyenneté canadienne en vertu de l’alinéa 3(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté et qu’il [avait] ainsi droit à un certificat de citoyenneté ». Subsidièrement, Jonathan Tennant a demandé que la décision de l’agente soit annulée et que l’affaire soit renvoyée pour nouvel examen. Jonathan Tennant a produit un affidavit à l’appui de la demande, ainsi qu’un affidavit de Paul Tennant.

[18] Le ministre s’est opposé à la demande d’autorisation. Jonathan Tennant a ensuite fait valoir dans son mémoire en réponse que l’agente avait entravé son pouvoir discrétionnaire en considérant la réponse de la Direction

as dispositive. Leave was granted, and the Minister then brought a motion in writing for judgment, conceding the issue of fettered discretion and seeking to have the officer's decision set aside and the matter remitted for reconsideration. Mr. Tennant opposed the motion on the basis that he wished to make oral submissions on Andrew's entitlement to declaratory relief.

[19] The Minister's motion and the application for judicial review were heard together by the Federal Court. In his reasons, the application Judge referred (at paragraph 14) to the parties' agreement that the officer had fettered her discretion, stating that "[t]he only dispute remaining between the parties is with respect to the issues of remedy and costs."

[20] The application Judge then addressed, under the heading "Availability of the Directed Verdict," Mr. Tennant's request for declaratory relief. He first found (at paragraphs 18–20) that this was not a case where "the decision-maker must be left to complete its work", as the "relevant factual finding was made" by the officer, "albeit not in the manner required by law", and that there was nothing further required to complete the record. As a result, he concluded, concerns over "wading into the decision-making process on the basis of an incomplete factual record" and "weigh[ing] evidence in place of the decision-maker" did not arise.

[21] The application Judge went on to consider the Minister's argument that the Federal Court is unable to make declarations pertaining solely to findings of fact. He agreed with that proposition, but disagreed that it applied, finding (at paragraph 21) that the declaration sought by Mr. Tennant—that Andrew is a Canadian citizen under section 3 of the *Citizenship Act*—was one not of fact but of law, and within the authority of the Federal Court to grant.

de l'orientation des programmes de citoyenneté et de passeport comme étant déterminante. La Cour a accueilli la demande d'autorisation, puis le ministre a déposé une requête écrite en jugement dans laquelle il concédait la question de l'entrave au pouvoir discrétionnaire et demandait l'annulation de la décision de l'agente et le renvoi de l'affaire pour un nouvel examen. Jonathan Tennant s'est opposé à la requête au motif qu'il souhaitait présenter des observations orales sur le droit d'Andrew à un jugement déclaratoire.

[19] La requête du ministre et la demande de contrôle judiciaire ont été entendues ensemble par la Cour fédérale. Dans ses motifs, le juge de première instance a affirmé (au paragraphe 14) que les parties s'entendaient sur le fait que l'agente avait entravé son pouvoir discrétionnaire et que « [l]es seules questions en litige qui demeurent entre les parties portent sur la question de la réparation et des dépens ».

[20] Le juge de première instance a ensuite analysé la demande de jugement déclaratoire de Jonathan Tennant sous le titre « La disponibilité de la décision imposée ». Il a d'abord conclu (aux paragraphes 18 à 20) qu'il ne s'agissait pas d'un cas où il fallait « laisser le décideur terminer son travail », car « la conclusion de fait pertinente a été tirée » par l'agente « bien qu'elle ne l'ait pas été de la manière exigée par la loi » et qu'aucun autre document n'était nécessaire pour compléter le dossier. En conséquence, il a conclu qu'il n'y avait pas lieu de craindre en l'espèce « d'intervenir dans le processus de décision en invoquant un dossier factuel incomplet » ni « de soupeser la preuve à la place du décideur ».

[21] Le juge de première instance a ensuite examiné l'argument du ministre voulant que la Cour fédérale ne puisse pas rendre de jugements déclaratoires portant uniquement sur des conclusions de fait. Il a souscrit à cette observation, mais il a estimé qu'elle ne s'appliquait pas à l'espèce (au paragraphe 21), parce que la déclaration demandée par Jonathan Tennant, à savoir que son fils Andrew avait qualité de citoyen en vertu de l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*, n'était pas une question de fait, mais une question de droit, et que la Cour fédérale a compétence pour faire cette déclaration.

[22] Under the heading “Appropriateness of a Directed Verdict,” the application Judge then outlined the evidence before the officer. He found (at paragraph 28) that “[t]he only logical conclusion [was] that Dr. Tennant was in the employment of CIDA and thereby he was a Crown servant”, and stated that it would be futile to return the matter to the officer in the face of such clear evidence. He also noted (at paragraph 31) that the officer’s “approach demonstrate[d] a lack of diligence,” and that this “militate[d] in favour of a remedy that [was] commensurate with the seriousness of the consequences flowing from the [o]fficer’s conduct.” Finally, he noted that the language of section 3 of the *Citizenship Act* is itself declaratory, stating (at paragraph 33) that “once the requirements under [section] 3 are met, the person is a citizen, irrespective of Ministerial action” (emphasis in original), and that a “directed verdict” would therefore not impinge on any exercise of the Minister’s discretion.

[23] For these reasons, the application Judge concluded (at paragraphs 23 and 34–36) that the case warranted what he described as “the exceptional remedy of a directed verdict.” He expressly declined to return the matter for redetermination, writing that “any decision that fails to affirm or delay [*sic*] the recognition of [Andrew’s] citizenship would be unjust.” He reasoned that, because he had “affirmed that Dr. Tennant was serving abroad as a Crown servant” at the relevant time, Andrew was a Canadian citizen “as a matter of law.”

[24] The Minister asked that the application Judge certify the following question [at paragraph 40]:

Does the Federal Court have the jurisdiction to issue a directed verdict or a declaration that an applicant is a Canadian citizen under the *Citizenship Act*, when a decision maker has not made a factual determination that the applicant is a Canadian citizen as per the provisions of the *Citizenship Act*?

[25] The application Judge found (at paragraph 41) that this question did not merit certification. He stated that “the question as to whether the Federal Court has the jurisdiction to issue directed verdicts is already well established”, both generally and in the citizenship context.

[22] Ensuite, sous le titre « L’applicabilité de la décision imposée », le juge de première instance a résumé la preuve dont disposait l’agente. Il a conclu (au paragraphe 28) que « [l]a seule conclusion logique sur la preuve est que M. Tennant était à l’emploi de l’ACDI et était par conséquent un fonctionnaire de l’État ». Il a affirmé qu’il serait futile de renvoyer le dossier à un autre agent au vu d’une preuve aussi limpide. Il a également fait observer (au paragraphe 31) que « l’approche de l’agente démontre un manque de diligence », ce qui « milite [...] en faveur d’une réparation qui correspond à la gravité des conséquences qui découlent de la conduite de l’agente ». Finalement, il a souligné que le libellé de l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* est déclaratoire en soi. Il a affirmé (au paragraphe 33) que, « lorsqu’il est satisfait à l’exigence prévue par l’article 3, une personne est citoyenne, indépendamment de l’action ministérielle » (souligné dans l’original) et que par conséquent rendre une « décision imposée » n’empiéterait pas sur le pouvoir discrétionnaire ministériel.

[23] Pour ces motifs, le juge de première instance a conclu (aux paragraphes 23 et 34 à 36) que l’affaire justifiait ce qu’il a appelé « la mesure de réparation exceptionnelle d’une décision imposée ». Il a expressément refusé de renvoyer l’affaire pour nouvelle décision, écrivant que « toute décision qui ne confirmerait pas la citoyenneté [d’Andrew] ou qui en retarderait la reconnaissance serait injuste ». Il a affirmé que, puisqu’il avait conclu « que M. Tennant était un fonctionnaire de l’État à l’étranger » au moment pertinent, Andrew est « légalement » citoyen canadien.

[24] Le ministre a demandé au juge de première instance de certifier la question suivante [au paragraphe 40] :

[TRADUCTION] La Cour fédérale a-t-elle compétence pour rendre une décision imposée ou un jugement déclaratoire portant qu’un demandeur est un citoyen canadien conformément à la *Loi sur la citoyenneté*, quand un décideur n’a pas tiré une conclusion de fait selon laquelle le demandeur est un citoyen canadien selon les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*?

[25] Le juge a conclu (au paragraphe 41), qu’il n’y avait pas lieu de certifier cette question. Il a affirmé que « la question de savoir si la Cour fédérale a compétence pour rendre une décision imposée est déjà bien établie » non seulement en général, mais également en matière de citoyenneté.

[26] In disposing of the proceeding, the application Judge issued the following judgment:

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. I hereby declare, Andrew James Fisher-Tennant is a citizen of Canada.
2. No costs are awarded.
3. There is no question for certification.

D. *Appeal to this Court*

[27] The Minister presented a notice of appeal to the Registry of this Court for filing. The notice stated that the application Judge’s decision fell within the “narrow exception” to the certified question requirement, because the application Judge had made two “jurisdictional” errors—issuing a declaration on a question of fact and arrogating to himself the Minister’s power under subsection 12(1) of the *Citizenship Act* to determine whether Andrew is a citizen. In accordance with rule 72 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the Registry forwarded the notice of appeal to a judge of this Court, who directed the Registry to file it.

[28] Mr. Tennant then brought a motion under rule 74 of the *Federal Courts Rules*, which provides that the Court may “at any time, order that a document that is not filed in accordance with [the Rules] be removed from the Court file.” He argued that the Minister had not established a “sufficiently arguable case” that the appeal fell within the exceptions to the certified question requirement. The Minister opposed the motion, in large part on the basis that the direction under rule 72 had determined that the appeal should proceed, and that the motion was an improper attempt to appeal from that decision. This Court dismissed the motion: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2018 FCA 132 (Stratas J.A., sitting alone). I will discuss the reasons of my colleague Justice Stratas on the motion when I refer to the case law regarding the scope and limits of paragraph 22.2(d) and similar provisions.

[26] Le juge de première instance a rendu le jugement suivant à l’issue de l’instance :

LA COUR REND LE JUGEMENT suivant :

1. Je déclare par les présentes qu’Andrew James Fisher-Tennant est un citoyen du Canada.
2. Aucuns dépens ne sont adjugés.
3. Il n’y a aucune question à certifier.

D. *L’appel devant notre Cour*

[27] Le ministre a présenté un avis d’appel pour dépôt au greffe de notre Cour. Il était écrit dans l’avis que la décision du juge de première instance faisait partie des [TRADUCTION] « exceptions limitées » à l’exigence de la question certifiée, car le juge avait commis deux erreurs de [TRADUCTION] « compétence », soit en rendant un jugement déclaratoire sur une question de fait et en s’arrogeant le pouvoir que le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté* confère au ministre de déterminer si Andrew a qualité de citoyen. Le greffe a soumis l’avis d’appel à un juge de notre Cour conformément à la règle 72 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, lequel a donné au greffe la directive de le déposer.

[28] Jonathan Tennant a déposé une requête au titre de la règle 74 des *Règles des Cours fédérales*, lequel dispose que la Cour peut « à tout moment ordonner que soient retirés du dossier de la Cour les documents qui n’ont pas été déposés en conformité avec les présentes règles ». Il a soutenu que le ministre n’avait pas établi [TRADUCTION] « de manière suffisante et sur le fondement d’une cause défendable » que l’appel relevait des exceptions prévues à l’exigence relative à la certification d’une question. Le ministre s’est opposé à la requête, en grande partie au motif que la directive donnée en vertu de la règle 72 établissait que l’appel devait être entendu et que la requête constituait une tentative déplacée d’interjeter appel de cette décision. La Cour a rejeté la requête dans la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2018 CAF 132 (le juge Stratas, siégeant seul). Je me pencherai sur les motifs rendus par mon collègue le juge Stratas lorsque j’examinerai la jurisprudence sur la portée et les limites de l’alinéa 22.2(d) et de dispositions similaires.

[29] Following the dismissal of Mr. Tennant’s motion, the Canadian Association of Refugee Lawyers (CARL) was granted leave to intervene in the appeal with respect to the proper interpretation of preclusive clauses and the remedial powers of the Federal Court.

III. Issue and standard of review

[30] The threshold issue is whether the Minister’s appeal is barred by paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*. In resolving this issue the Court may consider both whether the errors alleged by the Minister are of a kind that will justify hearing an appeal in the face of a preclusive clause, and whether the application Judge actually committed the errors alleged.

