

ACTES DE LA COMMISSION DES REVINDICATIONS DES INDIENS



(1999) 11 ACRI

Rapports

Enquête sur les droits fonciers issus de traité de
revendication de la Première Nation de Gambler

Enquête sur les avantages agricoles et autres de
la Première Nation de Nekaneet en vertu du Traité 4

Enquête sur la revendication du groupe de Michel
concernant l'émancipation de 1958

Enquête sur les droits des Pottawtomis de
la Première Nation de Moose Deer Point

Réponses

Réponse de la ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien
la Première Nation de Gambler
et aux

Première Nation de Muscowpetung, de Pasqua, de Standing Buffalo,
de Sakimay, de Cowessess et d'Ochapowace concernant l'enquête sur
la Revendication de la Qu'Appelle Valley Indian Development Authority
pour l'inondation de leurs terres

INDIAN CLAIMS COMMISSION PROCEEDINGS

A PUBLICATION OF
THE INDIAN CLAIMS COMMISSION



(1999) 11 ICCP

CO-CHAIRS

Daniel J. Bellegarde
P.E. James Prentice, QC

COMMISSIONERS

Roger J. Augustine
Carole T. Corcoran
Elijah Harper
Sheila G. Purdy

© Minister of Public Works and Government Services Canada 1999

Available in Canada through

your local bookseller

or by mail from

Canada Communication Group — Publishing

Ottawa, Canada K1A 0S9

Catalogue No. RC12-1-1999-11E

ISSN 1195-3586

ISBN 0-662-28495-X

The Indian Claims Commission Proceedings is a continuing series of official reports, background documents, articles, and comment published by the Indian Claims Commission (Canada).

For information about subscriptions and extra copies or to request the French edition, *Actes de la Commission des Revendications des Indiens*, please contact

Indian Claims Commission

427 Laurier Avenue West, Suite 400

Ottawa, Canada K1P 1A2

(613) 943-2737

Fax (613) 943-0157

Web site: www.indianclaims.ca

CONTENTS

Letter from the Co-Chairs

v

Abbreviations

vii

REPORTS

Gamblers First Nation Treaty Land Entitlement Inquiry

3

Nekaneet First Nation Agricultural and
Other Benefits under Treaty 4 Inquiry

91

Moose Deer Point First Nation Pottawatomi Rights Inquiry

135

RESPONSES

Re: Gamblers First Nation Treaty Land Entitlement Inquiry
Jane Stewart, Minister of Indian Affairs and Northern Development,
to Daniel J. Bellegarde, Carole T. Corcoran, Roger Augustine,
Indian Claims Commission,
November 26, 1998

303

Re: Qu'Appelle Valley Indian Development Authority (QVIDA)
Flooding Claim Inquiry
Jane Stewart, Minister of Indian Affairs and Northern Development,
to Chief Eugene Anaquod, Muscowpetung First Nation,
Chief Mathew Peigan, Pasqua First Nation,
Chief Melvin Isnana, Standing Buffalo First Nation,

Chief Lyle Acoose, Sakimay First Nation,
Chief Terrance Pelletier, Cowessess First Nation, and
Chief Denton George, Ochapowace First Nation,
December 3, 1998
304

THE COMMISSIONERS

311

FROM THE CO-CHAIRS

This is the eleventh volume of the *Indian Claims Commission Proceedings*. We are pleased to present it on behalf of the Commissioners of the Indian Claims Commission. The volume includes three reports of the Commission and seven letters from the Minister of Indian Affairs and Northern Development, responding to the Commission's recommendations in other completed inquiries.

The first report is on the Commission's inquiry into Gamblers First Nation Treaty Land Entitlement claim. The main issue was whether the First Nation's treaty land entitlement should be determined according to a population count from 1877, as Canada maintained, or from 1883, as the First Nation contended. The Commission conducted an inquiry and released a report setting out its findings and recommendation in October 1998.

The second report involves a claim accepted by Canada for negotiation under the Specific Claims Policy without the need for a full inquiry. The Nekaneet First Nation claims agricultural, hunting, and fishing benefits under Treaty 4. At issue was whether Canada had an existing and outstanding obligation to provide the First Nation with farm implements, tools, and livestock.

This report is an example of the effectiveness of the Commission's planning conferences. Simply by bringing representatives of the First Nation and Canada together to discuss the claim in an open, informal manner, disputes between the parties may be resolved.

The final report published in this volume involves a claim put forward by the Moose Deer Point First Nation. The First Nation claims that annual presents and promises of land, protection, and equality made in 1837 to their forefathers, the Pottawatomi, as aboriginal military allies were not delivered. As a result of the promises, at least 3000 Pottawatomi released their rights to land and annuities in the United States to move to Canada, where they were eventually left without land or economic support. The Commission released a report outlining its findings and recommendations in April 1999.

Also contained in this volume of the *Proceedings* are copies of seven letters from the Minister of Indian Affairs and Northern Development with respect to the claims of the Muscowpetung, Pasqua, Standing Buffalo, Sakimay, Cowessess, Ochapowace, and Gamblers First Nations under the

Specific Claims Policy. In the letters, the Minister writes that the Government of Canada accepts the Commission's recommendations regarding all these claims.

Daniel J. Bellegarde
Co-Chair

P.E. James Prentice, QC
Co-Chair

ABBREVIATIONS

BCCA	British Columbia Court of Appeal
BCR	Band Council Resolution
BCSC	British Columbia Supreme Court
CA	Court of Appeal
CCC	Canadian Criminal Cases
CLSR	Canada Land Survey Reports
CNLR	Canadian Native Law Reporter
CR	Criminal Reports
DIAND	Department of Indian Affairs and Northern Development
DLR	Dominion Law Reports
DLS	Dominion Land Surveyor
DSGIA	Deputy Superintendent General of Indian Affairs
FCTD	Federal Court Trial Division
ICC	Indian Claims Commission
ICCP	Indian Claims Commission Proceedings
IR	Indian Reserve
NA	National Archives of Canada
NR	National Reporter
NSCA	Nova Scotia Court of Appeal
NS Co. Ct	Nova Scotia County Court
ONC	Office of Native Claims
Ont. CA	Ontario Court of Appeal
OR	Ontario Reports
PAM	Provincial Archives of Manitoba
QB	Court of Queen's Bench
Que. CA	Quebec Court of Appeal

ABBREVIATIONS

RCAP	Royal Commission on Aboriginal Peoples
RSC	Revised Statutes of Canada
Sask. R	Saskatchewan Reports
SC	Statutes of Canada
SCC	Supreme Court of Canada
SCR	Canada Supreme Court Reports
SCW	Specific Claims West
SGIA	Superintendent General of Indian Affairs
TARR	Treaty and Aboriginal Rights Research
TD	Trial Division
TLE	treaty land entitlement
WWR	Western Weekly Reports

REPORTS



Gamblers First Nation Treaty Land Entitlement Inquiry

3

Nekaneet First Nation Agricultural and Other Benefits under Treaty 4
Inquiry

91

Moose Deer Point First Nation Pottawatomi Rights Inquiry

135

INDIAN CLAIMS COMMISSION

GAMBLERS FIRST NATION INQUIRY TREATY LAND ENTITLEMENT CLAIM

PANEL

Commission Co-Chair Daniel J. Bellegarde
Commissioner Roger J. Augustine
Commissioner Carole T. Corcoran

COUNSEL

For the Gamblers First Nation
Paul Forsyth

For the Government of Canada
François Daigle

To the Indian Claims Commission
Ron S. Maurice / Thomas A. Gould

OCTOBER 1998

CONTENTS

PART I INTRODUCTION 7

Background 7

Map of Gamblers Indian Reserve 63 8

Mandate of the Indian Claims Commission 10

The Inquiry 11

Interests of the Waywayseecappo First Nation in this Inquiry 13

PART II HISTORICAL BACKGROUND 16

Treaty 4 – Qu'Appelle Lakes 16

Treaty 4 – Fort Ellice Adhesion 18

Selection and Survey of Bird Tail Creek Indian Reserve in 1877 20

Indians paid under Chief Waywayseecappo at Fort Ellice 28

Sakimay 29

South Quill 30

Rattlesnake 31

The Gambler 32

Gambler's Discontent with Location of Bird Tail Creek Reserve 33

Surrender for Exchange in 1881 36

Survey of Lizard Point and Silver Creek Reserves 39

Map of Waywayseecappo's Band Reserve No. 62 – Lizard Point 42

The Gambler's Discontent with the Silver Creek Reserve 43

PART III ISSUES 49

PART IV ANALYSIS 51

Issue 1: Date of First Survey 51

Principles of Treaty Interpretation 52

“Conference with Each Band of the Indians” 58

The Meaning of Conference 59

Was There Consensus? 69

Authority of Laird and Wagner to Select Reserves 76

Waywayseecappo's Authority to Select Reserves 79

Issue 2: Impact of the 1881 Surrender for Exchange 84

PART V *RECOMMENDATION* 88

APPENDIX 89

A Gamblers First Nation Treaty Land Entitlement Inquiry 89

PART I

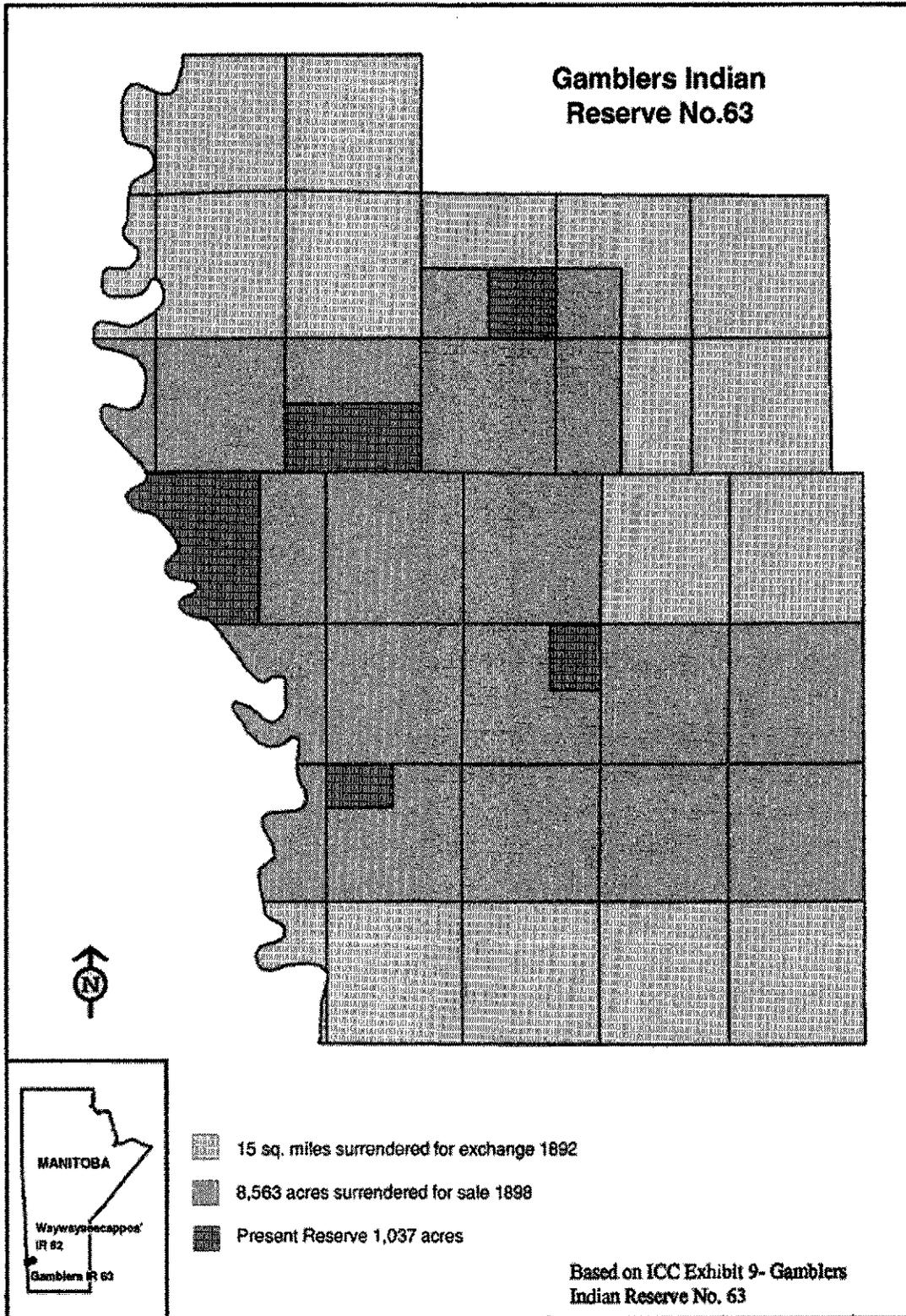
INTRODUCTION

BACKGROUND

This inquiry arises out of a claim by the Gamblers First Nation that Canada continues to owe it reserve land under the terms of Treaty 4.¹ The Gamblers First Nation adhered to Treaty 4 on September 21, 1874, as part of a group of Saulteaux Indians referred to as the “Fort Ellice Band” by Indian Commissioners Alexander Morris, David Laird, and W.J. Christie. During the treaty negotiations, the Gambler was a powerful spokesperson for this Band. The treaty indicates that the Band was led by Chief Waywayseecappo, but it included groups that were eventually recognized by Canada as separate bands under the Gambler, South Quill, Rattlesnake, and Sakimay. Under the terms of the treaty, Canada agreed to set aside reserves of one square mile (640 acres) for each family of five, or 128 acres per person. However, the treaty does not specify the time at which a band’s population is to be calculated for the purposes of determining how much reserve land should be set aside for its collective use; nor does the treaty specify what the respective rights and obligations of the parties are in a situation in which a group within the band seeks and obtains a surrender of a portion of the reserve land so that a separate reserve can be set apart at another location. It is this latter feature that is unique to the Gamblers First Nation treaty land entitlement claim.

According to the First Nation, the Gambler and his followers did not have a reserve set apart for their own use and benefit until 1883 when, following

1 For background on the difficult subject of treaty land entitlement, see the inquiry reports previously released by the Indian Claims Commission (ICC) relating to the Fort McKay First Nation, Kawacatoose First Nation, Lac La Ronge Indian Band, Kahkewistahaw First Nation, and Lucky Man Cree Nation: ICC, *Fort McKay First Nation Report on Treaty Land Entitlement Inquiry* (Ottawa, December 1995), reported (1996) 5 *Indian Claims Commission Proceedings* (ICCP) 3; ICC, *Kawacatoose First Nation Report on Treaty Land Entitlement Inquiry* (Ottawa, March 1996), reported (1996) 5 IC CP 73; ICC, *Lac La Ronge Indian Band Report on Treaty Land Entitlement Inquiry* (Ottawa, March 1996), reported (1996) 5 IC CP 235; ICC, *Kahkewistahaw First Nation Report on Treaty Land Entitlement Inquiry* (Ottawa, November 1996), reported (1998) 6 IC CP 21; and ICC, *Lucky Man Cree Nation Report on Treaty Land Entitlement Inquiry* (Ottawa, March 1997), reported (1998) 6 IC CP 109.



the “surrender for exchange” in 1881 of a portion of the reserve originally surveyed for the Fort Ellice Band at Bird Tail Creek in 1877, a new reserve for the Gambler was laid out by Dominion Land Surveyor A.W. Ponton at Silver Creek. The First Nation submits that the 1877 survey was not conducted in accordance with the terms of Treaty 4 and must be considered invalid. Therefore, the First Nation claims that the appropriate date to be used to determine its entitlement to land is 1883, the year that reserve land was first surveyed for Gamblers First Nation. The First Nation asserts that its population in 1883 was 215, including individuals later paid arrears for that year, resulting in a treaty land entitlement of 27,520 acres. Since Indian Reserve (IR) 63, surveyed by Ponton, consisted of only 19,200 acres, the Gamblers First Nation claims a shortfall of 8320 acres.

By way of contrast, the Government of Canada argues that the Gambler was a member of Waywayseecappo’s band in 1877 and that he and his people must be considered to have received their land entitlement as part of the survey of reserve land for the Fort Ellice Band in that year. At that time, surveyor William Wagner laid out a reserve of 71.67 square miles (45,869.49 acres), which was sufficient land for 358 people. Canada submits that, if the Sakimay and South Quill groups, which received separate reserves in 1876 and 1882, respectively, are excluded from consideration, the population of Waywayseecappo’s band in 1877 was 190; therefore, the reserve set apart by Wagner satisfied the band’s treaty land entitlement. Alternatively, if the Sakimay and South Quill groups are included, Canada contends that the 16,691 acres in their two reserves must also be included and the Fort Ellice Band’s treaty land entitlement was still met. Finally, even if the First Nation is correct in its submission that 1883 was the date of first survey, Canada argues that the population figure of 215 relied on by the First Nation must be “revised downward to 148 by taking into account 26 ‘double counts,’ 14 ‘one-time onlies’ and 27 other ‘probable double counts.’”² Since the 1883 survey provided 30 square miles of land – sufficient for 150 people – Canada claims that the First Nation received a surplus of reserve land even if you accept that the First Nation’s assertion that the appropriate date to determine its land entitlement is 1883.

The central question in this inquiry is whether the Gamblers First Nation’s treaty land entitlement should be determined according to the population of the Fort Ellice Band under Chief Waywayseecappo in 1877, when the Bird

2 Supplementary Submissions on Behalf of the Government of Canada, May 9, 1997, p. 9.

Tail Creek reserve was first surveyed, or in 1883, when the survey was completed for the Gambler's reserve at Silver Creek. It should be borne in mind, however, that the Commission has been asked to determine only what the appropriate date is for the purposes of calculating the treaty land entitlement of Gamblers First Nation. We have not been asked to determine the quantum of land the First Nation is entitled to or whether an outstanding entitlement to land is still owed by the Crown today.

MANDATE OF THE INDIAN CLAIMS COMMISSION

The Commission's mandate to conduct inquiries pursuant to the *Inquiries Act* is set out in a commission issued on September 1, 1992. The Order in Council directs:

that our Commissioners on the basis of Canada's Specific Claims Policy . . . by considering only those matters at issue when the dispute was initially submitted to the Commission, inquire into and report upon:

- (a) whether a claimant has a valid claim for negotiation under the Policy where that claim has already been rejected by the Minister; and
- (b) which compensation criteria apply in negotiation of a settlement, where a claimant disagrees with the Minister's determination of the applicable criteria.³

The Specific Claims Policy is set forth in a 1982 booklet published by the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) entitled *Outstanding Business: A Native Claims Policy – Specific Claims*.⁴ In considering a specific claim submitted by a First Nation to Canada, the Commission must assess whether Canada owes an outstanding lawful obligation to the First Nation in accordance with the guidelines provided in *Outstanding Business*:

The government's policy on specific claims is that it will recognize claims by Indian Bands which disclose an outstanding "lawful obligation," i.e., an obligation derived from the law on the part of the federal government.

A lawful obligation may arise in any of the following circumstances:

- i) The non-fulfillment of a treaty or agreement between Indians and the Crown.

³ Commission issued September 1, 1992, pursuant to Order in Council PC 1992-1730, July 27, 1992, amending the Commission issued to Chief Commissioner Harry S. LaForme on August 12, 1991, pursuant to Order in Council PC 1991-1329, July 15, 1991 (Consolidated Terms of Reference).

⁴ Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), *Outstanding Business: A Native Claims Policy – Specific Claims* (Ottawa: Minister of Supply and Services, 1982), reprinted in [1994] 1 ICCP 171-85.

- ii) A breach of an obligation arising out of the *Indian Act* or other statutes pertaining to Indians and the regulations thereunder.
- iii) A breach of an obligation arising out of government administration of Indian funds or other assets.
- iv) An illegal disposition of Indian land.

...

In addition to the foregoing, the government is prepared to acknowledge claims which are based on the following circumstances:

- i) Failure to provide compensation for reserve lands taken or damaged by the federal government or its agencies under authority.
- ii) Fraud in connection with the acquisition or disposition of Indian reserve land by employees or agents of the federal government, in cases where the fraud can be clearly demonstrated.⁵

THE INQUIRY

The First Nation's claim to an outstanding treaty land entitlement was first submitted to Canada in 1981 and was most recently considered and rejected by the Department of Indian Affairs and Northern Development on March 17, 1994. A.J. Gross, Indian Affairs' Director of Treaty Land Entitlement, informed Chief James Tanner that the claim had been rejected on the following grounds:

Upon review of the research it remains our view that Canada's treaty land obligation to the group which eventually became the Gamblers' [sic] Band was satisfied when land was surveyed in 1877 for that group as part of the Waywayseecappo Band. Since the Gamblers Band did not exist in 1877 when the obligation was fulfilled, it is to the Waywayseecappo Band that one must look to determine whether Canada has fulfilled its lawful obligation. There is no evidence that members of the Gamblers Band, created sometime after the March 7, 1881 surrender vote, considered themselves a separate band prior to 1881.

It is, rather, our view, that the 1881 surrender resulted in agreement by Waywayseecappo Band members that its Bird Tail Creek Reserve could be reduced by 30 square miles in order to allow members who wanted to form the Gamblers Band to take a reserve of equal size elsewhere. This band division does not alter the fact that Canada had already set aside enough land to satisfy its treaty land entitlement obligation to those band members.⁶

5 DIAND, *Outstanding Business: A Native Claims Policy – Specific Claims* (Ottawa: Minister of Supply and Services, 1982), 20, reprinted in [1994] 1 ICCP 171-85.

6 A.J. Gross, Director, Treaty Land Entitlement, Dept. of Indian Affairs, Vancouver, BC, to Chief & Council, Gamblers Indian Band, Binscarth, Manitoba, March 17, 1994 (ICG Documents, pp. 703-04).

On January 22, 1996, Chief Tanner wrote to the Indian Claims Commission (the Commission) to request that this inquiry be convened,⁷ and by June 14 of that year a planning conference had been held to discuss and to refine the issues, to clarify the parties' positions, and to plan the course of the inquiry. At the planning conference, the parties agreed that the Commission would be asked for its recommendations with regard to three issues:

- 1 Was Canada's obligation to provide treaty lands to the claimant in respect of the adherence to Treaty No. 4 on September 21, 1874 satisfied in 1877 with the selection and survey of the lands at Birdtail [sic] Creek for the "Fort Ellice Band"?
- 2 To what extent, if at all, did the "surrender for exchange" in 1881 affect the treaty land entitlement of the claimant?
- 3 What is the quantum of the claimant's outstanding treaty land entitlement, if any?⁸

The parties also discussed whether the Gamblers' treaty land entitlement claim might affect other bands. Counsel for the First Nation, however, advised that "Rolling River's T.L.E. [treaty land entitlement] is not affected as their T.L.E. has been accepted [for negotiation by Canada]," and added that, "while other First Nations may be asked to provide information on their understanding of the historical background to the claim, no other First Nation has a legal interest in this claim and nor would they be affected by the Commission's recommendations."⁹

Following the receipt of written legal submissions by the First Nation on October 24, 1996, and by Canada on October 29, 1996, the Commission convened a hearing in Binscarth, Manitoba, on November 5 and 6, 1996, to receive testimony from members of the Gamblers First Nation and to hear legal arguments. However, because Canada had been unable to complete its payroll research and analysis, it was agreed that the oral submissions by counsel would be limited to two issues dealing with the appropriate date of first survey and the effect of the 1881 "surrender for exchange."

7 Chief James Tanner, Gamblers First Nation, Binscarth, Manitoba, to Indian Claims Commission, Ottawa, January 22, 1996.

8 Indian Claims Commission, Planning Conference Summary: Gamblers First Nation Treaty Land Entitlement, Ottawa, Ontario, June 14, 1996, p. 14.

9 Indian Claims Commission, Planning Conference Summary: Gamblers First Nation Treaty Land Entitlement, Ottawa, Ontario, June 14, 1996, pp. 11-12. The Rolling River First Nation comprises the descendants of South Quill and his people.

Canada later filed supplementary written submissions on May 9, 1997, to address the issue of the quantum, if any, of the First Nation's outstanding treaty land entitlement. The First Nation intended to respond to those submissions but, by that time, the research capacity of the Treaty and Aboriginal Rights Research (TARR) Centre of Manitoba, Inc., had been dedicated to assist in finalizing the Manitoba Treaty Land Entitlement Framework Agreement. For this reason, the parties agreed that the Commission's findings and recommendations in this inquiry should be restricted to identifying the Gamblers' date of first survey and determining the impact of the 1881 "surrender for exchange" on the First Nation's treaty land entitlement pending further confirming research to be conducted by the First Nation.

During the course of the inquiry, the Commission has considered, in addition to the written and oral submissions already mentioned, some 700 pages of historical documents in addition to 11 other exhibits comprising several thousand pages of material. A summary of the written submissions, documentary evidence, transcripts, and the balance of the record in this inquiry is set forth in Appendix A of this report.

INTERESTS OF THE WAYWAYSEECAPPO FIRST NATION IN THIS INQUIRY

Shortly after the completion of the oral sessions in November 1996, the Commission received a letter from Chief Murray Clearsky and the Waywayseecappo First Nation Band Council expressing concern that Waywayseecappo had not been notified of the inquiry or given an opportunity to participate, although it appeared that the issues being addressed might directly affect that First Nation. The Council added that it also had claims with the federal government arising from the same circumstances.¹⁰

In a subsequent letter, the Waywayseecappo First Nation provided a fuller outline of its position:

Our position is that the surrender of 1881 which purportedly surrendered 30 sections of land was invalid under the provisions of the *Indian Act* in force at the time.

This surrender is invalid because only 23 out of at least 7 [sic] male members of the Band of the full age of 21 years assented to the surrender. A majority of the Band must assent.

¹⁰ Chief and Council, Waywayseecappo First Nation, to Ron S. Maurice, Indian Claims Commission, Ottawa, November 14, 1996 (ICC file 2106-09-1).

Alternatively if the surrender is valid which we deny, under the terms of the surrender it says, "And whereas since the assignment thereof as foresaid it has been found more convenient and for the interests of the said Band of Indians that the boundaries of the said reserve on the south and east side should be altered and in lieu of the lands (herein after described) by such alterations of boundaries ex[c]luded other lands of equal extent assigned to the said band." The surrender itself says that the band be assigned other land of equal extent. The band being what is now Waywayseecappo First Nation.

Presumably this is why the department considered the band as one until the early 1970's when the government changed how it treated the people at Gamblers. The surrender dealt with 30 sections of land, Waywayseecappo First Nation was left 39 sections at its present location and three disappeared in the shuffle. The majority of the 30 sections that Waywayseecappo First Nation was assigned at what is now Gamblers was then surrendered without further notice to Waywayseecappo First Nation. These further surrenders directly affect the land base of Waywayseecappo First Nation because they dispose of land that belonged to the people of Waywayseecappo First Nation.¹¹

Eventually, following a meeting involving Commission counsel, Chief Clearsky, and other members of the Band Council, it was agreed by Waywayseecappo that the Commission could proceed without evidence or submissions from that First Nation subject to the following understandings set forth in a letter dated January 27, 1998, from Ron S. Maurice, Commission Counsel, to the Chief and Council:

the issues raised in [the Gamblers First Nation] inquiry, the historical evidence provided, and the legal arguments made in support of this claim relate to the specific claim of the Gambler's First Nation only. The Commission's mandate is to inquire into the claim and make recommendations to the Minister of Indian Affairs and Northern Development on whether the specific claim was properly rejected by Canada. The Commission will not make any decisions regarding the validity of any other potential claim by a First Nation unless we have been requested to do so. Nonetheless, I understand that there may be common historical facts and evidence between the Gambler's First Nation claim and any potential claim by the Waywayseecappo First Nation.

Generally speaking, the issues before the Commission relate to Canada's obligation to provide treaty land to the First Nations who adhered to Treaty 4 on September 21, 1874 and whether that obligation was met with the selection and survey of lands in 1877 at Birdtail [sic] Creek for the Fort Ellice Band. There are only two specific issues before the Commission: (1) what is the appropriate date of first survey? Is it 1877 when lands were set aside at Birdtail [sic] Creek or is it 1883 when Gambler's Indian Reserve #83 was set aside? (2) what impact, if any, did the "surrender for

¹¹ Chief Murray Clearsky and Council, Waywayseecappo First Nation, to Ron S. Maurice, Commission Counsel, Indian Claims Commission, March 12, 1997 (ICC file 2106-09-1).

exchange” in 1881 have on the treaty land entitlement of the claimants? Regardless of whether the Commission recommends that the proper date of first survey is 1877 or 1881, it has been agreed that the Commission will not be making any recommendations on whether the Gambler’s First Nation has an outstanding TLE shortfall and, if so, how much land is still owed because the parties have not completed the necessary payroll research and analysis.

For the sake of clarification, it might be helpful to summarize the issues that are not before the Commission in this inquiry. First, it should be emphasized that neither Canada [n]or the Gambler’s First Nation has challenged the validity of the 1881 “surrender for exchange” so the Commission will not be making any findings on whether it was in compliance with the Crown’s statutory or fiduciary obligations. Although it will be assumed to be valid for the purposes of addressing the issues in this inquiry, this is without prejudice to the Waywayseecappo First Nation and it would not preclude you from submitting a claim alleging that the 1881 surrender was invalid. Second, the Commission will not be making any findings on whether an outstanding TLE shortfall exists and, if so, who would be entitled to the shortfall acreage. Third, we are not considering whether there is a valid claim in relation to the approximately 3 square miles that were not accounted for after the “surrender for exchange” was completed and, if so, who is entitled to seek compensation for such a claim. Finally, we are not considering whether any subsequent band splits or surrenders of reserve land have any bearing on the potential claims of the First Nations. Therefore, this would not preclude the Waywayseecappo First Nation from submitting a claim in relation to any of the above issues.

In view of the above, the Commission would be prepared to explicitly state in its final report that the findings and recommendations made by the Commission are expressly limited to the specific claim of the Gambler’s First Nation and are without prejudice to any claim or claims that the Waywayseecappo First Nation has or may have regarding the land set aside at Birdtail [sic] Creek for the adherents to Treaty 4. Furthermore, the findings and recommendations of the Commission will be subject to the understanding that we have not received submissions from the Waywayseecappo First Nation. When the Commission has issued its report, a copy of it will be provided to you for your consideration and if you have any concerns regarding the findings and recommendations of the Commission, it would be open for the Waywayseecappo First Nation to submit its own claim and submissions in relation to any of the historical or legal issues addressed in that report.¹²

The Commissioners hereby acknowledge and incorporate the foregoing understanding as part of this report.

We now turn to the factual background to the claim.

¹² Ron S. Maurice, Commission Counsel, Indian Claims Commission, to Chief Murray Clearsky and Council, Waywayseecappo First Nation, January 27, 1998.

PART II

HISTORICAL BACKGROUND

The historical evidence related to the Gamblers First Nation's claim, reviewed in this Part, includes several volumes of documentary evidence and the testimony provided by members of the Gamblers First Nation at a community session on November 5, 1996. The Commission also considered the written submissions of the First Nation and Canada in addition to hearing oral submissions from legal counsel for the parties on November 6, 1996.

TREATY 4 – QU'APPELLE LAKES

In the summer of 1874, Alexander Morris, David Laird, and W.J. Christie¹³ were appointed Commissioners to negotiate Treaty 4 with the Cree and Saulteaux Indians inhabiting an area of roughly 75,000 square miles lying west of the territory covered by Treaty 2 and situated between the United States/Canada boundary to the south and the Saskatchewan River to the north.¹⁴ Fort Qu'Appelle was selected as a "convenient centre" for the negotiations,¹⁵ and the Commissioners arrived there on September 8, 1874. Already gathered were Crees from various localities within the Treaty 4 area, as well as Saulteaux from Fort Pelly, Cypress Hills, Fort Ellice, and Qu'Appelle Lakes.

13 At the time of the treaty negotiations, Alexander Morris was the Lieutenant Governor of the North-West Territories, David Laird was the federal Minister of the Interior in the Liberal government of Alexander Mackenzie, and W.J. Christie of Brockville, Ontario, was a retired Hudson's Bay Company factor "and a gentleman of large experience among the Indian tribes." Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories* (Toronto: Belfords, Clarke & Co., 1880; reprinted Saskatoon: Fifth House Publishers, 1991) [hereafter Morris, *Treaties of Canada*], 78.

14 Order in Council PC 944, July 23, 1874, provides the general description for the area to be ceded; Order in Council PC 1332, November 4, 1876, refers to the appointment of the Commissioners. Both are found in *Treaty No. 4 between Her Majesty the Queen and the Cree and Saulteaux Tribes of Indians at Qu'Appelle and Fort Ellice* (Ottawa: Queen's Printer, 1966), 3.

15 Morris, *Treaties of Canada*, 78.

Upon his arrival in Qu'Appelle, Morris called upon the assembled Indians to identify the people who could speak for them.¹⁶ According to this account of Morris's opening remarks, he said:

"[To the Crees] . . . We want to speak to you about the land and what the Queen is willing to do for you, but before we tell you, we want you to tell us, who your Chiefs and headmen are who will speak for you, while we speak for the Queen, and we want to know what bands of Crees are here and who will speak for them. . . ."

To the Saulteaux His Honor said: ". . . If you and your Chiefs will meet together in council and talk it over we will be glad to meet you, if you bring your Chief [Cote] tomorrow. You must also choose your speakers who will come with your Chief and speak for you."¹⁷

On September 9, 1874, Morris repeated his request that the assembly name its speakers. Can-a-ha-cha-pew, the Man of the Bow, replied that they were not ready, but "Peicheto's son, O-ta-ha-o-man, the Gambler" arose and addressed the crowd: "My dear friends, do you want me to speak for you to these great men?" and "the Indians signified their consent."¹⁸ On the fourth day of the proceedings, both Cote, referred to by Commission Secretary M.G. Dickieson as "a leading Chief of the Saulteaux tribe" from Fort Pelly,¹⁹ and Loud Voice, considered by Morris to be the "principal Chief" of the Crees,²⁰ indicated that the Gambler would speak on their behalf.²¹

Throughout the fourth and fifth days of the conference, the Gambler was virtually the only Indian speaker, but he insisted that they could not consider the terms of a treaty until the Indians' complaints about the Hudson's Bay Company were dealt with. Morris countered that he could not deal with Company matters, and was only there to discuss a treaty. It was not until the sixth

16 This formality of asking the Indians to name their Chiefs started with the negotiation of Treaty 1 in 1871, at which Lieutenant Governor Archibald sought to avoid some of the problems that had arisen out of the Selkirk Treaty:

At the time of the treaty with the Earl of Selkirk, certain Indians signed as Chiefs and representatives of their people. Some of the Indians now deny that these men ever were Chiefs or had authority to sign the treaty.

With a view therefore to avoid a recurrence of any such question, we asked the Indians, as a first step, to agree among themselves in selecting their Chiefs, and then to present them to us and have their names recorded.

Adams G. Archibald, Lieutenant Governor of Manitoba, to Joseph Howe, Secretary of State, July 29, 1871, in Morris, *Treaties of Canada*, 33.

17 Morris, *Treaties of Canada*, 88-89.

18 Morris, *Treaties of Canada*, 90.

19 Morris, *Treaties of Canada*, 87.

20 Alexander Morris, Lieutenant Governor, NWT, to Secretary of State for the Provinces, October 17, 1874, in Morris, *Treaties of Canada*, 80.

21 Morris, *Treaties of Canada*, 97 and 110.

and final day of the negotiations that the terms of a treaty agreement were discussed, and on that day the Gambler was silent.²²

In later years, Morris would refer to the Gambler as “the chief spokesman” at Qu’Appelle,²³ but it appears that he did not participate at the conference as a chief. At one point during the negotiations, the Gambler pointed to someone else and said, “This is my chief.”²⁴ Yet, the following day, he told Morris that “we have not chosen our Chiefs; we have not appointed our soldiers and councillors.”²⁵ Once agreement on terms was reached, the Gambler was not brought forward as a Chief and did not sign the Treaty 4 document.

TREATY 4 – FORT ELLICE ADHESION

In the fall of 1873, a group of Indians at Fort Ellice, maintaining that they had not been party to any treaty, had complained to Lieutenant Governor Morris about survey work in progress on their lands. The petition, signed by “Wah-wa-shi-cabow” (Waywayseecappo) and three others, defined the land which they claimed to occupy:

We the undersigned Saulteaux Indians at Fort Ellice, having seen a surveyor here marking out & posting off land, wish to inform Your Honour that we have never been a party to any Treaty already made to extinguish our title to land which we claim as ours, from Shoal Lake, on Oak River, westward to ten miles west of Fort Ellice, and therefore, cannot understand why this land should be surveyed.

We are &c

Wah-wa-shi-cabow	<i>x</i>
Kisak-ka-zick	<i>x</i>
Kanskagunin	<i>x</i>
Shapuy-witunk	<i>x</i> ²⁶

Most of the land identified in the petition was included in the territory ceded under Treaty 2 in August 1871. In that treaty, five chiefs – including “Mekis

22 Morris, *Treaties of Canada*, 87-125.

23 Alexander Morris to Minister of the Interior, July 8, 1876, and December 4, 1876, in Morris, *Treaties of Canada*, 142 and 187.

24 Morris, *Treaties of Canada*, 104. The Gambler was probably referring to Cote as “Chief” in this instance. Cote was the only Saulteaux Chief identified at the negotiations, and it is known that the Gambler traded around Fort Pelly where Cote resided.

25 Morris, *Treaties of Canada*, 114.

26 Petition, October 11, 1873 (ICC Exhibit 2, p. 1). This document is transcribed at pp. 1-2 of Treaty & Aboriginal Rights Research Program, Four Nations Confederacy, “Waywayseecappo I.R. No. 62, Gambler’s I.R. No. 63 and Rolling River I.R. No. 67 Treaty Land Entitlement Report,” May 1981 (ICC Exhibit 2). Any words not legible on the copy of the original are taken from the transcription.

[Michis] (the Eagle), or Giroux,” who was identified as the Chief of “the Indians of Riding Mountain and Dauphin Lake and the remainder of the territory hereby ceded”²⁷ – claimed to represent the Indians in the area. However, the Fort Ellice Indians denied that they had given Mekis authority to speak for them and therefore did not consider themselves to be bound by the terms of Treaty 2. The Hudson’s Bay Company trader in charge of the Swan River District seemed to agree:

I have merely to report that the Fort Ellice Indians have not made any treaty for their lands. The treaty made by Michis and his band (belonging to Riding Mountain) they do not recognize as binding on the Fort Ellice Indians as Michis had not authority to act in their names.²⁸

Morris concluded that “[t]hese Indians were included in the boundaries of Treaty Number Two, but had not been treated with owing to their distance from Manitoba House, where that treaty was made.”²⁹

Given these circumstances, it would have been usual to have the Fort Ellice Saulteaux adhere to the treaty covering their traditional hunting grounds. However, the North West Angle Indians who signed Treaty 3 in October 1873 received substantially more reserve land and annuities than had been negotiated in the previous treaties, and Morris may have felt that it would be impossible to convince the Fort Ellice Indians to accept the less favourable terms of Treaty 2. Instead, he invited them to go to Qu’Appelle in September 1874 to participate in the negotiation of Treaty 4. When they declined, Morris agreed to meet with them at Fort Ellice on his return.³⁰

Commissioners Laird and Morris arrived at Fort Ellice on Saturday, September 19, 1874, and met with the assembled Indians on Monday, September 21. Not all the Indians of the Fort Ellice area were present, but those in attendance agreed to accept the terms of the Qu’Appelle treaty:

27 *Treaties 1 and 2 between Her Majesty the Queen and the Chippewa and Cree Indians of Manitoba and Country Adjacent with Adhesions* (Ottawa: Queen’s Printer, 1957), 11.

28 Archibald McDonald, Trader in charge of Swan River District, Hudson’s Bay Company, to Alexander Morris, Lieutenant Governor of North-West Territories, June 6, 1874, National Archives of Canada (hereafter NA), RG 10, vol. 3610, file 3539 (ICC Documents, p. 3).

29 Morris, *Treaties of Canada*, 79; Alexander Morris, Lieutenant Governor, NWT, to Secretary of State for the Provinces, October 17, 1874, in Morris, *Treaties of Canada*, 84-85.

30 Alexander Morris, Lieutenant Governor, NWT, to Secretary of State for the Provinces, October 17, 1874, in Morris, *Treaties of Canada*, 84 (see also 98).

On Monday we met the Band of Saulteaux Indians, who make their headquarters at Fort Ellice, and who have remained there, instead of going to Qu'Appelle at our request.

This Band have been in the habit of migrating between the region covered by the Second Treaty and that comprehended by the Fourth, but had not been treated with.

We proposed to them to give their adhesion to the Qu'Appelle Treaty, and surrender their claim to lands, wherever situated, in the North-West Territories, on being given a reserve and being granted the terms on which the treaty in question was made. We explained fully these terms and asked the Indians to present to us their Chief and headmen. As some of the band were absent, whom the Indians desired to be recognized as headmen, only the Chief and one headman were presented. These, on behalf of the Indians accepted the terms and thanked the Queen and the Commissioners for their care of the Indian people.³¹

On the adhesion document, Waywayseecappo and headman Ota-ma-koo-ewin (also known as "Sha-pous-e-tung's-First Son" or "The Man Who Stands on the Earth") affixed their marks on behalf of the assembled Saulteaux. Long Claws was the only other Indian mentioned by name at the Fort Ellice meeting in 1874.³²

SELECTION AND SURVEY OF BIRD TAIL CREEK INDIAN RESERVE IN 1877

Reserve sites were not defined at the negotiations in 1874, but Treaty 4 specified that the bands would be consulted about location when reserves were surveyed:

And Her Majesty the Queen hereby agrees, through the said Commissioners, to assign reserves for said Indians, such reserves to be selected by officers of Her Majesty's Government of the Dominion of Canada appointed for that purpose, *after conference*

31 Alexander Morris, Lieutenant Governor, NWT, to Secretary of State for the Provinces, October 17, 1874, in Morris, *Treaties of Canada*, 84.

32 *Treaty No. 4 between Her Majesty the Queen and the Cree and Saulteaux Tribes of Indians at Qu'Appelle and Fort Ellice* (Ottawa: Queen's Printer, 1966), 9. The notes taken by M.G. Dickieson, the Commission Secretary, state that a Chief and *two* headmen were presented, but the two names he recorded – "Ota-ma-koo-ewin" and "Shaponetung's first son" – were the two which the adhesion document later attributed to the same man: Alexander Morris, Lieutenant Governor, NWT, to Secretary of State for the Provinces, October 17, 1874, in Morris, *Treaties of Canada*, 125. According to the paylists, two headmen were paid with Waywayseecappo in 1874. However, while the 1874 paylists provided names for the Chiefs, none of the other members of the bands were named but instead were merely categorized as "Headman" or "Indian." Nevertheless, from the 1875 paylists, it can be determined that the two men paid as headmen in 1874 were #22 Ota-Ma-Koo-ewin and #23 Savage. For Long Claws, see Morris, *Treaties of Canada*, 124.

with each band of the Indians, and to be of sufficient area to allow one square mile for each family of five, or in that proportion for larger or smaller families.³³

In an Order in Council dated July 9, 1875, W.J. Christie was appointed, together with “such other person as may be named for that purpose by the Minister of the Interior,” to return to Fort Ellice and Qu’Appelle to obtain adhesions to Treaty 4 from bands absent the previous year, to pay annuities, and to meet with the bands to select reserves

where they shall be deemed most convenient and advantageous for the Indians, each Reserve to be selected as provided by the Treaty *after conference with the Band of Indians interested therein*, and subject to the other conditions set forth in the Treaty.³⁴

With regard to the last of these duties, Deputy Minister of the Interior E.A. Meredith provided the following additional instructions to Christie:

I. As regards the selection of the Reserves.

Each Reserve should be selected, as the Treaty requires, after conference with the Band of Indians interested, and should, of course, be of the area provided by the Treaty.

The Minister thinks that the Reserves should not be too numerous, and that, so far as may be practicable, as many of the Chiefs of Bands speaking one language, as will consent, should be grouped together on one Reserve.

In connection with this part of your duties, I am desired to enclose for your information a copy of a memorandum and map prepared by the Surveyor General.

The Minister desires me to inform you that he coincides with the views of the Surveyor General contained in that memo; I am to add that Mr. Wagner, the gentleman named in the memorandum will be instructed to place himself at your disposal for the purpose of proceeding, with the Surveys of the Reserves as selected in the manner recommended by the Surveyor General.³⁵

Christie was given additional suggestions regarding the selection of reserves by the Surveyor General, J.S. Dennis, who recommended that the surveys take place “as soon as possible after the location of the Reserves in question may be decided upon between the Commissioner and the Indians,” but that in locating the reserves the Commissioner should consider future settlement,

33 *Treaty No. 4 between Her Majesty the Queen and the Cree and Saulteaux Tribes of Indians at Qu’Appelle and Fort Ellice* (Ottawa: Queen’s Printer, 1966), 6. Emphasis added.