[31] To the extent that the Court determines whether the alleged errors on the part of the application Judge are of a kind that can justify hearing the appeal despite the preclusive clause, the Court makes this determination at first instance. No standard of review therefore applies.

[32] To the extent that the Court determines whether the application Judge actually committed the alleged errors, the administrative law standard of review in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47, applies to the application Judge’s review of the Minister’s decision, while the appellate standard of review set out in *Housen v. Nikolaison*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, applies to the application Judge’s determination of the appropriate remedy: *Sturgeon Lake Cree Nation v. Hamelin*, 2018 FCA 131, 424 D.L.R. (4th) 366, at paragraph 51.

IV. Hearing an appeal despite a preclusive clause

A. *The preclusive clauses*

[33] By paragraphs 27(1)(a) and (c) of the *Federal Courts Act*, an appeal lies to this Court from a final or interlocutory judgment of the Federal Court. However, the appeal rights set out in the *Federal Courts Act* may be overridden by other statutes: *Tennina v. Canada (National Revenue)*, 2010 FCA 25, 402 N.R. 1, at paragraph 11.

[29] Après le rejet de la requête de Jonathan Tennant, l’Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés (l’ACAADR) a reçu l’autorisation d’intervenir dans le présent appel sur l’interprétation qu’il faut donner aux dispositions privatives et les pouvoirs de réparation de la Cour fédérale.

III. La question en litige et la norme de contrôle

[30] La question préliminaire est celle de savoir si l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté* empêche le ministre d’interjeter appel. Pour trancher la question, la Cour peut examiner si les erreurs alléguées par le ministre sont de nature à justifier l’audition d’un appel malgré la disposition privative et si le juge de première instance a bel et bien commis ces erreurs.

[31] Sur la question de savoir si les erreurs alléguées du juge de première instance sont de nature à justifier l’audition de l’appel malgré la disposition privative, notre Cour se prononce en première instance. Il n’y a donc aucune norme de contrôle à appliquer.

[32] Sur la question de savoir si le juge a bel et bien commis les erreurs alléguées, c’est la norme de contrôle applicable en droit administratif établie dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47, qui s’applique au contrôle judiciaire de la décision du ministre fait par le juge de première instance, alors que c’est la norme de contrôle applicable en appel établie dans l’arrêt *Housen c. Nikolaison*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, qui s’applique à la décision du juge de première instance quant à la mesure de réparation appropriée (*Sturgeon Lake Cree Nation c. Hamelin*, 2018 CAF 131, au paragraphe 51).

IV. L’audition de l’appel malgré la disposition privative

A. *Les dispositions privatives*

[33] Les alinéas 27(1)a) et c) de la *Loi sur les Cours fédérales* disposent qu’il peut être interjeté appel devant notre Cour d’un jugement définitif ou d’un jugement interlocutoire rendu par la Cour fédérale. Toutefois, les dispositions d’autres lois peuvent l’emporter sur les droits d’appel prévus par la *Loi sur les Cours fédérales (Tennina c. Canada (Revenu national))*, 2010 CAF 25, au paragraphe 11).

[34] Both the *Citizenship Act* and the IRPA permit judicial review applications only with leave of the Federal Court, preclude appeals to this Court from interlocutory and leave decisions, and preclude appeals to this Court from judgments issued in applications for judicial review in the absence of a certified question. Section 22.4 of the *Citizenship Act* and subsection 75(2) of the IRPA state, respectively, that the provisions of those statutes prevail in the event of any inconsistency with those of the *Federal Courts Act*.

[35] The relevant provision in this case is paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*, which governs judicial review applications under the Act; it states that “an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.” Its counterpart in the IRPA is paragraph 74(d). This Court has described this provision as “a second filter”—the first, the requirement to obtain leave, applying to applications for judicial review to the Federal Court, and the second, the certified question requirement, applying to appeals to this Court from decisions of the Federal Court: *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 485 N.R. 186, at paragraph 11. The Court has explained further that the second requirement is “intended to filter significant questions of law from questions of fact,” and has also stated that “[a]s a certified question is a precondition to this Court’s jurisdiction, it is a requirement that must not be taken lightly”: *Mudrak*, at paragraphs 12 and 19. These observations apply equally to paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*.

[36] As set out above, the application Judge did not certify a question when issuing his judgment. In bringing this appeal nonetheless, the Minister asserts that the application Judge made errors of a kind that have been recognized as permitting this Court to hear an appeal despite paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act* and similar preclusive clauses.

[34] La *Loi sur la citoyenneté* et la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* n’autorisent le dépôt de demandes de contrôle judiciaire que sur autorisation de la Cour fédérale. Elles interdisent le dépôt devant notre Cour d’appels visant des décisions interlocutoires et des décisions sur les demandes d’autorisation de contrôle judiciaire ainsi que le dépôt d’appels visant des jugements rendus à la suite de contrôles judiciaires s’il n’y a pas de question certifiée. L’article 22.4 de la *Loi sur la citoyenneté* et le paragraphe 75(2) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* précisent tous deux que les dispositions de ces lois l’emportent sur celles de la *Loi sur les Cours fédérales* en cas d’incompatibilité.

[35] La disposition pertinente en l’espèce est l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui régit les demandes de contrôle judiciaire présentées en application de cette loi et dispose que « le jugement consécutif au contrôle judiciaire n’est susceptible d’appel à la Cour d’appel fédérale que si le juge certifie que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci ». L’alinéa 74d) est une disposition équivalente dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Notre Cour a qualifié cette disposition de « second filtre » — le premier étant l’exigence de l’autorisation, qui s’applique aux demandes de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, et le deuxième étant l’exigence de la question certifiée, qui s’applique aux appels déposés devant notre Cour à l’encontre de décisions rendues par la Cour fédérale (*Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, au paragraphe 11). La Cour a ajouté que, par la deuxième exigence, « on visait à isoler les questions de droit importantes des questions de fait » et que, « [c]omme la question certifiée est une condition préalable à l’exercice de la juridiction de notre Cour, il s’agit d’une exigence qui ne doit pas être prise à la légère » (*Mudrak*, aux paragraphes 12 et 19). Ces observations s’appliquent également à l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*.

[36] Comme je l’ai mentionné précédemment, le juge de première instance n’a pas certifié de question dans sa décision. Le ministre a néanmoins interjeté appel, au motif que le juge de première instance aurait commis des erreurs d’une nature telle que le droit reconnaît à notre Cour le pouvoir d’entendre l’appel malgré l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté* et d’autres dispositions privatives.

B. Judicial treatment of the preclusive clauses

[37] The case law establishes that certain types of errors will justify hearing an appeal in the face of a preclusive clause. These include, for example, bias or a reasonable apprehension of bias on the part of the judge at first instance, and refusal to exercise jurisdiction: *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 235 N.R. 305, 1999 CarswellNat 157 (WL) (F.C.A.), at paragraph 12; *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, at paragraph 15; *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3, 432 N.R. 261, at paragraph 28, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 3 S.C.R. viii, (2012), 440 N.R. 398. A further category comprises errors in the course of a “separate, divisible judicial act”—a decision in the exercise of a power that arises not under the *Citizenship Act* (or the IRPA) but from some other source: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, at paragraphs 65–66.

[38] This Court has also used the term “jurisdictional errors” to describe errors that will permit an appeal to be heard despite a preclusive clause: *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 223, [2012] 2 F.C.R. 243, at paragraphs 15–16. But it has also expressed reluctance to use that language, given the uncertainties surrounding the term “jurisdiction” in other contexts, preferring instead to use the language of “fundamental matters” striking “right at the rule of law”: *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 144, at paragraphs 19–21.

[39] I agree with the view expressed by my colleague Justice Stratas in his reasons [2018 FCA 132] dismissing the rule 74 motion in this proceeding (at paragraph 16) that the case law has not defined the exceptions to preclusive clauses particularly well. He saw the motion as an opportunity to provide a “better explanation” for the exceptions. He described (at paragraph 19) an exception centred on “jurisdictional” errors as unhelpful, because it would ultimately capture issues of statutory interpretation that were,

B. L’interprétation des dispositions privatives par les tribunaux

[37] La jurisprudence a établi que certains types d’erreurs justifient l’audition d’un appel malgré une disposition privative. Parmi ces types d’erreurs se trouvent la partialité ou la crainte raisonnable de partialité du juge de première instance ainsi que le refus de celui-ci d’exercer sa compétence (*Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1999 CanLII 7421 (C.A.F.), au paragraphe 12; *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255, au paragraphe 15; *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 28, autorisation d’interjeter appel devant la C.S.C. refusée, [2012] 3 R.C.S. viii). Une autre catégorie d’erreurs justifiant l’audition d’un appel est constituée des erreurs commises dans le cadre d’un « acte judiciaire distinct et divisible », soit une décision concernant l’exercice d’un pouvoir qui ne découle pas de la *Loi sur la citoyenneté* (ou de la LIPR), mais d’une autre source (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, aux paragraphes 65 et 66).

[38] Notre Cour a également utilisé l’expression « erreur de compétence » pour décrire certaines erreurs qui justifieraient qu’on entende un appel malgré l’existence d’une disposition privative (*Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 223, [2012] 2 R.C.F. 243, aux paragraphes 15 et 16. Toutefois, elle s’est également montrée réticente à utiliser ces termes, étant donné les incertitudes entourant le mot « compétence » dans d’autres contextes. La Cour a ainsi préféré parler de « questions très fondamentales » qui « touchent directement la primauté du droit » (*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 144, aux paragraphes 19 à 21).

[39] Je partage l’avis que mon collègue le juge Stratas a exprimé dans les motifs de sa décision [2018 CAF 132] rejetant la requête déposée au titre de la règle 74 des Règles en l’espèce (au paragraphe 16), selon lequel la jurisprudence n’a pas très bien délimité la portée des exceptions aux dispositions privatives. Il a estimé que la requête était une occasion de formuler une « explication plus claire » des exceptions. Il a expliqué (au paragraphe 19) en quoi l’exception qui reposerait sur l’erreur de « compétence »

at best, mere errors of law. He proposed (at paragraph 17) that, instead of focussing on “jurisdictional” errors, the Court should not give effect to a preclusive clause where the Federal Court’s judgment gives rise to rule of law concerns. The appeal bar would then not apply where

- it is alleged that there is a fundamental flaw going to the very root of the Federal Court’s judgment or striking at the Federal Court’s very ability to decide the case—examples include a blatant exceedance of authority obvious from the face of the judgment or an infringement of the rule against actual or apparent bias supported by substantial particularity in the notice of appeal; and
- the flaw raises serious concerns about the Federal Court’s compliance with the rule of law.

[40] Justice Stratas went on to state (at paragraphs 17–18) that the exception should not apply to “contentious debates over issues of statutory interpretation, errors of law, exercises of judicial discretion, and the weight that should be accorded to evidence and its assessment” but only to “fundamental” flaws that strike at “the very root” of the judgment or the Federal Court’s “very ability” to hear the case, and in any event only where “serious concerns” regarding the rule of law are raised. “This high threshold”, he stated, “allows Parliament’s preference for an absolute bar to prevail in all cases except for those most rare cases where concerns based on the constitutional principle of the rule of law are the most pronounced.”

[41] Consistent with Justice Stratas’s comments, the exceptions that have been identified to the preclusive clauses, no matter how they are expressed, do not include “mere errors of law”: *Mahjoub*, at paragraph 21. There are many statements to this effect. For example, in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley*, 2011 FCA 273, [2012] 3 F.C.R. 118, at paragraph 8, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] 1 S.C.R. viii, (2012), 435 N.R. 391, this Court held that “failing to apply the appropriate

serait peu utile, car il s’agirait au bout du compte d’une question d’interprétation des lois, et l’erreur serait, au mieux, une simple erreur de droit. Ainsi, il a ainsi affirmé (au paragraphe 17) que la Cour, plutôt que de se concentrer sur les erreurs dites de « compétence », devrait ne pas donner effet à une disposition privative lorsque la décision de la Cour fédérale soulève des questions relatives à la primauté du droit. L’interdiction d’interjeter appel ne s’appliquerait donc pas dans les circonstances suivantes :

- La décision de la Cour fédérale serait mal fondée ou comporterait un vice de fond influant directement sur la capacité de cette dernière de trancher le litige; par exemple, la décision révèle a priori qu’elle a manifestement outrepassé les limites de sa compétence, ou encore l’avis d’appel compte des éléments importants étayant un manquement au principe interdisant toute partialité réelle ou apparente.
- L’erreur crée une crainte sérieuse liée au respect par la Cour fédérale de la primauté du droit.