34 Order in Council, July 9, 1875, NA, RG 10, vol. 3622, file 5007 (ICC Documents, p. 46). Emphasis added.

35 E.A. Meredith, Deputy Minister, Department of the Interior, to W.J. Christie, Treaty Commissioner, July 15, 1875, NA, RG 10, vol. 3622, file 5004 (ICC Documents, pp. 57-58).

the proposed route of the railway and both the agricultural and hunting needs of the Indians.³⁶ Christie confirmed his instructions in a letter dated July 28, 1875, to Meredith:

1. Selection of Reserves for Indians

These will be as few in number as possible, and in locating them, every attention will be paid to the suggestions made by the Minister of Interior, as also in the memorandum furnished by the Surveyor General. As soon as the first Reserve has been decided on, probably with the Fort Ellice Indians, Mr. Wagner will be instructed to proceed with the Survey in the manner directed by the Surveyor General. With this object in view, he will likely accompany me to Fort Ellice.³⁷

Christie, accompanied by Dickieson, who was also made a Commissioner to assist Christie, and surveyor William Wagner, arrived at Fort Ellice on the morning of August 24 and stayed until Sunday, August 29, 1875. Christie reported that the Indians at Ellice had much to say, "the 'Gambler' from Qu'Appelle being the chief Orator."³⁸ In all, 357 Indians were paid on the paysheet headed "Wawasecapow's Band," including one chief, "Wawasecappo," and four headmen, Pasqua, Ota-ma-koo-ewin, Savage, and the Gambler. A note states that 19 of the families listed (97 people) were paid at Fort Qu'Appelle.³⁹

In his initial report of September 9, 1875, regarding this meeting, Christie stated that "[t]he Chiefs at [Fort] Ellice were not all decided as to the locality of their Reserves."⁴⁰ However, in a subsequent report dated October 7, 1875, Christie and Dickieson indicated that the band had chosen reserve locations. Part of the band wanted a reserve on the Qu'Appelle River, some distance west of Fort Ellice, while the rest of the band had chosen a site nearer to Fort Ellice, at the head of Bird Tail Creek:

36 J.S. Dennis, Surveyor General, Memorandum, July 13, 1875, NA, RG 10, vol. 3622, file 5007 (ICC Documents, pp. 48-49). This memorandum was forwarded to Christie by Laird's Deputy Minister, E.A. Meredith, on July 15, 1875: E.A. Meredith, Deputy Minister, Department of the Interior, to W.J. Christie, July 15, 1875 (ICC Documents, p. 57).

37 W.J. Christie, Indian Commissioner, Treaty 4, to E.A. Meredith, Deputy Minister, Department of the Interior, July 28, 1875, NA, RG 10, vol. 3622, file 5007 (ICC Documents, pp. 64-65).

38 W.J. Christie, Indian Commissioner, to E.A. Meredith, Deputy Minister, Department of the Interior, September 9, 1875, Provincial Archives of Manitoba (hereafter PAM), MG 12, B1, Alexander Morris, Lieutenant Governor's Collection, No. 1094 (ICC Documents, p. 68).

39 Treaty Annuity Paylists, Treaty 4 (ICC Exhibit 12, tab 4, pp. 40-3). Sakimay is among the people listed as paid at Fort Ellice rather than Qu'Appelle.

40 W.J. Christie, Indian Commissioner, to E.A. Meredith, Deputy Minister, Department of the Interior, September 9, 1875, PAM, MG 12, B1, Alexander Morris, Lieutenant Governor's Collection, No. 1094 (ICC Documents, p. 69).

The question of Reserves has been carefully considered and long interviews held with the Indians on the subject. Many of the Bands have no desire to settle and commence farming, and will not turn their attention to agriculture until they are forced to do so on account of the failure of their present means of subsistence by the extermination of the Buffalo. Others have commenced to farm already, although to a very slight extent, and wish to have their Reserves set apart as soon as possible. Instructions have been given to Mr. Wagner, D.L.S., to survey Reserves for the following bands which are included in this class, viz.:

...

7. Wawaseecappo's Band (58 families) wants their Reserve at the head of the Bird Tail Creek, but as that locality is included in the limits of Treaty No. 2, no decision could be given until the Department had been consulted on the subject. A few families belonging to this Band have been settled for 9 or 10 years at the Round and Crooked Lakes on the Qu'Appelle River about 60 miles from Fort Ellice and as they have made considerable improvements there do not wish to be removed. As we saw no serious objection to this, their wishes were acceded to and instructions given to Mr. Wagner accordingly. There are 7 families living at these lakes.⁴¹

Wagner was enthusiastic about the Bird Tail Creek location for a reserve:

I left here in August 1875 and arrived with the Commissioners at Fort Ellice, where, after paying the Indians, the Reserve for this tribe was chosen by them at the head of Bird Tail Creek. Doubts arose amongst the gentlemen of the Commission if the tribe could get their Reserve in a tract of land surrendered under Treaty No. 2 since the Indians under the latter treaty have only 160 acres and the other 640 acres per family of five heads, it was therefore left for your decision.

During this winter the reports of the gentleman entrusted with the Block north west of Riding Mountain towards Shell River, crossing with their lines the heads of Bird Tail Creek, will have been entered at your office and may corroborate my statements expressed in my former report that they are covered with plenty of poplar, spruce and tamarac[k], which easily can be brought down to the Prairie situated between the Riding Mountain and the Assiniboine River for the use of the settlers who will follow any railway brought through this tract of the country.

The Fort Ellice Indians numbering 65 families will probably choose the midst of the woods and occupy nearly 2 townships or 41600 acres.

⁴¹ W.J. Christie and M.G. Dickieson, Indian Commissioners, to Minister of the Interior, October 7, 1875, PAM, MG 12, B1, Alexander Morris, Lieutenant Governor's Collection, No. 1102 (ICC Documents, p. 83). Wagner later reported that the reserve to be set apart at Qu'Appelle would be headed by Sakimay (Mosquito):

At the meeting of the Commissioners and the Indians at Qu'Appelle in 1875 it was decided that 7 families of the Fort Ellice Band, under the head of one – Mosquito – should get their Reserve at the Qu'Appelle River near Crooked Lake where they already are domiciled.

William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, February 19, 1877, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, p. 131).

Calculating that only a half will be used for timber and at the rate of 10 cords of firewood and 200 feet of timber (board measure) per acre besides fencing, which I know is a low estimate, will give for the Reserve, when granted, 210,000 cords of firewood and four ½ millions of Lumber sufficient to erect the buildings of 250 Settlers and keep them in wood for 12 years.⁴²

As both Christie and Wagner recognized, Bird Tail Creek was situated in the area covered by Treaty 2, which provided for reserves of only 160 acres per family of five – one quarter of the 640 acres per family of five stipulated in Treaty 4. Since the Commissioners were uncertain whether a Treaty 4 band should be permitted a reserve within the geographical limits of Treaty 2, Christie decided to refer the matter to the Minister for a decision.⁴³ In October 1875, Morris, in his role as Lieutenant Governor of Manitoba and the North-West Territories, gave his opinion that the Band was “entitled to a Reserve of the extent mentioned in Treaty No. 4 and which may properly be given within the boundaries of No. 2.”⁴⁴

Although the Minister of the Interior had not yet given his opinion on this issue, the question of reserve land for the Fort Ellice Indians was discussed with the Band in the summer and fall of 1876. In the week of August 3, 1876, Dickieson, Indian Agent Angus McKay, and Wagner were all present at Fort Ellice to pay annuities and discuss reserve selection. However, many of the Fort Ellice Indians were away, some on the prairie hunting buffalo and others, including the Gambler, at Fort Carlton to witness the negotiation of Treaty 6. In his reports, Wagner made only two brief references to the August meeting. In one he stated that “the chief was not prepared to show to me the Point of Commencement of the reserve, but he might be prepared [to do so] when I am finished at Qu’Appelle River and then I shall also survey it during the winter.”⁴⁵ In the other he said that “the chief of Indians could not decide yet.”⁴⁶ According to Agent McKay’s report on the proceedings, the Fort Ellice Indians were waiting the return of one of their headmen before locating their reserve:

42 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, January 2, 1876, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, pp. 105-06).

43 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, January 2, 1876, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, p. 106).

44 Alexander Morris, Lieutenant Governor, Manitoba and North-West Territories, to Minister of the Interior, October 23, 1875, PAM, Lieutenant Governor’s Collection, Letter Book J, No. 303 (ICC Documents, p. 94).

45 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, October 1, 1876, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, pp. 121-22).

46 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, February 19, 1877, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, p.132).

I arrived at Fort Ellice on the 2nd August and found a great many Indians already there. . . . Mr. Wagner had arrived on the 3rd and on the 5th he and I met the Indians at the Council tent and after a good deal of talking I learned from them that *they did not wish their reserves surveyed for the present as one of their head men was absent*. I then informed them that if such was the case, they would receive no cattle nor anything else except their rations, ammunition, twine and tobacco as the treaty provided that until they had their reserves marked out and had stables and hay for the cattle they were not to get any. . . .

I will now proceed to deal with the subject of Bands & their reserves. . . .

2nd. A small reserve has been already surveyed by Mr. Wagner for seven families of the Fort Ellice band [under Sakimay] on the North side of the Qu'Appelle at the head of the Crooked Lake. These families have always lived and hunted there and have built a few houses, cultivated some land and are all living on their reserve. . . .

19th. Chief Wa-wa-zhe-ga-bow [Waywaysecappo] or Standing in Readiness. This Indian is a Saulteaux as well as all his band with the exception of two or three families who are half-breeds. They number 50 families including 7 [under Sakimay] who have got their reserve on the Crooked Lake on the Qu'Appelle river. The greater number of this Band roam on the Prairie hunting Buffalo and very little is done by any of them in the way of farming. Some of them have houses but very few cattle and *this band for reasons already stated did not point out the spot where they desired their reserve*. . . .⁴⁷

According to the paylists, the only headman absent in 1876 was the Gambler, who received his annuity at Fort Carlton.

With the Fort Ellice Band unwilling to commit to a reserve location, Wagner left to complete a number of surveys for other Treaty 4 bands. Finally, on his way to Fort Pelly in mid-December, Wagner stopped again at Fort Ellice to see if the Band was prepared to identify the preferred location for its reserve lands. However, nothing had changed, a situation that Wagner attributed directly to the Gambler:

At Ellice, the Chief of Indians could not decide yet . . . in passing [I] tried the Chief of Fort Ellice Indians but of [sic] no avail. There are several houses where the chief lives, they keep cattle, have gardens and yet they are tampered with by the intrigues of one man – the [G]ambler – who hopes perhaps to get something more advantageous out of the Government, but since Mr. McKay is appointed Agent it may be expected he will explain this “[G]ambler” his situation properly.⁴⁸

47 Angus McKay to Superintendent General of Indian Affairs, October 14, 1876, NA, RG 10, vol. 3642, file 7581 (ICC Exhibit 12, vol. 2, tab 25, pp. 10, 12, 30-31, 48). Emphasis added.

48 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, February 19, 1877, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, p. 136).

In October 1876, David Laird resigned as Minister of the Interior to assume new duties as the first Lieutenant Governor of the North-West Territories. In December, he was given the additional appointment of Indian Superintendent for the region, and M.G. Dickieson was named his assistant. Writing from his headquarters at Swan River in May 1877, Laird reported that he had interviewed the Chiefs and headmen of three bands, including Waywayseecappo's, about the location of their reserves. He agreed with Morris that the selection of land by Waywayseecappo at the head of Bird Tail Creek should be approved notwithstanding its location within Treaty 2 territory, and asked that the government's decision be conveyed to him:

Since my arrival here, I have had interviews with the Chiefs and principal men of three Indian Bands under the above Treaty, the location of whose Reserves has not yet been decided. You will find the Reserves of these Bands referred to in Messrs. Christie and Dickieson's report, page xxv of the Departmental Report of 1875.

The delay in locating the Reserves of these Bands has been caused by disagreement among their members in making a selection. They appear to have settled their disputes and expressed to me that they wish their Reserves to be located as follows:

1. 'Wawasecappo's, or the Fort Ellice Band.' Their selection is pretty much as mentioned in Messrs. Christie and Dickieson's report [of October 7, 1875]. They desire a Reserve to be surveyed for them at the head of Bird Tail Creek, on the road leading from Swan Lake via Shell River, used by the North West Mounted Police in travelling to Swan River Barracks. The site is about 24 miles from Shoal Lake, and about 36 miles from the mouth of the Shell River. They would prefer to have the Reserve on both sides of the Bird Tail Creek, but will, I trust, be content to have it all on the West side.

I know of only two objections to this selection – first, that it is within the limits of Treaty 2; secondly, that it is in Territory covered by the Block Surveys. The former objection, I consider of no weight, as the Government must give the granting of land somewhere in the Territories. The second in my opinion should not be urged. The Townships there, as I understand, have not been sub-divided, consequently if a Reserve were surveyed within the Block limits, the sub-division need never take place, so far as the area of the Reserve is considered. . . .

It is very desirable that I should be informed whether or not the location of these Reserves is approved by the Government, in order that the Bands may be notified at the time of this summer's annuity payments. If approved they ought also to be surveyed as soon as possible.⁴⁹

Surveyor General Dennis agreed with Laird's recommendation. David Mills, the Superintendent General of Indian Affairs, approved the location of the

⁴⁹ David Laird, Lieutenant Governor and Indian Superintendent of the North-West Territories, to Minister of the Interior, May 9, 1877, NA, RG 10, vol. 3649, file 8187 (ICG Documents, pp. 141-44).

reserves as set out in Laird's report, and directed that they be surveyed.⁵⁰ Instructions to conduct these surveys were evidently conveyed to Wagner on June 13, 1877.⁵¹

Wagner and his survey party arrived in Fort Ellice later that month, after discussing various reserve surveys with Laird in Livingstone. Wagner's report on the survey of Waywayseecappo's reserve is brief, but it clearly indicates that the Chief and at least one other band member were actively involved in selecting the site:

I then returned to Ellice where after several interviews with the Fort Ellice Chief, who sent a man with me to show to me the place and according to their wishes I have surveyed their Reserve. . . . I had made the Reserve 6 miles by 11½ miles . . .⁵²

Wagner's diary indicates that, on June 27 and 28, he met with Waywayseecappo, who was ill. The Chief appointed a guide to point out the desired area, and on June 29 Wagner left for Bird Tail Creek with the guide and interpreter. It is not clear whether the guide remained throughout the survey, but Wagner apparently had instructions to survey a particular area; he recorded on July 13 that the original eastern boundary marked out by him did not include "the place wished for" and the following day he moved the boundary eastward:

Wednesday 27th [June 1877] – Met the Chief Wa-was-a-cappo or Fort Ellice Chief.
 Thursday, 28th – Meeting with Indians in the Chief's Tent, who is very sick. Robillard interpreter. It was agreed that a guide should show to me what they want & where.
 Friday, 29th – Started with Indian Guide and Interpreter to the Police Crossing of the Bird Tail Creek.
 Saturday, 30th – Returned to Ellice, two of my carts which were broken in the bad roads arrived.
 Monday, 2nd day of July 1877 – Started for the survey with my party.
 Tuesday, 3rd – Travelling, arriving at the 5th Correction line.
 Wednesday, 4th – Running Trial line to see where the Crossing is situated – 140.00 chs.
 Thursday, 5th – Prepared the South West Corner of Reserve, Thunderstorm begins at 2 o'clock – 300.00 chs. . . .

50 David Mills, Superintendent General of Indian Affairs, to J.S. Dennis, Surveyor General, June 4, 1877, NA, RG 10, vol. 3649, file 8167 (ICC Documents, p. 145).

51 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, August 23, 1877, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, p. 146).

52 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, August 23, 1877, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, pp. 147-48).

- Friday, 13th – Began the East boundary, surveyed it for 150.00 chains when I found out that the place wished for was not in it.
- Saturday, 14th – Began [illegible] miles east of this line on Correction line and ran up 240.00 chs. . . .
- Thursday, 26th – Left Party to chain up Baseline and to finish that part of the East boundary where I was interrupted by Bird Tail Creek.
- Friday, 27th – Arrived at Ellice with one man to go to Pelly to see about the next Reserve. . . .
- Tuesday, 31st – Arrived at Pelly, saw the Lt. Governor who told me that Hard Quill had settled at the Qu'Appelle River and therefore not advisable to survey as bespoken last year. . . .
- Friday, 3rd [August] – Arrived at Ellice.
- Monday, 6th August – My party arrives from the Reserve at Bird Tail Creek. The "Gambler" comes to me to have the boundary changed.⁵³

We will return to the details of the exchange that took place between the Gambler and Wagner below. For the moment, it is sufficient to state that the survey plan, completed in September 1877, showed 45,869 acres (71.67 square miles) of "Fine undulating Prairie with Hayswamps and Poplar bluffs, Soil Class one" in Townships 19 and 20, ranges 25 and 26, west of the principal meridian.⁵⁴ Bird Tail Creek meanders through the eastern portion of the reserve, and there are ponds and lakes at various places throughout the reserve.

Treaty 4 stipulated that the size of reserves would be determined according to a formula of one square mile for each family of five, "or in that proportion for larger or smaller families."⁵⁵ At 71.67 square miles the Bird Tail Creek reserve provided enough land for 358 people. The Bird Tail Creek reserve is also known as Lizard Point Indian Reserve 62.

INDIANS PAID UNDER CHIEF WAYWAYSEECAPPO AT FORT ELLICE

Wagner did not indicate in his report how he determined the Fort Ellice Band's population for calculating the size of the reserve at Bird Tail Creek.

53 William Wagner, Dominion Land Surveyor, "Diary of Surveys of Indian Treaty No. 4 from 19 February 1877 to 26 February 1878," January 26, 1878 (ICC Exhibit 12, vol. 1, tab 3).

54 Survey Plan CLSR 2949, "Wa Was A Cappo's Band, Bird Tail Creek, surveyed during July 1877 by William Wagner, D.L.S., September 1877" (ICC Documents, p. 150). Note that the acreage reported does not appear to correspond with the survey plan. The Indians later maintained that they were to have a reserve of 12 miles by 6 miles, which would roughly correspond to the 71.67 square miles reported. However, the survey plan shows a reserve of 11 ½ miles by 6 miles – the figure used when the reserve was surrendered for exchange in 1883 – which equals 69 square miles.

55 *Treaty No. 4 between Her Majesty the Queen and the Cree and Saulteaux Tribes of Indians at Qu'Appelle and Fort Ellice* (Ottawa: Queen's Printer, 1966), 6.

The treaty annuity paylists indicated that 371 people were paid with Waywayseecappo at Fort Ellice in August 1877, and another 31 were absent but paid arrears when they returned in 1878 and 1879, for a total membership of 402.⁵⁶

However, as the Commission has remarked in its reports dealing with previous treaty land entitlement inquiries, treaty annuity paylists were merely financial forms designed to account for the annuities paid to treaty Indians to meet Canada's obligations. Although the paylists record the names of heads of families and the number of people in each family, they were never intended to provide accurate census records and are not necessarily reliable indicators of band structures or the places of residence of individuals or groups. In the case of Waywayseecappo's paylist, the evidence shows that officials included people regardless of their known place of residence. In 1881, four years after the survey of the Bird Tail Creek reserve, separate paylists were established for five groups previously paid together under Waywayseecappo at Fort Ellice: Waywayseecappo, Sakimay, South Quill, Rattlesnake, and the Gambler.⁵⁷

There is evidence that three of these groups – Sakimay, South Quill, and Rattlesnake – had had houses and gardens at locations some distance from Fort Ellice for many years prior to the Treaty 4 negotiations, that they continued to live at these locations after the treaty, and that they could not be convinced to move to the Bird Tail Creek reserve. Sakimay had a reserve surveyed at Crooked Lake in 1876 and the other two groups were eventually recognized as distinct bands and received reserve land at their chosen locations. There is no similar evidence relating to the Gambler before the Commission in this inquiry. The following provides a brief discussion of these groups and their relationship with the Waywayseecappo Band.

Sakimay

Sakimay, or the Mosquito, and his followers resided at Crooked Lake, about 65 miles along the Qu'Appelle River west of Fort Ellice. From her research of Hudson's Bay Company records, Jaye Goossen of Manitoba's Department of Tourism, Historic Resources Branch, identified Mosquito as being "among

56 Jim Gallo, Manager, Land Entitlement and Claims, Department of Indian Affairs, "Research Memorandum – Gamblers Band Treaty Land Entitlement," January 31, 1997 (ICC Exhibit 12, vol. 1, tab 1, p. 14).

57 On the other paylists established for these groups, each individual retained the same number as when paid with Waywayseecappo (i.e., No. 34 Waywayseecappo became No. 34 Gamblers). No new Chiefs or headmen were created; two of the four headmen were listed on Rattlesnake's paylist and the other two on Gambler's (Treaty Annuity Paylists, 1880 and 1881, ICC Exhibit 2, pp. 251-66). In 1882 Rattlesnake combined with Gambler and did not get a separate paylist again until 1893.

the Indians who enjoyed a regular trading arrangement at Fort Ellice in the 1860s, coming in together annually from the plains to trade furs and provisions"⁵⁸ Sakimay had asked the Commissioners in 1875 to have reserve land where he lived on the Qu'Appelle River at Crooked Lake, and in August 1876 Wagner and his crew surveyed a reserve of 4691 acres at that location. If Wagner had factored the Sakimay reserve into his calculations for the Bird Tail Creek reserve, the total acreage reserved would have been enough land for 395 people under the terms of treaty.⁵⁹

South Quill

In June 1881, Alan McDonald, the Indian Agent for Treaty 4, reported that Sha-wa-ne-qua-nape ("South Quill") and his followers had been included in the allocation of reserve land for Waywayseecappo at Bird Tail Creek, but that they immediately afterwards began to ask for a separate reserve at Rolling River, about 45 miles east of Fort Ellice:

Sha-wa-ne-qua-nape or "South Quill" has been a member of Way-way-see-cappo's Band (that is his name and those families who follow him were in the Pay sheet of that Chief) when I took charge of this Treaty.

He as well as Sakamey of the Crooked Lake always objected taking their presents with the Chief. In Sakamey's case, on account of a special Reserve having been granted to him, I gave his Powder, Shot &c and his provisions separately. In Sha-wa-ne-qua-nape's case, I always handed his presents to the Chief, but he and his party always spoke separately from the Chief, and took their payments immediately after.

All the Indians who accepted the Terms of the Treaty at Fort Ellice with the exception of Sakamey with I think 15 families have had [illegible] miles square allotted to [them] in what is known as Way-way-[see-cappo's] Reserve on the Bird Tail Creek.

For the last two years Sha-wa-ne-qua-nape and Ootah-ne-qua and "old blind [illegible]" of his party have asked for a Reserve at the Rolling River. I have always told them, I had not the power of granting them another Reserve and also I thought the land they were applying for was already taken by White man.

If it could be arranged I would strongly recommend that he and his party of 17 families or 78 souls be granted a special Reserve and get Way-way-see-cappo to surrender the same extent of his.

These Indians have not been on the best of terms with the Chief and I do not think they will settle down until an arrangement of this kind is come to.⁶⁰

58 N. Jaye Goossen, Historic Resources Branch, Department of Tourism, Manitoba, "Indians of the Fort Ellice Region," March 1976, p. 20 (ICC Exhibit 2, p. 79).

59 4691 acres for Sakimay at Crooked Lake + 45,869 acres for the "Fort Ellice Band" at Bird Tail Creek = 50,560 acres ÷ the treaty formula of 640 acres per family of five = 79 square miles x 5 people per square mile = sufficient land for 395 people.

60 A. McDonald, Indian Agent, Treaty 4, Ellice, NWT, to Department of Indian Affairs, Ottawa, Ontario, June 26, 1881, NA, RG 10, vol. 3754, file 30848 (ICC Documents, pp. 270-71).

A subsequent inquiry by A.J. Belch, the Dominion Land Agent at Birtle, Manitoba, disclosed that South Quill and his followers had occupied the Rolling River area "as hunting grounds for fully fifty years."⁶¹ Indian Agent L.W. Herchmer endorsed Belch's comments,⁶² having relayed in an earlier letter the comments of a "Frenchman (Treaty) who had lived there for over 20 years . . . that 'South Quill' when? he first made a Treaty with Gov. Morris, named the mouth of Rolling River, and the land along that stream for his Reserve."⁶³

In August 1882, the Dominion government set apart approximately 12,000 acres (18¾ square miles) for the band at Rolling River, although this reserve was not confirmed by Order in Council until September 22, 1893.⁶⁴ An equivalent amount of land was not surrendered from Waywayseecappo's reserve as suggested by Agent McDonald in 1881.

Rattlesnake

Rattlesnake and his followers were counted among Waywayseecappo's followers when land was set aside at Bird Tail Creek in 1877. As will be discussed at greater length below, they were also among the group of people associated with the Gambler who purported to surrender 32 square miles of land in the Bird Tail Creek reserve in 1881 for an equal amount at Silver Creek. Nevertheless, Indian Commissioner Hayter Reed reported in December 1889 that a "considerable portion who although allowed for when that reserve [the Gambler's] was surveyed, were at the time residing at Valley River . . . and had been settled there continuously for some thirty years previously."⁶⁵ Five years later, Canada surveyed an area of 18.25 square miles as IR 63A for Rattlesnake in the Valley River district between Riding and Duck Mountains, about 120 miles northeast of Fort Ellice, including 15 square miles in exchange for an equivalent area which was apparently surrendered from the Gambler's reserve on September 15, 1892. The Commission makes no findings regard-

61 A.J. Belch, Dominion Lands Agent, NWT, to A.M. Burgess, Secretary, Department of the Interior, Ottawa, Ontario July 13, 1882, NA, RG 10, vol. 3754, file 30848 (ICC Documents, p. 322).

62 L.W. Herchmer, Indian Agent, to A.M. Burgess, Secretary, Department of the Interior, July 13, 1882, NA, RG 10, vol. 3754, file 30848 (ICC Documents, p. 327).

63 L.W. Herchmer, Indian Agent, to Superintendent General of Indian Affairs, October 24, 1881, NA, RG 10, vol. 3754, file 30848 (ICC Documents, pp. 290-91).

64 Jim Gallo, Director, Treaties & Aboriginal Rights Research Program, Four Nations Confederacy, "Waywayseecappo I.R. No. 62, Gambler's I.R. No. 63 and Rolling River I.R. No. 67, Treaty Land Entitlement Report," May 6, 1981 (ICC Exhibit 2, pp. 36-37).

65 Hayter Reed, Indian Commissioner, to Deputy Superintendent General of Indian Affairs, December 11, 1889, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3-1-1 (ICC Exhibit 12, vol. 2, tab 10, pp. 1-2).

ing the validity of this surrender or any other surrenders involving Gambler's reserve land.

The Gambler

The fourth group to receive a discrete payroll, and a separate reserve from Waywayseecappo, was led by the Gambler. Unlike the people associated with Sakimay, South Quill, and Rattlesnake, however, there is no evidence that the Gambler and his followers lived at or occupied a particular location separate from Waywayseecappo before Treaty 4 in 1874 or the 1877 survey at Bird Tail Creek. According to research compiled by the First Nation, the Gambler was the eldest son of Peicheto, "a prosperous Indian trader and influential sub-Chief of the Portage Band during the 1850s and 60s"; he was also the grandson of John Tanner, a white captive of the Shawnee from Kentucky who had come to the Red River area with his adopted Ottawa mother, Netnokwa, and "grew up to be a much renowned hunter and Chief of one of the many Saulteaux Bands in the Red River country during the early 1800s."⁶⁶ Jaye Goossen's study of Hudson's Bay Company records discloses that the Gambler "visited Fort Ellice only infrequently, preferring to take most of his business to Fort Pelly."⁶⁷ According to the Gambler's own statement, he gathered Indians from the prairies to come to Fort Ellice and join "our Chief" Waywayseecappo:

when Way-way-see-cappo was made Chief he gave me authority to go throughout all the plains, to collect all the Indians who belonged to Fort Ellice to join this Band. I went out, and made as many as I saw, understand that they were invited to come and join our Chief, having collected three hundred persons, including those who were here before we held councils. . . .⁶⁸

Although the record is clear that the Gambler was a headman of Chief Waywayseecappo's Band in 1877, the Gambler's dissatisfaction with the survey at Bird Tail Creek ultimately led to the proposal for a surrender for exchange of reserve land in 1881 to establish a separate reserve for the Gambler and his followers.

⁶⁶ Jim Gallo, Director, Treaties & Aboriginal Rights Research Program, Four Nations Confederacy, "Waywayseecappo I.R. No. 62, Gambler's I.R. No. 63 and Rolling River I.R. No. 67, Treaty Land Entitlement Report," May 6, 1981 (ICC Exhibit 2, p. 46 n1).

⁶⁷ N. Jaye Goossen, Historic Resources Branch, Department of Tourism, Manitoba, "Indians of the Fort Ellice Region," March 1976, p. 19 (ICC Exhibit 2, p. 78).

⁶⁸ A. McDonald, Indian Agent, Treaty 4, "Proceedings of a Council of Way-way-see-cappo's Band convened by the Chief and held in the Reserve, Bird Tail Creek," February 24, 1881 (ICC Documents, pp. 253-54).

GAMBLER'S DISCONTENT WITH LOCATION OF BIRD TAIL CREEK RESERVE

On July 28, 1877, Wagner left his crew to complete the Bird Tail Creek survey while he made arrangements for subsequent surveys. On August 6, the same day that Wagner's survey party returned and joined him at his camp near Fort Ellice,⁶⁹ the Gambler visited him to express his concerns about the survey at the Bird Tail Creek reserve. In a progress report on the summer's survey work, Wagner noted:

After having finished I went into Camp near Fort Ellice to wait for the arrival of White Bear.

During this time, an Indian belonging to the Fort Ellice Band – the “Gambler” – came to me to ask me to resurvey their Reserve, their Chief having done without his approval. I had made the Reserve 6 miles by 11 ½ miles [69 square miles] but he wished it to be 4 miles by 18 miles [72 square miles] and have the Reserve shifted 3 miles more East.

Knowing the Gambler to be one of the most troublesome Indians in Treaty No. 4, who also went to Carleton last year to make trouble during the Treaty there, and he not being able to give me a good reason for the change I left it as I had done.⁷⁰

In December 1877, the Indian Agent for Treaty 4 also reported that Chief Waywayseecappo and his headmen were dissatisfied with the reserve and wanted something different than Wagner had set apart for the band:

Wawaseecappo's Band have their Reserve on Bird Tail Creek, but he and his Head men are dissatisfied with some of the land included in it, what they want is to have their Reserve about forty miles long and two or three wide, which I informed them I did not think it will be allowed.⁷¹

Three months later, in a letter to the Surveyor General dated March 26, 1878, Wagner provided additional details:

69 William Wagner, Dominion Land Surveyor, “Diary of Surveys of Indian Treaty No. 4 from 19 February 1877 to 26 February 1878,” January 26, 1878 (ICC Exhibit 12, vol. 1, tab 3).

70 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, August 23, 1877, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, p. 148)

71 A. MacDonald, Indian Agent, Treaty 4, to Deputy Minister of the Interior, December 28, 1877, NA, RG 10, vol. 3654, file 8904 (ICC Documents, p. 155). It is of some interest to note that, in the summer of 1876, Wagner had to convince Mosquito/Sakimay that he would not survey a reserve of similar dimensions:

His [Sakimay's] idea of extent of Reserve differed materially with the reality (he wished to have it 40 miles along the River) but after I had explained to him the situation and seeing me determined to go on with the work he yielded and was reasonable.

William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, February 19, 1877, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, p. 133).

As regards to the Reserve for Wa-wa-see-capo at Bird Tail Creek, plan of Reserve given by me to Mr. Whitcher in September last, I beg to repeat again that I have laid out the Reserve according to the wishes of the chief, who sent his son in law with me, and the Government Interpreter – Robillard – was with us, but when one of the Councillors named Gambler returned he, probably to show me his influence, wished to move the Reserve 4 miles more West, to have it 4 miles wide and 18 miles long, which would have excluded all the improvements made by the Chief and his families. I proposed to him to move 4 miles East but would not give 18 miles in length, which he refused. Since then he left word with Mr. A. McDonald at Fort Ellice that they will be satisfied with a reserve 12 miles by 6 miles. I could not change it since Plan and field notes were entered – except I shall be empowered to do so by you.⁷²

Mr Patrick Tanner stated at the community session that, in his opinion, the difficulty with the location of the Bird Tail Creek reserve arose because Wagner exceeded his authority in surveying the reserve:

The surveyor Wagner, in my view did not listen to the Indian people, or he did not listen to his bosses, or whatever, from Canada, whoever his boss was, because Gambler had selected, and Wagner put it where he figured it should be. And it was agreed at the meeting that Gambler was to select this reserve, not Wagner. It seems like Wagner went ahead and made decisions on his own.⁷³

There is no further reference on the record to the dissatisfaction of the Gambler and his followers with the Bird Tail Creek reserve until November 1880. At that time, Agent McDonald, apparently responding to correspondence concerning white settlers who had moved onto land in the southern portion of Waywayseecappo's reserve,⁷⁴ referred to Gambler's desire to relocate as a means of making the land available for the settlers. According to McDonald, Gambler and about 30 families had already moved and built houses at their new location:

Your letter respecting the land taken up by the Sharmans on Waywayseecappo's Reserve has not been overlooked by me. Indians are to be handled differently from

72 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to J.S. Dennis, Surveyor General, March 26, 1878, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Exhibit 12, vol. 4, tab 31, pp. 2-3).

73 ICC Transcript, November 5, 1996, p. 13 (Patrick Tanner).

74 From the material supplied to the Commission, it is impossible to tell the complete story about these settlers. In 1884, Hayter Reed advised the Superintendent General "with reference to the survey of the surrendered part of Way-way-see-cappo's Reserve on Bird Tail Creek, & to inform you that Mr. Ponton was instructed to make the survey & a plan was furnished him on which was shewn what changes it would be desirable to make in the interest of & at the request of the Department of the Interior who had I believe permitted some parties to enter for homestead on the south part of the Reserve & therefore wished a further surrender of that part." Hayter Reed, Acting Assistant Indian Commissioner, to Superintendent General of Indian Affairs, April 14, 1884, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3-1 (ICC Documents, pp. 376-77).

white men and I wished the application of the change to come from them. This has been the source of the delay. Another reason, the Chief is simple so I had to wait until I met the Gambler, one of his headmen. He is with me just now and the whole affair can be settled in this way.

He and about 30 families have applied to be allowed to part from the Band and be allowed to take a Reserve . . . six by five miles north of Ellice, East side of the Assiniboine in Range 29 Township 18 commencing a little below a creek opposite the Red Deer Horn Creek as shown in map 1878. There are no settlers on it, but the Gambler and his party has [sic] six houses built on it.

If this arrangement is agreeable to you, let me know as soon as possible, addressing your letter to Fort Ellice as I will be here again in four or five weeks.

Mr. Armstrong D.L.S. is at present subdividing in the Range & Township the Gambler wants and it will be advisable (after the Band in Council votes the surrender of Thirty square miles of their present Reserve) to survey this Reserve.

I strongly recommend this change as it will not only settle the Sharman claim, but will also settle the minds of discontented Indians, Indians who do not wish to remain with their present Chief.⁷⁵

Two months later, on February 1, 1881, the Minister of the Interior asked Indian Commissioner Edgar Dewdney to review the file “respecting certain lands taken up by the Sharman family of Chief ‘Wayzeecappoe’s’ Reserve, Bird Tail Creek, and the desire of the ‘Gambler,’ one of the Chief’s Councilors to remove with 30 other families to a location 65 miles north of Ellice, on the East side of the Assiniboine.” Agent McDonald had telegraphed and was waiting at Swan River Barracks for a decision.⁷⁶ After discussing the question with Inspector Wadsworth and reviewing a plan of the reserve, Dewdney recommended that *30 square miles* be surrendered from the southern portion of Waywayseecappo’s reserve. It was Dewdney’s opinion that “the Indians will not be disturbed in their improvements, and the land claimed by ‘Sharman’ will be surrendered.”⁷⁷ This letter was forwarded to McDonald on February 9, 1881, with advice that a surveyor would be instructed to contact him to identify the *32 square miles* to be surrendered, as well as the land to be set apart as the Gambler’s new reserve on the Assiniboine River.⁷⁸ There is no apparent explanation in the record for the

75 A. McDonald, Indian Agent, Treaty 4, to L. Vankoughnet, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, November 21, 1880, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3-1, mfm reel C-8045 (ICC Documents, pp. 226-27).

76 [Minister of the Interior] to Edgar Dewdney, Indian Commissioner, February 1, 1881, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3-1 (ICC Documents, pp. 228-29). McDonald’s telegram was not among the documents supplied to the Commission.

77 Edgar Dewdney, Indian Commissioner, to Minister of the Interior, February 2, 1881, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3-1 (ICC Documents, pp. 230-31).

78 [Minister of the Interior] to Lt. Col. A. McDonald, Indian Agent, February 9, 1881, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3-1 (ICC Documents, p. 232).

discrepancy between Dewdney's recommendation that 30 square miles be surrendered and the Minister's approval for a surrender of 32 square miles. At any rate, the Commission makes no findings or conclusions in regard to whether this discrepancy may constitute a valid basis for a separate claim.

SURRENDER FOR EXCHANGE IN 1881

On February 24, 1881, Agent McDonald travelled to the Bird Tail Creek reserve at the invitation of Chief Waywayseecappo. He and an interpreter, Peter Hourie, met with 23 male members of the Band of "the full age of twenty-one years," who had assembled there expressly to discuss the proposal to surrender part of the reserve so that the Gambler and his followers could establish their own reserve. According to Wagner's account of the council meeting, the Gambler explained to one of the councillors why he had complained about Wagner's survey of Bird Tail Creek reserve in 1877:

The Gambler answered, "You ask me the reason why I want to leave the Reserve, I will make you understand, my reason is this, when Way-way-see-cappo was made Chief he gave me authority to go throughout all the plains, to collect all the Indians who belonged to Fort Ellice to join this Band. I went out, and made as many as I saw, understand that they were invited to come and join our Chief, having collected three hundred persons, including those who were here before we held councils, when I was choosen [sic] to select the place for our Reserve, this I did; it was also agreed that when the survey was made, I was to accompany the surveyor and show him what we wanted. At the time he came, I had other important matters to attend to, so the Chief took him to the place. It was not exactly the place I had selected. I was told before that the Reserve was to be 12 x 6 miles. The Reserve was to have been on both sides of Bird Tail Creek instead of which it was put three miles too far west. Out of the three hundred persons I had collected, a large number were dissatisfied with the Reserve. They said they would not work on the Reserve, as it did not suit them. I told them stop first, I will speak to the Chief, and let him know of this: some of the party who spoke to me as dissatisfied were, Savage, Headman, Pisqua, Head Man, Ka-ka-quash and New-tin. I told them the Chief and I made arrangements before that if any of the Band did not like to stop on the Reserve, we would let them go where they thought the[y] would do better.

To the Chief did we not say that. —

Answer yes we did say so. —

I [the Gambler] then asked the Agent if we could not get another Reserve.

I have not got the answer from the Agent yet, if we will be granted what we are asking for; and I do not like to be refused by the Band what I think will be allowed by the Government, so if it will suit the Chief, and the members of the Band in Council,

we will give up to the Government Thirty-two (32) square miles of the south end of our Reserve. For my part I am willing.⁷⁹

At this council, consistent with the Gambler's request and McDonald's instructions from the Minister of the Interior, the proposal was to surrender 32 square miles, and the discussion about which part of the Bird Tail Creek reserve to surrender went well into the night. Dewdney's proposal to cut off the entire south part of the reserve "would have deprived the Band of nearly all their prairie lands"⁸⁰ and was rejected in a vote, by "a majority of one." McDonald in turn rejected the Band's counterproposal that the land be taken in a strip along the entire west side of the reserve, ostensibly because "it would destroy their Reserve" but perhaps because it would not have included the land claimed by the Sharman family. In the end, McDonald reported that the Band agreed to a compromise which included all the land east of Bird Tail Creek in the southern portion and the remainder from both the northern and southern boundaries of the reserve, for a total area of 32 square miles:

On the vote being taken there was a majority of one, against giving up the south end.

The Chief proposed giving up three (3) miles on the west side from north to south, which I told them I could not allow, as it would destroy their Reserve.

I told the Band I regretted very much that they were unable to come to a settlement. If they would allow me, I would propose what portion of the Reserve I thought would be the best for them to surrender, but they must understand it rested with them altogether, viz. That portion of the Reserve east of Bird Tail Creek from the south boundary to within a mile or so of the Agency Farm making the Creek the eastern boundary of the Reserve south of the agency farm, what ever more is required to make up the 32 square miles is to be taken from the north end of the Reserve but not farther south than the northern boundary of the agency Farm and should [there be] more required, then from the south end.

As it was passed [sic] midnight and it would take more time to consider over my suggestion, I hoped they would give me an answer the next morning.

After some talk amongst themselves, the Chief rose and said, the whole thing was settled. He said all the Band would surrender what I had proposed and that he and his Head men would sign the papers whenever required to do so.

I certify that this is a correct report of the process.⁸¹

79 A. McDonald, Indian Agent, Treaty 4, "Proceedings of a Council of Way-way-see-cappo's Band convened by the Chief and held in the Reserve, Bird Tail Creek," February 24, 1881 (ICC Documents, pp. 254-55).

80 A. McDonald, Indian Agent, Treaty 4, to L. Vankoughnet, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, February 28, 1881, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3-1 (ICC Documents, p. 257).

81 A. McDonald, Indian Agent, Treaty 4, "Proceedings of a Council of Way-way-see-cappo's Band convened by the Chief and held in the Reserve, Bird Tail Creek," February 24, 1881 (ICC Documents, pp. 255-56).

Surrender No. 183 was signed at Fort Ellice by Wa-wa-se-capow (Waywayseecappo), Oo-ta-ka-wenin (the Gambler), and Sauvage on March 7, 1881. This document stated that the boundaries of the Bird Tail Creek reserve "on the north and east sides" should be altered so as to surrender a total of "30 square miles":

Whereas, in fulfilment of the provisions of "certain articles of a Treaty" made and concluded at Qu'Appelle, in the said Territories, bearing date the fifteenth day of September, in the year 1874, known as the Qu'Appelle Treaty No. 4, to which treaty the said Wa-wa-se-capow's Band became parties by an instrument in writing, dated and executed at Fort Ellice, in the said Territories, on the twenty-first day of September aforesaid, certain lands in the said Territories, of which the lands hereinafter described form part, have been duly assigned as a reserve for the said band of Indians.

And whereas, since the assignment thereof as aforesaid it has been found more convenient and for the interests of the said Band of Indians that the boundaries of the said reserve on the north and east sides thereof should be altered, and in lieu of the lands (hereinafter described) by such alterations of boundaries excluded, other lands of equal extent assigned to the said Band.

And whereas, at a meeting or council of the said Band, summoned for the purpose, according to their rules, and held on the twenty-fourth day of February, in the year 1881, at the said reserve, in the presence of Allan Macdonald [sic], Esquire, duly authorized to attend such council or meeting by the Superintendent-General of Indian Affairs, pursuant to the requirements of section 37 of the *Indian Act*, 1880, the assent of the majority of the male members of the said Band of the full age of twenty-one years, for the surrender to Her Majesty of the lands hereinafter described, has been given.

NOW KNOW YE, that we, the said Wa-wa-se-capow, Oo-ta-ka-wenin, and Sauvage, as Chief and Headmen as aforesaid, representing the said Band of Indians, and for and in the name of the said Band, for the object and purpose above set forth, do hereby release, surrender and yield up to Her Majesty, all that portion of the said reserve, as it now exists and is defined, lying to the eastward of the Bird Tail Creek, extending from its southern boundary, northwards to a point from which a line drawn east and west will intersect the southern boundary of school section eleven of township twenty, ranged twenty-five, west of the principal Meridian, and also so much of the northerly part of the said reserve, across the same, as, with the portion thereof hereinbefore described, will when surveyed and measured, contain in all thirty square miles.

To hold the same to Her Majesty, Her heirs and assigns forever.⁸²

The required affidavit, attesting that "the surrender hereto annexed has been assented to by the Band in the said surrender named at the council or

⁸² Surrender No. 183, March 7, 1881 (ICC Documents, pp. 260, 264-66).

meeting of the said Band, as set forth in the said surrender," was sworn by McDonald and Waywayseecappo at Fort Ellice before Hugh Richardson, a stipendiary magistrate for the North-West Territories.⁸³ The surrender was approved by Order in Council PC 654 dated April 27, 1881, which stated that the surrender covered "thirty sections of their Reserve on Bird Tail Creek, in consideration of another Reserve of equal area being assigned them at a more suitable point."⁸⁴

SURVEY OF LIZARD POINT AND SILVER CREEK RESERVES

When surveyor John C. Nelson passed through Fort Ellice in April 1882, the Gambler met him and urged him to go and mark out the boundaries of the reserve to be set apart for the Gambler and his followers. Nelson agreed to do so, if it was possible, but by the time horses were brought down to transport him to the site, the ice on the river was unsafe and Nelson did not go.⁸⁵

The first survey of the surrendered portion of Waywayseecappo's reserve was performed by P.H. Dumais, Dominion Land Surveyor, in the summer or fall of 1882 under the direction of the Department of the Interior rather than the Department of Indian Affairs. Dumais reported that the part of the reserve east of Bird Tail Creek contained only 4¾ square miles and, if he had taken the balance of the 30 square miles entirely from the northerly part of the reserve "as per surrender," Indian houses and improvements would have been included. Because of this, the Chief had asked him to leave before the survey was completed and Dumais had complied.⁸⁶

Dumais proposed to take land from both the north and south portions of the reserve so that the entire 30 square miles could be cut off without disturbing the Indian settlement. The Department of Indian Affairs initially objected to Dumais's proposal because it was not "in accordance with the deed of surrender."⁸⁷ Instead, the Department elected to conduct its own

83 Surrender No. 183, March 7, 1881 (ICC Documents, pp. 258, 260-61).

84 Order in Council PC 654, April 27, 1881, NA, RG 2, series 1, vol. 209, pt. 2 (ICC Documents, p. 262).

85 John C. Nelson, Dominion Land Surveyor, to Superintendent General of Indian Affairs, December 29, 1882, Canada, Parliament, *Sessional Papers*, 1883, No. 5, "Report of the Department of Indian Affairs for the Year Ended 31st December, 1882," p. 214.