[40] Le juge Stratas a ensuite affirmé (aux paragraphes 17 et 18) que l’exception ne viserait pas « les débats portant sur des questions d’interprétation des lois, des erreurs de droit, l’exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire ou le poids à accorder à un élément de preuve et à son appréciation », mais seulement les vices « de fond » qui influent « directement » sur la « capacité » de la Cour fédérale de trancher le litige, et qui plus est uniquement lorsqu’ils créent des « craintes sérieuses » liées au respect de la primauté du droit. « Ce seuil élevé », poursuit-il, « assure le respect de l’irrecevabilité absolue privilégiée par le législateur, sauf dans les cas plus rares où il subsiste des craintes très marquées liées à l’observation du principe constitutionnel de la primauté du droit ».

[41] Ainsi, et suivant les observations du juge Stratas, les exceptions aux dispositions privatives qui ont été définies ne comprennent pas, et ce, indépendamment de la façon dont on les qualifie, les erreurs de droit (*Mahjoub*, au paragraphe 21). Plusieurs jugements abondent dans le même sens. Par exemple, notre Cour a conclu, dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley*, 2011 CAF 273, [2012] 3 R.C.F. 118, au paragraphe 8, autorisation d’interjeter appel à la C.S.C. refusée, [2012] 1 R.C.S. viii, que

standard of review is a run-of-the-mill error of law, and not a usurpation of jurisdiction”. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 252 N.R. 68, 1999 CarswellNat 2541 (WL) (F.C.A.), at paragraph 8, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xiii, this Court held that “an erroneous finding of fact based on a misapprehension of what is in evidence” did not result in a loss of jurisdiction, but at most amounted to an error of law in the exercise of jurisdiction.

[42] In a similar vein, this Court has rejected the argument that the fact that an order was made “outside the statutory jurisdiction of the Federal Court” is sufficient to defeat the IRPA’s preclusive clause, holding that “[t]o accept that argument could deprive [the preclusive clause] of all meaning”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards*, 2005 FCA 176, 335 N.R. 181, at paragraph 12; see also *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Lazareva*, 2005 FCA 181, 335 N.R. 21, at paragraphs 8–9. In both of these cases, the appeals held subject to the statutory bar were based on the ground (similar to one of the grounds advanced in this case) that in granting relief the Federal Court had “usurped” authority granted to the Minister. The Minister’s position here, based on counsel’s response when the Court raised these decisions in oral argument, appears to be that these two decisions do not reflect the current law.

C. Position of the parties and interveners on the nature and scope of the exceptions

[43] The Minister argues that, in enacting the preclusive clause, “Parliament cannot have intended to immunize alleged errors from appellate scrutiny which, if not subject to review, would undermine the rule of law and public confidence in the due administration of justice”: Minister’s memorandum, at paragraph 33. He submits that a preclusive clause will not apply where the application Judge committed a “jurisdictional error”, whether by exceeding the judge’s jurisdiction or failing to exercise it. The Minister also quotes with apparent approval Justice Stratas’s description of the threshold as requiring a “fundamental flaw”, and a decision “raising serious concerns

« l’omission d’appliquer la bonne norme de contrôle est une erreur de droit “ordinaire” et non une usurpation de pouvoir ». Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Katriuk*, 1999 CanLII 9238 (C.A.F.), au paragraphe 8, autorisation d’interjeter appel refusée, [2000] 1 R.C.S. xiii, notre Cour a conclu « qu’une conclusion de fait erronée fondée sur une mauvaise appréciation de la preuve produite » n’entraînait pas une perte de compétence, mais au plus, une erreur de droit dans l’exercice de cette compétence.

[42] Dans le même ordre d’idées, notre Cour a rejeté l’argument voulant qu’il suffise qu’une « ordonnance [échappe] à la compétence conférée à la Cour fédérale par la loi » pour que soit neutralisée la disposition privative de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, et elle a conclu que « cet argument pourrait retirer tout son sens à [la disposition privative] » (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Edwards*, 2005 CAF 176, au paragraphe 12; voir également *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Lazareva*, 2005 CAF 181, aux paragraphes 8 et 9). Dans ces deux cas, les appels jugés assujettis à l’interdiction légale étaient fondés sur le motif (semblable à l’un des motifs avancés en l’espèce) que la Cour fédérale avait « usurpé » le pouvoir conféré au ministre en accordant la mesure demandée. Le ministre semble soutenir, d’après la réponse de l’avocat lorsque la Cour a parlé de ces décisions durant l’audience, qu’elles ne rendent pas compte de l’état du droit actuel.

C. Les thèses des parties et de l’intervenante sur la nature et la portée des exceptions

[43] Le ministre soutient qu’en adoptant la disposition privative, [TRADUCTION] « le législateur n’a pas pu avoir l’intention de soustraire les erreurs alléguées à l’examen en appel, car ne pas assujettir les erreurs à l’examen en appel constituerait une atteinte au principe de la primauté du droit et fragiliserait la confiance du public en l’administration la justice » (mémoire du ministre, au paragraphe 33). Il affirme que la disposition privative ne s’applique pas lorsque le juge de première instance a commis une [TRADUCTION] « erreur de compétence », que ce soit en outrepassant sa compétence ou en omettant de l’exercer. Le ministre invoque également et semble approuver le seuil établi par

about ... compliance with the rule of law”: Minister’s memorandum, at paragraph 35.

[44] In his submissions, Mr. Tennant appears to invoke the administrative law concept of “true question of jurisdiction”: Mr. Tennant’s memorandum, at paragraphs 13–14. He submits that to be entitled to proceed with his appeal, the Minister must “demonstrate that the issues raised are those of ‘true jurisdiction’ for which no [deference] ought to be shown.” However, he also cites (at paragraph 15) Justice Stratas’s articulation of the test. Mr. Tennant submits (at paragraph 16) that “[i]t is a rare case that an appellant can establish a lack or loss of jurisdiction of the court.”

[45] CARL submits that the preclusive clauses in the IRPA and the *Citizenship Act* should be construed applying the same principles applied to privative clauses restricting access to judicial review. It states that privative clauses have always been narrowly interpreted, citing *Crevier v. A.G. (Québec) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, at page 237, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1, and *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, at page 405, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609.

[46] CARL argues that this Court should not accept Justice Stratas’s articulation of the test, which it sees as both departing from existing jurisprudence and raising the applicable threshold. CARL submits that in suggesting that errors must be “fundamental”, “serious” and “substantial” to give rise to appeal, Justice Stratas used “qualitative” and “undefined” language that will promote too broad a reading of the preclusive clauses. It argues that a broad interpretation should be rejected because it will unduly limit access to justice by vulnerable non-citizens.

[47] CARL also disagrees with Justice Stratas’s reluctance to describe the relevant test in “jurisdictional” terms. It draws a distinction between “simple” jurisdictional

le juge Stratas, c’est-à-dire la présence d’un « vice fondamental » et d’une décision où une erreur « crée une crainte sérieuse liée au respect [...] de la primauté du droit » (mémoire du ministre, au paragraphe 35).

[44] Dans ses observations, Jonathan Tennant semble invoquer la notion de droit administratif de la [TRADUCTION] « véritable question de compétence » (mémoire de Jonathan Tennant, aux paragraphes 13 et 14). Il soutient que, pour qu’il soit donné suite à l’appel, le ministre doit [TRADUCTION] « démontrer que les questions soulevées sont de véritables questions de compétence qui ne commandent aucune [retenue] ». Toutefois, il reprend également (au paragraphe 15) le critère formulé par le juge Stratas. Jonathan Tennant soutient (au paragraphe 16) que [TRADUCTION] « [c]e n’est que dans de rares circonstances qu’un appellant peut établir le défaut ou la perte de compétence de la cour ».

[45] L’ACAADR soutient que les dispositions privatives de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et de la *Loi sur la citoyenneté* devraient être interprétées suivant les mêmes principes que ceux appliqués aux dispositions privatives restreignant l’accès au contrôle judiciaire. Elle soutient que les dispositions privatives ont toujours été interprétées restrictivement, citant à l’appui l’arrêt *Crevier c. P.G. (Québec) et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, à la page 237, et l’arrêt *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, à la page 405.

[46] L’ACAADR soutient que notre Cour ne devrait pas adopter le critère tel que l’a formulé le juge Stratas, car elle estime qu’ainsi libellé, le critère s’écarte de la jurisprudence existante et devient plus exigeant. Elle soutient que le juge Stratas a utilisé des termes [TRADUCTION] « qualitatifs » et [TRADUCTION] « sans définition » en affirmant que les erreurs doivent être « de fond », « sérieuses » et « importantes » pour ouvrir droit à un appel, ce qui donnerait lieu à une interprétation trop large des dispositions privatives. Elle soutient qu’une telle interprétation devrait être rejetée, car elle limiterait indûment l’accès à la justice pour les non-citoyens vulnérables.

[47] L’ACAADR ne partage pas non plus la réticence du juge Stratas à décrire le critère pertinent en termes de « compétence ». Elle établit une distinction entre les

errors and “true” jurisdictional errors, as those terms are understood for the purposes of judicial review. It cites *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230, at paragraph 31, in which the Supreme Court stated that “‘true’ questions of jurisdiction involve a far narrower meaning of ‘jurisdiction’ than the one ordinarily employed.” CARL accordingly urges this Court to adopt a test turning on “simple” jurisdictional errors, arguing that “the debate on jurisdiction” that has plagued judicial review jurisprudence “does not need to spread into other areas of law”: CARL’s memorandum, at paragraph 22.

[48] In reply, the Minister disagrees that Justice Stratas’s approach changed the “jurisdictional exception” test, or that he could have done so as a judge sitting alone. The Minister argues that Justice Stratas’s description of the threshold is consistent with that adopted by panels of this Court in *Mahjoub* and *Huntley*. He says that the concern that applying Justice Stratas’s description would lead to less access to this Court is unfounded.

D. *No need in this case to revisit the nature and scope of the exceptions*

[49] I appreciate and respect the efforts of my colleague Justice Stratas to provide a “better explanation” of the circumstances in which it will be appropriate to entertain an appeal despite a preclusive clause. There is much in his reasons with which I agree.

[50] At the same time, there may be some merit to CARL’s concern about describing the exceptions in qualitative terms. Redefining the exception in language such as “fundamental flaw”, “blatant exceedance of authority”, striking “at the very root” of the judgment, and raising “serious concerns” about the rule of law could present its own set of interpretive difficulties. The rule of law is itself a concept that defies easy definition. In addition, the reasons why a “blatant” or “obvious” exceedance of authority should

[TRADUCTION] « simples » erreurs de compétence et les [TRADUCTION] « véritables » erreurs de compétence, au sens de ces termes dans le contexte des contrôles judiciaires. L’ACAADR cite la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230, au paragraphe 31, qui affirme que « les “véritables” questions de compétence renvoient à une signification bien plus restreinte de la “compétence” que celle habituellement donnée à ce mot ». En conséquence, l’ACAADR presse notre Cour d’adopter un critère axé sur les [TRADUCTION] « simples » questions de compétence, au motif que [TRADUCTION] « le débat sur la compétence » qui sévit dans la jurisprudence sur le contrôle judiciaire [TRADUCTION] « n’a pas à s’étendre à d’autres domaines du droit » (mémoire de l’ACAADR, au paragraphe 22).

[48] En réponse, le ministre ne croit pas que le raisonnement du juge Stratas ait changé le critère sur [TRADUCTION] « l’exception liée à la compétence » ni qu’il aurait pu le faire en siégeant seul. Le ministre soutient que la description que fait le juge Stratas du critère est issue d’un raisonnement conforme à celui suivi par les formations de notre Cour dans les arrêts *Mahjoub* et *Huntley*. Il soutient que la crainte que l’application du critère tel que l’a formulé le juge Stratas réduise l’accès à notre Cour est sans fondement.

D. *Il n’est pas nécessaire en l’espèce de revoir la nature et la portée des exceptions*

[49] Je reconnais et respecte les efforts déployés par mon collègue le juge Stratas pour donner une « explication plus claire » des circonstances dans lesquelles il conviendrait d’entendre un appel malgré la disposition privative. Je souscris en grande partie à ses motifs.

[50] Néanmoins, il pourrait y avoir un certain fondement à l’observation de l’ACAADR sur la description des exceptions en termes qualitatifs. L’utilisation, pour la définition d’exceptions, d’expressions comme « vice de fond », « manifestement outrep[er] les limites de sa compétence », influencer « directement » sur le jugement et créer une « crainte sérieuse » liée au respect de la primauté du droit pourrait engendrer son propre lot de difficultés d’interprétation. La primauté du droit est en soi un concept qui

justify hearing an appeal despite the bar, when an insidious or subtle exceedance would not, may deserve further consideration. Another potential concern is with putting the scope of the appeal bar on a constitutional footing when there is no constitutional right to an appeal: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 136. Nor does the “rule of law” category appear to capture the “separate, divisible judicial act” cases, some of which turn on the specific statutory language of the preclusive clause in issue. We did not receive extensive (or in some cases any) submissions on these areas of potential concern.

[51] The Minister is correct in his submission that unless and until adopted by a panel of this Court, the views expressed by a member of the Court sitting alone as a motions judge do not change the law as established by the decisions of a panel: *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3, at paragraphs 37–38. In the end, I do not find it necessary to decide in this case whether to adopt my colleague’s formulation or some variation of it. That is because I conclude, for reasons that I will now discuss, that the errors that the application Judge is alleged to have made either were not errors at all or were ordinary errors, of a kind that does not displace the preclusive clause in paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*, regardless of how the currently recognized exceptions to the preclusive clauses are expressed.

V. The errors alleged

[52] The Minister submits that the application Judge made two “jurisdictional” errors that resulted in his granting relief not available on judicial review under the *Federal Courts Act*, and that these errors permit this Court to hear and decide the Minister’s appeal.

est difficile à définir. De plus, il faudrait sans doute examiner plus en détail pourquoi le fait pour le tribunal d’avoir « manifestement » outrepassé sa compétence justifierait que l’appel soit entendu malgré la disposition privative, tandis que le fait de l’outrepasser de manière insidieuse ou subtile n’ouvrirait pas droit à un appel. Une autre difficulté potentielle est le risque de donner une dimension constitutionnelle à la portée de l’interdiction de faire appel, alors que l’appel n’est pas un droit constitutionnel (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 136). Par ailleurs, la catégorie de la « primauté du droit » ne semble pas viser les questions relatives à l’« acte judiciaire distinct et divisible », dont certaines reposent sur le libellé particulier de la disposition privative en cause. Nous n’avons pas reçu d’observations exhaustives, et dans certains cas aucune observation, sur ces difficultés potentielles.

[51] Le ministre a raison lorsqu’il avance dans ses observations que les points de vue exprimés par un membre de notre Cour siégeant seul à titre de juge de la requête, tant qu’ils n’ont pas été adoptés par une formation de la Cour, ne changent pas le droit établi par les jugements rendus par des formations de notre Cour (*Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 CAF 44, [2016] 4 R.C.F. 3, aux paragraphes 37 et 38. Au bout du compte, j’estime qu’il est inutile de décider en l’espèce s’il convient ou non d’adopter la formulation de mon collègue ou une variation de celle-ci. Il en est ainsi parce que, pour les motifs que j’exposerai maintenant, je conclus que les erreurs qu’aurait commises le juge de première instance ne sont pas des erreurs du tout ou sont des erreurs ordinaires d’une nature qui ne justifie pas que soit écartée la disposition privative de l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*, quelle que soit la façon dont les exceptions actuellement reconnues à cette disposition sont formulées.

V. Les erreurs alléguées

[52] Le ministre soutient que le juge de première instance a commis deux erreurs de « compétence » qui ont mené à l’octroi d’une mesure de réparation qu’il ne pouvait accorder en contrôle judiciaire selon la *Loi sur les Cours fédérales*, ce qui permet à notre Cour d’entendre et de trancher son appel.

[53] First, he argues that the application Judge exceeded his jurisdiction by issuing what is in substance a declaration of fact—that Dr. Tennant was a Crown servant—when the Federal Court has no jurisdiction to make declarations on findings of fact. Second, he submits that the application Judge exceeded his jurisdiction by “arrogating to himself a power that Parliament gave to the Minister”—the exclusive authority to determine applications for evidence of citizenship. I will address these two grounds in turn.

A. *Did the application Judge impermissibly grant a declaration of fact?*

[54] As set out above, the substantive relief granted by the application Judge was a declaration that “Andrew James Fisher-Tennant is a citizen of Canada.” The parties agree that the Federal Court has authority to issue declaratory relief in deciding an application for judicial review. Its power to do so is found in paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, by which it may grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal:

Extraordinary remedies, federal tribunals

18 (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

[55] By subsection 18(3), the remedies in subsection 18(1) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1. Subsection 18.1(3) then sets out the Federal Court’s powers on an application for judicial review, which again include a power to grant declaratory relief:

[53] En premier lieu, il affirme que le juge de première instance a outrepassé sa compétence en prononçant ce qui était essentiellement une déclaration de fait, c’est-à-dire que Paul Tennant était un fonctionnaire de la Couronne, alors que la Cour fédérale n’a pas compétence pour prononcer des jugements déclaratoires sur des conclusions de fait. En second lieu, il soutient que le juge de première instance a outrepassé sa compétence en [TRADUCTION] « s’arrogeant un pouvoir que le législateur a conféré au ministre », soit le pouvoir exclusif de rendre des décisions à l’égard des demandes de preuve de citoyenneté. J’examinerai successivement chacun de ces deux moyens.

A. *Le juge de première instance a-t-il prononcé une déclaration de fait sans en avoir le pouvoir?*

[54] Comme je l’ai écrit précédemment dans les présents motifs, la principale mesure de réparation accordée par le juge de première instance était un jugement déclaratoire selon lequel « Andrew James Fisher-Tennant est un citoyen du Canada ». Les parties s’entendent sur le fait que la Cour fédérale peut prononcer un jugement déclaratoire lorsqu’elle tranche une demande de contrôle judiciaire. Ce pouvoir lui est conféré par l’alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, lequel dispose qu’elle peut prononcer un jugement déclaratoire contre tout office fédéral :

Recours extraordinaires : offices fédéraux

18 (1) Sous réserve de l’article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l’alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d’obtenir réparation de la part d’un office fédéral.

[55] Aux termes du paragraphe 18(3), on ne peut se prévaloir des recours prévus au paragraphe 18(1) que sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire conformément à l’article 18.1. Le paragraphe 18.1(3) énonce ensuite les pouvoirs de Cour fédérale à l’égard des demandes de contrôle judiciaire, ce qui inclut encore une fois le pouvoir de prononcer un jugement déclaratoire :

18.1 ...

Powers of Federal Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

[56] In addition, rule 64 of the *Federal Courts Rules* provides that the Federal Court may make “a binding declaration of right in a proceeding”, whether or not any consequential relief is or can be claimed.

[57] However, the Minister argues that the application Judge exceeded his powers to grant declaratory relief under subsections 18(1) and 18.1(3) by issuing a declaration of fact. On this point, the Minister relies on this Court’s statement in *Makara v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 189, at paragraph 16, that the Federal Court “does not have jurisdiction to make declarations pertaining solely to findings of fact.” The Minister submits that the application Judge’s declaration is “at heart” a declaration of fact, because in order to make it, the Judge first had to make a factual determination that Dr. Tennant was a Crown servant in 1971: Minister’s memorandum, at paragraph 57.

[58] The prohibition against the Federal Court granting declarations of fact, to which the Minister refers, has its roots in *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 49 F.T.R. 285, 1991 CarswellNat 291 (WL) (F.C.T.D.), at paragraph 13. In that case the plaintiff—whose application for permanent residency had been denied on the basis that he had been untruthful about his marital status—sought a declaration that he had never been married and that he had answered questions truthfully on his permanent residency application. Relying on this Court’s statement in *LeBar v. Canada*, [1989] 1 F.C. 603, at page 610, (1988), 90 N.R. 5 (C.A.), that declaratory

18.1 [...]

Pouvoirs de la Cour fédérale

(3) Sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l’office fédéral en cause d’accomplir tout acte qu’il a illégalement omis ou refusé d’accomplir ou dont il a retardé l’exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu’elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral.

[56] En outre, la règle 64 des *Règles des Cours fédérales* dispose que la Cour fédérale peut « faire des déclarations de droit qui lient les parties à l’instance », qu’une réparation soit ou puisse être demandée ou non en conséquence.

[57] Or, le ministre soutient que le juge de première instance a outrepassé son pouvoir de rendre des jugements déclaratoires en vertu des paragraphes 18(1) et 18.1(3) en prononçant une déclaration de fait. Il invoque à l’appui de cette observation la déclaration de notre Cour dans l’arrêt *Makara c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 189, au paragraphe 16, selon laquelle « la Cour fédérale n’a pas compétence de rendre des jugements déclaratoires sur de simples questions de fait ». Le ministre avance que le jugement déclaratoire rendu par le juge de première instance est [TRADUCTION] « essentiellement » une déclaration de fait, car le juge a d’abord dû tirer la conclusion de fait que Paul Tennant était un fonctionnaire de la Couronne en 1971 (mémoire du ministre, au paragraphe 57).

[58] Cette interdiction faite à la Cour fédérale de rendre des jugements déclaratoires sur de simples questions de fait invoquée par le ministre puise sa source dans la décision *Gill c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 944 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 13. Dans cette affaire, le demandeur, dont la demande de résidence permanente avait été rejetée au motif qu’il avait menti sur son état civil, avait demandé un jugement par lequel il était déclaré qu’il n’avait jamais été marié et qu’il avait répondu la vérité aux questions dans sa demande de résidence permanente. La Cour fédérale, s’appuyant alors sur l’arrêt de notre Cour *LeBar c. Canada*, [1989] 1 C.F.

relief “declares what the law is”, the Federal Court concluded that the relief sought was a “declaration of fact” beyond its jurisdiction to grant, and struck out the statement of claim. The Nova Scotia Court of Appeal followed similar reasoning in *R. v. Shore Disposal Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 219, at page 222, 16 N.S.R. (2d) 538 (C.A.).

[59] In my view, the analyses in *Gill* and similar cases merely give effect to the well-established principle that declaratory relief must resolve a real legal issue in which both parties have a genuine interest. The Supreme Court recently reiterated the requirements for granting declaratory relief in *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, 430 D.L.R. (4th) 621, at paragraph 60:

... Declaratory relief is granted by the courts on a discretionary basis, and may be appropriate where (a) the court has jurisdiction to hear the issue, (b) the dispute is real and not theoretical, (c) the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and (d) the responding party has an interest in opposing the declaration being sought

[60] These factors, all of which are present here, have long governed the granting of declaratory relief. It has also long been clear that granting declaratory relief may entail determining whether the facts give rise to a legal right. As stated by Paul Martin in “The Declaratory Judgment” (1931), 9 *Can. Bar Rev.* 540, at page 547, cited with approval in *Telecommunication Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc.*, 2007 MBCA 85, 214 Man. R. (2d) 284, “the essence of the declaratory judgment is the determination of rights.”

[61] The use of declarations to determine questions of status is also well known to Canadian law: see “The Declaratory Judgment”, at page 546.

[62] For example, in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, the Supreme Court granted a declaration that non-status Indians and Métis are “Indians” under subsection 91(24) of

603 (C.A.), à la page 610, où il était établi qu’un jugement déclaratoire « indique quel est le droit », a conclu que la mesure demandée était une « déclaration de fait » outrepassant sa compétence et a radié la déclaration. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a suivi un raisonnement semblable dans l’arrêt *R. v. Shore Disposal Ltd.* (1976), 72 D.L.R. (3d) 219, à la page 222, 16 N.S.R. (2d) 538 (C.A.).