86 A. Russell, for the Surveyor General, to L. Vankoughnet, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, December 14, 1882, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3 (ICC Documents, p. 338); John R. Hall, Secretary, Department of the Interior, to L. Vankoughnet, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, February 13, 1883, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3 (ICC Documents, pp. 312-15).

87 John R. Hall, Secretary, Department of the Interior, to L. Vankoughnet, Deputy Superintendent General of Indian Affairs, February 13, 1883, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3 (ICC Documents, p. 313); Edgar Dewdney, Indian Commissioner, to Superintendent General of Indian Affairs, Ottawa, February 24, 1883, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3 (ICC Documents, pp. 343-45).

survey and, in April 1883, A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, was instructed to go to Fort Ellice to mark off, among other projects within Treaty 4 territory, the land surrendered by Waywayseecappo and the reserve to be set apart for the Gambler. For those two particular surveys, Ponton was to be “guided by the advice and instructions of Mr. Agent Herchmer.”⁸⁸

Ponton provided two reports of events related to the survey of the reserves at Bird Tail Creek and Silver Creek in the summer of 1883, one immediately after the survey and the other in his annual report. According to these reports, Ponton and Herchmer both went to the Bird Tail Creek reserve and met members of the Band. In the first report, Ponton described them as “the greater portion of the male population of the Reserve,”⁸⁹ whereas in the second report, he says that they “interviewed the Chief, his head men, and several others of the Band.”⁹⁰ The Chief and his followers believed that they had surrendered more land east of the Bird Tail Creek than was calculated in Dumais’s survey. After hearing the Band’s concerns, Ponton spent a difficult week resurveying the “tortuous” creek, impeded by high water and thick willows, “with no better result than further disclosing the intractable mood of the Band, and reproducing the oft reiterated, and indefinite statement ‘there is not all the land left we are entitled to.’”⁹¹ Following this first week of work, Ponton reported:

The Indians then met me to decide what sections they would surrender, but they were dissatisfied, claiming that the Reserve should have originally been twelve miles long and six miles wide and contain seventy two square miles, that thirty square miles then being deducted for the Gamblers band they would have forty two square miles left. The Reserve however being only eleven and one half miles long they were left only thirty-nine square miles. . . .⁹²

Because the Indians at this point refused to identify the lands to be cut off their reserve until this matter could be settled, Ponton sent part of his crew under his assistant, Mr Haslet, to begin the survey of the Gambler’s reserve, while Ponton and his remaining men went to the Oak River Sioux Reserve to

88 John C. Nelson, Dominion Land Surveyor, to A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, April 1, 1883 (ICC Documents, p. 348).

89 A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, to Edgar Dewdney, Indian Commissioner, July 13, 1883, NA, RG 10, vol. 7770, file 27117-3, mfm reel C-12056 (ICC Documents, p. 357).

90 A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, to John C. Nelson, Dominion Land Surveyor, February 25, 1884 (ICC Documents, p. 369).

91 A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, to John C. Nelson, Dominion Land Surveyor, February 25, 1884, NA, RG 10, vol. 3680, file 12249, mfm reel C-10119 (ICC Documents, p. 369).

92 A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, to Edgar Dewdney, Indian Commissioner, July 13, 1883, NA, RG 10, vol. 7770, file 27117-3, mfm reel C-12056 (ICC Documents, p. 358).

settle a boundary dispute. Haslet established the south and east boundaries of the Gambler's reserve, but was forced to await Ponton's return on June 10 to verify the north boundary, since Herchmer had not provided any instructions on this matter. After going to Birtle to obtain a list of sections from the Dominion Lands Office, Ponton returned and completed the survey of the Gambler's reserve.⁹³ According to Order in Council PC 1151 dated May 17, 1889, which confirmed a large number of reserves in Manitoba and the North-West Territories, Ponton surveyed IR 63, containing 30 square miles on the east side of the Assiniboine River at Silver Creek about nine miles north of Fort Ellice, in June 1883 for 44 families under the Gambler.⁹⁴

Upon Ponton's completion of the Gambler's survey, Herchmer told him that the Waywayseecappo Band "had decided to give up the southern portion of their reserve."⁹⁵ Ponton completed the survey at Waywayseecappo in July 1883, taking the land east of Bird Tail Creek and 18 sections from the north part of the reserve, as specified in the 1881 surrender, and the remainder of the land to total 30 square miles from the southern portion of the reserve.⁹⁶ According to Order in Council PC 1151, the reserve, renamed Lizard Point IR 62, contained 39 square miles on Bird Tail Creek about 15 miles northeast of Birtle, and was surveyed for 26 families under Waywayseecappo.⁹⁷ Ponton described the revised reserve in these terms:

The soil throughout the reserve is generally a black loam, of first-class quality. In the southern and western portions there are numerous ponds, lakes and hay meadows. There is a sufficiency of firewood everywhere in this reserve. Timber fit for building purposes occurs in small quantities throughout, and in larger quantities in the neighborhood of its northern boundary. There is a large lake with partially wooded shores near the centre of the reserve. Its area is about two square miles, and it is said to contain fish. Wild ducks abound.⁹⁸

93 A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, to John C. Nelson, Dominion Land Surveyor, February 25, 1884, NA, RG 10, vol. 3680, file 12249, mfm reel C-10119 (ICC Documents, pp. 369-70).

94 Order in Council PC 1151, May 17, 1889, NA, RG 2, series 1 (ICC Exhibit 12, vol. 3, tab 26, pp. 12-13).

95 A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, to Edgar Dewdney, Indian Commissioner, July 13, 1883 (ICC Documents, pp. 358-59).

96 "Waywayseecappo's Band Reserve No. 62 – Lizard Point" (ICC Exhibit 8); "Treaty No. 2, Way-way-see-capo's Band, Lizard Point, No. 62," Plan of Survey, Indian Affairs Survey Records No. 47 (ICC Documents, p. 373).

97 Order in Council PC 1151, May 17, 1889, NA, RG 2, series 1 (ICC Exhibit 12, vol. 3, tab 26, pp. 10-11).

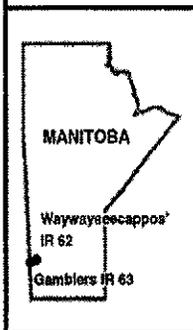
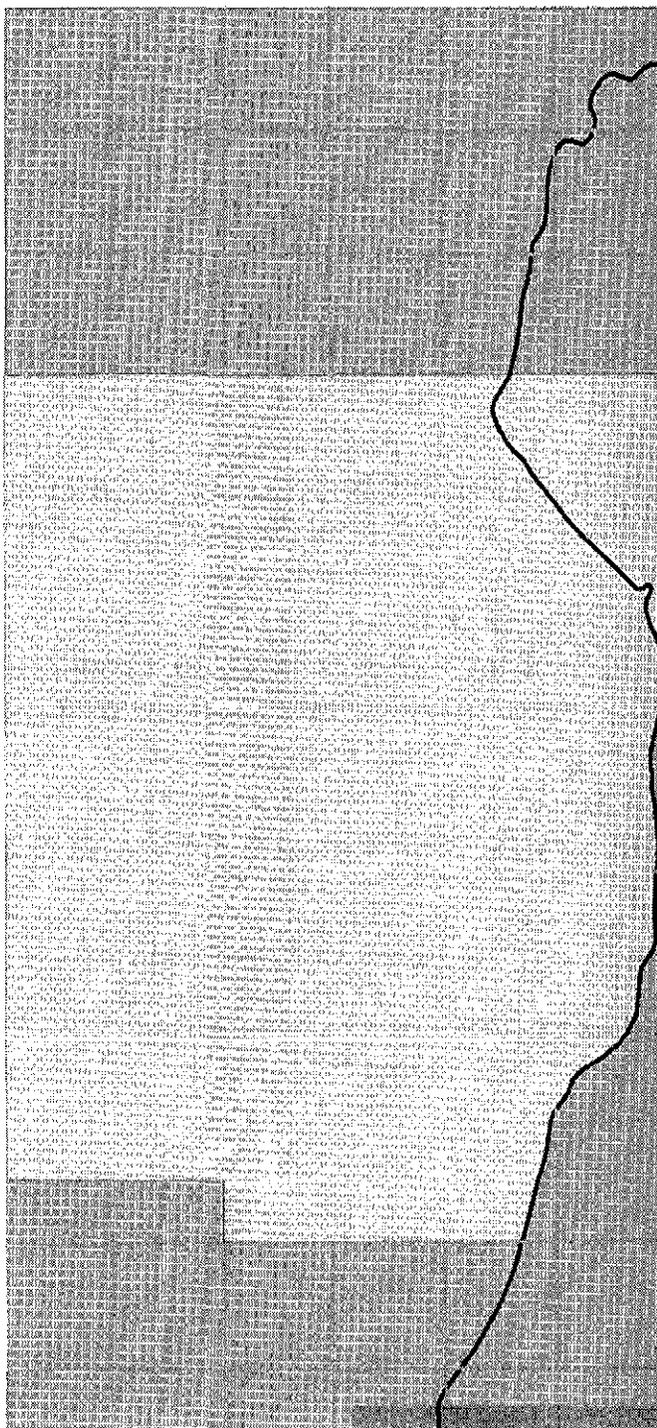
98 A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, "Indian Reserve No. 62," NA, RG 2, series 1, vol. 419/DIAND file 501/30-1-33-1, vol. 1 (ICC Documents, pp. 352-53).

Waywayseecappos' Band Reserve No.62 - Lizard Point



Present Reserve
39 sq. miles

1881 Surrender of
30 sq. miles
to Gamblers



Based on ICC Exhibit 8 -
Waywayseecappos' Band Reserve No.
62 - Lizard Point"

Hayter Reed, at that time the Acting Assistant Indian Commissioner, observed that

the part cut off by him [Ponton] differs slightly in shape from that cut off by M. Dumais, & I am of the opinion that Mr. Ponton's survey is the more desirable of the two as he followed the Section lines & legal subdivision boundaries, unless indeed the White Settlers have been permitted to enter the south parts of Sections 16, 17, & 18, T[ownshi]p 19, R[ange] 25 from which it appears by the sketch that M. Dumais cut a narrow strip.⁹⁹

THE GAMBLER'S DISCONTENT WITH THE SILVER CREEK RESERVE

Neither of Ponton's two reports referring to the survey of the reserve at Silver Creek mentions any consultation with the Gambler or band members about the specific location of the reserve or the presence of any band members during the actual survey. His final report does give his opinion of the advantages in the site:

'The Gambler's Reserve.' Its alluvial soil of very best quality, its rolling and open aspect, the facilities for continuous ploughing in all directions, *the quantity and quality of its timber in the valley of the Silver Creek* which almost evenly intersects the Reserve, and possesses good water power, gives it advantages over any other reserve visited by me. The men are part of 'Way-way-see-capas', and in their characteristics very similar to the men of that Band. At the time of my visit, only a small portion of the Reserve was under cultivation, but land was under [process] of breaking up, and I doubt not that ere long good accounts will be rendered of this Reserve.¹⁰⁰

It should be noted that, in relation to the availability of timber on the reserve, Ponton's report is inconsistent with the official description of the reserve filed with the plan for IR 63:

The reserve generally is high-rolling prairie, interspersed with poplar bluffs of small sized timber from two to four inches in diameter. The soil is a black loam with gravelly ridges, and, with the exception of the valley of Silver Creek, can be almost all cultivated. It is much cut up by the valley of the Silver Creek and lateral coulées running into it. The best land is found on the northern part a short distance from the Manitoba and North-Western Railway. *Some useful poplar timber is still found in*

99 Hayter Reed, Acting Assistant Indian Commissioner, to Superintendent General of Indian Affairs, April 14, 1884, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3 (ICC Documents, p. 377).

100 A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, to J.C. Nelson, Dominion Land Surveyor, February 25, 1884, NA, RG 10, vol. 3679, file 12249 (reproduced in part at ICC Documents, p. 371). Emphasis added.

*the valley of Silver Creek, but most of it has been killed by fires. On the slope to the Assiniboine scattered scrub oak was observed, useful in the manufacture of small implements. The timber supply is hardly sufficient for the Indians.*¹⁰¹

In his September 1884 report, T.P. Wadsworth, the agency and farm inspector for the Department of Indian Affairs, described in some detail the well-furnished houses and the 60 acres of cleared and cropped land of two members of the band, O-gah-mah and Thomas Tanner. He stated that six band members were actively planting crops and raising livestock and were doing very well at both, while other Indians had earned “a good deal of money” working on the railway. From Wadsworth’s perspective, “this part of Waywayseecappo’s Band, which was allowed to break away from the band and settle here in 1880, has done exceedingly well, and is living in comfort.”¹⁰²

However, Wadsworth also indicated that the band was not entirely happy with the reserve. It complained “that the present area is not sufficient nor in compliance with the terms of the treaty” and, despite Ponton’s favourable estimation of the quantity and quality of timber on the reserve, that there was not enough wood on the reserve as surveyed.¹⁰³ The band asked for the reserve to be extended to the west side of the Assiniboine River where there was “plenty of timber” and “as yet . . . no settlers upon the land asked for.”¹⁰⁴ Similarly, in 1886, Acting Indian Agent J.A. Markle reported complaints that the reserve was deficient in both wood and hay land, and he considered various solutions including surrendering land for exchange, granting the band a woodlot, or uniting Waywayseecappo, the Gambler, and South Quill on one reserve:

I informed them that [it] was my opinion the Department would object to enlarge the Reserve, but if they would agree to surrender an equal quantity of land for hay and wood land, that the Department would grant their request if possible. This they agreed

¹⁰¹ A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, “Indian Reserve No. 63,” NA, RG 2, series 1, vol. 419 / DIAND file 501/30-1-33-1, vol. 1 (ICC Documents, p. 355). Emphasis added.

¹⁰² T.P. Wadsworth, Inspector, Indian Agencies and Farms, to Superintendent General of Indian Affairs, September 17, 1884, Canada, Parliament, *Sessional Papers*, 1885, No. 3, “Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year ended 31st December, 1884,” 91-92 (ICC Documents, pp. 384-85).

¹⁰³ T.P. Wadsworth, Inspector, Indian Agencies and Farms, to Superintendent General of Indian Affairs, September 17, 1884, Canada, Parliament, *Sessional Papers*, 1885, No. 3, “Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year ended 31st December, 1884,” 91-92 (ICC Documents, p. 385).

¹⁰⁴ T.P. Wadsworth, Inspector, Indian Agencies and Farms, to Superintendent General of Indian Affairs, September 17, 1884, Canada, Parliament, *Sessional Papers*, 1885, No. 3, “Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year ended 31st December, 1884,” 91-92 (ICC Documents, p. 385).

to do, and Gambler, who claims to be the Chief, was to advise me of the sections that would suit them.

He called at my office some time after, and stated that sections 15 and 22, T[ownshi]p 18 R[ange] 29 W[est] of the Assiniboine River suited them. I remember charging Gambler, at the time, to be positive, as the Department might have considerable trouble in acquiring this land, and if they did, that no more changes would be expected. His reply was to this effect. If we get this, we have wood, hay, farm, and pasture land, and will ask no more.

In reply to your inquiry as to the advisability of granting them a wood lot up the River, I beg to offer a few suggestions, which, in my opinion, will bear consideration before further trouble and expense is incurred in acquiring more land for them. An attempt should be made to get a union of Gambler's, Way-way-see-cappo's and South Quill bands, and which I believe can be . . . accomplished. The cost to the Department, in my opinion, of maintaining these three bands on separate Reserves, is too great, and from which they are not deriving the same benefit as they would if a union could be consummated. Education is claimed to be the key to Indian civilization, yet neither [sic] of these three bands have a school. The cost of maintaining three schools, when one would be of more benefit, as it would, in all probability, receive encouragement, and good attendance, will, in time, be considerable expense, and, if to be judged by the one we started at Gambler's, something over a year ago, will be very little encouragement to the Department. More direct supervision could also be given them, and many other advantages, which at present they cannot get without an enormous expenditure of money.¹⁰⁵

It is perhaps an indication of Markle's inexperience and unfamiliarity with the recent split between the Gambler and Waywayseecappo that his recommendation regarding reuniting the bands was rejected out of hand in a marginal note as "impracticable," although merging Waywayseecappo and South Quill was considered a possibility.¹⁰⁶

There is no response on file to the first complaint. By the summer of 1887, Markle reported that the Gambler and many of his followers had moved back to the reserve at Bird Tail Creek:

Gambler, the nominal chief, has now removed to Way-way-see-Cappo's Reserve at Lizard Point, stating, as his reason for the change, that wood and hay are more easily obtained there, and that he will be much nearer to the hunting ground on the Riding Mountain.

¹⁰⁵ J.A. Markle, Acting Indian Agent, to Indian Commissioner, February 6, 1886, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3 (ICC Documents, pp. 392-94).

¹⁰⁶ Marginal note in J.A. Markle, Acting Indian Agent, to Indian Commissioner, February 6, 1886, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3 (ICC Documents, p. 393).

Long Claws and his relations have also followed Gambler to the Lizard Point Reserve, and I would not be surprised if other members of this band would eventually return to the old reserve for the reasons given by Gambler.¹⁰⁷

By the time the Gambler's reserve at Silver Creek was confirmed by Order in Council in 1889, most of its residents with the exception of the Tanner family had rejoined Waywayseecappo. The situation created problems, not only at Lizard Point which had been reoccupied by former residents who had renounced it, but also for followers of Rattlesnake at Valley River who had no desire to move to Silver Creek but had no reserve land to call their own. Hayter Reed, by then the Indian Commissioner, wrote:

I have the honor to refer to Department's letter of 21 March 1888 and other correspondence relative to the reserve set apart at Silver Creek to enable the Gambler and his band to separate from that of Way-way-see-cappo at Lizard Point.

As the Department is aware, subsequently to the making of such arrangements, Gambler and Long Claws, with their immediate respective followers, returned to Lizard Point.

Out of the number of souls thus left interested in the Silver Creek reserve, viz., 128, there is a considerable proportion who although allowed for when that reserve was surveyed, were at the time residing at Valley River, in what I understand is now blocked out as T[ownship] 25, R[ange] 23, W1, and had been settled there continuously for some thirty years previously.

The scarcity of wood and hay, which drove Gambler and Long Claws back to Lizard Point, caused a number of those who remained at Silver Creek to abandon it and join those who, as already stated, were settled at Valley River.

The consequence is, that there are now only some 50 souls remaining at Silver Creek, composed almost entirely of members of the Tanner brothers' families, who have made themselves so comfortable, that they would not care to move, and naturally, rather than see the reserve curtailed, would like to force the others to return. The Valley River Indians would strongly oppose any attempt to compel them to remove to Silver Creek, nor would it be wise to make it, since their present surroundings, including comparatively good hunting, enable them to live, without assistance from the Government, and undoubtedly, were a meeting of the whole band held, the majority would decide against Silver Creek.

They express a strong desire to have a reserve set apart for them at Valley River, and are quite willing to resign their interest in the Silver Creek reserve, in exchange.

The land which could thus be cut off the Silver Creek reserve, although not so well adapted for the Indians, as that at Valley River, is none the less pleasing to the eye, well adapted for white settlers, and could consequently be readily disposed of by the

¹⁰⁷ J.A. Markle, Indian Agent, Birtle, Manitoba, to Superintendent General of Indian Affairs, Ottawa, July 12, 1887, Canada, Parliament, *Sessional Papers*, 1888, No. 15, "Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year Ended 31st December 1887," 75-77 (ICG Exhibit 12, vol. 4, tab 53).

Department of the Interior. Everything considered, I feel disposed to strongly recommend that the Indians settled at Valley River have a reserve given them there, on the terms of an exchange, and that provision be made for the possibility of a few more eventually desiring to join them there.¹⁰⁸

As we have already noted, within five years Rattlesnake's reserve had been created, with 15 square miles of the reserve at Silver Creek being surrendered in exchange for an equal area at Valley River.¹⁰⁹ Similarly, difficulties in setting apart a reserve for South Quill at Rolling River had been overcome and that reserve, too, was created. In 1898, most of the remaining half of the Gambler's reserve at Silver Creek was surrendered for sale, with the exception of small portions of it being used by the Indians remaining in the vicinity.¹¹⁰ Today, the reserve comprises just 1037 acres in five separate holdings.¹¹¹

Elder James Tanner provided the following testimony in relation to the surrender of 15 square miles to establish a reserve at Valley River:

Since the time our land – since that time our land has disappeared acre by acre. And at one shot, 15 sections went to Valley River. That 15 sections of land went to Valley River people and got the land, and only Valley River people voted.

So with 15 sections gone to Valley River, the 15 sections were sold, was sold to farmers and to homesteaders, and all years, and all the years that passed, nobody ever told – talked to us about how our land went from 30 sections to what we have today. In the remaining few acres, that was always missing; we did not know, because nobody ever brought this in front of us to know.¹¹²

108 Hayter Reed, Indian Commissioner, to Deputy Superintendent General of Indian Affairs, December 11, 1889, NA, RG 10, vol. 6654, file 106A-3-1-1 (ICC Exhibit 12, vol. 2, tab 10).

109 According to one source, the area set apart at Valley River in 1896 was 11,544.46 acres, or just in excess of 18 square miles, to replace the 15 square miles of the Gambler's reserve surrendered in 1893: Foy Poulin, Memorandum to File, "History – Gambler Reserve No. 63," May 11, 1966 (ICC Documents, p. 417).

110 Memorandum, [author unknown], "In Charge of Records," Department of Indian Affairs, January 26, 1924, NA, RG 10, vol. 3754, file 30848/DIAND file 501/30-33 (ICC Documents, p. 406); see also "Gamblers [sic] Indian Reserve No. 63" (ICC Exhibit 9). The areas not surrendered for sale in 1898 are variously described as totalling 700 acres (Foy Poulin, Memorandum to File, "History – Gambler Reserve No. 63," May 11, 1966 (ICC Documents, p. 409)); 860 acres (Author unknown, [Office of Native Claims], Memorandum to File, "Waywayseecappo Band," February 14, 1979 (ICC Documents, p. 497)); and 1037 acres ("Gamblers [sic] Indian Reserve No. 63" (ICC Exhibit 9)). With regard to the area of 1037 acres represented in Exhibit 9 as being the current size of IR 63, there are two parcels, which would appear to comprise roughly 160 acres, that apparently were not sold following surrender and were returned to the Band in 1963. Deducting 160 acres from 1037 acres would leave an unsurrendered area of approximately 877 acres as of 1898.

111 "Gamblers Indian Reserve No. 63" (ICC Exhibit 9).

112 ICC Transcript, November 5 1996, p. 27 (James Tanner).

Mr Patrick Tanner made similar statements to the Commission raising questions about the propriety of this surrender and others involving Gamblers reserve land.¹¹³ Although these are important allegations that warrant close examination to determine if the Crown discharged its lawful obligations towards the Gamblers First Nation in relation to the manner in which these surrenders were taken, our inquiry is limited to considering whether the First Nation has an outstanding treaty land entitlement. Therefore, it should be repeated that the Commission makes no conclusions regarding the validity of the various land surrenders involving the Silver Creek Reserve.

113 For example, Mr Patrick Tanner stated that “[a]ll the other Bands that were part of the Fort Ellice amalgamation, there was Wayway, South Quill, Sakimay, Rattlesnake and Gambler, all the other reserves received good sized reserves. They have all – they have all reaped most of the benefit; Gambler lost most of it. Like we have, today, is only maybe one-twentieth of what the reserve was. . . . I guess the one that sticks out the most in my mind was Valley River. They surrendered 15 square miles of Gambler’s for their reserve at Valley River. That’s the Rattlesnake’s. And when they surrendered, I don’t know why they were the ones to surrender, but they surrendered part of our reserve, 15 square miles, for their reserve. And at this time when it was surrendered, there was not one person from Gambler who signed the surrender. It seems like whoever asked first got a piece of the pie first, and by the time it came to Gambler’s turn, the pie was finished” (ICC Transcript, November 5, 1966, pp. 12-13 [Patrick Tanner]).

PART III

ISSUES

As discussed above, legal counsel for the Gamblers First Nation and Canada agreed at the Planning Conference of June 14, 1996, that the Commission should focus on the following three issues:

- 1 Was Canada's obligation to provide treaty lands to the claimant in respect of the adherence to Treaty 4 on September 21, 1874, satisfied in 1877 with the selection and survey of the lands at Bird Tail Creek for the "Fort Ellice Band"?
- 2 To what extent, if at all, did the "surrender for exchange" in 1881 affect the treaty land entitlement of the claimant?
- 3 What is the quantum of the claimant's outstanding treaty land entitlement, if any?

At the same planning conference, Canada and the First Nation agreed that the apparent discrepancy of some two square miles between the 1881 surrender and the Order in Council accepting that surrender would not be an issue in this inquiry.

Because the First Nation's confirming research on the treaty payroll analysis and determination of the land quantum was not completed, the parties subsequently agreed that the Commission's findings and recommendations in this inquiry should be restricted to identifying the proper date of first survey for the Gamblers First Nation and determining what impact, if any, the 1881 "surrender for exchange" has on the calculation of the First Nation's treaty land entitlement. Part IV of this report sets out our analysis and findings with regard to these two modified issues as agreed to by the parties:

- 1 Is the proper date of first survey for the Gamblers First Nation 1877 or 1883?

- 2 To what extent, if at all, did the "surrender for exchange" in 1881 affect the treaty land entitlement of the claimants?

PART IV

ANALYSIS

ISSUE 1 DATE OF FIRST SURVEY

Is the proper date of first survey for the Gamblers First Nation 1877 or 1883?

Canada and the Gamblers First Nation agree that, in addressing the issue of whether Canada's obligation to provide treaty lands to the First Nation has been satisfied, the date of first survey should be used for the purpose of calculating the First Nation's treaty land entitlement. The source of the dispute in this claim is whether the date of first survey was 1877, when William Wagner surveyed the original reserve at Bird Tail Creek for the Fort Ellice Band, or 1883, when a separate reserve was surveyed for the Gambler and his followers at Silver Creek. Selecting one date over the other will have significant consequences in relation to the First Nation's claim. As the case has been framed by the parties, the question of which date is the proper date of first survey for the purposes of treaty land entitlement turns on whether the 1877 survey was performed validly and in accordance with the terms of Treaty 4, since neither party has challenged the legitimacy of the 1881 surrender and the subsequent 1883 survey of reserve land for the Gambler.

The relevant provision of Treaty 4 in this context is the "reserve clause," which provides:

And Her Majesty the Queen hereby agrees, through the said Commissioners, to assign reserves for said Indians, *such reserves to be selected by officers of Her Majesty's Government of the Dominion of Canada appointed for that purpose, after conference with each band of the Indians*, and to be of sufficient area to allow one square mile for each family of five, or in that proportion for larger or smaller families; provided, however, that it be understood that, if at the time of the selection of any reserves, as aforesaid, there are any settlers within the bounds of the lands reserved

for any band, Her Majesty retains the right to deal with such settlers as She shall deem just, so as not to diminish the extent of land allotted to the Indians. . . .¹¹⁴

In determining the proper date of first survey, we must consider the meaning of the words “after conference with each band of the Indians” and the respective rights and obligations of Canada and the Band in relation to the selection and survey of the Band’s reserve lands under Treaty 4. Another area of dispute that arises in the context of this issue is whether the representatives of either Canada or the Band were properly authorized to select the reserve at Bird Tail Creek in 1877. In addressing these questions, we will first set out the main principles of treaty interpretation that have been developed by the courts and applied by the Commission in earlier inquiries, and we will then apply those principles to the facts and treaty provisions in this case.

Principles of Treaty Interpretation

In previous inquiries into claims involving alleged outstanding treaty land entitlements, the Commission has found that, although there is limited case authority dealing with treaty land entitlement, a convenient starting point is the six well-established principles of treaty interpretation that have arisen in the jurisprudence. These principles were concisely restated in the *Report and Recommendations on Treaty Land Entitlement* published by Saskatchewan’s Office of the Treaty Commissioner:

- The treaty should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Indians.
- Treaties must be construed not according to the technical meaning of their words, but in the sense that they would naturally be understood by the Indians.
- As the honour of the Crown is always involved, no appearance of “sharp dealing” should be sanctioned.
- Any ambiguity in wording should be interpreted as against the drafters and should not be interpreted to the prejudice of the Indians if another construction is reasonably possible.
- Evidence by conduct or otherwise as to how the parties understood the treaty is of assistance in giving it content.

¹¹⁴ *Treaty No. 4 between Her Majesty the Queen and the Cree and Saulteaux Tribes of Indians at Qu’Appelle and Fort Ellice* (Ottawa: Queen’s Printer, 1966), 6. Emphasis added.

- The treaty was made with Indians, not bands, and an examination of the treaty as a whole indicates that most terms are intended to treat individual Indians equally, and bands in proportion to their populations.¹¹⁵

As we stated in our reports into the claims of the Kahkewistahaw and Lucky Man Cree Nations, we take the view that these principles of interpretation, applied in the context of treaty land entitlement, lead to the conclusion that the Commission will normally apply the date of first survey approach to calculate treaty land entitlement unless there are unusual circumstances which would otherwise result in manifest unfairness.¹¹⁶ We have already noted that this conclusion is not in issue in the present inquiry because the parties, although differing on what constitutes the date of first survey, do not disagree with the date of first survey approach as the basis for calculating the band's entitlement.

Nevertheless, certain of the Commission's earlier conclusions regarding treaty land entitlement bear repeating. As we stated in our report on the treaty land entitlement claim of the Fort McKay First Nation:

The treaty conferred upon every Indian an entitlement to land exercisable either as a member of a band or individually by taking land in severalty. In the case of Indians who were members of a band, *that entitlement crystallized at the time of the first survey of the reserve*. The quantum of land to which the band was entitled in that first survey is a question of fact, determined on the basis of the actual band membership – including band members who were absent on the date of first survey.¹¹⁷

In its report on the Lac La Ronge inquiry, the Commission summarized its findings on the nature and extent of the Crown's obligations by setting out six principles, which provide a useful framework for dealing with treaty land entitlement claims:

- 1 The purpose and intention of the treaty is that each band is entitled to 128 acres of land for each member of the band, and every treaty Indian is entitled to be counted in an entitlement calculation as a member of a band.

¹¹⁵ Cliff Wright, Office of the Treaty Commissioner, *Report and Recommendations on Treaty Land Entitlement* (Saskatchewan, May 1990), 24.

¹¹⁶ ICC, *Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Kahkewistahaw First Nation* (Ottawa, November 1996), reported (1998) 6 ICCP 21 at 77-78; ICC, *Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Lucky Man Cree Nation* (Ottawa, March 1997), reported (1998) 6 ICCP 109 at 155.

¹¹⁷ ICC, *Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Fort McKay First Nation* (Ottawa, December 1995), reported (1996) 5 ICCP 3 at 53. Emphasis added. It should be noted that, unlike Treaties 8 and 10, Treaty 4 does not allow for land to be provided in severalty. However, in our view, the general principle providing for the quantum of land to be determined at the time of the first survey is identical under each treaty.

- 2 For a band without reserves, the quantum of land entitlement crystallizes no later than the date of the first survey and shall be based on the actual band membership, including band members who were absent at the time of the survey.
- 3 If the band received its full land entitlement at date of first survey, Canada's treaty obligations are satisfied, subject to the principle that "late additions" are entitled to be counted for entitlement purposes.
- 4 If a band did not receive its full entitlement at the date of first survey, or if a new or additional shortfall arose as a result of "late additions" joining the band after first survey, the band has an outstanding treaty entitlement to the shortfall acreage, and Canada must provide at least this amount of land in order to discharge its obligation to provide reserve lands under treaty.
- 5 Canada's failure to provide the full land entitlement at date of first survey, or subsequently to provide sufficient additional land to fulfil any new treaty land entitlement arising by virtue of "late additions" joining the band after first survey, constitutes a breach of the treaty and a corresponding breach of fiduciary obligation. A breach of treaty or fiduciary obligation can give rise to an equitable obligation to provide restitution to the band.
- 6 Natural increases or decreases in the band's population after the date of first survey have no bearing on the amount of land owed to the band under the terms of treaty.¹¹⁸

In its subsequent report on the Kahkewistahaw First Nation's treaty land entitlement claim, the Commission offered the following views on the date of first survey, based on its comments arising out of the treaty land entitlement inquiry for the Lac La Ronge Indian Band:

In the Lac La Ronge inquiry, the Commission interpreted the reserve clause in Treaty 6 and considered a number of possible dates and approaches for calculating treaty land entitlement, including the date of treaty, the date of selection, the date of first survey, and the current date. Although the wording of the reserve clause in Treaty 6 (signed in 1876) is not identical to that contained in Treaty 4, the two are substantially similar. Treaty 6 provides that "the Chief Superintendent of Indian Affairs shall depute and send a suitable person to determine and set apart the reserves for each Band, after consulting with the Indians thereof as to the locality which may be found to be most suitable for them."¹¹⁹ After considering the various options for calculating entitlement, the Commission made the following conclusions about the interpretation of the reserve clause:

118 ICC, *Lac La Ronge Indian Band Report on Treaty Land Entitlement* (Ottawa, March 1996), reported (1996) 5 ICCP 235 at 318-19.

119 For comparative purposes, the wording of the reserve clause in Treaty No. 4 is set out on pages 16 and 51 of this report.

In our view, the wording of the treaty and the surrounding historical context suggest that the parties intended to carry out the selection and survey of reserves within a short time following treaty to avoid conflicts with settlers over land selections. Despite the absence of clear wording in the treaty or definitive policy guidelines on treaty land entitlement, the general practice of Indian Affairs was to calculate the amount of land to be set aside by counting the number of band members on the most recent treaty annuity payroll available to the field surveyor at the time of the survey. If the parties had intended to use the populations of Indian bands at the time of the treaty to determine land entitlement, this could have been easily accomplished by attaching a schedule to the treaty listing the respective population figures for each band that signed treaty. The fact that Indian Affairs lacked reliable information on band population figures at the time of treaty suggests that such an interpretation was not intended by the parties. . . .

In our view, the most reasonable interpretation of the reserve clause is that every treaty Indian is entitled to be counted – once – for treaty land entitlement purposes, and that the parties intended to determine the size of Indian reserves by reference to a band's population on or before the date of first survey. This interpretation is supported by the wording of the reserve clause itself, by the statements made by the parties during the treaty negotiations, and by the subsequent conduct of the parties relating to the selection and survey of reserves. We reiterate that this conclusion is consistent with the principles outlined in the Commission's Fort McKay and Kawacatoose Reports. These reports provide that all treaty Indians, including "late additions [such as new adherents to treaty and transferees from landless bands]" are entitled to be counted for entitlement purposes, even if they join a band after its full land entitlement has been set aside.

In general, we agree with the statement in the 1983 [Office of Native Claims Historical Research Guidelines for Treaty Land Entitlement Claims] that, "although the treaties do not clearly identify the date for which a band's population base is to be determined for the land quantum calculations the most reasonable date is not later than the date of first survey of land." Depending on the facts of any given case, it may be necessary to consider many questions in selecting the date on which a band's population should be assessed, including the specific terms of treaty, the circumstances surrounding the selection of land by the band, delays in the survey of treaty land, and the reasons for those delays.¹²⁰

¹²⁰ ICC, *Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Kakkewistabaw First Nation* (Ottawa, November 1996), reported (1998) 6 ICCP 21 at 76-77. The passage referred to from the Commission's report into the treaty land entitlement claim of the Lac La Ronge can be found at ICC, *Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Lac La Ronge Indian Band* (Ottawa, March 1996), reported (1996) 5 ICCP at 235 at 316-17.

As we noted previously, the date of first survey approach is not in issue in these proceedings, but the foregoing passages are useful to establish the context of our analysis.

It is also helpful in this inquiry to refer to the Department of Indian Affairs and Northern Development's "Criteria Used in Determining Bands with Outstanding Entitlements in Saskatchewan" as it relates to cases involving band splits. Although the criteria were developed by Indian Affairs in 1977 expressly in relation to Saskatchewan bands, this document is instructive in identifying how Canada generally dealt with band splits and the calculation of land entitlement under the numbered treaties. The criteria state that once a band has split or divided to form two or more new bands, different methods of calculating treaty land entitlement will be used depending on whether the split occurred before or after the date of first survey. Generally, if the band received treaty land before the split occurred, the band's treaty land entitlement would be calculated based on the population of the original band as a whole as of the date of first survey rather than on the populations of the new bands. Conversely, if treaty land was allocated but not to the original band before the split occurred, then entitlements would be calculated separately for the new bands after the split based on their respective dates of first survey.¹²¹

In the case at issue, the First Nation challenges Canada's contention that the first survey occurred before the Gambler and his followers split from Waywayseeccappo. Counsel submits that, although Canada sought to amalgamate on one reserve the followers of as many Chiefs as possible, this policy of amalgamation failed at an early stage because of the nomadic nature of the Indians of that area at that time:

The phrase "Band" is often used in terms of the notes by Lieutenant Governor Morris at that time. Tents, tribes, those kind of phrases are tossed about. There are, in the materials provided to the Commissioners, several socio-economic historical reports, and they all seem to suggest that particularly in the Fort Ellice region, the Saulteaux, and the Qu'Appelle region, the Crees, at that time were very migratory. The concept of a Chief was something that was basically an indication that the majority had supported somebody, or for the time being support somebody, and that person carried the mantle of chieftainship at that time. It could change almost any time.¹²²

121 Department of Indian Affairs and Northern Development, "Criteria Used in Determining Bands with Outstanding Entitlements in Saskatchewan," August 1977.

122 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 93 (Paul B. Forsyth).

Canada submits that, unlike Sakimay, who received a separate reserve as early as 1876, the Gambler did not ask to be treated separately; he remained a headman under Waywayseecappo until the surrender in 1881 and should be treated as one of the people represented by Waywayseecappo.¹²³ For its part, the First Nation contends that, when the Gambler objected to Wagner's survey in 1877, he did so on behalf of his own followers as well as Waywayseecappo and his people, for whom the Gambler had been appointed spokesman.¹²⁴ However, the First Nation did not go so far as to suggest that the Gambler and his people comprised a separate band in 1877. It also did not suggest that, if Wagner had amended his survey to suit the Gambler at that time, the land so set apart would not have formed the reserve for Waywayseecappo, the Gambler, and their combined followers, or that the survey would not have been their "first survey."

In its inquiry into the claim of the Young Chipeewayan Band regarding Stoney Knoll IR 107, the Commission was called upon to determine whether the claimants constituted a "band." We noted the definition of a "band" in the 1876 *Indian Act* as "any tribe, band or body of Indians who own or are interested in a reserve or in Indian lands in common of which the legal title is vested in the Crown, or who share alike in the distribution of any annuities or interest moneys for which the Government of Canada is responsible."¹²⁵ We found that, "[i]n common parlance the words 'band,' 'tribe,' and 'body' all imply a group living as a community, a communal group"¹²⁶ and that "a 'band,' as that term is used in common law, is a body of individuals who exist as a collective, cohesive, and identifiable community."¹²⁷ The evidence before the Commission in that case led us to conclude that the claimants were "an identifiable community living today, or indeed at any time previous, as a collectivity."¹²⁸

In the present case, if we were required to decide whether Waywayseecappo, the Gambler, and their followers constituted a band in 1877, we would be inclined to conclude that, following the survey by Wagner, they were indeed a body of Indians living together as a collective community on

123 ICC Transcript, November 6, 1996, pp. 206-07 (François Daigle).

124 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 208 (Paul B. Forsyth).

125 *Indian Act*, SC 1876, c. 18, s. 3(1).

126 ICC, *The Young Chipeewayan Inquiry into the Claim regarding Stoney Knoll Indian Reserve No. 107* (Ottawa, December 1994), reported (1995) 3 ICCP 175 at 198.

127 ICC, *The Young Chipeewayan Inquiry into the Claim regarding Stoney Knoll Indian Reserve No. 107* (Ottawa, December 1994), reported (1995) 3 ICCP 175 at 202.

128 ICC, *The Young Chipeewayan Inquiry into the Claim regarding Stoney Knoll Indian Reserve No. 107* (Ottawa, December 1994), reported (1995) 3 ICCP 175 at 202.

the reserve set aside for them. At the 1881 surrender meeting, the Gambler sought Waywayseecappo's consent to surrender land in exchange for land that Gambler and his followers would receive at Silver Creek – a consent that presumably would not have been required had the Gambler and his people previously constituted a separate band. In the Gambler's own surrender speech, he confirmed that he had gathered members to join the band of which Waywayscecappo was to be "our Chief."

However, we do not find it necessary to determine whether Waywayseecappo, the Gambler, and their followers comprised a single band because it has not been raised as an issue. The First Nation is merely challenging the validity of the 1877 survey; it is not claiming that the Gambler led a separate band. That being the case, since the First Nation merely contends that the 1877 survey by Wagner *prior* to the band split in 1881 was invalid, it follows, in the First Nation's submission, that the true first surveys were performed by Ponton *after* the band split and that entitlements should be calculated accordingly. Canada takes the opposite position.

We will now consider the validity of the 1877 survey.

"Conference with Each Band of the Indians"

The validity of the 1877 survey by William Wagner must be measured with reference to the requirements of Treaty 4 regarding the establishment of reserves for the Indian peoples of that territory. For ease of reference, it will be recalled that the reserve clause states:

And Her Majesty the Queen hereby agrees, through the said Commissioners, to assign reserves for said Indians, *such reserves to be selected by officers of Her Majesty's Government of the Dominion of Canada appointed for that purpose, after conference with each band of the Indians*, and to be of sufficient area to allow one square mile for each family of five, or in that proportion for larger or smaller families; provided, however, that it be understood that, if at the time of the selection of any reserves, as aforesaid, there are any settlers within the bounds of the lands reserved for any band, Her Majesty retains the right to deal with such settlers as She shall deem just, so as not to diminish the extent of land allotted to the Indians; and provided, further, that the aforesaid reserves of land, or any part thereof, or any interest or right therein, or appurtenant thereto, may be sold, leased or otherwise disposed of by the said Government for the use and benefit of the said Indians, with the consent of the Indians entitled thereto first had and obtained, but in no wise shall the said Indians,

or any of them, be entitled to sell or otherwise alienate any of the lands allotted to them as reserves.¹²⁹

We will consider first the meaning and application of the conference requirement in this clause before turning to the question of who constituted the authorized representatives for both Canada and the Band in the land selection process.

The Meaning of "Conference"

Canada and the Gamblers First Nation agree that, under the terms of Treaty 4, the Crown's representatives were required to confer with a particular band of Indians before setting apart a reserve for that band. Where they differ is on the content of the conference requirement and which party – Canada or the band, or either of them – has the final say in determining the location of the band's reserve.

Canada urges the Commission to find that the word "conference" within the overall context of the reserve clause means that, after conferring with a band regarding the desired location for its reserve, Canada's officers were to select reserve land for the band. Counsel contends that this definition is true regardless of whether the Commission relies simply on the "clear terms" of the treaty or, should it find those terms ambiguous, on additional extraneous evidence. Similarly, it would be contrary to the terms of treaty to suggest that a band has the exclusive right to *determine* the location of its reserve or the right to at least *consent* to the location before the reserve is set apart.¹³⁰ Canada argues that, if the treaty makers had intended that the Indians should have to consent or agree to the locations of their reserves, the treaty makers would have used the word "consent" just as they did in the proviso of the reserve clause that allows the government to dispose of reserve lands "with the consent of the Indians entitled thereto first had and obtained":

If you go to the word "consent" or "agreement," it implies a decision; it implies "yes" or "no"; it implies a free exercise of will.

"Conference" and "consent" are different words. They mean different things and they mean different things in their ordinary meaning. . . . the ordinary meaning of both parties to the Treaty, I submit.¹³¹

¹²⁹ *Treaty No. 4 between Her Majesty the Queen and the Cree and Saulteaux Tribes of Indians at Qu'Appelle and Fort Ellice* (Ottawa: Queen's Printer, 1966), 6. Emphasis added.

¹³⁰ Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 12.

¹³¹ ICC Transcript, November 6, 1996, p. 169 (François Daigle).

In any event, Canada argues that the source of the power to set aside reserves is not the treaty but rather the royal prerogative of the Crown:

The assumption here is that the power to set aside reserves derives from the Treaty. The power to set aside reserves does not derive from the Treaty, we submit; it's an exercise of the Royal prerogative of the Crown. There is an obligation on the Crown to set aside reserves, but the actual setting aside is done through the Royal prerogative of the Crown.¹³²

Counsel submits that the selection of reserves by Canada's representatives is subject to certain matters that Canada must consider in making the selection, including:

- the wishes of the band;¹³³
- the rights of settlers already resident on the land selected;¹³⁴
- existing township surveys and further requirements of the *Dominion Lands Act* regarding lands for schools and the Hudson's Bay Company;¹³⁵ and
- other factors such as the shape of the reserve, water frontage, soil quality, access to timber, existing and future settlements, railway use, and suitability for uses such as farming and hunting.¹³⁶

According to Canada, "[t]he fact that the Crown's discretion is limited in the selection of reserves also supports the view . . . that the discretion was the Crown's; it wasn't the First Nation's." Therefore, in counsel's submission, Canada rather than the band has the final say in determining where the band's reserve should be located.¹³⁷

The Gamblers First Nation responds that Canada's interpretation of the word "conference" is too narrow. Rather than mere consultation, "conference" in a legal setting implies meeting and consulting to resolve differences, to harmonize conflicting views and ultimately to arrange a compromise

132 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 171 (François Daigle).

133 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 185 (François Daigle).

134 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 173 (François Daigle); Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 13.

135 ICC Transcript, November 6, 1996, pp. 173, 181 (François Daigle); Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 13.

136 ICC Transcript, November 6, 1996, pp. 179-80 (François Daigle); Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 13.