[59] À mon sens, les analyses figurant dans la décision *Gill* et d’autres décisions semblables ne font que donner effet au principe bien établi voulant qu’un jugement déclaratoire doit régler une question réelle dont la résolution revêt un véritable intérêt pour les deux parties. La Cour suprême a récemment réitéré les exigences relatives aux jugements déclaratoires dans l’arrêt *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99, au paragraphe 60 :

[...] un jugement déclaratoire est accordé par le tribunal de façon discrétionnaire et peut être approprié a) lorsque le tribunal a compétence pour entendre le litige, b) lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, c) lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu’elle soit résolue et d) lorsque la partie intimée a intérêt à s’opposer au jugement déclaratoire sollicité [...]

[60] Ces facteurs, qui sont tous présents en l’espèce, régissent depuis longtemps les jugements déclaratoires. Il est également clair depuis longtemps que les jugements déclaratoires peuvent nécessiter une décision quant aux faits donnant naissance à un droit légal. Comme l’a écrit Paul Martin dans l’ouvrage « The Declaratory Judgment », (1931), 9 *R. d. B. can.* 540, à la page 547, cité avec approbation dans l’arrêt *Telecommunication Employees Association of Manitoba Inc. v. Manitoba Telecom Services Inc.*, 2007 MBCA 85, 214 Man. R. (2d) 284, au paragraphe 62, [TRADUCTION] « essentiellement, le jugement déclaratoire consiste en l’établissement de droits ».

[61] Le recours aux jugements déclaratoires pour régler des questions de statut est également bien connu en droit canadien (« The Declaratory Judgment », à la page 546).

[62] Par exemple, dans l’arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, la Cour suprême a rendu un jugement déclaratoire selon lequel les Indiens non inscrits et les Métis

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]. In doing so, it relied (at paragraph 4) on “a number of key factual findings” made by the trial judge. In *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691, 1992 CanLII 8572 (C.A.), a case on which Mr. Tennant particularly relies, this Court, having formed a clear view of Mr. Glynos’s entitlement to citizenship under a provision that, unlike section 3 of the current *Citizenship Act*, required that citizenship be granted, issued a declaration that he was [at page 697] “eligible for a grant of citizenship.” The application Judge’s declaration in this case is also similar in effect to the declaration by the Court of Appeal for Ontario in *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, at paragraph 89. While the Court’s declaration in that case that the appellant was entitled to registration as an Indian was based on its view of the limited range of reasonable outcomes available on the record underlying the appellant’s application for registration, this did not transform the declaration into one of fact.

[63] In my view, status as a citizen of Canada by descent may be the subject of a declaration. As Mr. Tennant correctly observes, this Court has held that Canadian citizenship is “a creature of federal statute” with “no meaning apart from statute”: *Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 349, [2008] 3 F.C.R. 324, 286 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 50.

[64] And as discussed above, it is the Act itself—in this case paragraph 3(1)(b)—that confers citizenship by descent. It is not granted by the Minister, but rather is acquired by birth: see *Assal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 505, at paragraphs 68–70. This is reflected in the procedure for obtaining evidence of citizenship, as now set out in section 14 of the *Citizenship Regulations*, No. 2, SOR/2015-124. That provision requires the filing of “evidence that establishes that the applicant is a citizen” (emphasis added). A certificate of citizenship issued

sont des « Indiens » visés au 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 ce faire, elle s’est appuyée (au paragraphe 4) sur « un certain nombre de conclusions de fait cruciales » tirées par le juge du procès. Dans l’arrêt *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691, 1992 CanLII 8572 (C.A.), un précédent sur lequel Jonathan Tennant s’appuie particulièrement, notre Cour, s’étant fait une opinion claire du droit de M. Glynos à la citoyenneté au titre d’une disposition qui, contrairement à l’article 3 de la *Loi sur la citoyenneté* actuelle, exigeait que la citoyenneté soit attribuée, a prononcé un jugement déclaratoire selon lequel M. Glynos était [à la page 697] « admissible à la citoyenneté ». Le jugement déclaratoire du juge de première instance en l’espèce ressemble aussi à celui rendu par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, au paragraphe 89. Bien que, dans cette affaire, la Cour d’appel de l’Ontario ait rendu un jugement déclaratoire établissant le droit à l’inscription en tant qu’Indien de Mme Gehl au motif qu’il y avait, selon cette cour, peu d’issues raisonnables possibles au vu du dossier étayant la demande d’inscription de l’appelante, cela n’a pas fait du jugement déclaratoire une déclaration de fait.

[63] À mon sens, le statut de citoyen canadien par filiation pourrait faire l’objet d’un jugement déclaratoire. Comme le soutient à juste titre Jonathan Tennant, notre Cour a conclu que la citoyenneté canadienne était une « une création statutaire fédérale » qui « n’a pas de sens autre que celui que lui reconnaît la loi » (*Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 349, [2008] 3 R.C.F. 324, au paragraphe 50.

[64] Comme je l’ai mentionné précédemment, c’est la *Loi sur la citoyenneté* en soi, en l’occurrence l’alinéa 3(1)b), qui confère la citoyenneté par filiation. Cette citoyenneté n’est pas attribuée par le ministre, elle est acquise de naissance (*Assal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 505, aux paragraphes 68 à 70). La procédure encadrant l’obtention d’une preuve de citoyenneté, désormais prévue à l’article 14 du *Règlement n° 2 sur la citoyenneté*, DORS/2015-124, en témoigne. Cette disposition exige du demandeur qu’il produise « une

under subsection 12(1) [of the *Citizenship Act*] is therefore only evidence of citizenship, and does not itself confer that status. As stated in one tribunal decision, “[i]t is not the ‘certificate of citizenship’ that provides the citizenship, but rather it is being born as a citizen which entitles you to a piece of paper showing such citizenship”: *Schlesinger v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 CanLII 92532, 2015 CarswellNat 8549 (WL) (I.R.B.) (Immigration Appeal Division), at paragraph 17. Or as put in *Assal* (at paragraph 68), “[f]or a citizen at birth, the certificate of citizenship only constitutes the recognition or evidence of this citizenship.”

[65] Contrary to the Minister’s submission, a declaration of citizenship is thus, at a minimum, not “solely” a declaration of fact. The nature of the application Judge’s declaration is therefore not a basis to conclude that the preclusive clause does not apply.

B. *Did the application Judge usurp the role of the Minister?*

[66] The Minister argues that the application Judge’s declaratory judgment effectively renders a decision on the merits of the application under subsection 12(1) of the *Citizenship Act*, which he submits is beyond the Federal Court’s statutory authority. The Minister submits that Parliament has given him the exclusive authority to determine applications made under subsection 12(1). He says that nothing in the *Federal Courts Act* empowers the Federal Court to render a decision on the merits or to substitute its decision for that of the Minister, and to determine itself whether the requirements of subsection 12(1) are met. The Minister invokes the distinction between the role of the Court on appeal, in which substitution of the Court’s views is permissible, and its role on judicial review, in which, he submits, it is not.

[67] One of the principal authorities on which the Minister relies is this Court’s decision in *Canada (Minister*

preuve établissant qu’il est un citoyen » (non souligné dans l’original). Il s’ensuit que le certificat de citoyenneté délivré en vertu du paragraphe 12(1) n’est qu’une preuve de citoyenneté. Le certificat en soi ne confère pas ce statut. Dans les mots de la Section d’appel de l’immigration, « [c]e n’est pas le [TRADUCTION] “certificat de citoyenneté” qui confère la citoyenneté, c’est le fait d’être né citoyen qui donne droit à un document écrit établissant la citoyenneté » (*Schlesinger c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CanLII 92532, 2015 CarswellNat 8550 (WL) (C.I.S.R.), au paragraphe 17). Ou, comme l’a affirmé la Cour fédérale dans la décision *Assal* (au paragraphe 68), « [l]e certificat de citoyenneté ne constitue, pour un citoyen de naissance, qu’une reconnaissance ou une preuve de cette qualité de citoyen ».

[65] Contrairement à ce que soutient le ministre, un jugement déclaratoire établissant la citoyenneté d’une personne, à tout le moins, n’est pas « seulement » une déclaration de fait. La nature du jugement déclaratoire rendu par le juge de première instance ne justifie donc pas qu’il soit conclu à l’inapplicabilité de la disposition privative.

B. *Le juge de première instance a-t-il usurpé le rôle du ministre?*

[66] Le ministre soutient que le jugement déclaratoire du juge de première instance a pour effet de trancher sur le fond une demande présentée au titre du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, ce qui, selon lui, ne relève pas des pouvoirs légaux de la Cour fédérale. Le ministre soutient que le législateur lui a conféré le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre du paragraphe 12(1). Il affirme que rien dans la *Loi sur les Cours fédérales* ne permet à la Cour fédérale de rendre une décision sur le fond ou de substituer sa décision à celle du ministre puis de décider elle-même si un demandeur satisfait aux critères énoncés au paragraphe 12(1). Le ministre fait valoir la distinction qui existe entre le rôle de la Cour en appel, lequel permet à la Cour de substituer ses conclusions à celles du décideur de première instance, et son rôle en contrôle judiciaire, lequel, selon lui, ne lui permet pas d’agir de la sorte.

[67] Parmi les principaux précédents qu’invoque le ministre figure l’arrêt de notre Cour *Canada (Ministre du*

of Human Resources Development) v. Rafuse, 2002 FCA 31, 286 N.R. 385, at paragraphs 8–9, in which this Court approved the Federal Court’s statement in *Xie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125, 1994 CarswellNat 484 (WL) (T.D.), at paragraph 17 that it does not, on judicial review, have the power to “substitute its opinion for that of the tribunal whose decision is under judicial review, and make the decision that the tribunal should have made.” He also relies on the comment of Justice Stratas in his decision on the rule 74 motion (at paragraph 25) that “the clear language of the *Citizenship Act* gives [the] power [to grant citizenship] only to the Minister.”

[68] Contrary to the Minister’s submission, the law of judicial review recognizes a power on the part of a reviewing court to substitute its view for that of the administrative decision maker, provided that certain conditions are met. The application Judge therefore did not err in holding that this remedy was available to him if these conditions were satisfied.

[69] There are two relevant statements in *Rafuse*. One is the statement on which the Minister relies. The second, also citing *Xie*, is the following (at paragraph 14):

While the directions that the Court may issue when setting aside a tribunal’s decision include directions in the nature of a directed verdict, this is an exceptional power that should be exercised only in the clearest of circumstances

....

[70] The first proposition set out in *Rafuse*—that substitution of the decision of the Court for that of the administrative decision maker is not permitted on judicial review under the *Federal Courts Act*—has been repeated by this Court in several other cases. In *Jada Fishing Co. Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 103, 288 N.R. 237, at paragraph 10, leave to appeal refused, [2002] 4 S.C.R. vi, this Court held that it was “without jurisdiction” to substitute its decision for that of a tribunal, because it could “only dismiss the appeal or give the judgment that the Trial Division should have given, and

Développement des ressources humaines) c. Rafuse, 2002 CAF 31, aux paragraphes 8 et 9, dans lequel notre Cour souscrit à l’affirmation de la Cour fédérale dans la décision *Xie c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1994), 75 F.T.R. 125, 1994 CarswellNat 484 (WL) (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 17, voulant que la Cour fédérale n’ait pas, en contrôle judiciaire, le pouvoir de « remplacer la décision du tribunal qui fait l’objet du contrôle judiciaire par son opinion et [de] rendre la décision que le tribunal aurait dû rendre ». Il s’appuie également sur l’observation formulée par le juge Stratas dans sa décision sur la requête déposée au titre de la règle 74 des Règles (au paragraphe 25), selon laquelle « la Loi sur la citoyenneté indique clairement que seul le ministre est investi de ce pouvoir [d’attribuer la citoyenneté] ».

[68] Toutefois, contrairement à ce que fait valoir le ministre, le droit relatif au contrôle judiciaire reconnaît à la cour de révision le pouvoir de substituer son point de vue à celui du décideur administratif, sous réserve du respect de certaines conditions. Le juge de première instance n’a donc pas commis d’erreur en concluant que cette mesure de réparation était à sa disposition si les conditions étaient réunies.

[69] À cet égard, il y a deux affirmations pertinentes dans l’arrêt *Rafuse*. L’une est celle qu’a invoquée le ministre. L’autre, qui cite également la décision *Xie*, est la suivante (au paragraphe 14) :

Bien que la Cour puisse donner des directives quant à la nature de la décision à rendre lorsqu’elle annule la décision d’un tribunal, il s’agit d’un pouvoir exceptionnel ne devant être exercé que dans les cas les plus clairs [...]