137 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 172 (François Daigle).

acceptable to both parties.¹³⁸ The First Nation agreed that “consent” means something different than “conference,” but it expressed the difference in this way:

“Consent” as used in the second paragraph of the Treaty is basically, Canada comes and says, we’re going to dispose of this, we’re going to use this, we’re going to expropriate this, we need your consent, will you do it. It’s a much different concept than I suggest is covered with the words “after conference,” which talk about negotiation and compromise and agreement.¹³⁹

Counsel pointed to a number of indicators that the treaty requires at least agreement between a band and the Crown in the selection of reserve lands, and suggested that these might even go so far as to show that, in the final analysis, a band’s wishes should be paramount:

- At the 1874 treaty negotiations, the Gambler is reported by Morris to have said that “we have not looked around us yet, and chosen our land, *which I understand you tell us to choose.*”¹⁴⁰
- Commissioners Christie and Dickieson were instructed “*to select the Reserves where they shall be deemed most convenient and advantageous for the Indians, each Reserve to be selected as provided by the Treaty after conference with the Indians interested therein and subject to the other conditions set forth in the Treaty.*”¹⁴¹
- In his memorandum regarding the selection of reserves, Surveyor General J.S. Dennis stated that, “as soon as possible *after the location of the reserves in question may be decided upon between the Commissioner and the Indians*, the outlines thereof, in each case, should be laid out and marked upon the ground.”¹⁴²

138 ICC Transcript, November 6, 1996, pp. 137-38 (Paul B. Forsyth).

139 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 210 (Paul B. Forsyth).

140 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 21; Morris, *Treaties of Canada*, 84-85 (ICC Documents, p. 31).

141 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 21; Order in Council, July 9, 1875, NA, RG 10, vol. 3622, file 5007 (ICC Documents, p. 46). Emphasis added.

142 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 23; J.S. Dennis, Surveyor General, Memorandum, July 13, 1875, NA, RG 10, vol. 3622, file 5007 (ICC Documents, pp. 48-49).

- Following the Commissioners' meetings with the Indians in 1875, Christie wrote that "*[t]he Chiefs at [Fort] Ellice were not all decided as to the locality of their Reserves.*"¹⁴³
- In his report of those same meetings with the Fort Ellice Band, Wagner commented, first, that "*the Reserve for this tribe was choosen [sic] by them at the head of Bird Tail Creek*" and, second, that "*[t]he Fort Ellice Indians numbering 65 families will probably choose the midst of the woods and occupy nearly 2 townships of 41600 acres.*"¹⁴⁴
- Finally, in response to a request for his legal opinion regarding the requirements for setting apart a reserve upon a claim by a trespasser that a reserve had not been properly created, Z.A. Lash of the Department of Justice stated that, "the survey and setting out of the reserve having been done with the express consent & approval of the Indians & having since been acquiesced in by them, no Order in Council is necessary; but in as much as an Order in Council is a more formal record of the proceedings the undersigned recommends, for the avoidance of doubts, that one be passed approving of & confirming the reserve as already set apart."¹⁴⁵

In conclusion, the First Nation submits that a liberal interpretation of Treaty 4 means that the Indians would have understood the word "conference" to mean that they were entitled to select their own reserve or that they must at least agree with Canada as to the land to be set apart.¹⁴⁶ Counsel did express one caveat, however:

It's not our submission that the wishes of the Bands are absolute and paramount and without reasonable restriction.

¹⁴³ Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 24; W.J. Christie, Indian Commissioner, to E.A. Meredith, Deputy Minister, Department of the Interior, September 9, 1875, PAM, MG 12, B1, Alexander Morris, Lieutenant Governor's Collection, No. 1094 (ICC Documents, p. 69).

¹⁴⁴ Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 24; William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, January 2, 1876, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, pp. 105-06).

¹⁴⁵ Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 24; Z.A. Lash, Department of Justice, to Department of the Interior, August 12, 1876, NA, RG 10, vol. 3637, file 6853 (ICC Documents, p. 129). Canada responded that, having regard to the context in which it was given, Lash's opinion is merely relevant to the question of whether a reserve exists vis-à-vis a trespasser, not as between Canada and a band, and in the trespass context an Order in Council is not required to signify the existence of a reserve. However, in Canada's view, Lash's opinion does not stand for the proposition that the consent of a band is necessary to establish a reserve.

¹⁴⁶ Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 20.

There are restrictions that are reasonable. If settlers are settled in an area, or a city or town exists, it would not be reasonable, even if the Band said they wanted that land, to uproot all of those settlers. That's considered in the words of the Treaty.

By the same token, things like railways, telegraphs, I mean I think those are reasonable limitations. Some of the things that are referred to in the *Dominion Lands Act* would probably be reasonable limitations.

But subject to reasonable limitations, the wishes of the Bands, the Indians, were to be paramount at that time. And unless there was a reasonable, an objective reason to disallow what the Indians had chosen, particularly at the meeting with Christie, then their wishes should not have been ignored.¹⁴⁷

The Commission has already had the opportunity in two previous inquiries to consider the requirements for creating a reserve. In the first, which like the present case dealt with a claim under Treaty 4, the Commission was asked by the Kahkewistahaw First Nation to determine whether a band's treaty land entitlement should be calculated when the band requested land in a particular location or when the first survey had been completed. We stated:

It is clear that a band's *entitlement* to reserve land arises upon the band signing or adhering to treaty. However, the *quantification* and *location* of the band's entitlement are not triggered until certain procedures described in the treaty are carried out. Under Treaty 4, "*such reserves [are] to be selected by officers of Her Majesty's Government of the Dominion of Canada appointed for that purpose, after conference with each band of the Indians.*" In our view, the purpose of the "conference" with the band was to ensure that the land to be set aside as reserve met with the approval of the chief and headmen and that it was suitable for its intended purpose (which was typically agriculture in the case of bands in southern Saskatchewan). However, it does not necessarily follow that the band's population on the date of selection should determine the size of the reserve.

In theory, the process of setting apart a reserve should have been straightforward. The band would identify the location it wanted for its reserve and would meet with Canada's officers – often the Indian agent or the surveyor or both – to communicate its choice. There would, in that sense, be a "conference" as contemplated by Treaty 4. If Canada agreed with the band's selection, and assuming there were no conflicting claims for the selected lands, steps would be taken to survey the reserve following a calculation of the band's entitlement. Because Indian Affairs did not maintain comprehensive band lists or reliable census data until about 1951, the band's population would be estimated based on the best information available to the surveyor at that time – including payroll figures, discussions with the chief, the Indian agent and others, and the surveyor's own knowledge of the band. In fact, it was not unusual for the surveyor to provide land in excess of the band's payroll population in situations

¹⁴⁷ ICC Transcript, November 6, 1996, pp. 210-11 (Paul B. Forsyth).

where the government estimated that a substantial number of band members were absent at the time of the survey.

Based on the best information available, the surveyor would determine the band's population, calculate the area of land to be set aside, run survey lines on the ground, establish monuments to identify the area, document the work in field notes, complete a survey plan, and submit the plan to Ottawa for approval and registration. From the perspective of the band, members could accept the reserve set aside by the surveyor, either expressly by stating their approval or implicitly by residing on and using the reserve for their collective benefit. Conversely, the band might express its disapproval by objecting to Canada's officers or simply by refusing to live on or use the reserve as surveyed.

It was only when *agreement* or *consensus* was reached between the parties to the treaty – by Canada agreeing to survey the land selected by the band, and by the band accepting the survey as properly defining the desired reserve – that the land as surveyed could be said to constitute a reserve for the purposes of the treaty. Therefore, the date of first survey was significant because, if the band accepted the surveyed land as its reserve, the completion and acceptance of the first survey provided evidence that both parties agreed that the land would be treated as an Indian reserve for the purposes of the treaty. Since the survey is important evidence of Canada's intention to establish a reserve, it is not unreasonable to use the date on the survey plan as the date of first survey for entitlement calculation, provided that the completion of the physical survey of the reserve boundaries can be shown to have coincided roughly with the preparation of the survey plan. Once it has been concluded that a reserve has been set aside, the population must be assessed on this date to determine whether Canada has satisfied the band's treaty land entitlement.

We are mindful of the six principles of treaty interpretation, which have been defined by the courts and raised by counsel for Kahkewistahaw. We do not agree, however, that those principles drive us inexorably to the conclusions that the First Nation would have us reach. In our view, using the date of first survey as the operative date for calculating treaty land entitlement represents an interpretation that is "fair, large and liberal" and accords with the manner in which the land allocation process would have been understood by the Indians at the time of survey.

We disagree that using the date of first survey rather than the date of selection is "clearly prejudicial to the Indians," or that using the date of selection "would ensure that all Indians receive land and are treated equally, fairly and consistently." It is not accurate to suggest that one approach is universally favourable to the Indians and the other is consistently prejudicial. Calculating a band's population on the date of selection would work to the band's detriment if the band's population was increasing, just as calculating the population on the date of first survey would be disadvantageous if the population was decreasing.

We believe that the Commission's approach is supportable as a fair and reasonable interpretation of Treaty 4. We note in passing that this approach is also consistent with the methodology developed by Canada in the Office of Native Claims Historical Research Guidelines for Treaty Land Entitlement (the 1983 ONC Guidelines), which identify five distinct steps to determine whether a band has received its full land entitlement:

Determining a Band's treaty land entitlement involves five basic steps:

- 1) Identification of the band and the applicable Treaty.
- 2) Determination of the relevant survey date.
- 3) Determination of the total lands received by the band.
- 4) Determination of the population base.
- 5) Overall entitlement calculations.

...

B Date for Entitlement Calculation

The date to be used in the land quantum calculations is seldom clearly spelled out in any of the treaties. Some of the treaties refer to the laying aside or assignment of a reserve, others mention the selection of land. Legal advice from the Department of Justice suggests that, although the treaties do not clearly identify the date for which a band's population base is to be determined for the land quantum calculations, *the most reasonable date is not later than the date of first survey of land. It is Canada's general view that this is the date to be used to determine whether it has met its obligation under the treaties, to provide a quantum of land to an Indian Band based on the population of that Band at date of first survey.*

Generally the date to be used is taken from the plan of survey of the first reserve set aside for the use and benefit of an Indian Band. This is the date which is noted by the surveyor as the date which he carried out the survey. Other indicators that ought to be noted include the date on which the surveyor signed the plan and the date noted in the surveyor's field book.

In some cases, the date which is chosen for entitlement purposes is not the date of the first actual survey for a band's reserve. A reserve may have been surveyed for the band, but it was never administered as a reserve. Furthermore, if the band rejects the survey and abandons the reserve after the survey, another reserve may be surveyed elsewhere at a later date and confirmed by Order-in-Council. Depending on the facts in each case, this could be considered as the date of first survey. The later survey could be used as date of first survey because this is when the first reserve, officially recognized by Order-in-Council, was set aside for the band.¹⁴⁸

As the last paragraph implies, where more than one survey has been performed for a given band, a critical issue in determining whether a band's treaty land entitlement has been satisfied is to ascertain which survey is the band's *first* survey. According to the OTC's "Research Methodology for Treaty Land Entitlement (TLE)" guidelines, the "first survey" can be identified by:

- determining whether the reserve was surveyed or located in conformance with the terms of the treaty – in this case, following consultation between Canada's officers and the band as required by Treaty 4;

148 Department of Indian Affairs and Northern Development, "Office of Native Claims Historical Research Guidelines for Treaty Land Entitlement Claims," May 1983. Emphasis added.

- determining whether the survey or allotment was acceptable to the band; and
- determining whether the survey or allotment was accepted by Canada.¹⁴⁹

A completed survey provides the precise *location* and *size* of a reserve, and is critical in measuring whether a band's treaty land entitlement has been fulfilled. A completed survey does not necessarily confirm, however, that the "first survey" of a band's reserve has *occurred*, particularly where the band rejects the lands as surveyed.

Therefore, we find the most reasonable conclusion to be derived from the interpretation of Treaty 4 is that the date of first survey is the appropriate date for calculating treaty land entitlement. We interpret the Crown's obligation under Treaty 4 to be the allocation of 128 acres of land for each band member at the time that land was *set apart* as a reserve for the use and benefit of the band. It was only when land was *surveyed* by Canada in accordance with the treaty, and *accepted* by the band, that it could be said that the land was properly set apart. Therefore, subject to exceptions being made in unusual circumstances which would otherwise result in manifest unfairness, the general rule is that the population on the date of first survey shall be used to calculate a band's treaty land entitlement.¹⁵⁰

To summarize, the Commission considers the "conference" requirement of Treaty 4 to be more than a formality. It is included to ensure that the land meets with the approval of band leaders and that it will be suitable for its intended purpose. Once Canada agrees to the band's selection and completes the survey, the band can expressly approve or disapprove of the land set apart; alternatively, it can signal its approval by continuing to reside on and use the reserve for the collective benefit of its members, or its disapproval by refusing to live on and use the reserve as surveyed. In cases involving multiple surveys, it becomes necessary to identify the "true" date of first survey by determining whether a particular reserve was surveyed in accordance with the treaty and was acceptable to both Canada and the band. Obviously, it is a question of fact in each case whether a particular survey should amount to a band's first survey. Indeed, in Kahkewistahaw's case, both Canada and the First Nation agreed that, although first in time, the survey by William Wagner in 1876 was not the true first survey because the band never settled on the land marked out.

After issuing its report in the Kahkewistahaw inquiry, the Commission was called upon to consider similar questions in the treaty land entitlement claim of the Lucky Man Cree Nation. In that case, the First Nation argued that

149 Office of the Treaty Commissioner, "Research Methodology for Treaty Land Entitlement (TLE)," 1994.

150 ICC, *Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Kahkewistahaw First Nation* (Ottawa, November 1996), reported (1998) 6 ICCP 21 at 79-83.

Canada's obligation to set aside a reserve, and to calculate a band's treaty land entitlement, should arise immediately upon the initial consultation taking place. The Commission disagreed, finding that the facts in that case did not establish the necessary consensus at such an early date. After quoting much of the foregoing passage from its Kahkewistahaw report, the Commission considered whether that analysis should apply with equal force in the context of the distinctive terms of Treaty 6. We concluded that it should. Treaty 6 states:

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians, and other reserves for the benefit of the said Indians, to be administered and dealt with for them by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada; provided, all such reserves shall not exceed in all one square mile for each family of five, or in that proportion for larger or smaller families, in manner following, that is to say: that the Chief Superintendent of Indian Affairs shall depute and send a suitable person to determine and set apart the reserves for each band, *after consulting with the Indians thereof as to the locality which may be found to be most suitable for them.*¹⁵¹

The Commission stated:

The contentious words of the reserve clause are contained in the phrase "after consulting with the Indians thereof as to the locality which may be found to be most suitable for them." In our view, the word "consulting" contemplates the initial discussions in which an Indian band informs Canada's agents of its preferred location for a reserve. We agree with Canada's point, however, that other clauses in the treaty give fuller expression to the parties' intention that a band's reserve shall be "*agreed upon and surveyed.*" It is just this sort of consensus or meeting of the minds that the Commission referred to in its report dealing with the Kahkewistahaw Band of Treaty 4, and we believe that this conclusion is equally applicable to bands under Treaty 6.

The Lucky Man Cree Nation argued that the obligation to set aside a reserve arose as soon as "consultation" took place. In fact, we consider that the obligation to set aside a reserve arose even earlier – upon a band's adherence to treaty. As we stated in the Kahkewistahaw report, however, the *quantification* and *location* of a band's entitlement were not triggered until the consensus contemplated by the treaty was achieved. As a general rule, the consensus to which we refer would normally occur upon *completion* of the survey – that is, at the date of first survey. It is true that there had to be a preliminary understanding of some sort between Canada and a band with respect to a specific location before a survey would even be undertaken. In our view,

¹⁵¹ *Treaty No. 6 between Her Majesty the Queen and the Plain and Wood Cree Indians and Other Tribes of Indians at Fort Carlton, Fort Pitt and Battle River with Adhesions* (Ottawa: Queen's Printer, 1964), 3.

this preliminary understanding was not sufficient to constitute the consensus that we contemplate. It was only *following* the survey, when the band indicated its acceptance of the surveyed area as its reserve – either expressly (by saying so) or implicitly (by living on or using the reserve for its benefit) – that a true consensus could have been said to exist. It is for these reasons that the Commission attaches such significance to the date of first survey.¹⁵²

As in this case, Canada argued in the Lucky Man inquiry that the Crown has the final say in determining the location of a band's reserve. The Commission concluded that such a position is inconsistent with the concept of selecting reserves by consensus:

the Commission does not accept Canada's contention that setting aside reserve land is simply a matter of royal prerogative, and that Canada, rather than a band, is "the decision maker as to both when and where the reserve would be located." Canada was required to "consult" with the Indians by the express terms of Treaty 6. For a true meeting of the minds to take place, both parties must have input into the process, and both must agree on the reserve selected and surveyed.

Arguably, the logical extension of this requirement for consensus is that, just as it would have been open to a band to reject for its own reasons a reserve site selected by Canada, it would have been equally open to Canada to reject sites requested by the band if there were valid reasons for doing so. Canada's discretion in this regard would presumably have to have been exercised reasonably, however. One of the most important – and difficult – roles of government, then and now, is to weigh and reconcile competing interests, and in doing so Canada must have particular regard for treaty rights and the fiduciary nature of its relationship with the Indians. We do not consider this to mean that Canada was immutably bound to prefer the position of the Indians in all cases in which competing policy or other interests arose. What it *does* mean, in our view, is that, if, in the context of setting apart reserves, Canada chose a competing interest over the interests of a particular band, it must have had reasons for doing so that were valid and not coloured by improper considerations.¹⁵³

Neither party in this case has persuaded the Commission that it should take a different approach from the one it took in the Kahkewistahaw and Lucky Man inquiries. We still believe that the treaty makers intended the process of reserve selection to proceed by way of consensus and that, as a result, neither Canada nor the Band could unilaterally determine the location of the

152 ICC, *Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Lucky Man Cree Nation* (Ottawa, March 1997), reported (1998) 6 ICCP 109 at 162-63.

153 ICC, *Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Lucky Man Cree Nation* (Ottawa, March 1997), reported (1998) 6 ICCP 109 at 164-65.

reserve. *Both* parties were subject to the reasonable limitations identified in Canada's submissions and conceded by counsel for the First Nation.

We turn now to the question of whether such consensus existed in relation to the 1877 survey.

Was There Consensus?

The submissions by the Gamblers First Nation on this issue are directed towards two main themes. The first is that, in the meeting on August 28, 1875, at which the Gambler was the "chief Orator," Commissioners Christie and Dickieson reached an agreement with the Fort Ellice Band that its reserve should be located "at the head of the Bird Tail Creek," and instructed Wagner to survey the reserve there. Counsel argued:

Although the specific boundaries are not detailed in the letter it seems apparent that the government representatives knew of the configuration they requested because they knew it fell within the limits of Treaty 2 land.¹⁵⁴

According to the First Nation, the "only impediment" to surveying the reserve in this location at that time was that the land lay within the geographical limits of Treaty 2 and the Commissioners were unsure whether land could be set apart for a Treaty 4 band there.¹⁵⁵ Presumably, therefore, none of the other "reasonable limitations" on reserve selection identified by counsel for Canada (and conceded by counsel for the First Nation) were relevant factors in this case. Accordingly, the First Nation submits that Canada, and specifically Wagner, knew or ought to have known the Band's wishes before the 1877 survey was undertaken.¹⁵⁶

The second point of the First Nation's argument is that, once agreement had been reached between the duly authorized representatives of Canada and the Band in 1875 as to the location of the reserve, the government was not permitted to impose a new location unilaterally on the Band. Nevertheless, in a report dated May 9, 1877, Laird commented that, although Band members preferred their reserve on both sides of Bird Tail Creek, they would likely "be content to have it all on the West side." The First Nation views this comment as evidence of Laird's intent to "wrongly and unilaterally depart from the clearly expressed wishes of the Band . . ." and vary without any sound

¹⁵⁴ Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 10.

¹⁵⁵ Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, pp. 10, 17-18.

¹⁵⁶ Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 2.

basis the terms of the agreement reached at the 1875 conference. Therefore, the First Nation submits that Laird's conduct amounted to a "flagrant example of a representative of Canada acting 'without honour' in his dealings with those Indians who were looking to Canada to fulfill the spirit and letter of the Treaty."¹⁵⁷

Similarly, when Wagner eventually surveyed the reserve in 1877, he did so with the assistance of a man he knew was not the Gambler. He also did so in accordance with that man's instructions and with Laird's recommendation that the reserve be set apart on the west side of Bird Tail Creek – both of which were contrary to the 1875 agreement.¹⁵⁸ The First Nation further submits that, following the survey, the Gambler "immediately" voiced his objection, but Wagner, whether through prejudice,¹⁵⁹ spite,¹⁶⁰ or arrogance,¹⁶¹ refused to relocate the reserve. In December 1877, Waywayseecappo and his headmen objected once again to no avail, this time to McDonald. According to the First Nation, Wagner's refusal coupled with McDonald's inaction amount to further evidence of Canada's unilateral variation of the selection made in 1875.¹⁶² Counsel argued that the majority of the Band followed the Gambler to his new reserve at Silver Creek and this underscores the level of the Band's disenchantment with Wagner's survey.¹⁶³ The logical conclusion of the First Nation's position, submits Canada, is that, if a "conference" requires Canada and a band to reach a consensus, either a consensus was reached in 1875 and then breached by Canada, or no consensus was reached at all.¹⁶⁴ To this argument, the First Nation counters that even Canada did not approve of the 1877 survey:

To this end, it is significant that the survey of 1877 was never formally approved by the appropriate government authorities, nor was it made the subject of approval by Order-in-Council. On the other hand, the surveys performed in 1883 were approved by Chief Surveyor Nelson in January 1889, and on May 17, 1889 confirmed by Order-in-Council.¹⁶⁵

157 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, pp. 12-13.

158 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 19.

159 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 11.

160 Counsel for the First Nation noted that one of the reasons given by Wagner for refusing to change the reserve location in response to the Gambler's objection was that Wagner considered the Gambler to be "troublesome":

Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 13.

161 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 14.

162 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 213 (Paul B. Forsyth).

163 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 25.

164 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 165 (François Daigle).

165 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 32.

In response, Canada contends that, if “conference” has the meaning proposed by the First Nation, Canada has satisfied the conference requirement of Treaty 4 in any event, and therefore the survey of 1877 fixed the date when the First Nation’s population should be counted for treaty land entitlement purposes.¹⁶⁶ Canada points to at least five occasions when its representatives met with the Chief and others to discuss reserve selection:

- the initial conference in late August 1875 between Commissioners Christie and Dickieson for Canada and representatives of the Band, including the Gambler as “chief Orator”;
- the meeting on August 3, 1876, involving Dickieson, Wagner, and Indian Agent Angus McKay, of which McKay reported that Waywayseecappo was not yet prepared to select his reserve because one of his headmen was absent;
- the meeting between the Chief and Wagner in December 1876 as the latter passed through on his way to Fort Pelly;
- Laird’s interview or interviews with Waywayseecappo as reported in Laird’s letter of May 9, 1877; and
- ultimately, the meeting between Wagner and Waywayseecappo in July 1877 during which the Chief instructed his son-in-law to point out the reserve to Wagner.¹⁶⁷

Canada submits that it considered and complied with the wishes of the Band to have the reserve surveyed at the head of Bird Tail Creek.¹⁶⁸ As to the First Nation’s complaint that the location of the reserve was moved and imposed unilaterally without any reasonable basis from the location agreed to by Christie and Dickieson in 1875, Canada counters that Wagner’s concern about excluding “all the improvements made by the Chief and his families” amounted to a “valid explanation for not making the changes requested.”¹⁶⁹

In response to the First Nation’s argument that objections were expressed by the Gambler and Waywayseecappo immediately following the 1877 survey, Canada submits that the entire Band nevertheless continued to reside on the

166 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 190 (François Daigle).

167 ICC Transcript, November 6, 1996, pp. 188-89 (François Daigle).

168 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 185 (François Daigle).

169 Supplementary Submissions on Behalf of the Government of Canada, May 9, 1997, p. 6.

reserve for at least three years until the surrender meeting in early 1881.¹⁷⁰ Even following the surrender, Waywayseecappo and his followers remained at Bird Tail Creek, and it was not many more years before the Gambler and most of his followers abandoned the reserve at Silver Creek and returned to Waywayseecappo's reserve at Bird Tail Creek (resurveyed as Lizard Point IR 62).¹⁷¹

Moreover, the only reason for the meeting in 1881 and the resurveys in 1883 was to implement the surrender. They did not occur because there was no reserve or the initial survey had not been properly done. According to Canada, if a reserve had not been properly set apart for the Band in the first place, there would have been no need for a surrender at all; the very fact of the surrender proposal "shows that all accepted that the survey had set aside the reserve."¹⁷²

In the Commission's view, the evidence does not support the conclusion that Canada and the Fort Ellice Band reached any sort of binding agreement in 1875 because there was no consensus on the specific location of the reserve. Christie and Dickieson obviously believed that they were not in a position to commit the government because they were unsure whether Wagner could be instructed to survey a reserve for the Band within the limits of Treaty 2. We believe that the naming of the head of Bird Tail Creek as the preferred location in 1875 constituted no more than "the initial discussions in which an Indian band informs Canada's agents of its preferred location for a reserve," to use the language of the Lucky Man report. The specifics of the location, including the survey and the consensus between Canada and the Band that the lands so set apart would constitute the reserve, were still to come. Even if it might be considered that a conditional agreement had been reached subject to Canada obtaining approval of the reserve's location, there is other evidence which demonstrates that Band members had still not made up their own minds.

In his year-end report for 1875, Wagner indicated that the Fort Ellice Indians would likely choose their reserve in "the midst of the woods" where there would be plenty of timber,¹⁷³ the implication from this statement being that they had not yet chosen. Following the meeting on August 3, 1876, both Wagner and McKay reported that Waywayseecappo was not yet ready to

170 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 191 (François Daigle).

171 ICC Transcript, November 6, 1996, pp. 199-200 (François Daigle).

172 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 191 (François Daigle).

173 William Wagner, Dominion Land Surveyor, to Minister of the Interior, January 2, 1876, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Documents, pp. 105-06).

decide on a reserve; McKay's comment that "they did not wish their reserves surveyed for the present as one of their head men was absent" is just as consistent with divisions within the Band over where the reserve should be located as with the Chief's deference to the Gambler on that issue. Still, we can infer from McKay's words that the location of the reserve had not yet been fully settled among band members. More explicit evidence of this can be found in Laird's letter of May 9, 1877, in which it will be recalled that he wrote:

The delay in locating the Reserves of these Bands has been caused by disagreement among their members in making a selection. They appear to have settled their disputes and expressed to me that they wish their Reserves to be located as follows:

1. 'Wawasecappo's, or the Fort Ellice Band.' Their selection is pretty much as mentioned in Messrs. Christie and Dickieson's report [of October 7, 1875]. They desire a Reserve to be surveyed for them at the head of Bird Tail Creek, on the road leading from Swan Lake via Shell River, used by the North West Mounted Police in travelling to Swan River Barracks. The site is about 24 miles from Shoal Lake, and about 36 miles from the mouth of the Shell River. They would prefer to have the Reserve on both sides of the Bird Tail Creek, but will, I trust, be content to have it all on the West side.¹⁷⁴

This letter demonstrates that the Band had not finalized its own position regarding reserve selection until early 1877, and suggests that the final negotiations to arrive at a consensus with the Band were still forthcoming.

The Commission recognizes the concerns expressed by the First Nation regarding Laird's comment that, although Waywayseecappo's people wanted their reserve on both sides of Bird Tail Creek, they "will, I trust, be content to have it *all* on the West side."¹⁷⁵ Yet we cannot fail to notice that, although admittedly the lion's share of the reserve originally surveyed by Wagner was in fact situated to the west of Bird Tail Creek, the reserve nonetheless included land on the east side of the creek for fully 11 miles of its overall length of 11½ miles. In our view, Laird's statement represented little more than his own personal views as to the location of the reserve, and it appears that the position recommended by him was not fully implemented in any event.

¹⁷⁴ David Laird, Lieutenant Governor and Indian Superintendent of the North-West Territories, to Minister of the Interior, May 9, 1877, NA, RG 10, vol. 3649, file 8187 (ICC Documents, pp. 141-44).

¹⁷⁵ David Laird, Lieutenant Governor and Indian Superintendent of the North-West Territories, to Minister of the Interior, May 9, 1877, NA, RG 10, vol. 3649, file 8187 (ICC Documents, pp. 141-44). Emphasis added.

Moreover, while it might have appeared, based on the evidence available to the First Nation when it prepared its submissions, that Wagner had coldly refused to consider the Gambler's request to change the location of the reserve, the additional documents tendered with Canada's supplementary written submission disclose that Wagner in fact had good reason to leave the reserve where he had originally surveyed it since the location proposed by the Gambler "would have excluded all the improvements made by the Chief and his families."¹⁷⁶ We must conclude that consideration of these improvements was just the sort of "reasonable limitation" discussed by counsel for Canada and admitted by counsel for the First Nation in their respective submissions. The additional documents further reveal that Wagner had apparently already resurveyed part of the reserve because he "found out that the place wished for was not in it."¹⁷⁷ After meeting with the Gambler, Wagner offered to move the reserve, but the Gambler refused this overture because he was dissatisfied with the *shape* of the reserve proposed by Wagner.¹⁷⁸ By the time the Gambler got back to Wagner to confirm that a reserve 12 miles by six miles would be acceptable, Wagner had already finished the job and submitted his plans and field notes, and was apparently unable to make further changes without express authorization from Ottawa.

What we see in this exchange is the sort of give and take that was surely an integral part of many reserve surveys. Canada and the bands made proposals and counterproposals, even as the reserves were being surveyed, before arriving at a compromise acceptable to both parties while at the same time perhaps not being all that either party might have desired. We consider Wagner's report on the survey of Sakimay's reserve, where he similarly refused to provide a reserve 40 miles long but eventually worked out a solution, as further evidence of this sort of compromise. It does not indicate that Wagner sought to dominate the Indians with whom he dealt or that he failed to survey in accordance with his instructions, but rather that he was firm in insisting on reasonable limitations in the configurations of the reserves he was called upon to survey. In this respect, we find the following comments of McKay to be significant:

¹⁷⁶ William Wagner, Dominion Land Surveyor, to J.S. Dennis, Surveyor General, March 26, 1878, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Exhibit 12, vol. 4, tab 31, pp. 2-3).

¹⁷⁷ William Wagner, Dominion Land Surveyor, "Diary of Surveys of Indian Treaty No. 4 from 19 February 1877 to 26 February 1878," January 26, 1878 (ICC Exhibit 12, vol. 1, tab 3).

¹⁷⁸ William Wagner, Dominion Land Surveyor, to J.S. Dennis, Surveyor General, March 26, 1878, NA, RG 88, vol. 300, file 0644 (ICC Exhibit 12, vol. 4, tab 31, pp. 2-3).

I found that the Indians were very much satisfied with Mr. Wagner and that he managed to impress them with confidence. I would respectfully recommend that he be given the survey of the Reserves for Indians on the Saskatchewan as I am convinced that he will give the greatest satisfaction to the Indians.¹⁷⁹

In the final analysis, it appears to the Commission that Canada gave the Band precisely what it asked for: a reserve at the head and on both sides of Bird Tail Creek. Although the First Nation argues that Waywayseecappo and the man appointed by him had no authority to advise Wagner on land selection – an issue to which we will turn momentarily – the First Nation also admits that Wagner surveyed in accordance with the instructions given to him by these two Indians.¹⁸⁰ The Gambler raised concerns that Wagner sought to address, and in his later objection Waywayseecappo requested a reserve 40 miles long that, in our view, Wagner quite reasonably refused.

As counsel for the First Nation noted, after Waywayseecappo's objection there were no further documents on file for three years until the idea of a surrender surfaced with the arrival of the Sharman family on the south end of the reserve in November 1880. In our view, this lack of activity suggests that, notwithstanding the objections voiced by the Gambler and others, band members, at least initially, decided to reside on the reserve and use it for their collective benefit. There appears to have been a significant faction led by the Gambler that grew increasingly dissatisfied with the reserve, and, for that group, the arrival of the Sharmans presented Canada with a convenient opportunity to free up part of the reserve for settlers while providing the land at Silver Creek in exchange for the Gambler and his followers. We make no comment on the validity of the surrender or Canada's motives in securing it. What we do take from it, however, is the express recognition by the Gambler that Waywayseecappo was his Chief and that the reserve had been set apart for the entire Band. This recognition was, if anything, reinforced by the decision of the Gambler and many of his followers to return to Bird Tail Creek in 1887 and later to be restored to Waywayseecappo's band list.

Finally, with respect to the First Nation's argument that Canada never approved the 1877 survey by Order in Council but did approve the 1883 surveys, we caution against placing too much significance on this fact. It will be recalled that, in 1876, Z.A. Lash on behalf of the Deputy Minister of Justice expressed the opinion that "the survey and setting out of the reserve

179 Angus McKay to Superintendent General of Indian Affairs, October 14, 1876, NA, RG 10, vol. 3642, file 7581 (ICC Exhibit 12, vol. 2, tab 25, pp. 26-27).

180 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 19.

having been done with the express consent & approval of the Indians & having since been acquiesced in by them, no Order in Council is necessary; *but in as much as an Order in Council is a more formal record of the proceedings the undersigned recommends, for the avoidance of doubts, that one be passed approving of & confirming the reserve as already set apart.*¹⁸¹ We have seen in earlier inquiries that the later practice of confirming reserves by Order in Council was not always the approach followed by the government. In fact, the 1889 Order in Council by which the 1883 surveys were confirmed also confirmed the reserves set apart for many other bands over the preceding two decades. For this reason, the Order in Council must be looked upon as more a matter of the government catching up on its housecleaning than anything of special significance to Waywayseecappo, the Gambler, and their followers. The reason that the 1877 survey was not referred to in the Order in Council was that, by 1889, it had already been replaced and superseded by the surveys in 1883 that divided the reserve at Bird Tail Creek into IR 63 for the Gambler at Silver Creek and Lizard Point IR 62 for Waywayseecappo and the others who elected to remain.

Authority of Laird and Wagner to Select Reserves

A further basis on which the Gamblers First Nation attacks the 1877 survey by William Wagner is that neither Wagner nor Laird was authorized to confer with the Indians and select reserves:

The provisions of Treaty 4 were very specific and required the Government to appoint two officers who would act on behalf of the Government with respect to the selection of the reserves. As a result, only the two persons appointed in accordance with the Treaty would have the power to act as agent for the Government and bind them [sic] in that regard. Due to the certainty of the Treaty provisions, it is clear that only the commissioners specifically appointed for the purpose of selecting the Reserve had the power to do so and thus, no other person, regardless of their position in the Government, relationship with the Indians, or apparent authority, was authorized to act as agent of the Government in the selection of the Reserve. Due to the fact that Commissioners Christie and Dickieson were appointed under the Treaty as agents for the Crown for this purpose, they were the only two men permitted to do so. In other words, neither David Laird nor Mr. Wagner had been given the authority to act as the agent for the Government and therefore any agreements or actions by these two men, in relation to the selection of the Reserve, are not consistent with the Treaty.¹⁸²

181 Z.A. Lash, Department of Justice, to Department of the Interior, August 12, 1876, NA, RG 10, vol. 3637, file 6853 (ICC Documents, p. 129). Emphasis added.

182 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 28.

Canada's response is that, based on the decision of the Supreme Court of Canada in *J.E. Verrault & Fils Ltee v. Attorney General for Quebec*,¹⁸³ "a contract made by an agent of the Crown acting within the scope of his ostensible (apparent) authority is a valid contract by the Crown" and therefore binding on the Crown as principal.¹⁸⁴ As Lieutenant Governor and Indian Superintendent, Laird was "charged with the administration of the Treaty No. 4 area which included the lands in and about Birdtail [sic] Creek"¹⁸⁵ and thus presumably had at least apparent, if not express, authority to meet with the Indians to select reserves. With regard to Wagner, Canada submits that he acted within the limits of his authority and indeed recognized those limits by refusing to incur the additional expense of revising the survey as requested by the Gambler without first seeking the authorization of the Surveyor General.¹⁸⁶

Treaty 4 states that "Her Majesty the Queen hereby agrees, through the said Commissioners, to assign reserves for the said Indians, such reserves to be selected *by officers of Her Majesty's Government of the Dominion of Canada appointed for that purpose*, after conference with each band of the Indians."¹⁸⁷ Although it is true that Christie and later Dickieson were appointed by Order in Council to select reserves, we see nothing in the words of the treaty to suggest that *only* Christie and Dickieson could perform, or could be authorized to perform, that function. Contrary to the position taken by the First Nation, the treaty does not refer to "two officers" but merely to "officers." Surely it was open to Canada to appoint as many "officers" as it might see fit to complete the task. Nor, in our view, was it necessary for such an "officer" to be given the title of "commissioner." Presumably a lieutenant governor or a surveyor could be considered an "officer" for the purposes of the treaty if part of their duties entailed selecting reserves on behalf of Indian bands. Similarly, Treaty 4 does not stipulate that the only appropriate officers would be those appointed by Order in Council and we suspect that less formal means of appointment would suffice.

In short, while there is no evidence before us to establish that Laird or Wagner were appointed by Order in Council to select reserves for those bands desiring them, we view them as having acted within the scope of their

183 *J.E. Verrault & Fils Ltee v. Attorney General for Quebec* (1975), 57 D.L.R. (3d) 403 (SCC).

184 Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 19.

185 Supplementary Submissions on Behalf of the Government of Canada, May 9, 1997, pp. 6-7.

186 Supplementary Submissions on Behalf of the Government of Canada, May 9, 1997, p. 6.

187 *Treaty No. 4 between Her Majesty the Queen and the Cree and Saulteaux Tribes of Indians at Qu'Appelle and Fort Ellice* (Ottawa: Queen's Printer, 1966), 6. Emphasis added.

actual or implied authority¹⁸⁸ and thus having had the power to bind the Crown. Moreover, we see nothing in the subsequent actions of the Crown to suggest that the steps taken by Laird and Wagner were repudiated in any way, and indeed, even if they acted without actual or implied authority, their work appears to have been accepted and ratified by the Government of Canada. When the “surrender for exchange” proposal arose in 1880, Canada’s representatives clearly operated under the assumption that the land set apart in 1877 constituted a valid and subsisting reserve.

Ratification is distinguished by G.H.L. Fridman in *Fridman’s Law of Agency* from the usual agency relationship where the agent’s authority to act is granted *before* the exercise of that authority:

With “ratification” the position is reversed. What the “agent” does on behalf of the “principal” is done at a time when the relation of principal and agent does not exist. . . . The agent, in fact, has no authority to do what he does at the time he does it. Subsequently, however, the principal, on whose behalf, though without whose authority, the agent has acted, accepts the agent’s act, and adopts it, just as if there had been a prior authorisation by the principal to do exactly what the agent has done. . . . [R]atification by the principal does not merely give validity to the agent’s unauthorised act as from the date of the ratification: it is antedated so as to take effect from the time of the agent’s act. Hence the agent is treated as having been authorised from the outset to act as he did. Ratification is “equivalent to an antecedent authority”.¹⁸⁹

We note that the principle of ratification was applied in the context of a Crown agency relationship in *R. v. Howard*, where the Supreme Court of Canada held that, to the extent that the Treaty Commissioners in that case went beyond their original instructions in negotiating a treaty, the Government of Canada by its subsequent conduct demonstrated that it had been made aware of this fact and ratified the treaty as drafted in any event. The

188 G.H.L. Fridman in *Fridman’s Law of Agency*, 7th ed. (Toronto: Butterworths Canada, 1996), 122-23, differentiates between implied and apparent authority in these terms:

The apparent authority must be carefully distinguished from the *implied* authority, in particular that variety of implied authority which has been called *usual* authority, which some agents may possess over and above the express authority granted them by the principal. *Implied* (including in this context *usual*) authority is the authority which in fact the agent possesses as a result of the construction of his contract of agency in the light of business efficacy, or of the normal practices and methods of the trade, business, market, place, or profession, in which the agent is employed. *Apparent* authority, on the other hand, is the authority which, as a result of the operation of the legal doctrine of estoppel, the agent is considered as possessing, in view of the way a reasonable third party would understand the conduct or statements of the principal and the agent. Sometimes this is described as implied authority, on the ground that it is what a third party would expect an agent in such a position to possess in the ordinary course of events. Such use of the terms implied authority and usual authority, it is suggested, is a source of confusion.

189 G.H.L. Fridman, *Fridman’s Law of Agency*, 7th ed. (Toronto: Butterworths Canada, 1996), 84.

court held that there was no legal or constitutional requirement of an Order in Council to ratify the treaty in question.¹⁹⁰ We find that Canada at least implicitly ratified the reserve at Bird Tail Creek and therefore the First Nation's objection to the 1877 survey on this ground must fail.

Waywayseecappo's Authority to Select Reserves

The next major thrust of the First Nation's challenge to the validity of the 1877 survey is that the lands were chosen by an unauthorized representative of the Band, resulting in a selection that is not binding on the First Nation.

First, the First Nation argues that there is uncontradicted evidence that the Gambler was expressly designated by both the Chief and the Band as the member who would select the reserve and advise the surveyor in marking out the reserve boundaries on behalf of the Fort Ellice Band.¹⁹¹

Second, the First Nation maintains that Waywayseecappo did not speak for the Fort Ellice Band on the matter of reserve selection; rather, at the meeting in 1875 the Gambler clearly expressed the Band's wishes regarding the location of the reserve. The Commissioners and Wagner all attended this meeting, at which the Gambler was acknowledged to be the "chief Orator" for the Indians, and, according to the First Nation, they must be considered to have known the Gambler and his role in reserve selection.¹⁹² The First Nation submits that this role was confirmed, at least implicitly, by Waywayseecappo's reluctance to select reserve lands until 1877 and the Gambler's objection to the survey performed without his "approval." Later, the Gambler's role was also explicitly confirmed by the Gambler and Waywayseecappo in their remarks at the surrender meeting in 1881. As with its objections to the actions of Laird and Wagner, the First Nation submits that the survey of 1877 was not based on the agreement the First Nation claimed had been made between the authorized agents of the government and the Indians in 1875, but rather on the subsequent actions of individuals who had no authority to bind the principals in question.¹⁹³ Therefore, in the First Nation's submission, the survey of 1877 once again did not meet selection requirements of Treaty 4 and should not be considered binding.¹⁹⁴

Canada takes the position that the evidence does not establish the Gambler's "appointment" to act for the Band in the selection of the reserve, nor

190 *R. v. Howard*, [1994] 2 SCR 299 at 300, [1994] 3 CNLR 146.

191 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 28.

192 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, pp. 8-11.

193 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 29.

194 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 29.

does it establish the existence of an agreement between the Gambler and Commissioners Christie and Dickieson on the location of the reserve.¹⁹⁵ Counsel argued that, other than the Gambler's own speech at the surrender meeting in February 1881, there is no other reference to the Gambler being expressly chosen to act on behalf of the Band for the purpose of reserve selection and no evidence to establish that the Crown was aware of such an appointment.¹⁹⁶ The Gambler's speech was "after the fact" since it occurred four years after the reserve was selected and six years after the consultations at Fort Ellice began.¹⁹⁷ According to Canada, Wagner remained unaware of the Gambler's role even following the latter's objection in 1877 to the survey being done without his approval because, in Wagner's report of March 26, 1878, he figured that the reason for the Gambler's resistance was "probably to show me his influence."¹⁹⁸ Although the Gambler was a leading spokesman at the Treaty 4 negotiations, he was not, according to Canada, a Chief or headman and did not sign the treaty.¹⁹⁹ Instead, "Waywayseecappo was the one that [sic] was introduced as Chief . . . [a]nd this is important because this first meeting is really what sets the relationship between the two parties to the Treaty . . . and the continuing of the relationship."²⁰⁰

Canada argues that Wagner was turned away by Waywayseecappo on at least three occasions without any indication from the Chief that the Gambler was the person to consult regarding reserve selection.²⁰¹ Although the First Nation suggests that it was consistent with Waywayseecappo's status as Chief to delay the survey rather than admit that only the Gambler had the authority to select the land,²⁰² the proper inference, according to Canada, is that the Chief deferred not because the Gambler had been appointed to select the reserve but because the Band had not yet decided where its reserve should be.²⁰³ Because Waywayseecappo as Chief had the "apparent" – if not the actual – authority to express the wishes of the Band regarding reserve selection, Canada submits that his choice of land should be binding on that basis alone. However, any doubt was dispelled, in Canada's view, when the Band ratified the selection, first, by allowing Waywayseecappo to remain as Chief

195 Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 15.

196 Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 15

197 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 192 (François Daigle).

198 Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 5.

199 Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 3.

200 ICC Transcript, November 6, 1996, pp. 186-87 (François Daigle).

201 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 197 (François Daigle).

202 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 217 (Paul B. Forsyth).

203 ICC Transcript, November 6, 1996, p. 193 (François Daigle).

and, second, by voting to retain the remainder of the original reserve at Bird Tail Creek following the surrender for exchange.²⁰⁴

In general, the authority of an agent is derived from an agreement between the principal and the agent such that “one, called the *agent*, is considered in law to represent the other, called the *principal*, in such a way as to be able to affect the principal’s legal position in respect of strangers to the relationship by the making of contracts or the disposition of property.”²⁰⁵ The Gambler, according to his surrender speech in 1881, as documented by McDonald, was chosen by Waywayseecappo and the Fort Ellice Band to select the Band’s reserve, thereby making the Gambler the agent on behalf of the Chief and Band as principals. The absence of further documentary evidence demonstrating the existence of this relationship of principal and agent does not mean that the relationship did not exist. The Gambler’s own speech, with which the Chief concurred, established this relationship, and that speech is entitled to weight in and of itself.