[70] La première affirmation discutée dans la décision *Rafuse*, c’est-à-dire que la Cour ne peut pas substituer sa décision à celle du décideur administratif dans un contrôle judiciaire présenté en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*, a été répétée par notre Cour dans plusieurs autres arrêts. Dans l’arrêt *Jada Fishing Co. Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2002 CAF 103, au paragraphe 10, autorisation d’interjeter appel refusée, [2002] 4 R.C.S. vi, notre Cour a conclu qu’elle « n’a[vait] pas compétence » pour substituer sa décision à celle d’un tribunal, qu’elle pouvait seulement « soit rejeter l’appel soit rendre

the Trial Division could not have substituted its decision for that of the [tribunal] in an application for judicial review.” See also *Canada (Human Resources Development and Social Development) v. Layden*, 2009 FCA 14, at paragraphs 10–12; *Adamson v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, 2015 FCA 153, [2016] 2 F.C.R. 75, 474 N.R. 136, at paragraph 62, leave to appeal refused, [2016] 1 S.C.R. v; *Canada (Attorney General) v. Burnham*, 2008 FCA 380, 384 N.R. 149, at paragraph 11.

[71] But despite the first proposition set out in *Rafuse*, it is clear that, at a minimum, substitution of the Court’s views for those of the administrative decision maker can be achieved indirectly, or in effect, through remedies that the *Federal Courts Act* sets out. *Rafuse* itself recognized this possibility in the second statement quoted above. A reviewing court can achieve indirect substitution in a number of ways.

[72] The most obvious is to quash the tribunal’s decision and give directions requiring the decision maker to reach a particular result. It is now well established that this form of relief, a combination of *certiorari* and *mandamus*, is available where on the facts and the law there is only one lawful response, or one reasonable conclusion, open to the administrative decision maker, so that no useful purpose would be served if the decision maker were to redetermine the matter: see *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772, at paragraphs 41–44; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, 444 N.R. 93, at paragraphs 13–14; *D’Errico v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 95, 459 N.R. 167, at paragraphs 14–16; *Sharif v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 205, at paragraphs 54 and 59.

[73] This Court has observed that, when granting relief of this nature, “the reviewing court acts in a practical sense as the merits-decider”: *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 149, at paragraph 6; see also *Layden*, at paragraph 10. As put by the Federal Court, “this Court [can] accomplish indirectly what it is not authorized to do directly. It [can] compel the Board to

le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre » et que « la Section de première instance n’aurait pas pu, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, remplacer la décision [du tribunal] par la sienne ». Voir également les arrêts *Canada (Ressources humaines et Développement social) c. Layden*, 2009 CAF 14, aux paragraphes 10 à 12; *Adamson c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, 2015 CAF 153, [2016] 2 R.C.F. 75, au paragraphe 62, autorisation d’interjeter appel refusée, [2016] 1 R.C.S. v; *Canada (Procureur général) c. Burnham*, 2008 CAF 380, au paragraphe 11.

[71] Or, malgré cette première affirmation dans l’arrêt *Rafuse*, il est clair qu’à tout le moins la Cour peut substituer ses conclusions à celles d’un décideur administratif indirectement ou, en fait, au moyen des mesures de réparation prévues par la *Loi sur les Cours fédérales*. En outre, cette possibilité est reconnue dans l’arrêt *Rafuse* même, dans le deuxième passage cité ci-dessus. La cour de révision peut procéder à une substitution indirecte de nombreuses façons.

[72] La façon plus évidente est celle qui consiste à annuler la décision du tribunal inférieur et à ordonner au décideur de tirer une conclusion précise. Il est maintenant bien établi que cette forme de réparation, soit une combinaison du *certiorari* et du *mandamus*, est possible lorsque, selon les faits et le droit, le décideur administratif dispose d’une seule issue légale ou peut tirer une seule conclusion raisonnable, de sorte qu’il serait inutile de renvoyer la décision au décideur pour nouvelle décision (*Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, aux paragraphes 41 à 44; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55, aux paragraphes 13 et 14; *D’Errico c. Canada (Procureur général)*, 2014 CAF 95, aux paragraphes 14 à 16; *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205, aux paragraphes 54 et 59).

[73] Notre Cour a fait observer que, lorsqu’elle accorde une mesure de cette nature, la « cour de révision agit en fait comme juge du fond » (*Première Nation de Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149, au paragraphe 6; voir également l’arrêt *Layden*, au paragraphe 10). Comme l’a affirmé la Cour fédérale, « la présente Cour [peut] accomplir indirectement ce qu’elle n’a pas le droit de

reach a specific conclusion thereby, in effect, substituting its decision for that made by the Board”: *Turanskaya v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 111 F.T.R. 314, 1995 CarswellNat 1163 (WL) (T.D.), at paragraph 6, affirmed (1997), 145 D.L.R. (4th) 259, 210 N.R. 235 (F.C.A).

[74] As indicated above, this type of *certiorari* and *mandamus* relief (as well as other relief amounting to indirect substitution, discussed below) is sometimes referred to as a “directed verdict”, terminology employed by the application Judge here. Strictly speaking, this terminology is incorrect; to avoid confusion, it would be better not to use it. “Directed verdict” is a criminal law, not an administrative law, concept: see *R. v. Rowbotham*; *R. v. Roblin*, [1994] 2 S.C.R. 463, at page 467, (1993), 168 N.R. 220. However, the phrase can be understood to capture, among other things, a remedy of indirect substitution granted because there is only one reasonable outcome.

[75] A reviewing court may also achieve substitution indirectly through a declaration recognizing the parties’ rights. This type of indirect substitution also appears to be available when there is only one reasonable determination of the issue as to which a declaration is granted.

[76] The Supreme Court recognized that a declaration may have the effect of substitution in *Kelso v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 199, 120 D.L.R. (3d) 1, where the issue was whether Mr. Kelso was entitled to be reinstated to his former position in the public service. In response to the argument that only the Public Service Commission, and not the Court, had authority to make appointments, the Court observed (at page 210) that while it was “quite correct to state that the Court cannot actually appoint Mr. Kelso to the Public Service”, and “[t]he administrative act of appointment must be performed by the Commission”, the Court was “entitled to ‘declare’ the respective legal rights of the appellant and the respondent.” The Court granted a declaration that “the appellant [was] entitled to remain in, or be reinstated to, [his] position ...” *Glynos v. Canada*, discussed above, is another example.

faire directement. Elle [peut] obliger la Commission à formuler une conclusion particulière ce qui, en fait, abouti[t] à substituer sa propre décision à celle de la Commission » (*Turanskaya c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1776 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 6, confirmée par [1997] A.C.F. n° 254 (QL) (C.A.)).

[74] Comme il en a été question précédemment, ce type de recours en *certiorari* et *mandamus* (ainsi que d’autres mesures équivalant à une substitution indirecte dont il sera question ci-dessous) est parfois appelé en anglais « *directed verdict* » (« verdict imposé » ou « décision imposée » en français), notamment par le juge de première instance en l’espèce. À proprement parler, cette expression est inexacte et, pour éviter toute confusion, il vaudrait mieux ne pas l’utiliser. La notion du « verdict imposé » appartient au droit criminel et non au droit administratif (*R. c. Rowbotham*; *R. c. Roblin*, [1994] 2 R.C.S. 463, à la page 467). Toutefois, cette expression peut être interprétée comme englobant, entre autres, la mesure qu’est la substitution indirecte du jugement au motif qu’il n’existe qu’une seule issue raisonnable.

[75] La cour de révision peut également accomplir une substitution indirecte en prononçant un jugement déclaratoire reconnaissant les droits des parties. Il semble également que ce type de substitution indirecte ne soit possible que lorsqu’il n’existe qu’une seule issue raisonnable.

[76] La Cour suprême du Canada a reconnu qu’un jugement déclaratoire peut avoir l’effet d’une substitution, dans l’arrêt *Kelso c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 199. Dans cet arrêt, la question était de savoir si M. Kelso avait le droit d’être réintégré dans son ancien poste à la fonction publique. En réponse à l’argument voulant que seule la Commission de la fonction publique, et non la Cour, pût procéder à des nominations, la Cour suprême (à la page 210) a fait observer qu’il était « tout à fait juste de dire que la Cour ne peut pas nommer M. Kelso à un poste de la Fonction publique » et que « [l]’acte administratif de nomination est du ressort de la Commission », mais elle a ajouté que « la Cour a le droit de “déclarer” quels sont juridiquement les droits respectifs de l’appellant et de l’intimée ». La Cour a ensuite rendu un jugement déclaratoire selon lequel « l’appellant a[vait] le droit de demeurer ou d’être rétabli

[77] While *Kelso* and *Glynos* involved actions for a declaration, declarations amounting to substitution are also granted in the context of applications for judicial review: see for example, *Giguère v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 1, [2004] 1 S.C.R. 3, in which the Court granted a declaration of entitlement to compensation that the Chambre had refused, and *Gehl v. Canada (Attorney General)*, referred to above.

[78] It is also possible that, in certain administrative proceedings, setting aside the decision under review without further relief will, in effect, restore the parties to their positions prior to the decision. In these cases, merely setting aside the administrative decision may indirectly substitute the reviewing court's view: see *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, 2009 ONCA 234, 311 D.L.R. (4th) 109, at paragraph 49; *Retail, Wholesale Department Store Union v. Yorkton Cooperative Association*, 2017 SKCA 107, at paragraph 48; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2014 ABCA 199, 575 A.R. 325, at paragraphs 35–36; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053, [2010] R.J.Q. 2322, at paragraphs 6 and 73, leave to appeal refused, [2011] 2 S.C.R. v.

[79] Indirect substitution is thus a recognized, albeit exceptional, power under the law of judicial review. But that law also recognizes a power even of direct substitution, in which the court itself grants the relief sought from the administrative decision maker—again, in exceptional circumstances: see, for example, *Renaud v. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 S.C.R. 855, 184 D.L.R. (4th) 441, at paragraph 3; and *Bessette v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 SCC 31, 433 D.L.R. (4th) 631, at paragraph 94.

[80] In her dissenting reasons in *Giguère*, Justice Deschamps set out as follows the circumstances in which a reviewing court may substitute its view for that of the administrative decision maker (at paragraph 66, citations omitted and emphasis added):

dans [son] poste ». L'arrêt *Glynos c. Canada*, dont il a été question ci-dessus, est un autre exemple.

[77] Les arrêts *Kelso* et *Glynos* faisaient suite à des requêtes en jugement déclaratoire, mais des jugements déclaratoires équivalant à des substitutions sont également rendus dans le contexte de demandes de contrôle judiciaire : voir par exemple l'arrêt *Giguère c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 1, [2004] 1 R.C.S. 3, dans lequel la Cour suprême a rendu un jugement déclarant que l'intéressé avait droit à l'indemnisation que la Chambre lui avait refusée, et l'arrêt *Gehl c. Canada (Procureur général)*, précité.

[78] Il est également possible que, dans certaines procédures administratives, l'annulation de la décision faisant l'objet du contrôle sans autre réparation ramène, dans les faits, les parties à leur situation d'avant la décision. Dans ces circonstances, la simple annulation de la décision administrative pourrait équivaloir à y substituer indirectement le point de vue de la cour de révision (*Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers' Marketing Board*, 2009 ONCA 234, 311 D.L.R. (4th) 109, au paragraphe 49; *Retail, Wholesale Department Store Union v. Yorkton Cooperative Association*, 2017 SKCA 107, au paragraphe 48; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2014 ABCA 199, 575 A.R. 325, aux paragraphes 35 et 36; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053, [2010] R.J.Q. 2322, aux paragraphes 6 et 73, autorisation d'interjeter appel refusée, [2011] 2 R.C.S. v).

[79] La substitution indirecte est donc un pouvoir reconnu, quoiqu'exceptionnel, dans le droit régissant le contrôle judiciaire. Le droit reconnaît également un pouvoir de substitution directe, c'est-à-dire lorsque la Cour accorde elle-même la réparation demandée au décideur administratif, encore une fois, dans des circonstances exceptionnelles (*Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1999] 3 R.C.S. 855, au paragraphe 3; *Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2019 CSC 31, au paragraphe 94).