Therefore, the mere fact that the Gambler may not have been referred to in other documents as “agent for the Band” does not mean that he was not so appointed. Indeed we find that he was so appointed, at least initially.²⁰⁶ However, a relationship of principal and agent created by an agreement between the parties may also be terminated either by both parties agreeing to its termination, or by one party unilaterally withdrawing from the original agreement. As G.H.L. Fridman states in *Fridman’s Law of Agency*:

A. Agency created by act of parties . . .

Agreement, revocation and renunciation. Since the relationship of principal and agent has been created by agreement between them, it follows that the relationship may be determined by both parties agreeing to the discharge of that relationship. It will also be determined if either party withdraws his original agreement. This will occur where the principal gives the agent notice of revocation of the agency or the agent gives the principal notice of renunciation. Any such notice may be given in any form: a deed or document in writing is unnecessary, even if the original authority was contained in a deed.²⁰⁷

Even assuming that these common law principles relating to the express or implied authority of agents applied to the internal affairs and governance of

204 Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 16.

205 G.H.L. Fridman, *Fridman’s Law of Agency*, 7th ed. (Toronto: Butterworths Canada, 1996), 11.

206 Canada recognizes this fact, by arguing in the alternative that, if Gambler was appointed agent, he was in fact consulted by the Crown: Submissions of the Government of Canada, October 30, 1996, p. 16.

207 G.H.L. Fridman, *Fridman’s Law of Agency*, 7th ed. (Toronto: Butterworths Canada, 1996), 389.

an Indian band in 1877 – and we make no finding in this regard – we see nothing in the circumstances of this case that would give rise to an irrevocable agency relationship between Waywayseecappo and the Gambler. That being the case, there is no reason why Waywayseecappo could not have revoked any authorization granted to the Gambler to select the reserve.

Therefore, we find that, by the time he protested to Wagner, the Gambler's authority to select land for the Fort Ellice Band had apparently ceased. Although there apparently was an initial agreement between Waywayseecappo and the Gambler that the latter would select the reserve, Waywayseecappo appeared to have revoked the Gambler's authority to act by directing another member of the Band to accompany Wagner and by allowing the survey to proceed without the Gambler's involvement. The initial acceptance by the Band of the reserve as surveyed in 1877 negates any reasonable argument that the Gambler objected to the location on behalf of the collective Band.

As to the effect of Waywayseecappo's revocation on Canada, we note the importance attached by Fridman to notice of such revocation being given by a principal to a third party:

Unilateral revocation by the principal will not affect the third party as long as the agent is acting in an authorised or apparently authorised manner, unless and until the third party has notice of the fact that the agent's authority has been terminated. In other words, as long as the principal continues to "hold out" the agent as having authority to act on his behalf, he will be bound by transactions between the agent and third parties and the principal will continue to "hold out" the agent in this way, until the third party has notice that the agency has ended.²⁰⁸

We find this reasoning compelling in this case in that Canada, although aware of the Gambler's stature as a spokesman for the Band, was not informed of his role in selecting the reserve and apparently did not learn of it until he spoke at the surrender meeting on February 24, 1881. The proposition that Waywayseecappo was reluctant, for reasons of stature or otherwise, to divulge his lack of authority to select the reserve is pure speculation, and, even if true, should not be allowed to prejudice Canada's position. Canada clearly relied upon the reasonable impression conveyed by Waywayseecappo that he had the authority to bind his people. We conclude that Waywayseecappo had the apparent authority to commit the Band when he advised Wagner regarding land selection in 1877, and Canada's representatives were

208 G.H.L. Fridman, *Fridman's Law of Agency*, 7th ed. (Toronto: Butterworths Canada, 1996), 404.

entitled to rely on the choices made by Waywayseecappo in the exercise of that authority.

Although the First Nation argues that the Gambler immediately objected to the location of the reserve on behalf of the whole Band, we must concur with Canada that, despite the Gambler's complaint, the Band originally accepted the reserve as surveyed. Subsequently, only the Gambler and his followers relocated while a substantial number of the Fort Ellice Band remained at Bird Tail Creek. Although there is evidence that Waywayseecappo and the Gambler made arrangements in 1877 so that those members of the Band who found the reserve unsuitable could go where they thought they could do better,²⁰⁹ a substantial portion of the "Fort Ellice Band" under Chief Waywayseecappo's leadership apparently accepted the location of the reserve at Bird Tail Creek. And many of those who initially moved to the Silver Creek Reserve, including the Gambler himself, later returned to Bird Tail Creek.

In our view, the facts demonstrate that, even if Waywayseecappo was not authorized to select reserve land or could not revoke the Gambler's authority to do so, the Band, including the Gambler and his followers, ratified Waywayseecappo's selection by residing on the land at Bird Tail Creek following the 1877 survey. The remaining members of the Band further ratified the selection by electing to stay on the land following the departure of the Gambler and his followers in the wake of the 1881 surrender.

We also regard one other aspect of the surrender meeting to be telling. At no time did the Gambler or any other members of the Band suggest that the land to be given up was not part of their reserve. Indeed, the Gambler's request to give up part of the reserve in exchange for the new reserve at Silver Creek is more an affirmation of the reserve as surveyed by Wagner than a challenge to its validity. We note that "reserve" was defined in the 1876 *Indian Act* as "any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal title is in the Crown, but which is unsurrendered, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals, or other valuables thereon or therein."²¹⁰ The actions of the representatives of both Canada and the Band indicate that, following the survey in 1877, all of them regarded the land at Bird Tail Creek as having been set apart for the use and benefit of the Fort Ellice Band, notwithstanding the objections of the Gambler and his fol-

209 A. McDonald, Indian Agent, Shone Lake, NWT, to Government of Canada, Dept. of Indian Affairs, Ottawa, Ontario, February 24, 1881 (ICC Documents, pp. 253-54).

210 *Indian Act*, SC 1876, c. 18, s. 3(6).

lowers. The only reason a surrender became necessary was that, even if some members of the Band were dissatisfied with the configuration of the reserve, all nevertheless believed, as did Canada, that the land had been set apart on their behalf and constituted their reserve.

In conclusion, we find that there was consensus between Canada and the Band on the selection of the reserve at Bird Tail Creek. However, this consensus was only achieved in 1877 following the survey by Wagner, at which time the Band signalled its acceptance of the reserve as surveyed by residing on and using the land for its collective benefit. No consensus had yet been established in 1875 at the time of the Band's preliminary designation of the general location in which it wanted its land. In our view, the 1877 survey was conducted in accordance with the requirements of Treaty 4 and was accepted by both Canada and the Band. Finally, there is no evidence before us that the selection and survey at Bird Tail Creek resulted in some manifest unfairness to the Gambler's Nation. We therefore conclude that the date of first survey for entitlement calculation purposes should be 1877 and not 1883.

ISSUE 2 IMPACT OF THE 1881 SURRENDER FOR EXCHANGE

To what extent, if at all, did the "surrender for exchange" in 1881 affect the treaty land entitlement of the claimants?

It will be recalled that the surrender for exchange in 1881 arose as a result of the dissatisfaction of the Gambler and his followers with the reserve at Bird Tail Creek and the manner in which it was surveyed. In 1881, Indian Commissioner Edgar Dewdney and the Deputy Superintendent General of Indian Affairs approved the surrender of 32 square miles of the Bird Tail Creek Reserve by the Fort Ellice Band, in exchange for an equivalent area for the Gambler Band at Silver Creek. Although counsel for the First Nation stated that the surrender for exchange had "no effect" on the First Nation's treaty land entitlement,²¹¹ it is nevertheless the First Nation's position that the circumstances surrounding the surrender and the resulting surveys in 1883 support the contention that neither Canada nor the Band took the view that the survey of 1877 had fulfilled the treaty land entitlement of the Gambler and his followers.

The First Nation contends that these circumstances demonstrate that Canada did not meet the selection requirements of Treaty 4 in performing the

²¹¹ ICC Transcript, November 6, 1996, p. 150 (Paul B. Forsyth).

1877 survey. First, the Order in Council of May 30, 1879, appointing Edgar Dewdney as the Indian Commissioner for Treaties 4, 6, and 7 acknowledged Canada's failure to fulfill its treaty obligations and created Dewdney's position for the purpose of carrying out "in good faith and to the letter all Treaty Covenants."²¹² Second, following the surrender for exchange, A.W. Ponton was instructed in April 1883 to resurvey Waywayseecappo's reserve and to survey a number of other reserves for Treaty 4 bands, including the new reserve for the Gambler. His instructions read in part:

I have the honor by direction of the Honourable the Indian Commissioner to instruct you to proceed with as little delay as possible to Fort Ellice and there to report yourself to Mr. Indian Agent Herchmer for the purposes of laying out Reserves for Indians under Treaty No. 4. . . .

The extent of the several Reserves which you may have to lay out will be governed by the number of souls in the Band in the manner fixed by the Treaty that is to say being one square mile for each family of five souls in each Band, or in that proportion.²¹³

The First Nation argues that these instructions are important as they directed Ponton to fulfill the terms of Treaty 4 in his surveys for bands in that area. "Clearly," argues counsel, "the inference is that Canada itself in 1883 did not regard the earlier surveys as having laid out Reserves for Indians pursuant to the requirements of Treaty 4 in the Fort Ellice area"²¹⁴ and desired that the new survey work should do so.

By contrast, as we have already seen, it is Canada's position that the proper inference to be drawn from the 1881 surrender is that both Canada and the Band considered that the survey of 1877 had laid out a reserve for the Band, failing which there would have been no requirement for a surrender. Canada further argues that the 1883 resurvey of Lizard Point IR 62 merely identified the remaining land left after the 1881 surrender.²¹⁵ It is therefore Canada's position that the 1881 "surrender for exchange" does not affect the proposition that treaty land entitlement should be based on the 1877 survey of Bird Tail Creek.²¹⁶

212 Order in Council, May 30, 1879 (ICC Documents, pp. 166-67).

213 John C. Nelson, Dominion Land Surveyor, to A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, April 1, 1883, NA, RG 10, vol. 7770, file 27117-3, reel C-12056 (ICC Documents, pp. 346-47).

214 Submissions on Behalf of the Gamblers First Nation, October 24, 1996, p. 31.

215 Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 20.

216 Submissions on Behalf of the Government of Canada, October 29, 1996, p. 20.

With respect to counsel for the First Nation, it is our view that the excerpts from Ponton's instructions have been taken out of context, or, more properly, have been given a meaning that is not warranted when all the surrounding circumstances are taken into account. It was clearly contemplated that Ponton would be surveying "several" reserves in the Treaty 4 area – including reserves for bands that had not yet received treaty land – and the general instructions given by Nelson to survey in accordance with the treaty formula of one square mile per family of five would obviously apply in such circumstances. However, Nelson also provided Ponton with the following instructions specific to the reserves for Waywayseecappo and the Gambler:

You will confer specially with Mr. Agent Herchmer and receive instructions in respect to marking out the lines between the surrendered and the unsurrendered portions of the Reserve for the Band of the Way-way-see-cap.

After the completion of the survey of the Way-way-see-cap reserve you will proceed to the reserve projected for the Gamblers Band and define its Boundaries . . .²¹⁷

There is no indication in these instructions that Ponton was to calculate the treaty land entitlement for Waywayseecappo and the Gambler or to do anything other than identify the areas to be allocated to each in accordance with the terms of the surrender for exchange in 1881. Moreover, there is other evidence which demonstrates that, for all purposes, Canada believed that it had established a reserve for the Fort Ellice Band in 1877. As submitted by Canada, the very fact that a surrender was taken in 1881 for the exchange evidences a belief on the part of the government that the reserve already existed.

It is our view that in 1881 the parties did not intend to survey a new reserve but simply decided to surrender a specific portion of the existing reserve and to provide in exchange new land in the same proportion at Silver Creek to satisfy the Gambler and his people. The fact of the surrender for exchange does not give rise to the implication that there had always been two separate bands, or that the Gambler and his followers were seeking to have their new reserve set aside in accordance with the treaty formula. Rather, it is our conclusion that the surrender for exchange of 1881 was simply the result of a Band split and a decision to divide the existing land entitlement between the two factions. As the Gambler stated in his speech at the surrender meeting:

²¹⁷ John C. Nelson, Dominion Land Surveyor, to A.W. Ponton, Dominion Land Surveyor, April 1, 1883, NA, RG 10, vol. 7770, file 27117-3, reel C-12056 (ICC Documents, p. 348).

If we will be granted what we are asking for; *and I do not like to be refused by the Band what I think will be allowed by the Government, so if it will suit the Chief and the members of the Band in Council*, we will give up to the Government thirty-two (32) square miles of the south end of *our reserve*.²¹⁸

It can be seen that the Gambler himself recognized that only one band existed at the time, and that the land at Bird Tail Creek constituted the Band's reserve. It is important to observe that both the First Nation and Canada intended to use the amount of land surrendered at Bird Tail Creek as the basis for determining the area of the reserve at Silver Creek; the evidence simply does not support the contention that the parties intended to use the treaty formula as the basis for the survey of these respective reserves. We therefore conclude that the surrender for exchange in 1881 did not in any way affect the basis upon which the treaty land entitlement of the Gamblers First Nation should be calculated. Accordingly, the appropriate date of first survey for the Gambler and his followers remains 1877 when they were part of the collective membership of the Fort Ellice Band under Chief Waywayseeappo.

On a final note, however, we wish to emphasize that our findings regarding the First Nation's date of first survey should not be taken as necessarily suggesting that we believe the First Nation has an adequate land base for its current needs. The oral evidence presented to us on November 5, 1996, made it abundantly clear that the First Nation is struggling to deal with a limited and inadequate land base, without even sufficient room for gardens or an adequate playground area for children. However, we understand that there are at present claims being advanced by the First Nation with respect to the discrepancy in the number of sections of land – 30 or 32 – to be surrendered for exchange in 1881, and with respect to the validity of later surrenders of reserve land by the First Nation. Although we are not prepared to rule on the merits of these other claims, we recognize that the First Nation, if it can successfully establish its position in those claims, might alleviate to some degree its current difficulty. Our sympathy for the First Nation's current situation must be tempered by the requirement that, with respect to the treaty land entitlement claim at present before us, we must adhere to existing principles involved in determining whether Canada owes the First Nation an outstanding lawful obligation.

218 A. McDonald, Indian Agent, Treaty 4, "Proceedings of a Council of Way-way-see-cappo's Band convened by the Chief and held in the Reserve, Bird Tail Creek," February 24, 1881 (ICC Documents, p. 255). Emphasis added.

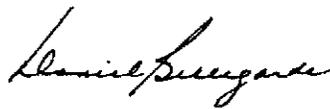
PART V

RECOMMENDATION

Having concluded that the Gamblers First Nation has failed to establish that its date of first survey was 1883, and that the 1881 surrender for exchange had no impact on the basis for calculating the First Nation's treaty land entitlement, the Commission recommends:

That the Gamblers First Nation's outstanding treaty land entitlement, if any, should be calculated based on an 1877 date of first survey.

FOR THE INDIAN CLAIMS COMMISSION



Daniel J. Bellegarde
Commission Co-Chair



Roger J. Augustine
Commissioner



Carole T. Corcoran
Commissioner

Dated this 22nd day of October, 1998.

APPENDIX A

GAMBLERS FIRST NATION TREATY LAND ENTITLEMENT INQUIRY

1 Planning conference Ottawa, June 14, 1996

2 Community session Binscarth, Manitoba, November 5, 1996

The Commission conducted a community session at the Binscarth Community Club at which the following members of the Gamblers First Nation testified: Chief Louis Tanner, Patrick Tanner, James Tanner, George Tanner, and Donna Tanner.

3 Legal argument Binscarth, Manitoba, November 6, 1996

4 Content of formal record

The formal record for the Gamblers First Nation Inquiry consists of the following:

- the documentary record (3 volumes of documents and annotated index, which were cumulatively marked as Exhibit 1)
- 11 other exhibits tendered during the inquiry, marked as Exhibits 2 to 12
- combined transcript of community session and oral submissions (1 volume)
- written submission of counsel for the Gamblers First Nation, dated October 24, 1996
- written submission and supplementary submission of counsel for Canada, dated October 29, 1996, and May 9, 1997, respectively

The report of the Commission and letters of transmittal to the parties will complete the formal record of this inquiry.

INDIAN CLAIMS COMMISSION

INQUIRY INTO THE CLAIM OF THE NEKANEET FIRST NATION

PANEL

Commission Co-Chair P.E. James Prentice, QC
Commissioner Roger Augustine

COUNSEL

For the Nekaneet First Nation
Thomas J. Waller, QC

For the Government of Canada
Patricia Rowe

To the Indian Claims Commission
David E. Osborn, QC / Kathleen Lickers

MARCH 1999

CONTENTS

PART I	<i>INTRODUCTION</i>	95
	Mandate of the Indian Claims Commission	97
	The Claims Process	99
	The Commission's Planning Conferences	99
PART II	<i>HISTORICAL BACKGROUND</i>	101
	Background to the First Nation's Claim	101
	First Nation's Submissions	106
	1987 Nekaneeet Claim Submission	106
	1996 Band Council Resolution	108
	1998 Specific Claims Branch Report	108
PART III	<i>ISSUES</i>	109
PART IV	<i>SUBMISSIONS</i>	110
	Farming and Agricultural Implements	110
	Programs and Other Funding	112
	Annual Payments to Members	112
	Canada's Offer to Negotiate a Settlement	112
PART V	<i>CONCLUSION</i>	113
APPENDICES		114
A	1987 Nekaneeet Claim Submission	114
B	Government of Canada's Offer to Accept Claim	132

PART I

INTRODUCTION

In February 1987, the Nekaneet First Nation submitted a specific claim to the Minister of Indian Affairs and Northern Development¹ seeking compensation under Treaty 4 for outstanding provisions of agricultural benefits, programs and services, annual payments to band members, and damages for failure to provide a reserve at the time of the treaty's signing in 1874. As of 1996, the First Nation had not received any indication from Canada whether the claim would be accepted for negotiation. On October 23, 1998, after the First Nation had entered the Commission's inquiry process, Canada offered to accept the Nekaneet's claim for negotiation of a settlement. As stated in Canada's acceptance letter, the Nekaneet claim is "the first agricultural benefits claim Canada has ever accepted under Treaty No. 4 and is the first historical claim for agricultural benefits accepted by Canada."²

The First Nation requested an inquiry into the claim by the Indian Claims Commission (the Commission) in August 1996.³ Given that the Commission's mandate is to inquire into rejected claims and given that Canada had not responded to the claim, counsel for Nekaneet First Nation requested an advance determination as to whether Canada would challenge the mandate of the Commission to hear the matter.⁴ A planning conference was held on November 21, 1996, at which time counsel for the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) did raise a preliminary mandate

1 Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneet First Nation, to Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, August 30, 1996, attaching both a Band Council Resolution approved by Chief and Council on August 29, 1996, and a copy of the original Claim Submission to the Minister of Indian Affairs and Northern Development by the Nekaneet Band No. 160A, dated February 16, 1987 (hereinafter 1987 Nekaneet Claim Submission) (reproduced as Appendix A).

2 Warren Johnston, Assistant Deputy Minister, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, October 23, 1998 (Appendix B).

3 Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneet First Nation, to Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, August 30, 1996.

4 Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneet First Nation, to Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, November 12, 1996. See below for more information on Planning Conferences.

challenge.⁵ The department stated that the Nekaneet First Nation claim, despite the fact it had been submitted ten years earlier, remained under review by the Specific Claims Branch and that the claim had not been rejected by DIAND.

The First Nation took the position that DIAND's failure to respond to the claim for nearly ten years was tantamount to a rejection of the claim.⁶ DIAND then informed the parties that this claim was now a priority and that DIAND would provide a response by May 1997. The First Nation consented to this time frame. Further, the Commission agreed, at the First Nation's request and DIAND's consent, to act as a facilitator on the claim.⁷ In the view of the Commission, it is the very fact that the First Nation requested a Commission inquiry that pushed this claim forward.

Subsequently, correspondence was exchanged among the parties with a view to facilitating DIAND's review of the claim.⁸ On July 25, 1997, the Commission scheduled a conference call which dealt with the status of the review.⁹ DIAND informed the parties that it would provide a written response to the claim on August 1, 1997, and that the parties would meet on October 6, 1997, to discuss the response with members of the First Nation and their counsel.

On August 1, 1997, DIAND provided a written summary of the preliminary federal position on the claim of the Nekaneet First Nation claim on a "without prejudice" basis.¹⁰ The preliminary position was to reject the claim, except

- 5 Indian Claims Commission, Planning Conference, Nekaneet First Nation, Treaty Entitlement for Benefits, Summary, Regina, November 21, 1996.
- 6 Indian Claims Commission, Planning Conference, Nekaneet First Nation, Treaty Entitlement for Benefits, Summary, Regina, November 21, 1996. See also ICC, *Report on the Inquiry into the Claim of the Mikisew Cree First Nation* (Ottawa, March 1997), reported in (1998) 6 ICCP 183, for a discussion of constructive rejection.
- 7 Indian Claims Commission, Planning Conference, Nekaneet First Nation, Treaty Entitlement for Benefits, Summary, Regina, November 21, 1996.
- 8 Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Belinda Cole, DIAND, January 24, 1997; Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Cynthia Shipton-Mitchell, Acting Senior Counsel, Specific Claims, DIAND, March 3, 1997; Cynthia Shipton-Mitchell, Acting Senior Counsel, Specific Claims, DIAND, to Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, March 6, 1997; Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Cynthia Shipton-Mitchell, Acting Senior Counsel, Specific Claims, DIAND, May 6, 1997; Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Cynthia Shipton-Mitchell, Acting Senior Counsel, Specific Claims, DIAND, June 6, 1997; Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneet First Nation, to Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, June 6, 1997; Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneet First Nation, and Perry Robinson, Policy Directorate, Specific Claims Branch, DIAND, June 17, 1997.
- 9 Kathleen Lickers, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneet First Nation, and Jocelyn Stoute, Specific Claims Branch, DIAND, July 25, 1997.
- 10 Michel Roy, Director General, Specific Claims, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, August 1, 1997.

for the entitlements to receive farming and agricultural implements, subject to additional research on the matter.

In response, the First Nation requested a letter of support from the Commission for its application to DIAND's Research Funding Division. To maintain its neutrality, the Commission declined to provide such support.¹¹ It did, however, offer to provide the Research Funding Division with a brief summary of the claim and its status at the Commission.¹²

On November 4, 1997, the Commission advised DIAND that the Nekaneeet First Nation had entered the Commission's inquiry process and that additional research was therefore required.¹³ The research, including an analysis of the claim, was provided by DIAND on March 27, 1998.¹⁴ The Commission advised the parties of the status of the claim throughout the year.¹⁵ On October 23, 1998, Canada offered to accept the First Nation's claim for negotiation of a settlement, with respect to its claim to agricultural benefits under Treaty 4; Canada also offered to negotiate ammunition and twine benefits.¹⁶ This report sets out the background to the First Nation's claim and is based entirely on the documents the First Nation provided to the Commission, as well as the March 1998 Specific Claims Branch Report.¹⁷ In view of Canada's decision to accept the claim for negotiation of a settlement, no further steps have been taken by the Commission to inquire into the claim, and we make no findings of fact. This report contains a brief summary of the claim and is intended only to inform the public about the nature of the issues involved.

MANDATE OF THE INDIAN CLAIMS COMMISSION

The Commission was established in 1991 to assist First Nations and Canada in the negotiation and fair resolution of specific claims. The Commission is

- 11 Seetal Sunga, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneeet First Nation, September 15, 1997.
- 12 Seetal Sunga, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneeet First Nation, September 15, 1997.
- 13 Seetal Sunga, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Sharmar Glyn, Chief, Research Funding Division, DIAND, November 4, 1997.
- 14 Cover letter, Barb Fritzell-Bear, Senior Policy Advisor, Policy and Research, Specific Claims Branch, to Ralph Keestickqayash, Associate Counsel, Indian Claims Commission, March 27, 1998, attaching Specific Claims Branch, T.M. Hornik, Analysis of the Claim of the Nekaneeet First Nation Regarding Agricultural Benefits, January 31, 1998 (hereinafter Specific Claims Branch Report).
- 15 Ralph Keestickqayash, Associate Counsel, Indian Claims Commission, to Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneeet First Nation, May 7, 1998; Ron Maurice, Commission Counsel, Indian Claims Commission, to Thomas Waller, QC, Counsel to Nekaneeet First Nation, and Jocelyn Stoele, Specific Claims Branch, DIAND, May 7, 1998.
- 16 Warren Johnson, Assistant Deputy Minister, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneeet First Nation, October 23, 1998 (Appendix B).
- 17 See discussion on page 108.

empowered to inquire into and report on whether or not Canada properly rejected a specific claim:

AND WE DO HEREBY advise that our Commissioners on the basis of Canada's Specific Claims Policy published in 1982 and subsequent formal amendments or additions as announced by the Minister of Indian Affairs and Northern Development (hereinafter "the Minister"), by considering only those matters at issue when the dispute was initially submitted to the Commission, inquire into and report on:

- a) whether a claimant has a valid claim for negotiation under the Policy where that claim has already been rejected by the Minister; and
- b) which compensation criteria apply in negotiation of a settlement, where a claimant disagrees with the Minister's determination of the applicable criteria.¹⁸

If the Commission had completed the inquiry into the Nekaneet First Nation's claim, the Commissioners would have evaluated that claim based on Canada's Specific Claims Policy. DIAND has explained the policy in a booklet entitled *Outstanding Business: A Native Claims Policy – Specific Claims*.¹⁹ In particular, the booklet states that, when considering specific claims:

The government's policy on specific claims is that it will recognize claims by Indian bands which disclose an outstanding "lawful obligation," i.e., an obligation derived from the law on the part of the federal government.

A lawful obligation may arise in any of the following circumstances:

- i) The non-fulfillment of a treaty or agreement between Indians and the Crown.
- ii) A breach of an obligation arising out of the *Indian Act* or other statutes pertaining to Indians and the regulations thereunder.
- iii) A breach of an obligation arising out of government administration of Indian funds or other assets.
- iv) An illegal disposition of Indian land.

The policy also addresses the following types of claims, which fall under the heading "Beyond Lawful Obligation":

- i) Failure to provide compensation for reserve lands taken or damaged by the federal government or any of its agencies under authority.

¹⁸ Commission issued September 1, 1992, pursuant to Order in Council PC 1992-1730, July 27, 1992, amending the Commission issued to Chief Commissioner Harry S. LaForme on August 12, 1991, pursuant to Order in Council PC 1991-1329, July 15, 1991; reprinted in (1994) 1 ICCP xv.

¹⁹ DIAND, *Outstanding Business: A Native Claims Policy – Specific Claims* (Ottawa: Minister of Supply and Services, 1982), 20; reprinted in (1994) 1 ICCP 171-85 (hereafter *Outstanding Business*).

-
- ii) Fraud in connection with the acquisition or disposition of Indian reserve land by employees or agents of the federal government, in cases where the fraud can be clearly demonstrated.²⁰

The Commission has the authority to review thoroughly, with both the claimant and the government, the historical and legal bases for the claim and the reasons for its rejection. The *Inquiries Act* gives the Commission wide powers to conduct such an inquiry, to gather information, and even to subpoena evidence if necessary. If, at the end of an inquiry, the Commission concludes that the facts and law support a finding that Canada owes an outstanding lawful obligation to the claimant First Nation, it may recommend to the Minister of Indian Affairs and Northern Development that the claim be accepted for negotiation.

THE CLAIMS PROCESS

As outlined in *Outstanding Business*, a First Nation may submit its specific claim to the Minister of Indian Affairs, who acts on behalf of the Government of Canada. The claimant First Nation begins the process by submitting a clear and concise statement of claim, along with comprehensive historical and factual background on which the claim is based. The claim is referred to DIAND's Specific Claims Branch, which usually conducts its own confirming research into a claim, makes claim-related research findings in its possession available to the claimants, and consults with them at each stage of the review process.

Once all the necessary information has been gathered, the facts and documents will be referred to the Department of Justice for advice on the federal government's lawful obligation. Generally, if the Department of Justice finds that the claim discloses an outstanding lawful obligation, the First Nation is so advised, and the Specific Claims Branch will offer to enter into compensation negotiations.

The Commission's Planning Conferences

In view of the Commissioners' broad authority to "adopt such methods . . . as they may consider expedient for the conduct of the inquiry," they have placed great emphasis on the need for flexibility and informality and have encouraged the parties to be involved as much as is practicable in the plan-

²⁰ *Outstanding Business*, 20; reprinted in (1994) 1 ICCP 179-80.

ning and conduct of the inquiry. To this end, the Commission developed the planning conference as a forum in which representatives of the First Nation and Canada meet to discuss and resolve issues in a cooperative manner.

Planning conferences have routinely been arranged and chaired by the Commission to plan jointly the inquiry process. Briefing material is prepared by the Commission and sent to the parties in advance of the planning conference so as to facilitate an informed discussion of the issues. The main objectives of the planning conference are to identify and explore the relevant historical and legal issues; to identify which historical documents the parties intend to rely on; to determine whether the parties intend to call elders, community members, or experts as witnesses; and to set time frames for the remaining stages of the inquiry, in the event that the parties are unable to resolve the matters in dispute. The first planning conference also allows the parties an opportunity to discuss whether there are any preliminary issues with regard to the scope of the issues or the mandate of the Commission.

Depending on the nature and complexity of the issues, there may be more than one planning conference. The parties are given an opportunity, often for the first time, to discuss the claim face to face. The parties themselves are able to review their position in the light of new or previously unrevealed facts and the constantly evolving law. Even if the planning conferences do not lead to a resolution of the claim and a formal inquiry process is necessary, they assist in clarifying issues and help make the inquiry more effective.

PART II

HISTORICAL BACKGROUND

BACKGROUND TO THE FIRST NATION'S CLAIM

As this claim was accepted before an inquiry was complete, the Commission makes no finding of fact. This background summarizes documents provided to the Commission by the First Nation and Canada.

The Nekaneet First Nation is located in southwestern Saskatchewan. On September 15, 1874, Treaty 4 was entered into between Canada and First Nations in the area. At that time, "Front Man" or "Foremost Man" (the English name for "Ne-can-ete") was the leader of what became known as the Nekaneet Band. This claim raises three questions of historical fact: whether Foremost Man and his followers were separate or a part of the Kahkewistahaw Band; whether they received treaty entitlements including reserve land; and whether they took up agriculture, thereby entitling them to agricultural benefits under Treaty 4.

The Nekaneet First Nation takes the position that, at the time Treaty 4 was signed by Chief Kahkewistahaw at Fort Qu'Appelle, Foremost Man was the leader of a separate band and was not at Fort Qu'Appelle at the time of the treaty's signing but was instead living in the area around Cypress Hills.²¹ "Ne-can-ete," however, was noted on the 1875 and 1876 Treaty 4 paylists for the Kahkewistahaw Band.²²

Treaty 4 includes the following obligations, which were undertaken by Canada:²³

21 1987 Nekaneet Claim Submission, p. 1.

22 The historical context for the signing of Treaty 4 has been dealt with by the Commission in its March 1996 *Report on the Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Kawacatoose First Nation*, and in the November 1996 *Report on the Inquiry into the Treaty Land Entitlement Claim of the Kahkewistahaw First Nation*, reported in (1996) 5 ICCP 73 and (1998) 6 ICCP 21, respectively. The Kahkewistahaw report has a more complete description of Foremost Man and his relationship to the Kahkewistahaw Band.

23 "The Qu'Appelle Treaty, Number Four," September 15, 1874, reprinted in Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians* (1880; reprint, Toronto: Coles, 1979), 330-35, cited in Specific Claims Branch Report, attached doc. 1 [Note: The Specific Claims Branch Report contains numbered documents, which are attached to the report and/or included in the Appendix.]

As soon as possible after the execution of this treaty Her Majesty shall cause a census to be taken of all the Indians inhabiting the tract hereinbefore described, and shall, next year, and annually afterwards for ever, cause to be paid in cash at some suitable season to be duly notified to the Indians, and at a place or places to be appointed for that purpose, within the territory ceded, each Chief twenty-five dollars; each Headman not exceeding four to a band, fifteen dollars; and to every other Indian man, woman and child, five dollars per head; such payment to be made to the heads of families for those belonging thereto, unless for some special reason it be found objectionable.

Her Majesty also agrees that each Chief and each Headman, not to exceed four in each band, once in every three years during the term of their offices shall receive a suitable suit of clothing, and that yearly and every year She will cause to be distributed among the different bands included in the limits of this treaty powder, shot, ball and twine, in all to the value of seven hundred and fifty dollars; and each Chief shall receive hereafter, in recognition of the closing of the treaty, a suitable flag.

It is further agreed between Her Majesty and the said Indians that the following articles shall be supplied to any band thereof who are now actually cultivating the soil, or who shall hereafter settle on their reserves and commence to break up the land, that is to say: two hoes, one spade, one scythe and one axe for every family so actually cultivating, and enough seed wheat, barley, oats and potatoes to plant such land as they have broken up; also one plough and two harrows for every ten families so cultivating as aforesaid, and also to each Chief for the use of his band as aforesaid, one yoke of oxen, one bull, four cows, a chest of ordinary carpenter's tools, five hand saws, five augers, one cross-cut saw, one pit-saw, the necessary files and one grindstone, all the aforesaid articles to be given, once for all, for the encouragement of the practice of agriculture among the Indians.

In short, there was a provision for entitlements to cash payments, clothing, ammunition, and twine, as well as to "cows and plows."

Annuity payments were provided to Foremost Man and his followers under Treaty 4 in 1881 and 1882 at Fort Walsh.²⁴ In 1882, Canada established a policy whereby only those bands that left the Cypress Hills and settled on reserves further north would receive their treaty benefits.²⁵ Foremost Man and his followers refused to relocate north. Then and now, the Nekaneet First Nation takes the position that it had been given a reserve near Maple Creek in 1881 by Canada.²⁶ In any event, the First Nation received no annuity payments between 1882 and 1975.

From 1882 to 1913, Canada denied that a reserve had been set aside for the Nekaneet First Nation, or otherwise for Foremost Man's followers and

24 DIAND file 675/30-14-15-160A; A.E. St. Louis, "Stragglers of Cypress Hills and Vicinity," nd [c. 1945] (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 191). See also 1987 Nekaneet Claim Submission, p. 3.

25 DIAND file 675/30-14-15-160A. A.E. St. Louis, "Stragglers of Cypress Hills and Vicinity," nd [c. 1945] (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 191). See also 1987 Nekaneet Claim Submission, p. 3.

26 Specific Claims Branch Report, pp. 4-5; 1987 Nekaneet Claim Submission, pp. 3-4.

descendants.²⁷ The First Nation cites Indian Affairs correspondence to the effect that during this time period Canada was aware of a separate band that had not been allocated lands.²⁸ In 1913, Canada set aside a reserve of 1440 acres for the “band of Indians living in the vicinity of Maple Creek, in the Province of Saskatchewan.”²⁹

That same year, the Chief Inspector of Indian Agencies recommended that a farm instructor be placed on the Maple Creek Reserve, for the purpose of encouraging the cultivation of land “for gardens and small oat fields.”³⁰ That recommendation was rejected, however. The Chief Inspector continued to ask for a farming instructor, and in 1914 Canada authorized an expenditure of funds to fence the reserve.³¹

Significantly, for the purposes of this claim, it appears that three requests for assistance were made by the First Nation. In 1961, a request was made for horses, as discussed below.³² In 1914, two written requests were made by the Band for unspecified assistance. The first was a letter from a Band representative requesting that Canada dispatch someone “to look into the conditions of our little Reserve . . . as we find it hard to make a living under present conditions, as there is very little work going on at present – and would like the Government to assist us.”³³ On visiting the reserve, the Inspector of Indian Agencies reported that assistance should not be granted “in the way of rations.”³⁴ In his report, he further cautioned against attempts “to start these few Indians farming,” since “their land is not adapted for it and it is not in a farming district.” He went on to state: “[T]he Indians know nothing about farming and will never learn. They can grow a few potatoes every year, but this is all. . . . I saw a small patch of potatoes, poorly put in, and I doubt if they will get anything from it.”³⁵ The Inspector’s editorial comments notwithstanding, this report provides evidence that some farming was taking place on the reserve.

27 Specific Claims Branch Report, p. 5.

28 1987 Nekaneet Claim Submission, pp. 5-6.

29 DIAND file 675/30-14-15-160A; Order in Council PC 2004, August 2, 1913 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 4).

30 National Archives of Canada (hereafter NA), RG 10, vol. 7779, file 27140, Glen Campbell to Duncan G. Scott, December 9, 1913 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 5).

31 Specific Claims Branch Report, p. 5.

32 NA, RG 10, vol. 8829, file 675/15-8, pt. 4, Charles Oakes to Department of Indian Affairs, September 7, 1961 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 61). See discussion on page 105.

33 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, Crooked Legs to Minister of the Interior, May 29, 1914 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 10).

34 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, W.M. Graham to the Secretary, Department of Indian Affairs, June 20, 1914 (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 149).

35 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, W.M. Graham to the Secretary, Department of Indian Affairs, June 20, 1914 (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 149).

The second request for "some assistance" in 1914 came from a member of the Maple Creek Band, on the basis that they were "absolutely destitute."³⁶ The letter went on to describe the state of their farming efforts:

In this district this year there was a total failur[e] of crop and it was impossible for us to obtain anything from our land to sustain us this year and it is in consequence of [this] total failure of the crop that it has [compelled] us to apply to the government for assistance.³⁷

On visiting the reserve, the Inspector arranged for the provision of rations for a dozen "old and infirm" members of the Band, and recommended that the Band be relocated to "one of the existing reserves where there is established management."³⁸ In his report, however, the Inspector determined that "there is a market for wood, pickets and hay and I understand they have about twenty-five loads of the latter for sale."³⁹ The Band refused to move.

Reports from Canada continued to recommend the relocation of the Band through to the mid-1950s, with the Band always refusing to move. The view of the department appears to have been based, rightly or wrongly, on the conclusion that the reserve was made up of lands unsuited for agricultural development.⁴⁰ For instance, in 1944, the department was advised that the Band had broken 15 acres of reserve land, and that there was not enough hay to feed the Band's own horses.⁴¹ Another 1944 report indicated that the Band "showed a certain amount of initiative, they have worked out, generally well, in such work as Haying and harvest, repairing fences etc., and they have rented small parcels of land on shares near the Reserve to try and get their feed and some crop."⁴²

In 1955, the Assistant Regional Supervisor of Indian Agencies, J.T. Warden, recommended that land adjacent to the reserve be purchased, as the existing reserve was well suited for pasture, and the proposed additional

36 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, Stoney Indian to Department of Indian Affairs, October 24, 1914 (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 151).

37 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, Stoney Indian to Department of Indian Affairs, October 24, 1914 (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 151).

38 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, W.M. Graham to the Secretary, Department of Indian Affairs, November 19, 1914 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 153).

39 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, W.M. Graham to the Secretary, Department of Indian Affairs, November 19, 1914 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 153).

40 Specific Claims Branch Report, pp. 5-9.

41 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, M. Christianson to Indian Affairs Branch, May 3, 1944 (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 149).

42 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, Sgt. Fleming to M. Christianson, July 14, 1944 (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 180).

lands produced good crops of hay and coarse grains.⁴³ After further study and investigation, additional lands were set aside for the reserve in 1958 and funding was approved for the provision of farming equipment and livestock.⁴⁴

The scant evidence available indicates that the Band successfully raised cattle in the ensuing decades. In 1961 the Band requested horses, pursuant to its understanding that Treaty 4 provided this benefit.⁴⁵ At the time, Canada expressed the view that Treaty 4 did not entitle the Band to a supply of horses,⁴⁶ but there is no evidence that the request was denied. In 1965, Band members owned 43 head of cattle, which increased to 60 head by 1968.⁴⁷ However, the Specific Claims Branch Report concludes that there is no evidence of the Band cultivating lands, nor of the Band receiving the agricultural equipment as proposed in the mid-1950s.⁴⁸ It appears that the department purchased one bull for the Band in 1958 and replaced it with another in 1963.⁴⁹

No evidence was located that the Band ever received hunting and fishing supplies pursuant to treaty entitlements.⁵⁰ In 1976, Canada denied any entitlement to hunting and fishing supplies to the Band,⁵¹ and as late as 1985 the evidence indicates that the Nekaneet First Nation received no such treaty entitlements.⁵²

In 1975, Canada determined that members of the First Nation were entitled to annuities by virtue of the fact that treaties had been executed on behalf of their ancestors “by the Chiefs of the Bands to which they then belonged.” Further, Canada paid the Band members in accordance with the terms of Treaty 4, on the basis that their reserve was located in territory under that treaty. According to the Specific Claims Branch Report, Canada “subse-

43 DIAND, J.T. Warden to Indian Affairs Branch, Reserves and Trusts Division, September 19, 1955 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 40).

44 Specific Claims Branch Report, pp. 12-17.

45 NA, RG 10, vol. 8829, file 675/15-8, pt. 4, Charles Oakes to Department of Indian Affairs, September 7, 1961 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 61).

46 NA, RG 10, vol. 8829, file 675/15-8, M.G. Jutras to Regional Supervisor, Saskatchewan, October 18, 1961 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 62); NA, RG 10, vol. 8829, file 675/15-8, R.F. Battle to Superintendent, File Hills–Qu’Appelle Agency, September 15, 1961 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 63).

47 DIAND file 675/23-12, vol. 2, “Annual Inventory of Livestock – Year-end-Inventory as at December 31, [1965]” (Specific Claims Branch Report, attached doc. 65; DIAND file 675/15-8, vol. 5, “Project/Design Authority – 1969-70” (Specific Claims Branch Report, attached doc. 66).

48 Specific Claims Branch Report, p. 15.

49 NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, M.G. Jutras to Regional Supervisor, Saskatchewan, March 21, 1961 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 59); NA, RG 10, vol. 7779, file 27140, H.A. Matthews to Regional Supervisor, Saskatchewan, July 9, 1963 (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 64).

50 Specific Claims Branch Report, p. 15.

51 DIAND file 675/28-3, vol. 8, Director General, Operations to District Manager, Touchwood File Hills–Qu’Appelle District, June 11, 1976 (Specific Claims Branch Report, Appendix A, doc. 72).

52 Specific Claims Branch Report, p. 19.

quently” determined that the Band was entitled to Treaty 4 benefits, subject to the treaty’s terms.⁵³

This summary reflects the evidence available to date. The Specific Claims Branch Report advises that the evidence available was often incomplete, in part because of DIAND’s own practices.⁵⁴

First Nation’s Submissions

1987 Nekaneet Claim Submission

The 1987 Nekaneet Claim Submission⁵⁵ sought compensation for Canada’s alleged failure to provide the following: “farm implements, equipment and suppliers [sic] to the band”; “program and other funding to the band”; and “annual payments to members of the band.” In addition, the Band sought damages “resulting from the Crown’s failure to establish a reserve for members of the band between the signing of Treaty No. 4 and 1913, when lands were first set apart for the use and benefit of the band members.”⁵⁶

The submission refers to facts covering the period from 1874 to the time of its writing in 1987. The evidence cited “relied extensively upon research previously done including a report prepared by Dr John L. Tobias for the Federation of Saskatchewan Indian Nations.”⁵⁷ The First Nation notes that independent verification of that research was not feasible, but that it believes that the information is accurate. Accordingly, the secondary sources cited in the report are not attached as evidence. Instead, references are made to originals that may be obtained from “archival materials of Canada in Ottawa.”⁵⁸ Such references date from 1874 to 1957. The only reference to events subsequent to 1987 is the submission’s final statement in the section entitled Historical Facts:

To this day, the band faces enormous problems in attempting to maintain its members. There are few jobs on the reserve. The land itself continues to be incapable of supporting economic activity to an extent which can benefit more than a very few band members. The vast majority of band members seeking employment are forced to

53 DIAND file E4058-3, vol. 1, J.R. Wright to David Lee, December 3, 1981 (Specific Claims Branch Report, attached doc. 3).

54 Specific Claims Branch Report, p. 1: “[T]he study was hampered by a lack of extensive documentation concerning the Band’s activities over the years. Some of this was due to the Band’s isolation and the belief among some Department officials that the Band was not entitled to treaty benefits. In other cases, Departmental files that potentially could have shed light on the Band’s activities have been destroyed.”

55 See Appendix A.

56 1987 Nekaneet Claim Submission, p. 1.

57 1987 Nekaneet Claim Submission, p. 2.

58 1987 Nekaneet Claim Submission, p. 2.

look off the reserve. The situation can only improve if the band obtains land which can be used as a basis for farming, ranching or other enterprises.⁵⁹

The remainder of the First Nation's submissions on historical facts generally anticipate the evidence cited in the Specific Claims Branch Report.

The Band submits that an "outstanding 'lawful obligation'" arises from the non-fulfilment of Treaty 4 and the breach of the *Indian Act*, pursuant to Canada's Specific Claims Policy. The submission asserts that entitlement to benefits under Treaty 4 is borne out by both the evidence and Canada's own conduct, including the payment of annuities in 1881 and 1882 to Foremost Man and his followers, and the establishment of a reserve in 1913. The Band further submits that DIAND "has, since 1968, recognized the band as a separate band," and later states that economic payments "were resumed in 1968."⁶⁰ The latter statement of fact is not referred to in the submission's own section on Historical Facts; nor does it appear in the body of the submission. Nor does the Specific Claims Branch Report indicate any evidence supporting this particular fact.

The First Nation goes on to make submissions respecting the Crown's fiduciary duty to the claimants, citing *Guerin v. The Queen* in support.⁶¹ The 1987 submission states that the duty was recognized by the Crown in its rendering of economic benefits, however sporadic; by its attempts to relocate the First Nation throughout this century; and by its establishment of the reserve near Maple Creek. The Crown's breach of this fiduciary duty is "clear from a review of the history of the band," and further arises from "the total abdication of the Department's responsibility" to the First Nation.⁶² The 1987 Nekaneet Claim Submission states repeatedly that for many years Canada has been aware of the nature and extent of the First Nation's claim.⁶³

The 1987 Nekaneet Claim Submission seeks the validation of the claim "as quickly as possible." The compensation sought is described only as "substantial," and it is conceded that "some additional work will be required prior to presenting a full and detailed claim for compensation." Further, the First Nation seeks "funding to more accurately determine the extent of the compensation." The authors and their counsel express their willingness to meet

59 1987 Nekaneet Claim Submission, p. 9.

60 1987 Nekaneet Claim Submission, p. 11.

61 Specific Claims Branch Report, pp. 11-12. Note that, at the time of its writing, *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 SCR 355, was the leading case on point.

62 Specific Claims Branch Report, pp. 12-13.

63 Specific Claims Branch Report, pp. 2, 14.

with DIAND officials and to assist in any further research required to move the process forward, for which an “early response” is requested.⁶⁴

1996 Band Council Resolution

The Nekaneet First Nation passed a Band Council Resolution on August 29, 1996, requesting that the Indian Claims Commission conduct an inquiry into its 1987 claim, and authorizing the disclosure of relevant reports to the Commission.⁶⁵ The resolution attaches the 1987 Nekaneet Claim Submission. The resolution’s preamble states that “the claim has never formally been rejected or accepted by Canada for negotiation although there has been some indication from Departmental officials that Canada believes the scope of the claim is outside of the Specific Claims Policy.”

1998 SPECIFIC CLAIMS BRANCH REPORT

The March 1998 report prepared by Teresa Homik for the Specific Claims Branch on the Nekaneet claim includes the following observations and conclusions:

[T]he evidence does not indicate that the Band made any clear unequivocal “election” or statement that they intended to take up agriculture. . . . The evidence does indicate, however, that the Band did cultivate gardens as early as 1914 . . .

The evidence of agricultural activity on the Reserve in the 1950’s is far less equivocal. . . . [H]owever, no evidence was located that would indicate that the Band received implements or agricultural supplies, other than the bulls discussed above. It also appears that they did not receive treaty hunting and fishing supplies, due to the belief on the part of the Department officials that they were not entitled to those benefits. . . .

In conclusion, therefore, it may be observed that there exists no clear evidence that the Band ever articulated an intention to cultivate or made an express request for farming supplies, other than a 1961 request for horses pursuant to a belief that Treaty 4 provided this benefit. The evidence does not clearly establish that the above request was denied, but it is clear that Departmental officials felt that there was no treaty obligation to provide horses. . . .

It may also be observed that the Band actually carried on certain agricultural activities, albeit in a primitive way, beginning in 1914. These activities ranged from gardens, which apparently failed to the cultivation of feed and forage crops for horses, and culminated in a small scale cattle raising in the 1960’s.⁶⁶

⁶⁴ Specific Claims Branch Report, p. 14.

⁶⁵ Nekaneet First Nation, Band Council Resolution, August 29, 1996.

⁶⁶ Specific Claims Branch Report, pp. 20-21.

PART III

ISSUES

The Nekaneet claim to the Minister raises issues of whether, under Treaty 4, there was an existing and outstanding lawful obligation on the part of Canada to provide agricultural, economic, and other benefits to the First Nation. As stated in the 1987 claims submission, the Nekaneet First Nation seeks compensation for Canada's alleged failure to provide farm implements and equipment, program and other funding, and annuities. The Nekaneet also seek damages resulting from the federal government's failure to establish a reserve until 1913. These issues hinge on the questions of historical fact just discussed. Did the Nekaneet First Nation exist as a Band separate from the Kahkewistahaw in 1874, therefore entitling the Nekaneet to treaty land and other benefits? Did the Nekaneet take up agriculture, therefore entitling them to treaty agricultural benefits?

PART IV

SUBMISSIONS

As discussed previously, the parties initially disagreed as to whether the Commission was authorized to conduct an inquiry. The question was whether the First Nation's claim had been rejected by the Minister. In 1996, the claimant asked the Commission to conclude that DIAND's conduct in the almost 10 years since the First Nation submitted its claim was tantamount to a rejection.⁶⁷ DIAND's preliminary position was that a lawful obligation did not arise out of the claim, subject to the following finding, as stated in its letter of August 1, 1997:

However, with respect to the First Nation's allegation that Canada was obligated to provide the First Nation with farming and agricultural implements, it is our position that the Nekaneet First Nation may be entitled to receive farming implements if its members choose to take up the pursuit of cultivating the soil or raising stock on reserve. Nonetheless, additional research may be required to determine whether or not the First Nation received this entitlement in the past.⁶⁸

DIAND discussed each of the First Nation's claims under the following headings.

FARMING AND AGRICULTURAL IMPLEMENTS

As discussed in DIAND's letter, Treaties 4 and 6 provide for certain farming and agricultural implements to be supplied to First Nations for purposes of self-sufficiency. The articles, machines, and cattle referred to in the treaties were to be given "once and for all, for the encouragement of the practice of agriculture among the Indians." The treaties stipulate that the quantity of the equipment provided is determined on a per family basis, if the family chose

⁶⁷ See page 108 for a discussion of the 1996 Band Council Resolution.

⁶⁸ Michel Roy, Director General, Specific Claims, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, August 1, 1997.

an agricultural way of life. That is, Treaty 4 states that the items are to be supplied to any Treaty 4 First Nation:

who are *now actually* cultivating the soil, or who shall hereafter settle on their reserves and commence to break up the land, that is to say: two hoes, one spade, one scythe and one axe for every family *so actually cultivating*, and enough seed wheat, barley, oats and potatoes to plant such land as they have broken up; also one plough and two harrows for every ten families *so cultivating as aforesaid*, and also to each Chief for the use of his band as aforesaid, one yoke of oxen, one bull, four cows, a chest of ordinary carpenter's tools, five hand saws, five augers, one cross-cut saw, one pit-saw, the necessary files and one grindstone.⁶⁹

DIAND then described the prerequisite elements for receipt of farming and agricultural implements as follows: "1. The band must elect a reserve; and 2. The band must elect a) to cultivate their soil or b) to raise stock."⁷⁰

DIAND denied that there was an outstanding lawful obligation to provide the farming and agricultural entitlements until such time as "the First Nation chooses, after reserve land has been selected, to take up the pursuit of cultivated the soil or raising stock." On request and receipt of such implements, the obligation will be fulfilled.⁷¹

According to DIAND, there remained a question of fact that required "additional research to determine whether the First Nation received this entitlement in the past." If the 1987 claim constituted an election or request for the implements, then these entitlements would be provided "based on the number of families who state their intention to cultivate the soil and raise cattle on reserve."⁷² According to DIAND, the First Nation could instead elect to "continue the traditional activities of hunting and fishing," in which case it would be entitled to ammunition and twine.⁷³

69 "The Qu'Appelle Treaty, Number Four," September 15, 1874, reprinted in Alexander Morris, *The Treaties of Canada with the Indians* (1880; reprint, Toronto: Coles, 1979), 330-35, cited in Specific Claims Branch Report. Emphasis added.

70 Michel Roy, Director General, Specific Claims, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, August 1, 1997.

71 Michel Roy, Director General, Specific Claims, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, August 1, 1997, p. 3.

72 Michel Roy, Director General, Specific Claims, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, August 1, 1997, p. 3.

73 Michel Roy, Director General, Specific Claims, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, August 1, 1997, p. 3.

PROGRAMS AND OTHER FUNDING

DIAND asserted that there was no outstanding lawful obligation to DIAND programs and services as there was no evidence provided to DIAND indicating "what, if any program and services it applied for, and whether [or] not it has ever been denied access to any such programs or services."⁷⁴

ANNUAL PAYMENTS TO MEMBERS

As the right to annuity payments is personal, DIAND stated that the Specific Claims Policy did not entitle First Nations to advance claims on behalf of its members. "Any outstanding annuity payments that can be recovered by living members of the First Nation, must be recovered by these members directly." To initiate that process, DIAND provided information for contacting the relevant official. A separate official was identified for the purposes of bringing a claim for treaty annuities for deceased band members.⁷⁵

In sum, on August 1, 1997, Canada denied that there was an outstanding lawful obligation, but raised the possibility that agricultural entitlements may be outstanding, subject to further research. As discussed previously, research was provided by DIAND on March 27, 1998.⁷⁶

CANADA'S OFFER TO NEGOTIATE A SETTLEMENT

On October 23, 1998, Canada offered to accept the First Nation's claim to agricultural benefits under Treaty 4 for negotiation of a settlement; as well, Canada offered to negotiate ammunition and twine benefits.⁷⁷ According to Canada, this was the first agricultural benefits claim Canada had ever accepted under Treaty 4, and the first historical claim for agricultural benefits accepted by Canada.⁷⁸ As a result, the Commission has suspended this inquiry.

74 Michel Roy, Director General, Specific Claims, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, August 1, 1997, p. 3.

75 Michel Roy, Director General, Specific Claims, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, August 1, 1997, p. 4.

76 Specific Claims Branch Report.

77 Warren Johnson, Assistant Deputy Minister, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, October 23, 1998 (Appendix B).

78 Warren Johnston, Assistant Deputy Minister, DIAND, to Chief Larry Oakes, Nekaneet First Nation, October 23, 1998 (Appendix B).

PART V

CONCLUSION

Since, at the date of this report, the Minister has agreed to negotiate the claim, the Commission has suspended its inquiry. We make no findings of fact or any comment on the merits of the First Nation's claim for economic benefits under Treaty 4. This report has set out the background to the First Nation's claim, based on documents the First Nation provided, and Canada's response thereto. In making this report, we wish again to affirm that it is essential that procedural and systematic issues in the specific claims process not be allowed to frustrate the timely determination of individual claims, or the timely negotiation and settlement of those claims that have been accepted by Canada for negotiation. Just as fairness was the criterion governing the decision to conduct a Commission inquiry into the First Nation's claim, so fairness to the parties must be the criterion that guides the conduct of both sides in seeking the resolution of a First Nation's claim.

FOR THE INDIAN CLAIMS COMMISSION



P.E. James Prentice, QC
Commission Co-Chair



Roger J. Augustine
Commissioner

Dated this 17th day of March, 1999.

APPENDIX A

1987 NEKANEET CLAIM SUBMISSION

SUBMISSION

TO

THE MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS

BY THE NIKANEET BAND NO. 160A

February 16, 1987

NEKANEET FIRST NATION INQUIRY REPORT

I N D E X

	<u>Page</u>
I INTRODUCTION.....	1
II HISTORICAL FACTS.....	3
III BAND'S POSITION.....	10
IV CONCLUSIONS.....	14
V FOOTNOTE REFERENCES.....	15

CLAIM OF NIKANEET BAND NO. 160A

I INTRODUCTION

This submission is a summary of the claim of the Nikaneet Indian Band No. 160A arising out of the Government of Canada's failure to provide funding to the band and band members during a period extending from 1883 until 1968. The submission is made to the Minister under the government policy entitled "Outstanding Business, a Native Claims Policy."

The band seeks a recognition of the validity of its claim together with compensation for losses and damages sustained. The claim is made on the basis of a failure on the part of Canada to honour the terms of Treaty No. 4 and on the basis of Canada's failure to provide benefits to the band under the terms of the Indian Act as well as on the basis of a breach of the duty owed by the Crown to the band and its members.

Compensation is sought for Canada's failure to provide the following:

1. the failure to provide farm implements, equipment and suppliers to the band,
2. the failure to provide program and other funding to the band, and
3. the failure to provide annual payments to members of the band.

The claim also includes a claim for damages resulting from the Crown's failure to establish a reserve for the members of the band between the signing of Treaty No. 4 and 1913, when lands were first set apart for the use and benefit of band members.

NEKANEET FIRST NATION INQUIRY REPORT

- 2 -

The federal government is aware of many aspects of the within claim since consideration of the historical material was given prior to validation of the band's entitlement claim.

In preparing this submission references are included in the footnotes to historical records or documents. The originals of this documentation are found in the archival materials of Canada in Ottawa. Footnote references which are contained in this submission have relied extensively upon research previously done including a report prepared by Dr. John L. Tobias for the Federation of Saskatchewan Indian Nations. The claimants believe that the footnote references are accurate but have not had the financial resources to verify such footnotes in all cases.

I HISTORICAL FACTS

The facts, which the band submits are relevant to the claim, are briefly summarized as follows:

1. The Nikaneet Band (as it is now known) joined Treaty No. 4 in 1874 under the leadership of Frontman or Foremost Man.¹ Although some of the internal documentation of the Department of Indian Affairs and Northern Development (the Department) suggests that Foremost Man was associated with the Kakuwistahaw Band, the band's view is that Foremost Man was the leader of a separate band. At the time of signing of Treaty No. 4 Foremost Man was not in Qu'Appelle but was in the west in the area around Cypress Hills.

2. Under the terms of Treaty No. 4, Indians were promised annual cash payments in the following terms:

"As soon as possible after the execution of this Treaty, Her Majesty shall cause a census to be taken of all Indians inhabiting the tract hereinbefore described, and shall, next year, and annually afterwards for ever, cause to be paid in cash at some suitable season to be duly notified for that purpose, within the territory ceded, each Chief \$25.00; each headman not exceeding four to a band, \$15.00; and to every other Indian man, woman and child, \$5.00 per head; such payment to be made to the heads of families for those belonging thereto, unless for some special reason it be found objectionable."

The Treaty also included terms for the provision of farm implements, equipment and other supplies.²

3. It is clear from records at the Department that Treaty payments were made to Foremost Man's band in 1881 and in 1882. According to the Department's records the annuity pay list for 1881 showed a band consisting of 428 persons

NEKANEET FIRST NATION INQUIRY REPORT

- 4 -

- receiving payments. In 1882, the pay list showed 300 persons as having been paid. ³.
4. After 1882, annual payments were not made by the Department until they were resumed in 1968.
 5. Following 1882, various reasons were advanced by the Department for not making payments. However, these reasons appear to relate either to the expense of administering a single reserve in the area or the view of some that the presence of the band in the Cypress Hills near the Canada/United States border might cause an international incident. ⁴.
 6. It is clear from the Department records that Foremost Man had been promised a reserve in 1881 and in 1884 still was pursuing his selection. ⁵.
 7. Promises were made to establish a reserve if the band moved north and pressure was put on the band, particularly following the Riel rebellion in 1886. It is apparent that Commissioner Dewdney was of the view that the band should be offered a reserve near Last Mountain. Commissioner Dewdney was not successful in obtaining agreement from the band on the relocation and was not authorized to carry out his alternate plan of jailing the Chief in an attempt to force the band to move. ⁶.
 8. It is apparent that the band remained as a unit, their numbers in fact increasing by the addition of other Indians dissatisfied with their Chiefs or reserves. This larger group appears to have divided into two with one group

- 5 -

- centered around Medicine Hat. The second group however remained with Foremost Man in the Maple Creek area. ⁷.
9. It is clear from the Department's files that the local population around Maple Creek regarded Foremost Man's band as an Indian band. ⁸. In February, 1896, a petition was forwarded to the Minister of the Interior asking that the band be given a reserve in the Cypress Hills promised to it in 1881. ⁹.
 10. In 1906 the Indian Commissioner, David Laird, suggested the establishment of a reserve near the Mounted Police barracks in the Cypress Hills. ¹⁰. The Department however followed the recommendation of Agency Inspector Campbell to the effect that so long as the band remained inoffensive to the settlers and no complaints were heard, no action should be taken. ¹¹.
 11. Frank Pedley, then the Deputy Superintendent General of Indian Affairs, in a letter to William Graham, Inspector of Indian Agencies in the region, acknowledged that there were members of the band who had not been allocated lands. This correspondence reads, in part, as follows:
 - "...these appear to be of two classes, viz, some who belong to bands for whom reserves had been provided in the past, but have refused to live thereon, and some for whom no such provision has been made."
 - "...With regard to the Stragglers for whom lands have not been already provided, and the others if it should be deemed advisable to let them all keep together, the question presents itself as to where and what quantity lands should be allocated to them, and this would seem to depend largely upon the means by which they propose to earn their maintenance in the event of their being willing to take up agriculture, etc. The further question arises as to whether they would require a

- 6 -

farming instructor and what assistance in the form of rations, implements, etc., etc. would be necessary. Of course the numbers in each class have to be ascertained." ^{12.}

It is submitted that this correspondence establishes clearly that the Department was aware and recognized there was a separate band which had not been allocated lands. The correspondence also clearly established the fact that farming equipment and implements promised under the Treaty had not been provided.

12. On August 2, 1913, an Order in Council was passed setting aside Sections 24, 25 and a portion of Section 26 in Township 9, Range 25, W 3rd Meridian, for the Maple Creek Band. This action was taken in spite of the objection of Inspector Graham who continued in his efforts to have the band moved north. ^{13.}
13. From about 1925 until 1968, it appears that the Department simply took the view that the people on the Maple Creek Band were not Treaty Indians and refused on that basis to provide assistance. ^{14.} The basis for this new view by the Department appears to defy both historical fact and logic.
14. Between 1925 and 1944 little was done for the band. In that year the Superintendent of Indian Agencies, a Mr. Christianson and Sergeant Fleming of the Royal Canadian Mounted Police began efforts to acquire additional land for the band. ^{15.} Their efforts were however unsuccessful.
15. Beginning in 1955, Department officials and a local member of Parliament, Irvin Studer, again requested that additional lands be provided to the band. ^{16.} This resulted in the

- 7 -

addition of some lands by Order in Council passed on January 10, 1958. ^{17.}

16. In the 1960s, the Department again reviewed the history of the band and properly concluded that the Nikaneet Band were Treaty Indians. In 1968 band members began to receive annuity payments.
17. Given the Department's refusal to maintain pay lists since 1882, accurate estimates of the band's population throughout the period are difficult. It is clear however that from a high 428 persons in 1881, the population of the band declined. The Department's pay lists for 1882 showed a significant decline to 300 persons. In October, 1908, Inspector Graham reported to Frank Pedley that the band consisted of approximately 89 persons, 40 at Medicine Hat, 30 camped at Maple Creek and 19 more travelling. ^{18.} The population in October, 1914, was recorded as being 21 families totalling 81 persons. ^{19.} A population figure of 80 persons is referred to in April, 1915. ^{20.} By 1924 the population totalled approximately 60 persons, a number which appears to remain relatively constant until about 1944. ^{21.} By 1957 the band had increased to 78 persons with further increases by 1963 to a total membership of 101 individuals of which 83 were ordinarily resident on the reserve.
18. A review of correspondence found in the Archives (R.G. 10, Volume 779, File 27140, of the Headquarter's files, Department of Indian Affairs) confirms that annuity payments

NEKANEET FIRST NATION INQUIRY REPORT

- 8 -

were not made nor were farm implements or supplies provided as was required by Treaty No. 4.

19. Until the passage of the Order in Council creating the reserve in August, 1913, the band did not appear to receive any government assistance whatsoever after cessation of the annuity payments in 1882.
20. Since the establishment of the reserve in 1913, a permanent population has been maintained. The reserve itself is however of poor quality and unable to sustain the present band membership on an economic basis. A description of the original reserve lands is set out in correspondence sent by Sergeant Fleming to Superintendent Christianson and in Christianson's reports to the Department. Excerpts from that correspondence include the following comments:

"All of Sections 24 and 25 and the NE of 26, all in Township 9, Range 24, W 3rd Meridian, this land is covered by scrub poplar approximately 25% and has practically no grazing land thereon, and no hay land whatsoever. It has one good spring in the southwest corner of the southwest quarter of Section 24, which is located in the southwest corner of the reservation proper. The land is on the north slope of the Cypress Bench, is extremely rough, and rocky, and even if cleared is not fit for agriculture. It is located between two portions of the east block of the Forestry Reserve - (Birch Creek Ranger Station) and is only suitable for growing bush."

"This band has no cattle whatsoever, for different reasons, these being that they have no range for them, also no hay land on which to put up feed for them, also that the reservation is such that they could not live on it the year round, having to go out to work to obtain a living, therefore the stock could have practically no attention."

"I do not know who picked it out but I do know if they had looked all over western Canada they could not have found poorer land for a reserve than these Indians have."

- 9 -

"The whole reservation as it now stands would no more than keep the ordinary white family yet we have sixty Indians trying to eke out an existence on it." ^{22.}

21. In 1957, Regional Supervisor Jones wrote to the Department in the following terms:

"...It is physically impossible for this band of Indians, numbering 78, to even exist on their present reserve of 1,440 acres comprised for the most part of barren hills, rocks and coolies, which affords little more sustenance than is required to graze a mere handful of livestock."

"...At the present time, this band of Indians have nothing except an above-average amount of intestinal fortitude." ^{23.}

22. The fact that the band suffered extreme hardship in obtaining access to facilities off the reserve is also evident in this report where it is noted that it was not until 1955 that the children of band members were admitted to local schools.
23. To this day, the band faces enormous problems in attempting to maintain its members. There are few jobs on the reserve. The land itself continues to be incapable of supporting economic activity to an extent which can benefit more than a very few band members. The vast majority of band members seeking employment are forced to look off the reserve. The situation can only improve if the band obtains land which can be used as a basis for farming, ranching or other enterprises.

- 10 -

II BAND'S POSITION

Under the terms of the Native Claims Policy Canada has recognized "outstanding business between Indians and government which for the sake of justice, equity and prosperity now must be settled without further delay." Included within the policy under the heading "Lawful Obligation" is the following:

"The government's policy on specific claims is that it will recognize claims by Indian bands which disclose an outstanding "lawful obligation," i.e. an obligation derived from the law on the part of the federal government.

Lawful obligation may arise in any of the following circumstances:

- (i) The non-fulfillment of a Treaty or agreement between Indians and the Crown.
- (ii) The breach of an obligation arising out of the Indian Act or other statutes pertaining to Indians and the regulations thereunder." (page 20)

It is the band's view that its claim may be supported under both of the foregoing heads.

In addition, since adoption of the Native Claims Policy, the Supreme Court of Canada in decision of Guerin v. Her Majesty the Queen has recognized that the Crown owes a fiduciary or trust obligation to Indians and Indian bands. It is the band's view that the circumstances of this case disclose a breach of that duty, be it categorized as a fiduciary duty or trust obligation towards the band and its members.

It should be beyond dispute that the band led by Frontman or Foremost Man was entitled to the benefits of Treaty No. 4. The Department acknowledged his and the band's status following the

- 11 -

signing of Treaty No. 4 by making annuity payments in 1881 and 1882.

The Department's conduct following that year cannot change the nature of its obligations. In fact, the reasons suggested by the Department over the years to justify its treatment of the band cannot be supported.

A further recognition of the band as a band entitled to benefits under both Treaty No. 4 and under the terms of the Indian Act is found in the establishment of the reserve by Order in Council in 1913. Having established the reserve it is difficult to understand the denial of further benefits to the band and its members.

The Department in the 1960s conducted a review of its records and has, since 1968, recognized the band as a separate band.

It is beyond question that the band was entitled to receive benefits due to a band under the Treaty and the Indian Act for the period from 1882 until payments were resumed in 1968.

On the basis of the facts outlined herein and other documentation within the Department's records, there would appear to be little question as to the validity of the band's claim and as to its right to receive compensation.

With respect to the band's claim based upon either breach of trust or breach of the Crown's fiduciary obligation, the Supreme Court of Canada in the Guerin decision has clearly held that in a legal sense the Crown may be held liable for damages should it breach the duty owed to the Indian people of Canada. In this

- 12 -

instance, whether the obligation be categorized as one of a fiduciary obligation or one of trust, the actions of the Crown towards the band and its members would clearly suggest a breach of the obligation.

The Crown initially recognized its duty towards the band by making Treaty payments. Subsequent recognition of the band's status can be found in the repeated attempts over periods in excess of forty years to have the band relocated. Finally, even after establishment of the reserve near Maple Creek, it appears that the Department treated the band and its members as if they were not Treaty Indians for a period in excess of forty years. The actions of the Department towards the band can best be summarized in the language adopted by Dixon, J. (as he then was) in the Guerin decision where he described the actions of the Crown towards the Musqueam Indian Band as being unconscionable in nature.

While the Guerin decision is one dealing with a surrender of lands, the reasoning applied in that case can, nonetheless, be applied to the Nekanee Band's claim. Under Treaty No. 4, the band gave up its claim to large tracts of land in return for certain promises. It is clear from a review of the history of the band that the government (for reasons which suited itself) did not fulfill the terms of the Treaty.

Further, the scheme set forth in the Indian Act places the Crown in a pre-eminent position to control the lives of Indians, their reserves, their property and their commerce. While the precise nature of the obligation of the Crown under the Indian

- 13 -

Act might be debated, the total abdication of the Department's responsibility as in this case must result in the validation of the band's claim if the Native Claims Policy is to have any meaning at all.

- 14 -

III CONCLUSIONS

It is submitted that the claim of the Nikaneet Band No. 160A is clearly outlined in this submission and in material in the possession of the Department. The Department has been aware of the nature and extent of the band's claim for many years.

The band therefore asks that the Minister take steps to validate its claim as quickly as possible. Although the band believes that the value of its claim is substantial, it recognizes that some additional work will be required prior to presenting a full and detailed claim for compensation. The band would ask that upon validation of the claim, access be granted for funding to more accurately determine the extent of the compensation which should be negotiated.

The band and its solicitors, Messrs. Olive, Waller, Zinkhan & Waller, are prepared to meet you and your officials at your convenience and to assist in any further research which may be required in order to validate the claim. An early response in this regard would be appreciated.

All of which is respectfully submitted on behalf of the band this ____ day of February, A.D. 1987.

NIKANEET BAND NO. 160A

Per: _____
Chief Gordon Oakes

Per: _____
John Oakes, Councillor

Per: _____
Larry Oakes, Councillor

V FOOTNOTE REFERENCES

1. Treaty No. 4, dated September 15, 1874, approved November 4, 1976, P.C. No. 1322; IAND Publication No. -OS-0572-000-EE-A-1.
2. Ibid, See also Memorandum signed by A. MacKenzie seeking Privy Council approval of the Treaty; IAND Publication No. -OS-0572-000-EE-A-1.
3. Departmental Annuity Pay Lists for 1881 and 1882 recording payments made at Fort Walsh entitled "Foremost Man Band" and "Front Man's Band."
4. R.G. 10, Vol. 3652, Files 8589-1 & 2, Vol. 3691, File 13893.
5. Ottawa, Public Archives, Record Group 20, Indian Affairs Telex, Vol. 3757, File 31,333, letter Allen to Asst. Commissioner Galt, Mar. 31, 1881; File 31397, letter Allen to Dewdney, July 5, 1881, letter Dewdney to Superintendent. General of Indian Affairs, August 18, 1883, letter - Inspector Wadsworth to Dewdney August 14, 1884, letter - Col. Irvin to Comm., August 27, 1884.
6. R.G. 10, Box 390, 858, File 27140 Dewdney to Superintendent General, February 15, 1886.
7. R.G. 10, Vol. 7779, File 27410, W. G. Graham, Inspector of Indian Agencies to F. Pedley, Deputy Superintendent General, Indian Affairs, October 3, 1908.
8. See, for example, footnote 9, supra, letters from George Gunn to J. A. MacDonald, February 21, 1887, letter from J. J. English, local rancher, to J. F. Sanderson dated May 18, 1897; Petition of J. F. Sanderson to the Minister dated May 25, 1897. Other correspondence in R.G. 10, Vo.. 7779, File 27410.
9. Petition of February 1896 signed by local residents and presented to the Minister.
10. R.G. 10, Box 390, 850, File 27140, Commissioner Laird to the Sec. Deputy of Indian Affairs, May 3, 1906.
11. Ibid, Campbell to Deputy Superintendent General, May 10, 1906.
12. F. Pedley, Deputy Superintendent General to W. M. Graham, Inspector of Indian Agencies, May 7. 1908.
13. Order in Council dated August 2, 1913.
14. The source of this view appears to have begun with a letter from Agent Murison to Commissioner Graham dated January 12, 1925.

- 16 -

15. Christianson to Indian Affairs, June 16 and August 3, 1944; Sgt. Fleming to Christianson, July 14, 1944.
16. See , for example, letter from Regional Supervisor to Indian Affairs, Ottawa dated September 19, 1955; letter from Supervisor Jones to Indian Affairs, Ottawa, January 31, 1957.
17. Order in Council, January 10, 1958.
18. R.G. 10, Vol. 7779, File 27140, Headquarters File, letter, Inspector W. M. Graham to Frank Pedley, Deputy Superintendent General Indian Affairs, October 3, 1908.
19. Ibid, letter from "Stoney Indian" to Department of Indian Affairs, Ottawa dated October 23, 1914.
20. Ibid, letter from P.M.O. Turner, Medicine Hat, to Department of Indian Affairs, Ottawa, August 5, 1915.
21. Ibid, letter, N. McTaggart, M.P., Gull Lake, Sask. to Department of Indian Affairs, August 4, 1924.
22. Ibid, Sgt. Fleming, Maple Creek R.C.M.P. to Superintendent Christianson, Regina, July 14, 1944.
23. Ibid, E. S. Jones, Reg. Supervisor Indian Agencies to Indian Affairs Branch, Ottawa, January 31, 1957.
24. Ibid, E. S. Jones, Reg. Supervisor Indian Agencies to Indian Affairs Branch, Ottawa, January 31, 1957.

APPENDIX B

GOVERNMENT OF CANADA'S OFFER TO ACCEPT CLAIM



Indian and Northern
Affairs Canada

Assistant Deputy Minister

Ottawa, Canada
K1A 0H4

Affaires indiennes
et du Nord Canada

Sous-ministre adjoint

OCT 23 1998

Chief Larry Oakes
Nekaneet First Nation
P.O. Box 548
MAPLE CREEK SK S0N 1N0

WITHOUT PREJUDICE

Dear Chief Oakes:

On behalf of the Government of Canada and in accordance with the Specific Claims Policy (SCP), I offer to accept the Nekaneet First Nation's (NFN) agricultural and ammunition and twine benefits claim under Treaty No. 4 for negotiation of a settlement, as set out below.

For the purpose of negotiations and within the meaning of the SCP, Canada accepts that the NFN has sufficiently established that Canada has a lawful obligation with respect to the provision of agricultural benefits and ammunition and twine under Treaty No. 4.

The settlement of this claim will be done in accordance with Canada's SCP, as outlined in the book *Outstanding Business*. Any offer of compensation will be guided by the compensation criteria outlined in *Outstanding Business* as follows:

- 1) As a general rule, a claimant band shall be compensated for the loss it has incurred and the damages it has suffered as a consequence of the breach by the federal government of its lawful obligations. This compensation will be based on legal principles; and

.../2

Canada

Printed on recycled paper - Imprimé sur papier recyclé

- 2 -

- 2) Any compensation paid in respect to a claim shall take into account any previous expenditure already paid to the claimant in respect of the same claim.

The NFN claim is the first agricultural benefits claim Canada has accepted under Treaty No. 4, and is the first historical claim for agricultural benefits accepted by Canada. In order to better prepare for negotiation, Canada must conduct further work on compensation requirements. We regret this further delay, but hope to be in a position to initiate the negotiation process early next year.

The steps in the negotiation process which will be followed include: negotiations toward a settlement agreement; drafting of a settlement agreement; concluding the agreement; ratifying the agreement; and finally, implementation of the agreement.

Throughout the claims process, Canada's files, including all documents submitted to Canada concerning the claim, are subject to Access to Information and Privacy legislation in effect.

All negotiations are conducted on a "without prejudice" basis. Canada and the NFN acknowledge that all communications, whether oral, written, formal or informal, are made with the intention of encouraging settlement of the dispute between the parties only, and are not intended to constitute admissions by any party.

The acceptance of the claim for negotiations is not to be interpreted as an admission of liability or fact by Canada. In the event that settlement cannot be reached and litigation ensues, Canada reserves the right to plead all defences available to it, including limitation periods, laches and lack of admissible evidence.

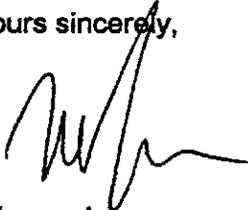
In the event that a final settlement is reached, the settlement agreement must contain a release from your First Nation ensuring that this claim cannot be reopened. As part of the settlement, Canada will also require an indemnity from your First Nation.

.../3

- 3 -

If you have any questions or concerns which you wish to raise prior to the initiation of negotiations, please contact Anne-Marie Robinson, Director, Policy and Research at (819) 953-1987.

Yours sincerely,



Warren Johnson
A/Assistant Deputy Minister
Claims and Indian Government

c.c.: Thomas Waller
Jake Tootoosis
Bill Bernhardt
Audrey Stewart

INDIAN CLAIMS COMMISSION

MOOSE DEER POINT FIRST NATION INQUIRY POTTAWATOMI RIGHTS

PANEL

Commissioner Carole T. Corcoran
Commissioner Roger J. Augustine

COUNSEL

For the Moose Deer Point First Nation
Gary Nelson

For the Government of Canada
Perry Robinson

To the Indian Claims Commission
David E. Osborn, QC / Ralph Keesickquayash / Tom Gould

MARCH 1999

CONTENTS

PART I	INTRODUCTION	139
	Procedural Background to the Inquiry	139
	Map 1 Moose Point Indian Reserve	79 140
	Mandate of the Indian Claims Commission	145
PART II	HISTORICAL CIRCUMSTANCES	147
	Preamble	147
	Map 2 Traditional Pottawatomi Territory and Modern Location	148
	Pottawatomi Relations with Europeans to the War of 1812	150
	The French Era, 1600s to 1763	150
	Early British Indian Policy and Practice, 1750s and 1760s	151
	The American Revolution and the Struggle for Homelands, 1775-94	153
	Offer of Asylum in Canada, 1795	155
	Councils at Amherstburg, 1808 and 1810	155
	The War of 1812	156
	Situation after the War of 1812	158
	Presents	158
	American Treaties and Removal, 1830s	159
	The Policy of Civilization and Christianization, 1830-35	160
	Map 3 Claim Area in Southwestern Ontario	162
	Head's Plan for the Indians of Upper Canada, 1836	164
	Chief Superintendent Jarvis's Address, 1837	170
	Difficulties with Head's Proposals	175
	Migration to Canada and the Aftermath	186
	Pottawatomi Immigration/Migration from 1837	186
	Moose Deer Point Settlement	190
	Robinson-Huron Treaty, 1850, and Williams Treaty, 1923	192
	Pottawatomi Approach Other Bands, 1877	193
	Chief Paudash and the Historical Societies, 1904	199
	Campaign for Inclusion in Christian Island Band, 1911-16	200
	Land Base Acquired at Moose Deer Point, 1917	205
	Request to Adhere to Robinson Treaties, 1932	211
PART III	ISSUES	213

PART IV ANALYSIS	214
Issue 1: Promises to the Indians	214
Issue 2: Nature and Scope of the Crown's Promises	215
Did the Promises Constitute a Treaty	216
Principles of Treaty Interpretation	216
Capacity to Enter into Treaty	223
Solemnity	236
Mutuality	242
Intention	246
The Substance of the Promises	253
Principles of Treaty Interpretation	253
Presents	257
Land and Protection	268
Land	276
Protection	282
Equality	289
Issue 3: LAWFUL OBLIGATION	292
 PART V RECOMMENDATIONS	 297
 APPENDIX	 299
A Moose Deer Point First Nation Inquiry – Pottawatomi Rights	299

PART I

INTRODUCTION

The members of the Moose Deer Point First Nation (the First Nation) are Anishnabe people of predominantly Pottawatomi and Ottawa (Odawa) heritage who are extensively intermarried with the Chippewa (Ojibwa).¹ Their one reserve, Moose Point Indian Reserve (IR) 79, consists of three small parcels of land on a point on the east side of Lake Huron's Georgian Bay (see map 1 on page 140).² After 1763, the Pottawatomi ancestors of the First Nation fought as allies of the British to defend their home territory around Lake Michigan. During the War of 1812, they again fought with the British to defend Upper Canada from American incursions, as they did during the Rebellions of 1837-38. Of central importance to the present claim is the fact that many of Britain's Indian allies living in the United States relocated permanently to Canadian territory during the 1830s, relying, according to the First Nation, on promises made to them by the Crown's representatives.

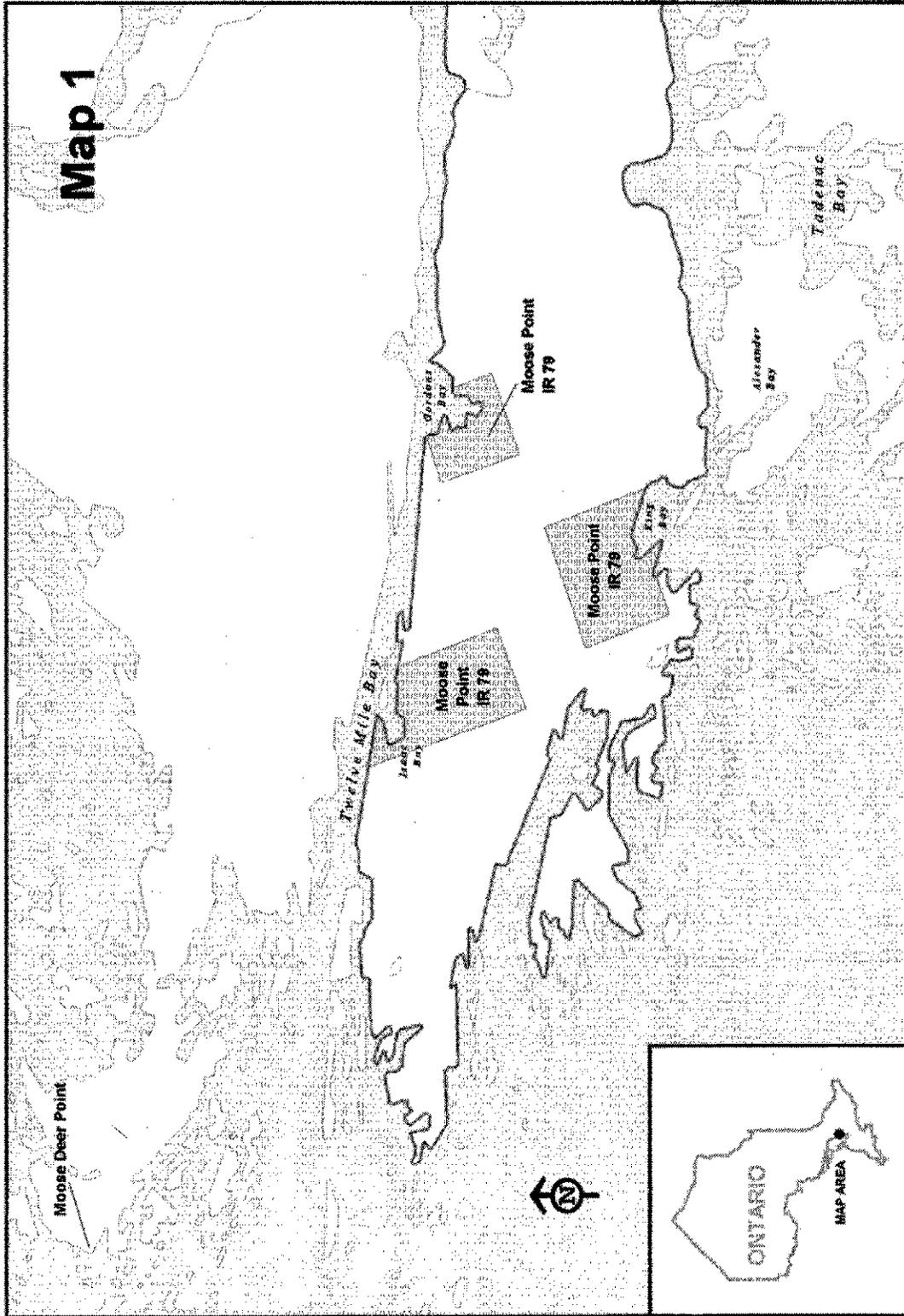
PROCEDURAL BACKGROUND TO THE INQUIRY

This inquiry was convened to consider the First Nation's claim that Canada owes it an outstanding lawful obligation based on these promises alleged to have been made by the Crown to its allies, including the ancestors of Moose Deer Point First Nation. The inquiry therefore required the Indian Claims Commission (the Commission) to examine the history of the Pottawatomi Nation, to determine what types of promises, if any, were made to the First Nation, and to determine the legal effect of any promises made. As jointly framed by the parties, the issues under consideration were the following:

- Were promises made by the Crown to its allies, including ancestors of the Moose Deer Point First Nation?

¹ Written Submission on Behalf of Moose Deer Point First Nation, August 1, 1997, p. 2.

² The main village on the reserve has been known variously over the years as Moose Point, Moose Deer Point, Partridge Bay, King's Bay, or Alexander Bay.



- If promises were made by the Crown to its allies, including ancestors of the Moose Deer Point First Nation, what were the nature and the scope of the promises?
- Does the Crown have an outstanding lawful obligation to the Moose Deer Point First Nation?

This claim for recognition of Pottawatomi rights in Canada was first submitted to the Specific Claims Branch of the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) by the Moose Deer Point First Nation in April 1995. At that time, the First Nation contended that “[t]he Crown’s obligation arose out of [its] invitation . . . to its allies to settle permanently in Upper Canada, and to continue to enjoy the goods that had been given in furtherance of the treaties of military alliance”; the obligation also arose out of the Crown’s offer of protection to its Indian allies.³ Moose Deer Point submitted that, as a result of these promises, it became and continues to be entitled to “rights of use and occupation in the traditional territory of the Chippewas and Ojibwas of Georgian Bay” as well as the other unsurrendered “Pottawatomi rights” of annual presents and ongoing protection. The First Nation further submitted that its use and occupation of the Georgian Bay territory have been “impaired” without compensation by the development and settlement of the land without reference to, or protection of, the rights of the First Nation.⁴

Canada delivered its answer to the First Nation on August 18, 1995. At that time, Judy Glover, the Acting Director of Specific Claims East/Central, took the “preliminary position” that “the claim fails to demonstrate any outstanding lawful obligation”:

Although there are gaps and weaknesses in the historical record, we are prepared to accept that the Moose Deer Point First Nation is most likely descended from Chief Ogemahwahjwon,⁵ a Pottawatomi who migrated to Canada from the United States in the mid-1830s. It appears that this chief and his followers were allies of the British during the War of 1812. There is some evidence which indicates that the British

3 Berger & Nelson, Barristers & Solicitors, “Re: Moose Deer Point First Nation Specific Claim,” April 6, 1995 (ICC Documents, p. 393).

4 Berger & Nelson, Barristers & Solicitors, “Re: Moose Deer Point First Nation Specific Claim,” April 6, 1995 (ICC Documents, pp. 394-95).

5 The First Nation refers to this former Chief as Ogemawahj, but the name has received a number of spellings over the years, including Ogemahwahjwon, Ogeemawatch, Ogemawadj, Ogemahwaht, Ogemahwahjwan, and Ogemahwadj. Ogemawahj also appears to have been referred to as Quasing. For purposes of consistency in this report, the Commission will use the form adopted by the First Nation: Ogemawahj.

government promised its Indian allies that if they moved to Canada they would be allowed to settle here and that they would receive the same benefits as other Indians in Canada.

In our view, it is not necessary for the purposes of this claim to determine whether any promises that may have been made by the British are binding on the Crown. Any such promises were fulfilled by Canada's provision of land [IR 79] to the First Nation in 1917. Since that time, the First Nation has been treated in the same way as other bands.

It is also our preliminary position that the Moose Deer Point First Nation has no aboriginal rights over the lands it now occupies, as these are not its traditional lands. There is no evidence that any general rights of use and occupation of land were granted to the First Nation in the promises which may have been made to it at the time it migrated to Canada, nor that any such rights have accrued to the First Nation since that time.

For these reasons, we cannot accept the First Nation's claim for negotiation.⁶

Nevertheless, Glover also informed the First Nation that it had the option of going to the Indian Claims Commission "without submitting additional evidence or legal argument," using her August 18, 1995, letter as evidence that Canada would not accept the claim.⁷

On November 23, 1995, Chief Edward Williams forwarded Glover's letter to the Commission together with the April 6, 1995, claim submission and Band Council Resolution 1995-96-14 requesting that the Commission conduct an inquiry into Canada's rejection of the claim.⁸ The Commission immediately started collecting relevant historical documents from the parties, and convened a planning conference in Ottawa on August 30, 1996. At the planning conference, the parties concurred that expert evidence would be unnecessary and, given that Chief Williams did not believe that a community session would be of assistance, agreed to proceed without oral testimony from the First Nation's elders. By October 3, 1996, the parties and the Commission had further agreed that they could rely solely on written submissions and could thus dispense with oral submissions by counsel.

In succeeding months, the parties and the Commission worked together to finalize and clarify the documentary record, and eventually established August 8, 1997, as the date for filing written submissions. The Commission ultimately received written submissions from the First Nation on August 1, 1997,

6 Judy Glover, Acting Director, Specific Claims East/Central, Indian and Northern Affairs Canada, to Chief Laird Hendrick, Moose Deer Point First Nation, August 18, 1995, p. 2.

7 Judy Glover, Acting Director, Specific Claims East/Central, Indian and Northern Affairs Canada, to Chief Laird Hendrick, Moose Deer Point First Nation, August 18, 1995, p. 2.