[80] La juge Deschamps, dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Giguère*, a défini de la manière ci-après les circonstances dans lesquelles la cour de révision peut substituer sa conclusion à celle du décideur administratif

(au paragraphe 66, renvois omis et non souligné dans l'original) :

A court of law may not substitute its decision for that of an administrative decision-maker lightly or arbitrarily. It must have serious grounds for doing so. A court of law may render a decision on the merits if returning the case to the administrative tribunal would be pointless Such is also the case when, once an illegality has been corrected, the administrative decision-maker's jurisdiction has no foundation in law: [...]. The courts may also intervene in cases where, in light of the circumstances and the evidence in the record, only one interpretation or solution is possible, that is, where any other interpretation or solution would be unreasonable: It is also accepted that a case may not be sent back to the competent authority if it is no longer fit to act, such as in cases where there is a reasonable apprehension of bias....

Une cour de justice ne peut substituer sa décision à celle d'un décideur administratif à la légère ou de manière arbitraire, sans justification sérieuse. Ainsi, un tribunal judiciaire peut statuer sur le fond si le renvoi au tribunal administratif s'avère inutile [...] C'est aussi le cas lorsque, une fois l'illégalité corrigée, le décideur administratif est sans compétence, faute d'assise juridique [...] Il en va de même lorsque, suivant les circonstances et la preuve au dossier, une seule interprétation ou solution est envisageable, c'est-à-dire que toute autre interprétation ou solution serait déraisonnable [...] Par ailleurs, il est également acquis que le dossier ne sera pas renvoyé à l'autorité compétente si celle-ci n'est plus en état d'agir, par exemple, s'il y a crainte raisonnable de partialité [...]

[81] The premise of this statement appears to be that substitution in the limited circumstances that Justice Deschamps sets out does not intrude on the separation of powers between the judiciary and the executive, and does not undermine the reasons why decision-making authority is vested in administrative decision makers: see also *Giguère*, at paragraphs 67–69.

[81] Cette affirmation semble fondée sur l'idée que la substitution, dans les circonstances limitées établies par la juge Deschamps, ne doit pas estomper la séparation des pouvoirs entre les branches judiciaire et exécutive et qu'elle ne contrecarre pas les motifs pour lesquels le pouvoir décisionnel a été conféré aux décideurs administratifs (*Giguère*, aux paragraphes 67 à 69).

[82] Though in dissent, Justice Deschamps's statement as to the availability of substitution in cases in which the court concludes that there is only one reasonable outcome, so that returning the matter to the administrative decision maker would be pointless, has since been accepted and relied on in a number of cases, involving both direct and indirect substitution. Her statement has also now been approved and applied by a majority of the Supreme Court, though in a statutory appeal in which the court appealed to had a legislated power of direct substitution: *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772, at paragraph 161.

[82] Bien qu'elle se trouve dans les motifs dissidents, l'affirmation de la juge Deschamps selon laquelle la substitution est possible lorsque la cour conclut qu'il n'y a qu'une seule issue raisonnable, de sorte que le renvoi de l'affaire au décideur administratif serait futile, a depuis été adoptée et a servi de fondement dans plusieurs jugements, portant autant sur la substitution directe que sur la substitution indirecte. Ce raisonnement a même été confirmé et appliqué depuis par la majorité à la Cour suprême, quoique dans le contexte d'un appel prévu par la loi dans lequel la cour semblait avoir un pouvoir de substitution directe établi par une loi (*Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772, au paragraphe 161).

[83] This Court has in at least two cases engaged in direct substitution in reliance on Justice Deschamps's reasons in *Giguère*—*Canada v. Williams Lake Indian Band*, 2016 FCA 63, 396 D.L.R. (4th) 164, reversed on other grounds, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, and *Canada (Attorney General) v. Bétournay*, 2018 FCA 230, 48 Admin. L.R. (6th) 71. These decisions appear to treat the first proposition

[83] Notre Cour a également, à au moins deux reprises, procédé à une substitution directe suivant les motifs de la juge Deschamps dans l'arrêt *Giguère*, soit dans les arrêts *Canada c. Bande indienne de Williams Lake*, 2016 CAF 63, infirmé pour d'autres motifs par 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, et *Canada (Procureur général) c. Bétournay*, 2018 CAF 230. Dans ces arrêts, la Cour semble considérer

in *Rafuse* and the statement in *Jada Fishing* as having been overtaken.

[84] *Williams Lake* was an application for judicial review of a decision of the Specific Claims Tribunal under the *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22, and section 28 of the *Federal Courts Act*. The Court concluded that only one result was possible, and therefore (at paragraph 119) “dismiss[ed] the specific claim brought pursuant to paragraphs 14(1)(b) and 14(1)(c) of the *Specific Claims Tribunal Act*.” In *Bétournay*, also an application for judicial review under section 28 of the *Federal Courts Act*, this Court held (at paragraph 69) that although it is not generally appropriate for a reviewing court to substitute its decision for that of a tribunal, an exception to this principle exists where only one reasonable conclusion is available. It then proceeded (at paragraph 70) to allow the application for judicial review, and “[m]aking the decision that the Board should have made, [to dismiss] the grievance [and] set aside the order to reimburse the wages and benefits for the suspension period.”

[85] Other appellate courts have also applied Justice Deschamps’s statement in the judicial review context: see, for example, *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, 2018 BCCA 344, 426 D.L.R. (4th) 333, at paragraph 60; and *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers’ Marketing Board*, at paragraphs 42 and 49, referred to above as an example of indirect substitution through the portion of its order setting aside the administrative decision. In *Stetler* the Ontario Court of Appeal, after invoking *Giguère*, also granted “for greater clarity” a declaration reinstating the quota that the Board had denied.

[86] In this case, the application to the Minister was for a certificate of Canadian citizenship under subsection 12(1) of the *Citizenship Act*. The application Judge did not grant that relief. What he granted, having found that there was only one reasonable conclusion on the question whether Andrew is a citizen, was a declaration that will as

le premier précepte de l’arrêt *Rafuse* et la conclusion dans l’arrêt *Jada Fishing* comme étant dépassés.

[84] L’arrêt *Williams Lake* portait sur une demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal des revendications particulières présentée en vertu de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22, et de l’article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour a conclu qu’il n’y avait qu’une seule issue possible et a par conséquent décidé (au paragraphe 119) « de rejeter la revendication particulière présentée en application des alinéas 14(1)(b) et 14(1)(c) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* ». Dans l’arrêt *Bétournay*, qui était également une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*, notre Cour a conclu (au paragraphe 69) que, bien qu’il ne soit généralement pas de mise que la cour de révision substitue sa conclusion à celle du tribunal, il existe néanmoins une exception à ce principe lorsqu’il n’y a qu’une seule issue raisonnable possible. Notre Cour (au paragraphe 70) a ensuite accueilli la demande de contrôle judiciaire et, « [r]endant la décision qui aurait dû être rendue par la Commission, [a rejeté] le grief contestant la suspension sans solde » et « [a annulé] l’ordonnance de remboursement de salaire et des avantages sociaux pendant la période de suspension ».

[85] D’autres cours d’appel ont également suivi le raisonnement de la juge Deschamps dans le contexte de demandes de contrôle judiciaire, par exemple dans les arrêts *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. South Coast British Columbia Transportation Authority*, 2018 BCCA 344, 426 D.L.R. (4th) 333, au paragraphe 60; et *Stetler v. Ontario Flue-Cured Tobacco Growers’ Marketing Board*, aux paragraphes 42 et 49, précité à titre d’exemple de substitution indirecte au moyen de la partie de l’ordonnance annulant la décision administrative. Dans l’arrêt *Stetler*, la Cour d’appel de l’Ontario, se fondant sur l’arrêt *Giguère*, a, [TRADUCTION] « par souci de clarté », prononcé un jugement déclaratoire rétablissant le quota rejeté par l’Office.

[86] En l’espèce, la demande adressée au ministre visait l’obtention d’un certificat de citoyenneté conformément au paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Le juge de première instance n’a pas accordé cette mesure. Après avoir conclu qu’il n’existait qu’une conclusion raisonnable à la question de la citoyenneté d’Andrew, il a prononcé

a practical matter require that the Minister issue a certificate. As noted above, this type of substitution remedy may follow in the exceptional cases in which a court determines that substitution is warranted.

[87] As already noted, the application Judge discussed at some length in his reasons the availability and appropriateness of a “directed verdict”, a term which he used to describe a remedy amounting to substitution. He concluded that, although it is an exceptional remedy, it was a remedy available to him. In coming to this conclusion he found (at paragraph 28) that there was only one reasonable outcome—that “[t]he only logical conclusion on the evidence is that Dr. Tennant was in the employment of CIDA and thereby he was a Crown servant”—and that returning the matter to the Minister for redetermination would be futile. This finding brings this case into the class of exceptional cases in which relief amounting to substitution has been recognized as appropriate.

[88] The application Judge may have erred in his appreciation of the record in making this finding and coming to his conclusion that the prerequisites for granting a substitution remedy were met. The application Judge may in addition have failed to show sufficient deference to the Minister’s decision; he did not even refer to the standard of review. Nor did he discuss at any length the legal criteria for determining status as an employee. And the application Judge may also have erred, as the Minister submits, in relying in part on evidence, in the affidavits of Mr. Tennant and Dr. Tennant, that was not before the Minister when the decision under review was rendered and did not come within the exceptions for additional evidence on judicial review: see *Sharma v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 48, at paragraphs 7–9.

[89] But assuming that the application Judge did err in these respects, his errors in my view would constitute “mere” or “everyday” errors, of a kind that this Court regularly corrects in the absence of a preclusive clause: see, for a recent example, *Canada (Attorney General) v. Allard*,

un jugement déclaratoire qui, dans les faits, obligera le ministre à délivrer un certificat. Comme il a été établi précédemment, ce type de réparation équivalant à une substitution peut être accordé dans des circonstances exceptionnelles, lorsque la cour détermine que la substitution est justifiée.

[87] De plus, le juge de première instance a longuement examiné dans ses motifs s’il pouvait utiliser et s’il était judicieux d’utiliser la « décision imposée », l’expression dont il s’est servi pour décrire une mesure de réparation équivalant à la substitution. Il a conclu que, bien qu’il s’agit d’une mesure exceptionnelle, il pouvait néanmoins en faire usage. Il a ainsi conclu (au paragraphe 28) que « [l]a seule conclusion logique sur la preuve est que M. Tennant était à l’emploi de l’ACDI et était par conséquent un fonctionnaire de l’État », et qu’il serait futile de renvoyer l’affaire au ministre pour nouvelle décision. Par cette conclusion, la présente affaire entre dans la catégorie des situations exceptionnelles où l’octroi d’une mesure de réparation équivalente à la substitution a été jugé indiqué.

[88] Le juge de première instance a peut-être commis une erreur dans son appréciation du dossier en tirant cette conclusion et en jugeant qu’il était satisfait aux conditions préalables justifiant la substitution. Il est également possible que le juge de première instance n’ait pas fait suffisamment preuve de retenue envers la décision du ministre : il n’a même pas mentionné la norme de contrôle applicable. Il n’a pas non plus analysé le critère juridique servant à déterminer le statut d’employé. Finalement, il se peut aussi que le juge de première instance ait commis une erreur, comme le soutient le ministre, en s’appuyant en partie sur des éléments de preuve, soit les affidavits de Jonathan Tennant et de Paul Tennant, dont ne disposait pas le ministre lorsqu’il a rendu la décision visée par le contrôle et qui ne relevaient pas des exceptions relatives aux éléments de preuve supplémentaires recevables en contrôle judiciaire (*Sharma c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 48, aux paragraphes 7 à 9).

[89] Néanmoins, à supposer que le juge de première instance ait commis ces erreurs, il s’agirait de « simples » erreurs ou d’erreurs « ordinaires » d’un type que notre Cour corrige fréquemment lorsqu’il n’y a pas de disposition privative (un exemple récent : *Canada (Procureur*

2018 FCA 85, at paragraphs 44–46. They do not reach a level that would bring this case into any of the categories of cases in which this Court would be justified in disregarding the preclusive clause that Parliament has enacted in paragraph 22.2(d).