8 Chief Edward Williams, Moose Deer Point First Nation, to Indian Claims Commission, November 23, 1995.

and from Canada on August 7, 1997. Before written rebuttal submissions could be exchanged, however, counsel for Canada corresponded with the Commission on September 5, 1997, to outline the following concerns raised by the First Nation's written submission:

- According to Canada, the First Nation's allegation that the Crown had "failed to set aside sufficient lands for the use and benefit of the Moose Deer Point First Nation" was new and quite different from the allegation that it had been "deprived of the use and occupation of land," and therefore should not be considered by the Commission since it had not been raised in the April 6, 1995, submission to Specific Claims or in the August 30, 1996, planning conference.
- Canada argued that certain evidence relied on by the First Nation was not supported by the sources cited in its submission or merely represented the opinions of researchers working on the First Nation's behalf, making it difficult for Canada to check and substantiate the First Nation's conclusions.
- After agreeing to dispense with oral testimony from elders, the First Nation in its written submission relied on statements taken from United Anishnaabeg elders, including elders from the Moose Deer Point First Nation, concerning treaties such as the 1923 Williams Treaty, a process that did not provide Canada with an opportunity to check these statements against corroborating evidence or to argue regarding the weight that should be attached to them.

Canada contended that the Commission should have no regard for the new allegation of liability or the unsupported evidence, and that the elders' statements should likewise not be considered unless there would be an opportunity to question the elders or to obtain full particulars of their statements, including transcripts, if available.⁹

Counsel for the First Nation responded on October 29, 1997, after receiving information regarding the source of the elders' statements. He argued that the Crown's failure to set aside sufficient land was subsumed in its obligation to protect the First Nation in its use and occupation of lands from European encroachment, an obligation that has typically been resolved by

⁹ Laurie Klee, Counsel, DIAND Legal Services, Specific Claims, Department of Justice, to Ralph Keesickquayash, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, September 5, 1997.

setting aside lands for the sole use and benefit of a band. In denying that this allegation constituted a new claim, he noted that Canada had responded to the claim by arguing that any promises made to the First Nation had been fulfilled by Canada's provision of IR 79 in 1917. He also provided a point-by-point response to Canada's challenge to the conclusions drawn by the First Nation's researchers, and noted that Canada had been in possession of the elders' statements for over a year. He added that the interviewed elders were no longer living.¹⁰

After a conference call among counsel and the Commissioners on November 12, 1997, the Commission informed the parties on January 28 and February 4, 1998, of its decision that the "new" allegation regarding insufficient lands being set apart for the use and benefit of the First Nation was properly subsumed within the issues as framed at the August 30, 1996, planning conference. As such, the Commission intended to deal with the issue in its final report.¹¹ The Commission invited the parties to make oral submissions, and ultimately they did so on April 8, 1998, at the Moose Deer Point Community Hall, following the delivery of written rebuttal submissions by Canada on April 2, 1998, and by the First Nation on April 3, 1998. The documentary evidence, written submissions, transcript from the oral submissions, and the balance of the record in this inquiry are referenced in Appendix A to this report.

This claim turns primarily on historical documents from the 1830s. In particular, the First Nation contends that an August 4, 1837, address by the Chief Superintendent of Indian Affairs amounted to a treaty applicable to the present circumstances of Moose Deer Point First Nation. However, the First Nation's 1995 submission to the Specific Claims Branch, its 1997 written submission to the Commission, and the accompanying documents and exhibits cover a huge swath of history ranging from the late 1600s to the 1930s. As will be seen in the following section of this report, the Commissioners have been asked to consider a span of time covering some 250 years. Against this historical backdrop, the Moose Deer Point First Nation argues that it has not been provided with the land and presents promised to it by Britain, that it has not been treated equally with other bands in Ontario, and that it has not been

10 Gary A. Nelson, Berger & Nelson, Barristers & Solicitors, to Ralph Keesickquayash, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, October 29, 1997.

11 Ralph J. Keesickquayash, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Gary Nelson, Berger & Nelson, Barristers & Solicitors, and Laurie Klee, Counsel, DIAND Legal Services, Specific Claims, Department of Justice, January 28, 1998; Ralph J. Keesickquayash, Associate Legal Counsel, Indian Claims Commission, to Gary Nelson, Berger & Nelson, Barristers & Solicitors, and Laurie Klee, Counsel, DIAND Legal Services, Specific Claims, Department of Justice, February 4, 1998.

protected in its use and occupation of reserve lands and other lands for traditional purposes.¹²

MANDATE OF THE INDIAN CLAIMS COMMISSION

The Commission's mandate to conduct inquiries pursuant to the *Inquiries Act* is set out in a commission issued on September 1, 1992. The Order in Council directs:

that our Commissioners on the basis of Canada's Specific Claims Policy . . . by considering only those matters at issue when the dispute was initially submitted to the Commission, inquire into and report on:

- a) whether a claimant has a valid claim for negotiation under the Policy where that claim has already been rejected by the Minister; and
- b) which compensation criteria apply in negotiation of a settlement, where a claimant disagrees with the Minister's determination of the applicable criteria.¹³

The Specific Claims Policy is set forth in a 1982 booklet published by the Department of Indian Affairs and Northern Development entitled *Outstanding Business: A Native Claims Policy – Specific Claims*.¹⁴ In considering a specific claim submitted by a First Nation to Canada, the Commission must assess whether Canada owes an outstanding lawful obligation to the First Nation in accordance with the guidelines provided in *Outstanding Business*:

The government's policy on specific claims is that it will recognize claims by Indian bands which disclose an outstanding "lawful obligation," i.e., an obligation derived from the law on the part of the federal government.

A lawful obligation may arise in any of the following circumstances:

- i) The non-fulfillment of a treaty or agreement between Indians and the Crown.
- ii) A breach of an obligation arising out of the *Indian Act* or other statutes pertaining to Indians and the regulations thereunder.
- iii) A breach of an obligation arising out of government administration of Indian funds or other assets.

12 Written Submission on Behalf of Moose Deer Point First Nation, August 1, 1997, pp. 87-90.

13 Commission issued September 1, 1992, pursuant to Order in Council PC 1992-1730, July 27, 1992, amending the Commission issued to Chief Commissioner Harry S. LaForme on August 12, 1991, pursuant to Order in Council PC 1991-1329, July 15, 1991 (Consolidated Terms of Reference).

14 DIAND, *Outstanding Business: A Native Claims Policy – Specific Claims* (Ottawa: Minister of Supply and Services, 1982), reprinted in [1994] 1 ICCP 171-85 (hereafter DIAND, *Outstanding Business*).

iv) An illegal disposition of Indian land.¹⁵

It should also be noted that, when the original mandate of the Commission was still under discussion, Tom Siddon, at that time the Minister of Indian Affairs and Northern Development, wrote to then National Chief Ovide Mercredi of the Assembly of First Nations setting out the basis for what the Commission has previously referred to as its "supplementary mandate":

If, in carrying out its review, the Commission concludes that the policy was implemented correctly but the outcome is nonetheless unfair, I would again welcome its recommendations on how to proceed.¹⁶

The purpose of this inquiry is to inquire into and report on whether, on the basis of the Specific Claims Policy, Canada owes an outstanding lawful obligation to the Moose Deer Point First Nation.

¹⁵ DIAND, *Outstanding Business*, 20.

¹⁶ Hon. Tom Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development, to Ovide Mercredi, National Chief, Assembly of First Nations, November 22, 1991.

PART II

HISTORICAL CIRCUMSTANCES

PREAMBLE

As we have already seen, the claim of the Moose Deer Point First Nation is rooted in the history of its Pottawatomi ancestors, whose traditional territory was wide-ranging. That territory, centred on Lake Michigan, included much of Wisconsin and Michigan as well as the northern portions of Illinois and Indiana (see map 2 on page 148). The Pottawatomi maintained close cultural and political ties with the Chippewa and Ottawa, whose languages are also within the Algonquian (Algonkian) language family. The Three Fires Confederacy, although not the focus of this claim, has been and is associated with these three nations.¹⁷

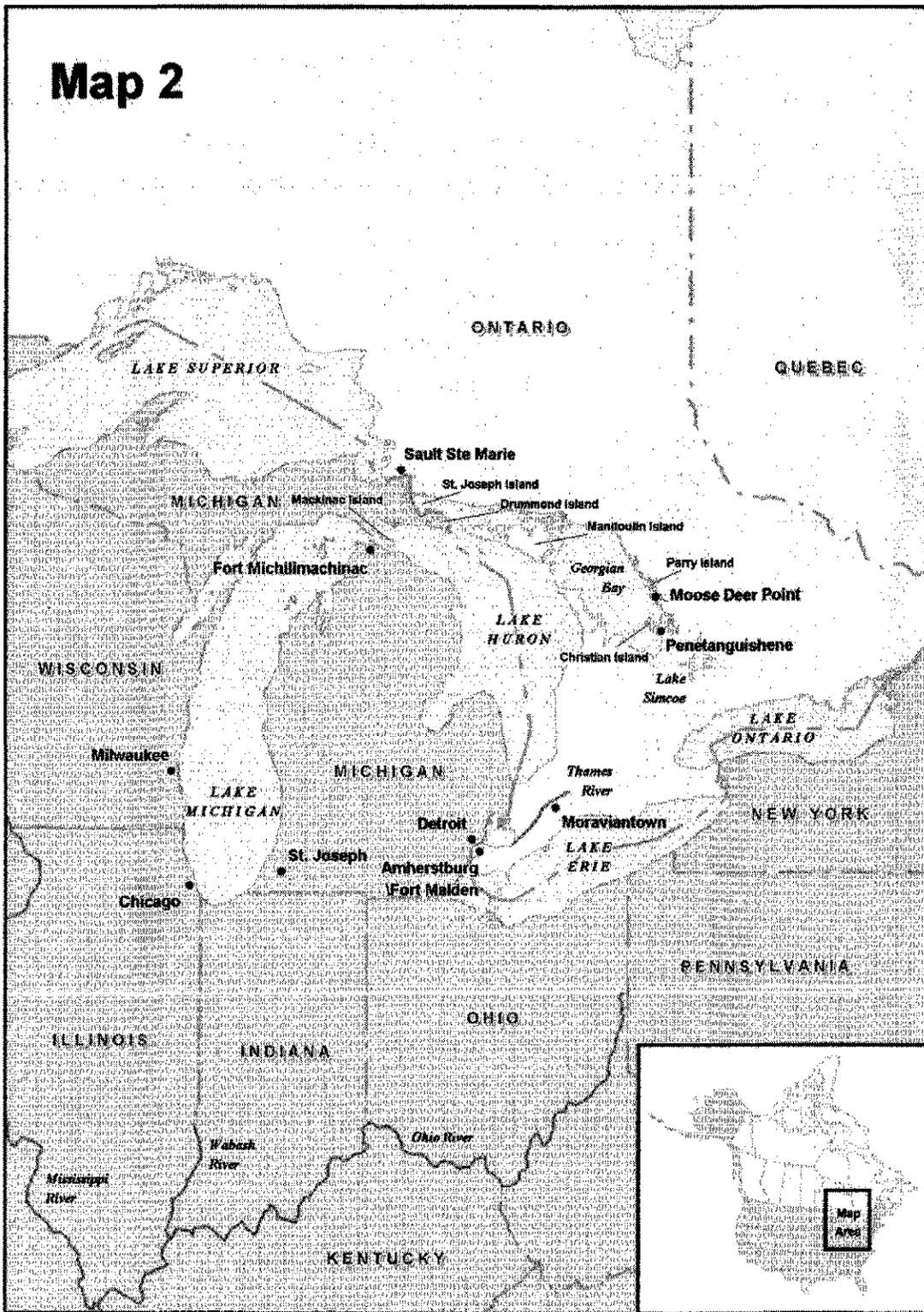
Exactly how the First Nation's ancestors happened to settle at Moose Deer Point is not easy to establish. When they first relocated to Canadian territory, some lived with other Indian bands at Coldwater,¹⁸ Beausoleil Island, Christian Island, and Parry Island¹⁹ before leaving to take up residence at Moose Deer Point. However, unlike these neighbouring bands, the Moose Deer Point First Nation is a non-treaty band. No known representatives of the First Nation entered into the Robinson-Huron Treaty of 1850 or the Williams Treaty of 1923, although both treaties dealt with lands in the vicinity of Moose Deer Point. Various efforts by the First Nation to adhere to treaty have to date proven unsuccessful.

17 R. David Edmunds, "Potawatomi," in *Encyclopedia of North American Indians*, ed. Frederic E. Hoxie (New York: Houghton Mifflin, 1996), 506; James A. Clifton, "Potawatomi," in *Handbook of North American Indians*, Volume 15: *Northeast*, ed. Bruce G. Trigger (Washington: Smithsonian Institution, 1978), 725 [hereafter Clifton, "Potawatomi," in *Handbook of North American Indian*, vol. 15] (ICC Exhibit 12); Franz M. Koennecke, "The Anishinabek of Moose Deer Point Reserve No. 79: A Historical View," June 30, 1983 (ICC Exhibit 9, pp. 9-10).

18 C. Wesley-Esquimaux, "Moose Deer Point: Robinson Huron Treaty Adhesion, Historical Background and Recommendations," March 1988 (ICC Exhibit 5, p. 7).

19 C. Wesley-Esquimaux, "Moose Deer Point: Robinson Huron Treaty Adhesion, Historical Background and Recommendations," March 1988 (ICC Exhibit 5, p. 9).

Map 2



Prepared by Public History Inc. Cartography by G.I.S. Mapping

Indian Affairs' population figures for the Moose Deer Point First Nation as of December 31, 1997, indicated a total membership of 375, of whom 243 lived off-reserve, 123 lived on the First Nation's IR 79, 8 lived on the reserves of other bands, and the remaining individual lived on Crown land.²⁰ IR 79, established "for the Pottawatomi of King's Bay" in 1917,²¹ consists of three parcels of land that originally amounted to 250.5 hectares (or 619 acres) located roughly 30 kilometres south of Parry Sound and 50 kilometres west of Bracebridge, Ontario.²²

In this claim, the Moose Deer Point First Nation alleges that the reserve set aside for it in 1917 is insufficient and that economic assistance to the First Nation has been inadequate. In seeking treatment similar to that received by its neighbours, the First Nation also asserts that the Crown treated it as a marginal group and failed to protect it.²³ Moose Deer Point member Art Sandy expressed it this way:

We were allies of the Crown and that's how we came into Canada in the first place. They wouldn't help us keep our own lands in the States so they told us we could come here and we'd be treated the same as other Indians. Well, we got these three little pieces of land but we haven't been treated very well. The Pottawatomi that live on other Reserves got treated the same as the other Indians but those like us never really got the same deal. We don't even have a Treaty to help us out. That's not fair.²⁴

Mr Sandy maintained that his people did not understand what was happening when the reserve was set up.²⁵ Rather than getting the land the First Nation needed, "we got these three sections – where the people lived – but we didn't get the other parts we used in between or out into the Bay."²⁶

20 DIAND, *Corporate Information Management Directorate*.

21 C. Wesley-Esquimaux, "Moose Deer Point: Robinson Huron Treaty Adhesion, Historical Background and Recommendations," March 1988 (ICC Exhibit 5, p. 18). Footnote 34 refers to the following documents from Indian Affairs file 475/30-10-79: "J.D. MacLean [Assistant Deputy and Secretary, Department of Indian Affairs,] to Albert Grigg, Deputy Minister [of] Lands and Forests, [Ontario Department of Lands, Forests and Mines,] November 21, 1917; *Grigg to MacLean, April 12, 1917*; *Grigg to MacLean, December 12, 1917*; Grigg to W.R. White, [Surveyor, Survey Branch,] Department of Indian Affairs, October 20, 1917; MacLean to Grigg, December 15, 1917; *MacLean to Grigg, January 11, 1918*; *MacLean to [C.J.] Picotte, Indian Agent, Penetanguishene, February 18, 1918*." The four italicized documents were not included within the documentary record in this inquiry.

22 Canada, *Schedule of Indian Bands, Reserves and Settlements* (Ottawa: DIAND, December 1992), 26.

23 Written Submission on Behalf of the Moose Deer Point First Nation, August 1, 1997, pp. 89-90.

24 Art Sandy, Moose Deer Point First Nation, in Cynthia C. Wesley-Esquimaux and Dr. I.V.B. Johnson, "United Anishnaabeg Elders: The Treaties Revisited," April 1996, p. 96 (ICC Documents, p. 419).

25 Art Sandy, Moose Deer Point First Nation, in Cynthia C. Wesley-Esquimaux and Dr. I.V.B. Johnson, "United Anishnaabeg Elders: The Treaties Revisited," April 1996, pp. 96-97 (ICC Documents, pp. 418-19).

26 Art Sandy, Moose Deer Point First Nation, in Cynthia C. Wesley-Esquimaux and Dr. I.V.B. Johnson, "United Anishnaabeg Elders: The Treaties Revisited," April 1996, pp. 96-97 (ICC Documents, pp. 418-19).

As mentioned, the historical documentation supplied to the Indian Claims Commission in connection with this claim covers a 250-year period. Unfortunately, the thread linking the members of the Moose Deer Point First Nation to their American ancestors disappears into the fabric of the broader explanation of why so many Pottawatomis eventually moved to Canadian territory. Finding a direct genealogical link between the First Nation and Indians who were present to hear the August 4, 1837, address by the Chief Superintendent of Indian Affairs is less of a concern than otherwise might have been the case, however, since Canada concedes that the 1837 pronouncement was intended for the Pottawatomis ancestors of the Moose Deer Point First Nation. Nor is there any dispute over the fact that, once certain Pottawatomis relocated to Canadian soil, they faced an ill-defined relationship with respect to other bands, treaties, Indian moneys, and lands reserved for Indians.

POTTAWATOMI RELATIONS WITH EUROPEANS TO THE WAR OF 1812

The French Era, 1600s to 1763

In the 1600s, the exchange of presents between First Nations and European traders was already a recognized diplomatic practice, with well-established roots in the traditions of the First Nations. What the Indians had to exchange were food, furs, knowledge of the country, the land itself, and protection. For the Europeans who were competing for dominance in North America, “presents had become decisive in Indian diplomacy, for Indian allies provided the critical margin of victory in time of war, and the necessary precondition to prosperity in peacetime.”²⁷

Throughout the first half of the 18th century, the Pottawatomis generally allied with the French and the Huron in wars against the Iroquois and the British. In the 1750s, during the war between France and Britain for empire, the Pottawatomis fought their Indian enemies and made war on English settlements.²⁸ After France had been defeated in North America in 1760 and the British had assumed responsibility for protecting France’s Indian allies in their lands, the Pottawatomis allied with the British.²⁹ When France ceded New

27 James A. Clifton, “‘Visiting Indians’ in Canada,” manuscript for Parks Canada booklet, 1979 (ICC Exhibit 11, p. 13).

28 J. Norman Heard, “Potawatomi Indians,” in *Handbook of the American Frontier: Four Centuries of Indian-White Relationships*, Volume II: *The Northeastern Woodlands* (Metuchen, NJ: Scarecrow Press, 1990), 300; Clifton, “Potawatomi,” in *Handbook of North American Indians*, vol. 15, 727-28, 730-31 (ICC Exhibit 12).

29 Paul Williams, “‘The King’s Bounty’: A Short History of the Distribution of Indian Presents, 1764-1858,” DIAND, Claims and Historical Research Centre, Item I-136 (ICC Exhibit 10, p. 1).

France and all of its territory east of the Mississippi to Britain by the Treaty of Paris in 1763, the Pottawatomi's war against intruding settlers south of the Great Lakes did not end. Throughout Pontiac's Rebellion in 1763, the subsequent struggle for the Ohio Valley, and the War of 1812, the Pottawatomi continued to resist the encroachment of American settlers on their traditional territory.

Early British Indian Policy and Practice, 1750s and 1760s

The formal beginning of the British Indian Department under Crown prerogative began with the appointment in 1756 of Sir William Johnson to the position of "Colonel, Agent and Sole Superintendent of the Affairs of the Six Nations, and other Northern Indians."³⁰ The Articles of Capitulation surrendering Montreal and Quebec provided that "the Savages or Indian allies of His Most Christian Majesty [France] shall be maintained in the lands they inhabit, if they choose to reside there; they shall not be molested on any pretence whatever. . . ."³¹ Johnson observed that, as this protection afforded the British "a connection with many [Indian] Nations, with whom before we had no intercourse . . . we should cultivate a good understanding with them, for the security of, and the safety of the public."³² In this vein, Britain set out to recruit Pottawatomi and other Indian allies through the delivery of annual presents.

Once France had been defeated in North America, the commander of British forces there, Sir Jeffery Amherst, ordered an end to the giving of presents both to eliminate the expense and to guard against any gaining of Indian friendship through what he termed "bribery."³³ This action, taken in an atmosphere of uncertainty exacerbated by the activities of unscrupulous traders and speculators, helped bring about "Pontiac's Rebellion" during the summer of 1763. "Pontiac's War," as it is also called, was a coordinated

30 Robert S. Allen, *His Majesty's Indian Allies: British Indian Policy in the Defence of Canada, 1774-1815* (Toronto: Dundurn Press, 1992) (ICC Exhibit 4, pp. 27-28) [hereafter Allen, *His Majesty's Indian Allies*]. Johnson's successful defence against the French at Lake George (New York) in 1755 earned him the title of Sir William Johnson.

31 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 31-32).

32 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 30).

33 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 32). Amherst thought a more secure way to keep the tribes quiet was to deprive them of supplies, shot, and powder. Eager to "reduce" the disaffected tribes, Amherst even went so far as to inquire about infecting them with smallpox. British Library, Add. Mss. 21364 (Bouquet Papers), Sir Jeffery Amherst to Colonel Henry Bouquet, no date. Bouquet, the commander of the western posts, replied to Amherst, agreeing to the suggestion. British Library, Add. Mss. 21364 (Bouquet Papers), Colonel Henry Bouquet to Sir Jeffery Amherst, July 13, 1763; Carl Waldman, *Atlas of the North American Indian* (New York: Facts on File, 1985), 106.

series of Indian attacks that brought down eight British forts and resulted in the deaths of 2000 settlers.³⁴

The *Royal Proclamation*, issued by George III in October 1763, declared the Great Lakes area beyond the Appalachian Mountains to be Indian territory. It was to be strictly off limits to settlers until Indian interests in the land had been formally surrendered to the Crown. At a council of 24 Indian nations assembled at Niagara in August 1764, Johnson conveyed this news to the "Iroquois Confederacy" and the "Western Confederacy."³⁵ The Indian Nations at the Niagara council pledged their loyalty and future military assistance to Britain, and the British extended the symbolic "Covenant Chain," developed earlier through relations with the Iroquois, to include the "western" nations that had previously been independent or allied with France.³⁶ Britain further promised annual presents to its Indian allies to secure their loyalty.³⁷ A wampum belt signifying and preserving these new alliances made at Niagara in 1764 was, at Johnson's request, kept by the Ojibwa at Mackinac.³⁸

Settlement by "land-hungry settlers from New York, Pennsylvania, and Virginia" was not entirely controlled but, by giving presents to maintain its alliances with the resident tribes, Britain succeeded in protecting the game-rich region of the Great Lakes for its fur traders for several decades.³⁹ The "presents" had both symbolic and economic value for people whose livelihood depended on hunting, fishing, and trapping. Typically they consisted of items such as firearms, including gunpowder, ball and shot, flints, and gunsmith supplies and services; domestic goods such as knives, scissors, and

34 R. David Edmunds, "Potawatomi," in *Encyclopedia of North American Indians*, ed. Frederic E. Hoxie (New York: Houghton Mifflin, 1996), 506; Clifton, "Potawatomi," in *Handbook of North American Indians*, vol. 15, 728 (ICC Exhibit 12); Carl Waldman, *Atlas of the North American Indian* (New York: Facts on File, 1985), p. 108. Pottawatomi were involved in the siege of Fort Detroit and the capture of Fort St Joseph in southern Michigan.

35 Paul Williams, "'The King's Bounty': A Short History of the Distribution of Indian Presents, 1764-1858," DIAND, Claims and Historical Research Centre, Item I-136 (ICC Exhibit 10, p. 2). The "Iroquois Confederacy" was joined on this occasion by the Naticoke, Conoy, and Mohicander; the "Western Confederacy" consisted at this meeting of Chippewa, Ottawa, Menominee, Sauk, Fox, Winnebago (also representing Sioux), Huron, Cree, and Kickapoo. The Pottawatomi were associated with the western group.

36 Paul Williams, "'The King's Bounty': A Short History of the Distribution of Indian Presents, 1764-1858," DIAND, Claims and Historical Research Centre, Item I-136 (ICC Exhibit 10, pp. 2-6).

37 Paul Williams, "'The King's Bounty': A Short History of the Distribution of Indian Presents, 1764-1858," DIAND, Claims and Historical Research Centre, Item I-136 (ICC Exhibit 10, pp. 2-6). Williams refers to the promise of presents as "perpetual," but does not provide a citation to support this conclusion.

38 Paul Williams, "'The King's Bounty': A Short History of the Distribution of Indian Presents, 1764-1858," DIAND, Claims and Historical Research Centre, Item I-136 (ICC Exhibit 10, pp. 2-6). That Mackinac was the home of the 1764 wampum is of interest when one considers that, during the War of 1812, Superintendent Dickson began his campaign to reinforce the western Indians' alliances with the British at nearby St Joseph.

39 James A. Clifton, "'Visiting Indians in Canada," manuscript for Parks Canada booklet, 1979 (ICC Exhibit 11, pp. 8-9).

kettles; pipes and tobacco; hunting and fishing supplies; tools such as traps, axes, and tents; clothing, blankets, yard goods, thread and awls; and symbolic and cosmetic items including combs, mirrors, ribbons, face paints, bracelets, medals, and flags.⁴⁰

Britain's investment in presents was heaviest in years when Indian military assistance was most needed, such as during the American Revolution and the War of 1812.⁴¹ For a variety of reasons, the practice evolved into a predictable pattern of annual distributions at British posts such as Amherstburg, Mackinac Island, Drummond Island, Manitoulin Island, and Penetanguishene. Britain's Indian allies were actively encouraged to expect them.

The American Revolution and the Struggle for Homelands, 1775-94

Among American colonists, the restrictions on westward expansion were as resented as taxes. In 1775, this colonial resistance to British authority erupted in armed rebellion. In 1783, another Treaty of Paris ended the American Revolution, or the War of Independence. The treaty recognized American independence and provided for settlement as far west as the Mississippi River, but made no provision for the Indian allies of the British. South of the border, the Indians were left to fend for themselves in a hostile environment.⁴²

The majority of Indians had supported the losing side in the American Revolution because the British had promised to protect their lands and because the Indians regarded American rebels as trespassers.⁴³ Pottawatomi

40 James A. Clifton, "Visiting Indians in Canada," manuscript for Parks Canada booklet, 1979 (ICC Exhibit 11, pp. 17-20). Clifton noted at pp. 17-19 (emphasis added) that

[r]egardless of American protests to the contrary, firearms, gun flints, powder, ball, shot, gun worms, and gunsmith's supplies and services were the lesser part of these supplies. More prominent were a dozen and more different kinds of woven goods – Cuddies and Molton (duffle), Rateens and Strouds, Irish Linens and Printed Calicoes, Striped Cottons and Silk Handkerchiefs were some of these, together with Scissors, Thimbles, Needles, Awls, Thread, and a supply of ready made clothing such as Shirts, Jackets, Leggings, Wrappers, Petticoats, Officer's Dress Coats, Hats Plain and Hats with Fancy Lace. Fishing supplies – Hooks, Lines, and Netting were also delivered, as were various types of implements and tools – Axes, Brass and Tin Kettles in various sizes, Tenting, Traps, and Fire Steels. And Blankets – 1 point, 1½ point, 2 point, 2½ point, and 3 point, depending upon the age and importance of the recipient. To accompany all of these necessaries were various symbolic and cosmetic goods: Vermilion for face paint, Combs, Ribbons, Bracelets, Gorgets, Medals, and Flags, and Looking Glasses to admire the product with.

41 Memorandum on "Indian Presents," no author or recipient indicated, September 23, 1943, DIAND, Claims and Historical Research Centre, Item I-116 (ICC Documents, p. 348).

42 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 56); Carl Waldman, *Atlas of the North American Indian* (New York: Facts on File, 1985), 114.

43 Carl Waldman, *Atlas of the North American Indian* (New York: Facts on File, 1985), 109.

from what is now Michigan and Indiana generally supported the British; however, some Pottawatomis in Illinois and Wisconsin sided with the Americans.⁴⁴ With the American victory, many more fur traders and settlers flooded into the area south of the western Great Lakes, the homeland of the Pottawatomis, Ottawa, Chippewa, Miami, Shawnee, Kickapoo, Fox, Sauk, Winnebago, and Menominee. Settlers displaced and disrupted the tribes; disease and warfare reduced their numbers. Immediately after the American Revolution, in 1784, the Governor of Canada, Frederick Haldimand, offered asylum in British North America to dispossessed Indian loyalists.⁴⁵ The main response to this invitation at that time was by the Iroquois.

His Majesty's Indian allies who remained in the United States after the Revolution continued to fear both the loss of their lands and retaliation by Americans for their support of the British. Indeed, tribes in the Ohio Valley were shocked to learn that their lands had been ceded by the British King to the Americans.⁴⁶ Even worse, the Americans maintained that they had forfeited their aboriginal title simply by fighting with the British.⁴⁷ The Indians fought Americans for another decade in an unsuccessful effort to defend their homelands.⁴⁸

By 1800, more than one hundred Pottawatomis villages were dispersed over a wide area owing to the effects of warfare, population expansion, the fur trade, the clan system, and internal cultural pressures, all of which contributed to the breakup of larger villages. Thus, the most important geopolitical unit for the Pottawatomis was the village, the product of the migration of clans and clan segments into new territories.⁴⁹

44 R. David Edmunds, "Potawatomi," in *Encyclopedia of North American Indians*, ed. Frederic E. Hoxie (New York: Houghton Mifflin, 1996), 506.

45 Robert Surtees, *A Cartographic Analysis of Indian Settlements and Reserves in Southern Ontario and Southern Quebec, 1763-1867* (Ottawa: DIAND Publication QS-3414-000-EE-A1, 1985) (ICC Exhibit 18, pp. 37-38); Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 58).

46 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 59).

47 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 59). At p. 80, however, Allen notes that about 10 years later the Americans admitted that they had merely obtained the right to acquire Indian land through formal negotiation and purchase.

48 Pottawatomis participated in the struggle for the Ohio Valley and defeated Americans attacking Miami towns in October 1790. Under the leadership of Miami Chief Little Turtle, Pottawatomis warriors probably were involved in another defeat of the American army south of the Wabash River in November 1791. These particular defeats made the British so nervous that they unsuccessfully attempted to create a buffer zone to the south for the defence of Canada. In particular, in defiance of the 1783 Treaty of Paris, Britain built a well-stocked post, Fort Miami, south of Detroit. In June 1794, Little Turtle's warriors suffered such a serious setback at Fort Recovery that some of his allies from the Lakes defected. The strategy of the British Indian Department and military was to reassure those still with Little Turtle that they had resources at Fort Miami. But, in August 1794, at the Battle of Fallen Timbers, the British literally closed their doors, abandoned their Indian allies, and failed to deliver on their many promises of military assistance. The tribes were smashed and had to surrender the Ohio Valley by the Treaty of Greenville in 1795. Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 71-76 and 82-84).

49 Clifton, "Potawatomi," in *Handbook of North American Indians*, vol. 15, 731-32 (ICC Exhibit 12).

Offer of Asylum in Canada, 1795

In 1795, fearing future aggression from the United States and wanting to develop the British-Indian association vital for the defence of Canada, Lieutenant Governor Sir John Graves Simcoe renewed the offer of asylum in Canadian territory to Indians living within the United States.⁵⁰ At that time, however, fewer came than the British expected.⁵¹

When Britain gave up the last of its western posts in American territory in 1796,⁵² it began building three replacement forts in Canada: Fort Malden, Fort George, and Fort Joseph.⁵³ The Indian Department instructed its superintendents at the three new posts to promote friendship between the troops and the Indians and to keep careful records of the Indians' "disposition," any public speeches to them, and all transactions with them.⁵⁴ At Fort Malden (Amherstburg), the commander, Captain Hector McLean, opposed using presents as subsidies to encourage American Indians to visit and settle in Canada. He expected that those who came would become a burden on the government because subsidies would turn them "effeminate and indolent."⁵⁵

Councils at Amherstburg, 1808 and 1810

Complicated by the eruption of war in Europe, Anglo-American relations deteriorated steadily after 1803.⁵⁶ Americans feared British-instigated Indian attacks on their frontier settlements, while officials in Canada cultivated the Indians' loyalty in preparation for an attack by the Americans. In the autumn of 1808, the superintendent at Fort George, William Claus, held a council of 5000 warriors and chiefs, mostly from the United States, at Amherstburg (the main Indian centre in the province) to let the Indians know that, if peace

50 After the Battle of Fallen Timbers (see footnote 48) the offer of asylum was a way to placate the Indians' anger over Britain's betrayal of its promises.

51 James A. Clifton, "Visiting Indians' in Canada," manuscript for Parks Canada booklet, 1979 (ICC Exhibit 11, pp. 36-37). By 1796, the Mississauga in Canada had also become disillusioned with the British – whom the Indians then considered being "as bad as the Americans" – for taking away Indian lands for United Empire Loyalists and other settlers. Mohawk leader James Brant bitterly complained that "the poor Indians have been left in the lurch." Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 92-93).

52 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 82-84).

53 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 89-90). Fort Malden was situated at Amherstburg, between Lake Erie and Lake St Clair on the Detroit River; Fort George between Lake Erie and Lake Ontario on the Niagara River; and Fort Joseph on St Joseph Island between Lake Huron and Lake Superior in the mouth of the St Mary's River.

54 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 90).

55 James A. Clifton, "Visiting Indians in Canada," manuscript for Parks Canada booklet, 1979 (ICC Exhibit 11, p. 36).

56 The British navy interrupted shipping to the United States, and an 1807 British attack on the American frigate *Chesapeake* escalated anti-British feelings. Meanwhile, a militant Indian Confederacy was forming in western Ohio and Indiana under the Shawnee Prophet or Tenskwatwa. Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 108-11).

with the United States was not possible, the Indians and the British would together regain the country taken from them.⁵⁷ The message was so popular that, for the next two years, tribal delegates constantly visited the British at Amherstburg to pledge their support and to receive gifts and provisions in return.⁵⁸ In 1810, Pottawatomi were among the 2000 Indians who came and announced they were ready to “defend [our Country] ourselves” with supplies from the British.⁵⁹

When the United States formally declared war on Great Britain on June 18, 1812, Britain’s commitments in Europe, India, and South Africa meant that soldiers and provisions were in short supply for operations in Canada.⁶⁰ For this reason, Britain’s employment of Indian allies proved to be “the single most important factor in the successful defence of Upper Canada.”⁶¹

The War of 1812

Of the 10,000 Indians aligned with the British in 1812, more than 8000 were “western Indians,” including some 2000 Pottawatomi, living in the United States.⁶² That year the British took Michilimackinac (Mackinac) and Detroit with Indian support.⁶³ In January 1813, British fur trader Robert Dickson was named superintendent responsible for “Indians of the Nations to the Westward of Lake Huron.” To rally the western Indians again, he held a series of councils and, in July 1813, arrived at Detroit with so many warriors that provisioning from Fort Malden at Amherstburg became a challenge.⁶⁴ Dickson’s formal instructions were to renew the “historical bonds of trust and friendship” between the western Indians and the British Crown.

Dickson appealed to the western Indians’ hatred for aggressive American territorial ambitions. He made frequent reference to the wampum belt and

57 In Canada, the Six Nations and the Mississauga were not especially interested in this message. Although Tenskawatwa did not attend, his many followers did, along with Tecumseh, his influential brother who had fought with Little Turtle at the Battle of Fallen Timbers. Allen, *His Majesty’s Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 112-15).

58 Allen, *His Majesty’s Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 115).

59 The British were chagrined because they did not want the Indians attacking Americans without a declaration of war between Great Britain and the United States. Allen, *His Majesty’s Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 115-16).

60 Allen, *His Majesty’s Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 119-20).

61 Allen, *His Majesty’s Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 120).

62 Allen, *His Majesty’s Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 121-22 and Appendix B). There appear to be some minor discrepancies in the numbers reported in Allen’s summary on pp. 121-22 and in the Appendix.

63 Allen, *His Majesty’s Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 128-30 and 137-40). Ogemawahj, the Pottawatomi immigrant from whom most Pottawatomi of the Moose Deer Point First Nation claim descent, is thought to have been involved in the battle for Mackinac. Franz M. Koennecke, “The Anishinabek of Moose Deer Point Reserve No. 79: A Historical View,” June 30, 1983 (ICC Exhibit 9, p. 25, and footnotes 9 and 10). From the footnotes, the exact source of this information is not clear. In fact, within footnote 9, Koennecke states: “[I]t is more likely Ogemawahj/Quasing had been involved in the 1812 taking of Mackinac from the surprised American troops who had not even known the war had started.”

64 Allen, *His Majesty’s Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 140-44).

Sir William Johnson's 1764 promise at Niagara that the king "never would forsake or abandon" them. He distributed wampum belts, flags, and medals of King George, which were earnest symbols of the alliance between the bands and the British Crown. Moreover, the speech that the Indian Department required him to deliver pledged the loyalty of the Crown to the Indians in the clearest of terms.⁶⁵

Much to the surprise of Tecumseh and the Confederacy of Shawnee, Potawatomi, Ottawa, Ojibwa, Winnebago, Sauk, and other tribes that had rallied at Detroit, the British troops withdrew from Amherstburg as soon as the Americans gained control of Lake Erie.⁶⁶ As the British soldiers retreated along the Thames River, Tecumseh's warriors faced and fought the American cavalry for an hour until the famous warrior's death there on October 5, 1813, at the Battle of Moraviantown.⁶⁷

The final outcome of the War of 1812 was that, through the Treaty of Ghent on December 24, 1814, the ambitions of the Indians and the Canadians were disregarded in the interest of renewed cordiality in Anglo-American relations.⁶⁸ For example, Fort Michilimackinac, which was vital for the preservation and defence of British interests in the Northwest and which Americans ignored for most of the war, was turned over to the United States troops in July 1815.⁶⁹

65 In part, Dickson stated:

But my Children, I have not nor will I lose hold of the Belt which has been so long among you from Sir William Johnson – on the contrary, I will now make it stronger by the Belt which I now present to you, and never will I leave you but as Your Father, see that Justice is done to you by the Big Knives [Americans] and that your hunting Grounds shall be preserved for your use, and that of your Children agreeably to the Treaty made at Gre[e]nville with their General Wayne some years ago [1795]. – My Children, with this Belt I call upon you to rouse up your young Warriors and join my Troops with the red Coats, and your ancient Bretherin the Canadians, who are also my Children, in order to defend your and our Country. . . .

My Children, listen not to the Songs of wild birds who may tell you that the English will make Peace with the Enemy when it suits their own convenience without consulting your Interest. *My words* are pledged to you that this will never happen.

Speech of Robert Dickson Esquire to Indian tribes, January 18, 1813, in Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 223-24).

66 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 144-45). In 1814, Major General Procter was court martialled and reprimanded for his retreat from Fort Amherstburg and the Battle of Moraviantown.

67 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 144-46).

68 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 166, 168-71).

69 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, pp. 155-65).

SITUATION AFTER THE WAR OF 1812

Presents

On the same day that the British vacated Michilimackinac, some Pottawatomi signed a peace treaty with the United States government that required the Indians to desist from hostilities.⁷⁰ Other tribes also made peace with the American government,⁷¹ but that fact did not prevent Britain's former Indian allies from continuing to visit the British to collect the annual presents distributed at Amherstburg (Fort Malden) and the new post at Drummond Island, located between the northeastern tip of Michigan and Manitoulin Island.

The Drummond Island Indian agency under Superintendent Thomas Gummersall Anderson was noteworthy because of Anderson's close connections to both the Pottawatomi and the "civilization" plans of the British Indian Department. Anderson distributed presents there from 1815 until 1828, when the Boundary Commission put Drummond Island on the American side and the British had to evacuate.⁷² In 1829, Anderson distributed the British presents at nearby St Joseph Island while he was in the process of moving the agency to Penetanguishene.⁷³

In 1828, three-quarters of the 9422 Indians who received presents at Drummond Island and Amherstburg were from the United States.⁷⁴ When Anderson was pulling out of the area around Mackinac in 1829, Wisconsin Pottawatomi asked him if they could count on British support for another western Indian action "to crush" the Americans whom they had learned were intending to force them west of the Mississippi. No help was forthcoming, however, because Britain wanted peace.⁷⁵

Present-giving proved to be a controversial system for keeping peace. On the British side alone, it was fraught with confusion and abuse:

70 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 169).

71 Allen, *His Majesty's Indian Allies* (ICC Exhibit 4, p. 169).

72 Anderson was also the Customs Collector – a lucrative position "often held by members of leading families" – at Drummond Island until 1828. His counterpart at Amherstburg, John Wilson, was dismissed in 1831 after 14 years at that point of entry. Frederick H. Armstrong, *Handbook of Upper Canadian Chronology* (Toronto: Dundurn Press, 1985), 217-20.

73 James A. Clifton, *A Place of Refuge for All Time: Migration of the American Potawatomi into Upper Canada, 1830 to 1850*, Canadian Ethnology Service Paper No. 26 (Ottawa: National Museums of Canada, 1975) [hereafter Clifton, *A Place of Refuge*] (ICC Exhibit 13, p. 119); Catherine A. Sims, "Algonkian-British Relations in the Upper Great Lakes Region: Gathering to Give and Receive Presents, 1815-1843," PhD thesis, University of Western Ontario, 1992, p. 44.

74 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, pp. 25-26).

75 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 28).

British officials . . . were never of one uniform mind about the meaning and merit of the custom. It always had its detractors as well as its supporters. Those regularly favoring presents tended to be the agents and officials most directly involved . . . particularly the local superintendents and storekeepers with the strongest vested interests. . . . In contrast the critics were generally high placed officers, particularly those in branches of government outside the Indian Department such as the Military and the Treasury.⁷⁶

The highest British authorities believed presents were "a matter of charity, equity and generosity, not a legal obligation."⁷⁷ The Indian allies, once regarded by the British as "western Indians," became "visiting Indians."⁷⁸ The Indian allies viewed the annual presents as their legitimate due for past and possible future services performed in the British interest and even for lands they had lost.⁷⁹

American Treaties and Removal, 1830s

In 1830, the United States government passed the *Indian Removal Act* to relocate eastern American tribes west of the Mississippi River. Indians who refused to go were left with cramped reserves in their traditional homelands or, more often, with nothing. In the wake of the Black Hawk War of 1831 and the depletion of game in Illinois and Indiana, the Pottawatomi were ordered out of Illinois in 1832. Several hundred left for Indiana and requested assistance to move westward, but, after viewing the proposed new location, only a few dozen actually completed the move at that time. Subsequently, by means of the 1833-34 Treaties of Chicago with the "United Bands of Ottawa, Chippewa, and Potawatomi," the American government induced the Pottawatomi to cede all their remaining lands in the Lake Michigan area for other lands in Iowa. The Pottawatomi were allowed to stay in Illinois, Indiana, Michigan, and Wisconsin for another three or four years until militia units forced as many Pottawatomi as they could find to march west.⁸⁰ Still,

76 James A. Clifton, "'Visiting Indians' in Canada," manuscript for Parks Canada booklet, 1979 (ICC Exhibit 11, pp. 22-23).

77 James A. Clifton, "'Visiting Indians in Canada," manuscript for Parks Canada booklet, 1979 (ICC Exhibit 11, p. 29).

78 The British-originated terms "visiting Indians" and "resident Indians" are problematic in that they do not reflect the international border's lack of importance to most of the Indians of the Great Lakes region. The use of these conceptually flawed terms throughout this report arises from their frequent appearance in the historical documents and not from any belief that their meaning is fair to all parties.

79 James A. Clifton, "'Visiting Indians in Canada," manuscript for Parks Canada booklet, 1979 (ICC Exhibit 11, p. 29).

80 Clifton, "Potawatomi," in *Handbook of North American Indians*, vol. 15, 728 (ICC Exhibit 12); Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, pp. 30-32, 43-44); Franz M. Koennecke, "The Anishinabek of Moose Deer Point Reserve No. 79: A Historical View," June 30, 1983 (ICC Exhibit 9, p. 17).

this group constituted less than half the total Pottawatomi population, and many of those who moved west later moved back to Wisconsin and Michigan.⁸¹

In 1837, all Pottawatomi remaining in the Lake Michigan area effectively became refugees. They had no lands, no cornfields, and no safe hunting grounds, and the American government stopped paying annuities to all except those who had made the move across the Mississippi.⁸² Ultimately, fewer than half stayed west of the Mississippi, but many moved into Canada around 1837 to avoid removal.⁸³ Anthropologist James Clifton estimates the number of Pottawatomi who moved to and stayed in Canada at about 3000, or "about one-third of the total tribal population in the 1830s."⁸⁴

The Policy of Civilization and Christianization, 1830-35

In the late 1820s a reorganization of the Indian administration reintroduced civil authority, split the department on provincial lines, and created five superintendencies in Upper Canada.⁸⁵ This arrangement lasted through the union of Upper and Lower Canada in 1841 and until the next reorganization, which began around 1845.⁸⁶ In Upper Canada, Sir John Colborne held the post of Lieutenant Governor from 1830 until late 1835, when he was succeeded by Sir Francis Bond Head for 1836 and 1837 and Sir George Arthur from 1838 to 1841. The Chief Superintendents of Indian Affairs during this period were Colonel James Givins from 1830 to 1837 and Samuel Peters Jarvis from 1837 to 1845.⁸⁷

In about 1830, Colborne initiated an official Indian policy of civilization and Christianization, which involved establishing model Indian villages at places such as Sarnia and Coldwater and leasing and selling Indian lands.⁸⁸ The Coldwater settlement, located between Georgian Bay and Lake Simcoe and operating under the direction of the influential Superintendent Thomas Anderson, lasted less than six years from its inception in 1830. At the time the Coldwater civilization project was announced in 1829, Manitoulin Island

81 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 31).