[90] Since the preclusive clause applies, it is not this Court's place ultimately to decide whether the application Judge committed these errors in substituting his view for that of the Minister. It follows that this Court should not be taken either to endorse or to disapprove of the application Judge's approach. However, these reasons should not be read as an invitation to judges conducting judicial reviews under statutes containing preclusive clauses to disregard the requirements of that process, including the requirement to show deference to administrative decision makers. Remedies amounting to substitution of the court's view for that of the administrative decision maker remain appropriate only in exceptional cases.

VI. Proposed disposition

[91] For the reasons I have set out, I conclude that paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act* bars this appeal by the Minister. In the exercise of this Court's power under paragraph 52(a) of the *Federal Courts Act*, I would therefore quash the appeal. Mr. Tennant does not seek costs, and I would not award them.

WEBB J.A.: I agree.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[92] NEAR J.A. (dissenting): I have read the reasons of the majority and am unfortunately unable to agree with the conclusions reached. There is no need to repeat the factual and procedural background to this matter as it is set out in a comprehensive manner in the majority reasons.

[93] It is common ground that the Federal Court has the authority to issue declaratory relief in deciding an

général) c. Allard, 2018 CAF 85, aux paragraphes 44 à 46). Ces erreurs ne seraient pas suffisamment graves pour faire entrer la présente affaire dans l'une ou l'autre des catégories de situations justifiant que notre Cour fasse abstraction de la disposition privative adoptée par le législateur à l'alinéa 22.2d).

[90] Étant donné que la disposition privative s'applique en l'espèce, il n'appartient pas à notre Cour de déterminer si le juge de première instance a commis ou non ces erreurs lorsqu'il a substitué sa conclusion à celle du ministre. Il s'ensuit qu'on ne peut considérer que notre Cour a adopté ou rejeté la démarche du juge de première instance. Toutefois, les présents motifs ne devraient pas être interprétés comme étant une invitation aux juges procédant à des contrôles judiciaires en vertu de lois comportant des dispositions privatives à faire fi des exigences applicables au contrôle judiciaire, notamment la nécessité de faire preuve de retenue à l'égard des décideurs administratifs. Il demeure que les mesures de réparation équivalant à substituer la conclusion de la cour à celle du décideur administratif ne devraient être accordées que dans des situations exceptionnelles.

VI. Dispositif proposé

[91] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté* empêche le ministre de faire appel. En vertu du pouvoir que confère à notre Cour l'alinéa 52a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, j'annulerais l'appel. Jonathan Tennant ne demande pas de dépens, et je n'en adjugerais pas.

LE JUGE WYMAN, J.C.A. : j'y souscris.

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

[92] LE JUGE NEAR (dissident) : J'ai lu les motifs de la majorité et je suis malheureusement incapable de souscrire à ses conclusions. Il est inutile de répéter le contexte factuel et procédural de l'espèce, car il est présenté en détail dans les motifs de la majorité.

[93] Il n'est pas contesté que la Cour fédérale a le pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires lorsqu'elle

application for judicial review. In this case there was an application for judicial review but the Federal Court did not engage in conducting a judicial review. Rather, the Federal Court simply made a declaration of fact based on newly admitted evidence that was not before the Minister when the Minister made his original decision pursuant to the authority granted to him by Parliament under section 12 of the *Citizenship Act*.

[94] The Federal Court concluded that Dr. Tennant was a Crown servant in 1971 based on this newly admitted evidence which led directly to it declaring that the respondent is a Canadian citizen. It drew this conclusion despite not having conducted a judicial review or possibly entertaining a *mandamus* application as a remedy (rather than a “directed verdict”, a concept unknown in administrative law), as it could have done if so inclined based on the record that had been originally considered by the Minister. Instead, the Federal Court declared what it found to be the facts based on new evidence not originally considered by the Minister. This Court in *Makara* (at paragraph 16) found that the Federal Court “does not have jurisdiction to make declarations pertaining solely to findings of fact.” I agree, and in my view, the nature of the application Judge’s declaration, despite carrying legal implications in relation to the respondent’s citizenship rights, pertained solely to the Federal Court’s findings of fact and not those of the Minister: that Dr. Tennant was working abroad as a Crown servant when Mr. Tennant was born, and as a consequence, that the respondent is a Canadian citizen. Accordingly, the Federal Court’s declaration in these circumstances amounted to an error sufficient to conclude that the preclusive clause does not apply in this case.

[95] This finding is sufficient to dispose of the matter and to allow the appeal. However, in my view, the Federal Court also usurped the role of the Minister and rendered a decision on the merits despite the fact that Parliament has given the Minister exclusive authority to determine applications made under subsection 12(1) of the *Citizenship Act*. The Federal Court clearly substituted its decision for that of the Minister. It is uncontested that generally upon judicial review the Court does not have the power to substitute its opinion for that of the administrative decision maker whose

tranche des demandes de contrôle judiciaire. En l’espèce, la Cour fédérale a été saisie d’une demande de contrôle judiciaire, mais elle n’a pas effectué de contrôle judiciaire. La Cour fédérale a plutôt simplement prononcé une déclaration de fait fondée sur des nouveaux éléments de preuve dont ne disposait pas le ministre lorsqu’il a rendu sa décision initiale dans l’exercice du pouvoir que lui a conféré le législateur à l’article 12 de la *Loi sur la citoyenneté*.

[94] La Cour fédérale a conclu que Paul Tennant était un fonctionnaire de la Couronne en 1971 à la lumière de ces nouveaux éléments de preuve, ce qui l’a menée à déclarer que l’intimé était citoyen canadien. Elle a tiré cette conclusion sans faire de contrôle judiciaire ni examiner la possibilité de recourir au *mandamus* (plutôt qu’au « verdict imposé », une notion inconnue en droit administratif), comme il lui était loisible de le faire sur le fondement du dossier dont le ministre avait originalement été saisi. La Cour fédérale a plutôt prononcé une déclaration de fait en se fondant sur des nouveaux éléments de preuve que le ministre n’avait pas examinés. Notre Cour, dans l’arrêt *Makara* (au paragraphe 16), a conclu que la Cour fédérale « n’a pas compétence de rendre des jugements déclaratoires sur de simples questions de fait ». Je suis de cet avis. À mon sens, les déclarations du juge de première instance, bien qu’elles aient des répercussions juridiques sur le droit à la citoyenneté de l’intimé, ne se rapportaient qu’aux conclusions de fait de la Cour fédérale, et non à celles du ministre, c’est-à-dire que Paul Tennant travaillait à l’étranger à titre de fonctionnaire de la Couronne lorsque Jonathan Tennant est né, de sorte que l’intimé est citoyen canadien. En conséquence, le jugement déclaratoire rendu par la Cour fédérale dans ces circonstances constituait une erreur suffisamment grave pour que l’on conclue que la disposition privative ne s’applique pas en l’espèce.

[95] Cette conclusion suffit pour trancher la question et accueillir l’appel. Toutefois, j’estime que la Cour fédérale a également usurpé le rôle du ministre et rendu une décision sur le fond malgré le fait que le législateur ait conféré au ministre le pouvoir exclusif de trancher les demandes présentées au titre du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. La Cour fédérale a manifestement substitué sa décision à celle du ministre. Nul ne conteste le fait qu’en règle générale, dans le contexte d’un contrôle judiciaire, la Cour n’a pas le pouvoir de substituer son opinion

decision is under judicial review and make the decision that the administrative decision maker should have made (*Bétournay*, at paragraph 69; *Rafuse*, at paragraph 9; *Xie*, at paragraph 17). The majority reasons correctly set out that there are exceptions in extraordinary circumstances whereby using a combination of *certiorari* and *mandamus*, the Court may achieve such a result indirectly. But such extraordinary circumstances do not arise on the facts of this case. Indeed, the Federal Court conducted no judicial review and showed no deference to the Minister as the original decision maker.

[96] The majority correctly refer to the *Giguère* line of cases based on Justice Deschamps's reasoning that in extraordinary cases a court may substitute its finding where it concludes "in light of the circumstances and the evidence on the record, only one interpretation or solution is possible, that is, where any other interpretation or solution would be unreasonable" (*Giguère*, at paragraph 66). It is common ground that such a substitution is an exceptional power under the law of judicial review and is to be exercised with caution. This is not such a case. The litany of possible errors referred to in the majority reasons (at paragraph 88) illustrate that the decision was far from self-evident. In my view, given that the Federal Court failed to conduct a judicial review and relied upon evidence not placed before the Minister and that is contested, it is not at all clear that the Federal Court's factual declaration that the respondent is a Canadian citizen was the only reasonable determination of the matter. Nor is this an exceptional situation calling out for the Court to substitute its decision for that of the Minister, rather than, as is the normal case, send the matter back for redetermination based on a complete review of the facts conducted by the Minister as mandated by Parliament.

[97] Contrary to the majority reasons, failure to return the matter to the Minister in these circumstances will, in my view, act as an "invitation to judges conducting judicial reviews under statutes containing preclusive clauses to disregard the requirements of that process, including the requirement to show deference to administrative decision

à celle du décideur administratif et de rendre la décision que le décideur administratif aurait dû rendre (*Bétournay*, au paragraphe 69; *Rafuse*, au paragraphe 9; *Xie*, au paragraphe 17). Les motifs de la majorité établissent à bon droit qu'il y a exception dans des circonstances extraordinaires où, à l'aide d'une combinaison de *certiorari* et de *mandamus*, le tribunal peut parvenir à un tel résultat de manière indirecte. Cependant, les faits de l'espèce ne témoignent pas de telles circonstances extraordinaires. En fait, la Cour fédérale n'a effectué aucun contrôle judiciaire et n'a fait preuve d'aucune retenue à l'égard du ministre en sa qualité de décideur initial.

[96] La majorité a à juste titre fait référence à la jurisprudence issue de l'arrêt *Giguère* qui repose sur le raisonnement de la juge Deschamps voulant que, dans des cas extraordinaires, la Cour puisse substituer sa conclusion à celle du décideur lorsque, « suivant les circonstances et la preuve au dossier, une seule interprétation ou solution est envisageable, c'est-à-dire que toute autre interprétation ou solution serait déraisonnable » (*Giguère*, au paragraphe 66). Il est établi qu'une telle substitution constitue un pouvoir exceptionnel en droit en matière de contrôle judiciaire et que ce pouvoir devrait être utilisé avec prudence. Tel n'est pas le cas en l'espèce. La litanie d'erreurs possibles mentionnées dans les motifs de la majorité (au paragraphe 88) montre que la décision n'allait pas de soi, tant s'en faut. À mon sens, étant donné que la Cour fédérale n'a pas effectué de contrôle judiciaire et qu'elle s'est fondée sur des éléments de preuve dont le ministre ne disposait pas lorsqu'il a rendu sa décision et qui sont contestés, il n'est pas du tout manifeste que la déclaration de fait voulant que l'intimé ait qualité de citoyen fût la seule issue raisonnable. Il ne s'agissait pas non plus d'une situation exceptionnelle exigeant que la Cour substitue sa décision à celle du ministre plutôt que de renvoyer l'affaire au ministre pour nouvelle décision après examen complet des faits, en vertu du pouvoir que lui a conféré le législateur, comme ce serait le cas normalement.

[97] Contrairement à ce qu'avance la majorité dans ses motifs, ne pas renvoyer l'affaire au ministre dans ces circonstances constitue à mon avis « une invitation aux juges procédant à des contrôles judiciaires en vertu de lois comportant des dispositions privatives à faire fi des exigences applicables au contrôle judiciaire, notamment la

makers”. It will be an invitation for a reviewing Court to make declarations of fact based on evidence that may not have even been before the original decision maker, refuse to certify a question, and then rely upon the preclusive clause to shield any review in situations which are clearly not exceptional or extraordinary.

[98] For these reasons, I would allow the appeal, quash the decision of the Federal Court, and remit the matter to a different citizenship officer for redetermination without costs.

nécessité de faire preuve de retenue à l’égard des décideurs administratifs ». Les cours de révision seront ainsi invitées à prononcer des déclarations de faits fondées sur des éléments de preuve dont ne disposait peut-être pas le décideur initial, à refuser de certifier des questions, puis à se fonder sur la disposition privative pour se soustraire à tout contrôle dans des circonstances qui n’ont rien d’exceptionnel ou d’extraordinaire.

[98] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel, j’annulerais la décision de la Cour fédérale et je renverrais l’affaire à un autre agent de la citoyenneté pour nouvelle décision, sans dépens.

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3