82 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 32).

83 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 32).

84 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 34).

85 Central, Western, Coldwater and the Narrows, Carradoc and Moravian reserves, and Six Nations.

86 After February 1841, Upper Canada became "Canada West."

87 Douglas Leighton, "The Compact Tory as Bureaucrat: Samuel Peters Jarvis and the Indian Department, 1837-1845" (March 1981) 72:1 *Ontario History*, 40-41.

88 Robert J. Surtees, "Indian Land Cessions in Ontario, 1763-1862," PhD thesis, Carleton University, 1982 (ICC Exhibit 17, pp. 31-32); Olive P. Dickason, *Canada's First Nations* (Toronto: McClelland & Stewart, 1992), 234.

had been regarded as an alternative site to the Penetanguishene/Coldwater area.⁸⁹

Anderson had moved his agency from Drummond Island⁹⁰ to Penetanguishene in 1829 and to nearby Coldwater in 1830, and he distributed presents at Coldwater and Penetanguishene until 1835. By early 1837, after the demise of the Coldwater project, he became responsible for establishing a new agency on Manitoulin Island (see map 3 on page 162).

The Coldwater project had involved constructing an agency building at Coldwater and houses with agricultural plots for Indians along a road cut for the project from Coldwater to the Narrows of Lake Simcoe (Orillia). Three Chippewa bands under Chiefs William Yellowhead (Musquakie), Snake, and John Aisance (Assance) participated in this endeavour, along with a fourth group variously referred to in historical records as either "a band of Potawatamies from Drummond Island"⁹¹ or "Potaganasee Ojibwa from Drummond Island."⁹²

The failure of the Coldwater project has been attributed to various internal and external factors. Among them were religious rivalries among the Indian groups that had been converted to the Anglican, Methodist, or Roman Catholic faiths. Non-native encroachment, owing to the short-cut the road offered to Lake Huron, was another. The Indians' fear of disease from proximity to whites⁹³ and their continued interest in hunting, fishing, and trapping gave them still other reasons to continue what Superintendent Anderson's daughter characterized as their "wandering habits."⁹⁴ Following the project's

89 Catherine A. Sims, "Algonkian-British Relations in the Upper Great Lakes Region: Gathering to Give and Receive Presents, 1815-1843," PhD thesis, University of Western Ontario, 1992, pp. 101-03 and 110-11.

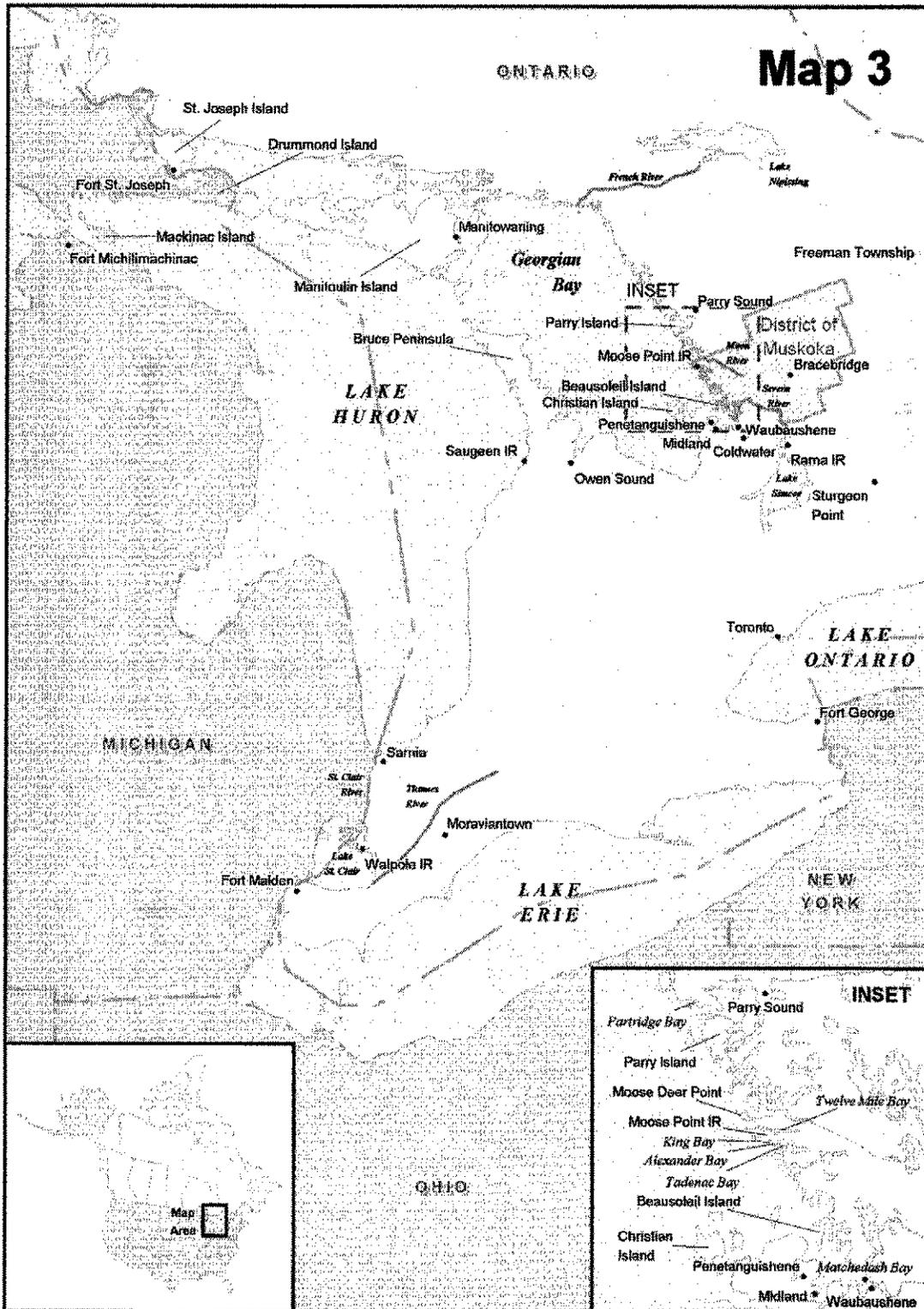
90 Anderson's house at Drummond Island was called "Pottawatomie Hall" by Lieutenant-Colonel Robert McDouall, who had commanded Michilimackinac after 1813 and had arranged for Anderson's appointment to the Indian Department. Anderson, a Canadian-born son of a Loyalist lawyer from Boston, was originally from Cornwall on the St Lawrence River. He began as a fur trader based at Mackinac and operating on the Mississippi River west of Milwaukee. There, he was the partner of Robert Dickson, who had revived the western Indian-British alliance in 1813. For his role in taking Prairie du Chien from the Americans in 1814, Anderson was appointed to the Indian Department and allowed to retain his military rank of captain. Anderson's father had been a captain in the regiment of Sir John Johnson, Superintendent of Indian Affairs from 1782 to 1828, during the Revolutionary War. Afterwards, his father served as a judge of the Surrogate Court and of the Eastern District Court until 1814. Anderson's brother married into the family of the first Chief Superintendent of Indian Affairs appointed under Canadian authority, P.M. Vankoughnet, who served from 1860 to 1862. Mrs S. Rowe, "Anderson Record from 1699 to 1896" (1905) 6 Ontario Historical Society, *Papers and Records*, 113-14, 116, 128; Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, pp. 90 and 106-07); Douglas Leighton, "The Compact Tory as Bureaucrat: Samuel Peters Jarvis and the Indian Department, 1837-1845" (March 1981) 72:1 *Ontario History*, 40-53.

91 Sir Charles Bagot, "Report on the Affairs of Indians in Canada," March 20, 1845 (ICC Documents, pp. 27-29).

92 Catherine A. Sims, "Algonkian-British Relations in the Upper Great Lakes Region: Gathering to Give and Receive Presents, 1815-1843," PhD thesis, University of Western Ontario, 1992, pp. 103 and 153-54.

93 Catherine A. Sims, "Algonkian-British Relations in the Upper Great Lakes Region: Gathering to Give and Receive Presents, 1815-1843," PhD thesis, University of Western Ontario, 1992, p. 188.

94 Mrs S. Rowe, "Anderson Record from 1699 to 1896" (1905) 6 Ontario Historical Society, *Papers and Records*, 130.



Prepared by Public History Inc. Cartography by G.I.S. Mapping

demise, its houses went to ruin as many Indians at the Narrows moved to Rama and others from Coldwater relocated to Beausoleil Island.⁹⁵ At about the same time, incoming Lieutenant Governor Head initiated his scheme for congregating as many Indians as possible at Manitoulin Island.

Before any official announcement of Head's plan, a small group of "heathen" Pottawatomi had already taken up residence at Manitowaning on Manitoulin Island. Anderson thought they had located there in about 1833. Because they were few in number, they raised no immediate questions of policy with regard to rations or land on which they could settle.⁹⁶

In 1834, Anderson advised Chief Superintendent Givins that some Chipewewa, Ottawa, and Pottawatomi living in the United States had asked to settle on Manitoulin Island. Expecting that half of them would relocate, Anderson assured Givins that "we will send them proper teachers from our Church."⁹⁷ In September of the following year, Anderson wrote Lieutenant Governor Colborne about the desire of these Indians to settle in Upper Canada. Anderson felt that the British had a moral debt to the Indians and that it would be worthwhile to concentrate them on Manitoulin Island:

[O]f late years the distribution of presents at Penetanguishene has brought to the vicinity of Coldwater many of the more distant tribes and their visits to the settlement have been frequent. . . .

Tribes of our Indian allies are Driven from the United States territory and are claiming your protection. . . .

Our Indian allies emigrating from the United States and seeking our protection as well as the British Indians whose means of subsistence are exhausted have claims on our humanity which would most easily be satisfied by forming one extensive establishment for the purpose of leading them to the arts of civilized life. . . .

The Manitoulin, an Island on the North side of Lake Huron in extent about one hundred miles by thirty, appear[s] to be the most suitable for the purpose.⁹⁸

Colborne supported the general idea of establishing "the Indians of the Northern Shores of Lake Huron" on Manitoulin Island, where Anderson,

95 Mrs S. Rowe, "Anderson Record from 1699 to 1896" (1905) 6 Ontario Historical Society, *Papers and Records*, 130; Sir Charles Bagot, "Report on the Affairs of Indians in Canada," March 20, 1845 (ICC Documents, pp. 26-29).

96 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 65).

97 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 65). Clifton's source for the quote is simply "RG 10, vol. 2789." Anderson was a staunch Anglican.

98 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 90); T.G. Anderson, Indian Superintendent, Coldwater, to Sir John Colborne, Lieutenant Governor, September 24, 1835, in "Pottawatomie Correspondence Collected by Franz Koennecke" (ICC Exhibit 15, pp. 1-2). The reference cited by Koennecke is National Archives of Canada (NA), RG 10, C-11019, vol. 59, at pp. 59866, [59]897, [59]900, [59]901, and [59]904.

together with a missionary and a schoolmaster, would "endeavor to civilize the Tribes which may be attracted to place themselves under their Charge."⁹⁹

Early in the summer of 1835, 215 Chippewa and Pottawatomi from the Milwaukee area on Lake Michigan, many of whom had served the British in the War of 1812, travelled to Penetanguishene. They too informed Anderson that they had "come to reside and seek protection."¹⁰⁰ In response to Anderson's request for instructions, it seems that Chief Superintendent Givins's reply on July 29, 1835, gave permission to "afford them asylum" in the province.¹⁰¹

Head's Plan for the Indians of Upper Canada, 1836

In November 1835, Colborne was replaced by Head, to whom the Colonial Office looked for recommendations on how to manage Indian affairs. Head therefore made a tour of most of the Indian settlements in Upper Canada to "judge . . . the actual situation of that portion of the Indian population which is undergoing the operation of being civilized." In the summer of 1836, he attended the annual delivery of presents to the "visiting Indians" at Amherstburg and, for the first time, on Manitoulin Island.¹⁰²

Whatever the challenges posed by the northerly and waterbound location of Manitoulin Island, thousands of Indians arrived there to receive presents and, it turned out, to surrender Manitoulin Island and the Bruce Peninsula. At a formal council of about 1500 Indians of "various tribes" at Manitowaning on August 9, 1836, Head secured for the Crown and set aside both Manitoulin Island and the Bruce (Saugeen) Peninsula for the settlement and "civilization" of Indians.¹⁰³

The Ottawa and Chippewa gave up a series of "23,000" islands, including Manitoulin, with a view to making "them the Property (under your Great Father's Control) of all Indians who he shall allow to reside on them."¹⁰⁴ The

99 Robert J. Surtees, *Treaty Research Report: Manitoulin Island Treaty* (Ottawa: DIAND, 1986), 5.

100 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 65).

101 Clifton, *A Place of Refuge* (ICC Exhibit 13, p. 65). Clifton's cite for this short quote is "RG 10, vol. 2789." Research notes supplied to the Commission as "Pottawatomie Correspondence Collected by Franz Koennecke" (ICC Exhibit 15, p. 1) suggest that there is "an unsigned note on a second page" saying: ". . . the Indians may remain under our protection and have land offered to them, but that there are no funds at the disposal of the Govt. to enable them to cultivate or to furnish them with. . ." The reference cited is NA, RG 10, vol. 58, C-11019, pp. 59677-79.

102 Sir F.B. Head to Lord Glenelg, November 20, 1836 (ICC Documents, p. 1).

103 The August 9, 1836, treaty with Ottawa and Chippewa involving Manitoulin Island and all other islands on the north shore of Lake Huron is known, by Indian Affairs' consecutive numbering system, as Treaty 45. The treaty of the same date with the Sauking Indians was a corollary to this treaty and was designated Treaty 45½.

104 Sir F.B. Head to Lord Glenelg, November 20, 1836 (ICC Documents, pp. 5-6); Olive P. Dickason, *Canada's First Nations* (Toronto: McClelland & Stewart, 1992), 237-38; Surtees, *Treaty Research Report: The Manitoulin Treaties*, 11.

Saugeen (Sauking) Indians gave up "a million and a half acres [607,028 hectares] of the very richest land in Upper Canada" and were to "repair either to this Island [Manitoulin] or that Part of [their] Territory which lies in the North of Owen's Sound."¹⁰⁵ Wampum was exchanged, the alliances and commitments made at the 1764 Council at Niagara were invoked, changing circumstances were acknowledged, and the solemn proceedings were duly witnessed by officials of the government and various religious denominations. No payment was made to the Indians for the lands they yielded to the government. The Indians were simply promised that Manitoulin Island and the Bruce Peninsula, together with their fisheries, would be protected from encroachment by settlers and that the Indians there would be given assistance with agriculture. No annuities flowed to the signatory bands from these agreements.¹⁰⁶

In connection with his visit to Amherstburg that same summer, Head took smaller surrenders of "rich land" from the Huron and "Moravian Indians."¹⁰⁷ Of these, he remarked:

I need hardly observe that I have thus obtained for his Majesty's Government from the Indians an immense portion of most valuable land, which will undoubtedly produce, at no remote period, more than sufficient to defray the whole of the expenses of the Indians and the Indian department in this Province.¹⁰⁸

Head's primary mission was to save the government money by reducing expenditures for Indians.

After this tour, Head sent Colonial Secretary Lord Glenelg his plan for the management of Indian Affairs in Upper Canada. Rejecting the previous efforts to Christianize and civilize Indians by making them farmers, Head directed that Manitoulin Island and vicinity become a reserve or locale for all the Indians in Upper Canada "to retire or fall back upon."¹⁰⁹ The kindest course, in his estimation, was "to remove and fortify [the Indians] as much as possible from all communication with the Whites."¹¹⁰

Much of Head's dispatch from Toronto to the Colonial Secretary on November 20, 1836, appears below. In it, Head also discussed the nature of

105 Sir F.B. Head to Lord Glenelg, November 20, 1836 (ICC Documents, pp. 5-6); Surtees, *Treaty Research Report: The Manitoulin Treaties*, 11.

106 Robert J. Surtees, *Indian Land Surrenders in Ontario, 1763-1867* (Ottawa: DIAND, 1984), 91-92.

107 Sir F.B. Head to Lord Glenelg, November 20, 1836 (ICC Documents, p. 6).

108 Sir F.B. Head to Lord Glenelg, November 20, 1836 (ICC Documents, p. 6).

109 Sir F.B. Head to Lord Glenelg, November 20, 1836 (ICC Documents, p. 6).

110 Sir F.B. Head to Lord Glenelg, November 20, 1836 (ICC Documents, p. 5).

presents as well as the advantages and disadvantages of giving them. He suggested discontinuing presents to American Indians in three years, anticipating that few Indians would emigrate to Canada as a consequence of this change in policy.¹¹¹ He wrote:

I am decidedly of opinion, that his Majesty's Government should continue to advise the few remaining Indians who are lingering in Upper Canada, to retire upon the Manitoulin and other Islands in Lake Huron, or elsewhere towards the North West.

Your Lordship has informed me, that the Committee of the House of Commons on Military expenditure in the Colonies, are of opinion "that the Indian Department may be greatly reduced, if not altogether abolished, and they therefore call the attention of the House to the same, and also to the expense of articles annually distributed to the Indians, and whether any arrangement may not be made to dispense with such distributions in future, or to commute the presents for money."

As it is your Lordship's desire that I should afford you as much information as possible in the above suggestions, I now respectfully endeavor to do so. . . .

The presents which the British Government has been in the habit of granting to the Indians in Upper Canada, have been delivered in two classes, termed "the resident" and "the visiting" whose numbers were this year as follows.

No. of Indians resident in Upper Canada –	6,507
Average No. of I[ndian]s who in order to receive presents from the British Government annually visit Upper Canada from the United States –	} } } <u>3,270</u>
Total [number of Indians receiving presents] –	<u>9,777</u>
Total average annual cost of presents issued as above –	<u>£8,500</u>

It certainly appears to me very desirable indeed that we should, if possible, discontinue the practice of giving presents to that portion of the visiting Indians who reside in the territory of the neighbouring States, but what is desirable is not always just, and it is therefore necessary, before the project be carried into effect, that we should consider what arguments exists for, as well as against this.

In its favor it may be stated,

1st. That we should save an annual expenditure of, say, £4,000.

2ndly. That according to common Laws among Nations, there appears to be no reason why, having lost all dominion over, and interest in, the United States, we should continue to make annual payments to any portion of its inhabitants.

3rdly. That it amounts almost to an act of hostility for the British Government to continue to give Guns, Powder and Ball, to the Indians of the United States, with whom that People are at this moment engaged in civil war.

4thly. That a considerable portion of the presents which we give to the Indians,

¹¹¹ Sir F.B. Head to Lord Glenelg, November 20, 1836 (ICC Documents, pp. 15-16). This address also includes an appeal on behalf of Chief Superintendent Givins, whose "name is so identified with the Indian history of this Country" that Head asks that Givins be retired "on his full pay."

are shortly after their delivery, to be seen displayed for sale by the Shopkeepers of the United States, who often obtain them almost for nothing. . . .

In reply to the first objection, namely, "that by withholding the presents, we should save an annual expenditure of £4000," it may be stated that, of all the money which has ever been expended by the British Government, there is perhaps no sum which ought to be less regretted than that which we have hitherto bestowed upon the Aborigines of America. It has purchased for us the blessing of their race – they love us!! – they have shed their blood for us – they would do so again – they look upon us as the only just and merciful inhabitants of the Old World – and impressed with these feelings their attachment to our Sovereign amounts almost to veneration. "When we see the Sun rise in the East," said a Warrior to me at the Great Council at the Manitoulin Island, "it is our custom to say to our young men there is our Great Father, he warms us, he clothes us, he gives us all we desire."

There can be no doubt that up to the present page in the history of the British Empire, we have acted well towards the Indians. What that reflection may intrinsically be worth, it is not so easy to determine, as every man will perhaps estimate it differently; however, its moral value, whatever it may be, should be deducted from the expense of which we complain, for we cannot enjoy both advantages: if we save the latter we must lose the former. . . .

In reply to the second objection, namely, "that according to common laws among Nations, there appears to be no reason why, having lost all dominion over, and interest in the United States, we should continue to make annual payments to any portion of the inhabitants," it must be recollected that in our Wars with the Americans, we gladly availed ourselves of the services of the Indians, whom invariably we promised we never would desert. In these promises we made no restriction whatever, as to domicile; when the tribes joined us, we never waited to ask them whence they came[;] the close of the War when the surviving Warriors left us, we never prescribed to them where they should go.

It will be asked in what way were these our promises made? It is difficult to reply to this question, as it involves the character of the Indian race.

An Indian's word when it is formally pledged, is one of the strongest moral securities on earth, like the rainbow it beams unbroken when all beneath is threatened with annihilation.

The most solemn form in which an Indian pledges his word, is by the delivery of a Wampum belt of Shells, and when the purport of this symbol is once declared, it is remembered and handed down from father to son, with an accuracy and retention of meaning which is quite extraordinary.

Whenever the belt is produced, every minute circumstance which attended its delivery seems instantly to be brought to life, and such is the singular effect produced on the Indian's mind by this talisman, that it is common for him, whom we term "the Savage" to shed tears at the sight of a Wampum which has accompanied a message from his friend.

I have mentioned these facts, because they will explain the confident reliance the Indians place on the promises which, accompanied by the delivery of Wampums, were made to them by our Generals, during and at the conclusion of the American Wars.

These rude ceremonies had probably little effect upon our officers, but they sunk [sic] deep in the minds of the Indians. The Wampums thus given, have been preserved and are now entrusted to the keeping of the great Orator, Liginish, who was present at the Council I attended on the Manitoulin Island in Lake Huron, and in every sense, these hieroglyphics are moral affidavits of the bygone transactions to which they relate. On our part, little or nothing documentary exists – the promises which were made, whatever they might have been, were almost invariably verbal, those who expressed them are now mouldering in their graves. However, the regular delivery of the presents, proves and corroborates the testimony of the Wampums, and by whatever sophistry we might deceive ourselves, we could never succeed in explaining to the Indians of the United States, that their Great Father was justified in deserting them.

To the third and fourth objections I have nothing to reply, for I must say I think the Americans have reason for the jealousy they express at the British Government interfering by positively arming their own Indians with whom they are at War, with English guns, powder and ball. I also cannot deny that a great proportion of the presents we give to the American Indians form a tribute which we annually pay to the Shopkeepers of the United States. . . .

. . . I am of opinion that to the visiting Indians of the United States we cannot without a breach of faith, directly refuse to continue the presents, which by the word of our generals we have promised, and which by long custom we have sanctioned. On observing that the minds of these people were wide open to reasonable conviction, it occurred to me that it would not be difficult to explain to them that their Great Father was still willing to continue presents to such of his red children as lived on his own Land, but that in justice to the Americans who are now our Allies, he could not arm against them those Indians who should continue to reside in the Territory of the United States, and consequently, that after the expiration of three years, presents would only be given to those of our red children who actually shall inhabit the Canadas.

I did not formally make this declaration at the Great Council at the Manitoulin Island, but it was sufficiently hinted to them to be clearly understood, and as far as I could learn and, have since learned, it was received without disapprobation.

I would therefore recommend that this declaration should be formally announced at the next delivery of presents. The Indians of the United States would then have plenty of time to prepare for the change, which I feel quite confident would end by our being released honorably and altogether from an engagement which I certainly think we have maintained long enough to reward liberally the United States Indians for the Services they rendered us during the War. . . .

I do not think the Indians of the United States could or would complain of the above arrangement, and I feel certain that tho' a few would at first probably emigrate to Canada, they would not long remain there.

For many reasons which it would be tedious to your Lordship that I should detail, I would recommend that the presents to the visiting Indians should for the three years be delivered at the Manitoulin Island only.

The expense of forwarding the presents to that spot, tho' less than to the old place of delivery (Drummond Island) is greater than to Penetanguishene and Amherstburg,

- R Oui, nous nous réunissions entre nous, c'est bien cela.
- Q Y avait-il des femmes aussi bien que des hommes?
- R Avant que je devienne chef, tout le monde participait. Tout le monde était là. Nous nous réunissions à la maison de quelqu'un. Parfois à la maison de l'oncle Joe, et parfois chez Angelique, ou chez M. Jack Knott.
- Q C'est comme cela que les choses se passaient depuis des années. On se réunissait à la maison de quelqu'un dans la réserve et on en parlait?
- R Oui.
- Q Pensez-vous que c'est de cette façon que les choses se faisaient pendant que vous étiez aux études dans les années 20? Pensez-vous qu'on faisait les choses de la même façon?
- A Oh oui. Ils procédaient de la même façon. Ils en parlaient. *Quelle que soit la décision concernant la meilleure chose à faire, c'est de cette façon qu'on procédait.* Mais je n'étais pas dans les parages, alors ils ont procédé de leur façon, c'est tout.
- Q Mais dans les cas où il fallait prendre une décision importante, ils se réunissaient. On se réunissait à la maison de quelqu'un pour en parler.
- R M-hm.
- Q Ils n'auraient pas pris une décision importante; une personne n'aurait pas pris une décision importante sans en parler à quiconque.
- R Tout le monde doit être consulté à ce sujet, ça ne peut être l'affaire d'une seule personne. Parce qu'alors on fait appel au jugement des gens, des gens de la base. Et ils ont raison. Tout le monde met son mot, pour déterminer ce qu'il y aurait de mieux à faire, ce qui devrait être fait et c'est de cette façon qu'on procède alors. C'est aussi simple que ça. Aujourd'hui il faut une résolution du conseil de bande pour faire avancer les choses.
- Q Mais à cette époque, tous les adultes se réunissaient à la maison de quelqu'un et en parlaient?
- A Oui. Il n'était pas nécessaire de se trouver à la maison de quelqu'un. On pouvait se réunir dans un tipi, ou dans quelques tipis et quelques tentes, on se rendait là, on s'assoit, on parlait, et c'est tout. Lorsque tout est dit, tout est dit. C'est aussi simple que cela.
- Q S'ils avaient eu une décision importante à prendre pour la collectivité, seraient-ils allés par exemple se réunir à Fairview? Si on remonte par exemple aux années 20 ou aux années 30, se seraient-ils rendus jusqu'à Fairview pour tenir une assemblée?
- R *Non, pas nécessairement...*
- Q Lorsque l'agent des Indiens voulait obtenir une décision de la part des membres, il se rendait dans la réserve.
- R Ce sont plutôt les gens qui allaient à lui. Ce dernier se déplaçait à chariot. La plupart du temps, les agents des Indiens ont un chariot, un tout petit chariot. C'est ainsi qu'ils se déplacent. Et lorsqu'ils se présentent, tout le monde est au courant, parce qu'ils savent qu'ils vont obtenir l'argent des traités ou qu'ils vont obtenir des rations. On appelle ça l'assistance.
- Q Écoutez Johnny; ce que j'essaie de vous dire, c'est qu'à votre avis, s'il y avait une importante décision à prendre, vous ne vous rendiez pas - vous ne demandiez

pas à tous les adultes, aux femmes et à tout le monde de se rendre à Fairview pour une assemblée avec l'agent des Indiens. C'est l'agent des Indiens qui se présenterait dans la réserve.

A Oui, c'est ce que j'ai dit²⁸¹.

D'après cet extrait d'entrevue, nous concluons que les assemblées que tenait la bande de Duncan étaient convoquées d'une façon relativement simple, sans accorder beaucoup d'attention au protocole. La bande se contentait de prendre les mesures qu'elle jugeait les plus appropriées pour résoudre le problème en cause. Les assemblées que tenait la bande ont pu se tenir, mais n'ont pas nécessairement été tenues dans la maison de quelqu'un ou même dans la réserve. Pour ce qui est du contrôle du processus des réunions de la bande, il n'existe pratiquement aucune indication de la façon dont l'assemblée de cession de 1928 a été menée, même si nous avons déjà établi comme plus plausible que Murison se soit présenté aux Indiens de la RI 152, plutôt que l'inverse.

La bande de Duncan, comme de nombreuses bandes visées par le Traité 8, semble avoir été une bande de nom plus que de substance, constituée en la forme où elle était, d'une réunion de familles assemblées pour les besoins de la chasse et du piégeage. Les gens qui en faisaient partie ne formaient pas un groupe étroitement uni, mais plutôt un groupe qui se réunissait de temps à autre, au gré des circonstances, notamment lors du paiement des annuités prévues au traité²⁸². Par conséquent, il n'est pas surprenant que la bande n'ait à peu près rien eu en termes de règles ou de procédures formelles pour la convocation ou la tenue des réunions, et que, lorsque les membres se réunissaient *effectivement* pour traiter de problèmes qui se posaient, ils le faisaient d'une manière informelle.

281 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 62-65) (John Testawits). Italiques ajoutés.

282 Comme Neil Reddekopp l'a fait observer :

Du point de vue de l'organisation sociale et de l'occupation et l'utilisation des terres, la distinction entre les Beavers et les Cris est sans conséquence. Comme dans le cas des Cris, l'unité sociale et économique fondamentale des Beavers est la famille, qu'elle soit nucléaire ou étendue, et la plus grosse entité permanente était la bande de chasse, composée de deux familles ou plus, liées par le sang. Ces bandes de chasse fonctionnaient indépendamment les unes des autres de l'automne d'une année au printemps de l'autre. Chaque été, un certain nombre de bandes de chasse se rassemblaient pour former une bande régionale à un endroit qui favorisait la pêche, les foins et la chasse aux animaux ne vivant pas en forêt comme le bison. L'un des endroits qui répondait à tous ces critères et convenait admirablement bien pour passer l'été se trouvait le long de la rive nord de la rivière de la Paix, entre Dunvegan et le confluent des rivières de la Paix et Smoky.

G. N. Reddekopp, « The Creation and Surrender of the Beaver and Duncan's Band's Reserves », p. 4-5, (Pièce 5 de la CRI).

Compte tenu de la minceur des preuves, nous concluons, comme le juge Addy l'a fait dans l'affaire *Apsassin*, que la Première Nation n'est pas parvenue à démontrer qu'elle avait des règles établies en 1928 pour la convocation de réunions ou d'assemblées du conseil. En conséquence, nous ne pouvons pas supposer que l'assemblée ait été convoquée de manière contraire aux règles ou à la pratique de la bande, et nous ne pouvons pas non plus soutenir que le Canada a contrevenu à la disposition pertinente du paragraphe 51(1).

Qui étaient les hommes, membres de la bande, âgés de 21 ans révolus?

Maintenant que nous avons conclu qu'il y a eu assemblée de cession, que cette dernière a été convoquée suffisamment à l'avance au moyen d'un avis pertinent et sans qu'il y ait eu infraction aux règles de la bande à cet égard, dans le but précis d'examiner un projet de cession, et que l'assemblée a été tenue en présence de fonctionnaires de la Couronne dûment autorisés, nous examinons maintenant la question des exigences concernant l'admissibilité, sous le régime de l'article 51.

Le premier critère pour déterminer si une personne avait le droit d'assister à une assemblée concernant une cession et à y voter en 1928 est énoncé au paragraphe 51(1) de la *Loi sur les Indiens* de 1927. Ce paragraphe stipule qu'une cession est valide dans la mesure où elle est « ratifiée par la majorité des hommes de la bande qui ont vingt-et-un ans révolus ». En conséquence, pour être habilité à voter, une personne doit être un homme, appartenir à la bande, et avoir au moins 21 ans.

Globalement, en ce qui touche l'examen de ces critères, la Première Nation fait valoir que la Commission devrait examiner les listes de paye de la bande et sa liste des votants lors de la cession, d'un oeil critique. Laird a été décrit par son successeur comme « manipulateur et négligent » dans le traitement des listes de bénéficiaires, et il fut plus tard trouvé coupable d'avoir détourné des fonds, en ne s'acquittant pas de l'exécution des paiements annuels ou en empochant les paiements destinés à des personnes décédées, qu'il déclarait être toujours vivantes. En outre, il avait pour habitude de sous-évaluer le nombre des membres adultes de la bande. Pour ces raisons, la Première Nation estime que l'intégrité et la compétence de Laird doivent

être mises en doute, et que les listes de bénéficiaires qu'il a établies devaient être considérées comme « intrinsèquement non dignes de foi »²⁸³.

En ce qui concerne Murison, le conseiller juridique de la Première Nation soutient qu'il n'existe pas de preuve tendant à indiquer qu'il ait mené des recherches pour savoir s'il pourrait y avoir d'autres votants admissibles, par exemple Alex Mooswah, ou si les personnes inscrites à la liste des votants répondaient effectivement au critère voulant qu'il faut résider habituellement dans la réserve en question ou près de celle-ci et d'y avoir un intérêt. Comme Murison avait semble-t-il inclus deux membres décédés de la bande de Beaver en tant que votants admissibles dans les documents de cession de cette bande, et qu'il avait indiqué que l'une de ces deux personnes avait effectivement signé la cession, la Commission devrait, selon la Première Nation, pouvoir inférer qu'un consentement à la cession de Duncan n'a pas été dûment obtenu :

[Traduction]

Ainsi, sur papier, tout paraissait en règle. J'entends par là que Murison a su comment établir les documents relatifs à l'événement, voilà où je veux en venir. Toutefois, l'analyse de sa liste des votants à cette occasion, et la façon dont le vote a été pris, et la conduite même de Murison ne concordaient pas avec son compte rendu des événements, livré dans l'affidavit.

Il faut en conclure soit que Murison a été négligent, imprudent, manipulateur et qu'il a, de toute façon, agi de manière intéressée et négligente dans la poursuite de ces cessions. À notre point de vue, il a affiché le plus profond mépris aussi bien à l'égard des exigences de la Loi, que par le caractère mensonger de ses déclarations²⁸⁴.

Pour sa part, le Canada s'en tient à la liste des votants lors de la cession établie par Murison, précisant que Murison et trois membres de la bande dont le nom figure sur l'affidavit de cession ont prêté serment à l'effet que la cession avait reçu le consentement d'une majorité des sept hommes de la bande ayant 21 ans révolus et étant habilités à voter²⁸⁵.

Au fil des ans, la Commission a eu l'occasion d'examiner diverses listes de bénéficiaires et listes de votants des bandes, et nous savons que ces listes ne se sont pas toujours révélées être le reflet exact de la composition des

283 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 25; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 58 (Jerome Slavik).

284 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 25; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 59-60 (Jerome Slavik).

285 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 20-21.

bandes ou que certains renseignements qu'elles renfermaient n'étaient pas toujours exacts. À titre d'exemple, dans le cas qui nous occupe, la liste des bénéficiaires du 7 novembre 1928 pour le premier paiement anticipé de 50 \$ provenant du produit de la cession et destiné à la bande de Duncan fait état d'un total de *huit* hommes, en tant que membres de la bande, et que la liste inclut le nom d'Isadore Mooswah (maintenant connu sous le nom de Ted « Chick » Knott), la liste indiquant qu'il avait 23 ans. Les listes de bénéficiaires subséquentes pour le second paiement de 50 \$ et les paiements d'intérêt jusqu'à 1932 indiquent également qu'Isadore Mooswah a 23 ou 24 ans²⁸⁶ et qu'il est donc habilité, à tout le moins *prima facie*, à voter lors d'une assemblée de cession. Toutefois, lors de l'audience publique tenue par la Commission le 6 septembre 1995, Ted Knott déclarait avoir fréquenté l'école dans les années 30 et indiquait avoir 82 ans²⁸⁷. Cela signifie qu'il serait né en 1913 et n'aurait eu que 15 ans lors de la cession, et conséquemment qu'il n'aurait pas été habilité à voter. Aussi, sommes-nous d'accord avec le conseiller juridique de la Première Nation, à savoir que nous devons examiner soigneusement les renseignements figurant sur la liste des bénéficiaires et sur la liste des votants et, dans la mesure du possible, déterminer s'il existe d'autres indications tendant à prouver ou à réfuter le contenu de ces listes.

C'est dans ce contexte que nous allons maintenant orienter notre examen des contestations soumises par la Première Nation vers l'interprétation fournie par Murison et vers l'application des exigences concernant l'admissibilité énoncées au paragraphe 51(1), en ce qui concerne Alex Mooswah et les frères Leg. Nous examinerons ensuite certains éléments de la déclaration de John Testawits, en ce qui concerne l'admissibilité de John Boucher, sous le régime du même paragraphe.

Alex Mooswah

La Première Nation soutient qu'Alex Mooswah avait 27 ans à l'époque de la cession, mais en dépit du fait qu'il avait l'âge suffisant pour être admis à

²⁸⁶ Liste des bénéficiaires pour le premier paiement anticipé aux Indiens suite à la cession des réserves n^{os} 151, 151B, 151C, 151D, 151E, 151F et 151G, bande de Duncan, 7 novembre 1928 (Pièce 6 de la CRI, onglet K); liste des bénéficiaires du deuxième paiement anticipé pour la cession des réserves n^{os} 151, 151B, 151C, 151D, 151E, 151F et 151G, bande de Duncan, 28 janvier 1920 (Pièce 6 de la CRI, onglet L); liste des bénéficiaires du premier paiement d'intérêt, bande de Duncan, 20 septembre 1930 (Pièce 6 de la CRI, onglets M et N); liste des bénéficiaires du deuxième paiement d'intérêt, bande des Tustawits de Duncan, janvier et février 1931 (Pièce 6 de la CRI, onglet O); liste des bénéficiaires du troisième paiement d'intérêt, bande de Duncan, non datée (Pièce 6 de la CRI, onglet P).

²⁸⁷ Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 26) (Ted Knott).

voter, il avait été, on ne sait trop pour quelle raison, exclu de la liste des votants²⁸⁸. Dans sa conclusion, le conseiller juridique se fonde largement sur la déclaration ci-dessous de Neil Reddekopp, un avocat/généalogiste au Ministère des Affaires autochtones de la province de l'Alberta :

[Traduction]

Presque tous les documents se rapportant à l'agence du Petit lac des Esclaves laissent supposer qu'Alex Mooswah serait né vers 1910. En janvier 1930, Murison indiquait qu'il avait 19 ans, mais Murison n'a pas rencontré Alex, pas plus qu'il n'avait rencontré Isidore Mooswah. Ce n'est qu'en 1936 qu'Alex Mooswah a reçu son propre numéro, et en 1939 l'âge qu'on lui reconnaissait était 29 ans.

D'autre part, il existe des preuves circonstancielles mais néanmoins convaincantes selon lesquelles Alex Mooswah avait environ 27 ans lorsque fut pris le vote pour la cession de Duncan, en 1928. Une partie de ces preuves sont de nature contextuelle, et découlent de l'interprétation des inscriptions figurant sur les listes de bénéficiaires concernant Alex Mooswah et son père, Modeste Mooswah. Les indications figurant à la liste des bénéficiaires en ce qui concerne ce dernier ne font pas état de la naissance d'un garçon en 1910 ou 1911, les années où Alex aurait dû voir le jour pour que son âge corresponde à l'évaluation fournie par Murison en 1930 ou à l'âge indiqué sur la liste des bénéficiaires de 1939. Les seules naissances d'enfants mâles issus de Modeste Mooswah ont été enregistrées en 1902 ou 1916. Les indications figurant au numéro d'Alex Mooswah lui-même révèlent que sa femme avait 47 ans en 1942, ce qui en soi permet de penser qu'Alex aurait plus vraisemblablement eu environ 40 ans, plutôt que 25 ans, à cette époque. Ajoutons à cela qu'Isidore Mooswah [Ted Knott] (né en 1913), le cousin d'Alex Mooswah, et John Testawits (né en 1915) se souviennent d'Alex comme de quelqu'un qui était beaucoup plus âgé qu'eux.

Enfin, les registres paroissiaux révèlent qu'Alex Letendre, fils de Modeste Letendre et de Marie Tranquille, était né le 27 décembre 1901, et que son certificat de naissance daté du 14 janvier 1902 fut enregistré dans la paroisse de Spirit River. Identifier cet enfant comme étant Alex Mooswah nous oblige, de tout évidence, à conclure que Modeste Mooswah, qui portait le numéro 15 à la liste de la bande de Duncan et que Modeste Letendre, qui était le père d'Alex Letendre étaient la même personne. À cet égard, il convient de préciser que l'utilisation, de manière interchangeable des noms Monswa (ou Mooswah) et Letendre est une pratique courante dans les registres paroissiaux du nord de l'Alberta. On note aussi des recoupements considérables entre les enfants nés de Modeste Letendre et de Marie Tranquille et les noms qui figurent au numéro de Modeste Mooswah. Non seulement la naissance d'Alex Letendre en décembre 1901 correspond-elle à l'apparition du nom d'un garçon figurant au numéro de Modeste Mooswah en 1902, mais les naissances de Charlotte en avril 1904, de Marie Rose en mai 1908 et d'Elise en juin 1911 correspondent aux

288 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 26.

noms de filles qui figurent au numéro du même Modeste Mooswah pour 1904, 1908 et 1912²⁸⁹.

Le Canada répond à l'argument de la Première Nation en citant des éléments contradictoires figurant dans le rapport de Reddekopp, pour illustrer le fait que la Première Nation n'est pas parvenue à établir selon toute probabilité qu'Alex Mooswah aurait dû être votant admissible²⁹⁰. De plus, après examen du témoignage donné par Ted Knott à l'audience publique où il affirme avoir vu Alex Mooswah pour la dernière fois soit au cours de l'été, soit à l'automne de 1935, date à laquelle, d'après Knott, Alex avait environ 20 ans, le Canada soutient qu'Alex n'aurait pu avoir 21 ans en 1928²⁹¹.

Après examen des éléments mis en preuve, et sous réserve des questions de résidence et d'intérêt détenus dans la réserve que soulève la Première Nation en ce qui concerne les frères Leg et d'autres membres de la bande, nous sommes disposés à conclure, *prima facie*, que le nom d'Alex Mooswah aurait dû être inscrit à la liste des votants, bien que, comme le laisse entendre le Canada, il reste à déterminer si cette omission a une incidence pratique ou juridique.

Emile et Francis Leg

En ce qui concerne Emile et Francis Leg, la Première Nation fait principalement valoir que même s'ils étaient membres de la bande, ils n'étaient pas habilités à voter parce qu'ils ne répondaient pas aux critères voulant qu'il faut résider habituellement dans la réserve ou près de celle-ci, ou y avoir un intérêt, comme le stipule le paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens*. Nous examinerons cet argument un peu plus tard dans le présent rapport. Toutefois, nous examinerons d'abord les éléments de la déclaration de John Testawit se rapportant aux échanges qu'il a eus avec sa mère, à savoir que les frères Leg n'étaient même pas membres de la bande²⁹², une affirmation qui, si elle est véridique, les aurait par ailleurs rendus inhabilités à voter. le

289 G.N. Reddekopp, « The Creation and Surrender of the Beaver and Duncan's Band's Reserves », p. 107-109 (Pièce 5 de la CRI). Les références de bas de page n'ont pas été reproduites.

290 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 21.

291 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 171-172 (Perry Robinson).

292 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 43-44) (John Testawits); déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 8 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4; Pièce 10 de la CRI, onglet B, annexe 7); Commission des revendications des Indiens, (Entrevue avec les anciens John Testawits et Ted Knott menée à l'hôtel Mile Zero, Grimshaw (Alberta), 15 août 1995, p. 2-3 et 6 (Pièce 6 de la CRI, onglet B); Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 28.

Canada estime pour sa part qu'Emile et Francis étaient des membres de la bande²⁹³.

Il est intéressant de constater que le conseiller juridique de la Première Nation n'a pas jugé bon de trop insister sur cet aspect de son argumentation. En reconnaissant tacitement que les Leg aient pu être des membres de la bande, tout en faisant valoir du même coup qu'ils n'étaient pas habilités à voter parce qu'ils ne résidaient pas habituellement dans la réserve ou n'y détenaient pas d'intérêt, le conseiller juridique cherche à faire valoir que les Leg *devraient* être comptés aux fins de l'établissement d'un quorum pour une assemblée de cession, mais qu'ils *ne devraient pas* l'être pour ce qui est de déterminer si une majorité des hommes de la bande ayant 21 ans révolus ont donné leur consentement à la cession.

Nous reviendrons sur les questions du quorum et de l'assentiment de la majorité, mais pour le moment nous estimons pouvoir prudemment conclure qu'Emile et Francis Leg étaient des membres de la bande de Duncan. Tous deux se sont joints à la bande en 1905, ainsi que leur mère, lorsque cette dernière s'est mariée avec un membre de la bande, et lorsqu'ils ont obtenu leur propre numéro, sur la liste des bénéficiaires des annuités, en 1914 et en 1915 respectivement²⁹⁴. Aucun des deux ne semble avoir résidé du tout ne serait-ce que quelque temps dans l'une quelconque des réserves de la bande, mais, comme nous le verrons, cela n'était pas nécessairement inhabituel pour des membres de cette bande. Bien que les Leg se retrouvaient souvent loin de chez eux pour leurs activités de chasse et de piégeage et qu'ils ne semblent avoir eu que des rapports sporadiques avec leur bande, tous deux ont touché de façon régulière leurs annuités en compagnie d'autres membres de la bande, à partir de 1905, et jusque bien après la cession de 1928. Nous constatons qu'il existe peu d'indications concrètes tendant à prouver que les frères Leg pouvaient appartenir à une autre bande; étant donné qu'ils ont été régulièrement inscrits sur les listes de bénéficiaires de la bande pendant de nombreuses années, nous en concluons qu'ils étaient membres de la bande de Duncan.

John Boucher

Sans que cela ait constitué l'un des piliers de son argumentation, la Première Nation a fait valoir, avec des éléments de preuve à l'appui, que les documents de la cession de 1928 ont été fabriqués, puisque, même si John Boucher y

293 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 180-181 (Perry Robinson).

294 Base de données complémentaires sur les listes bénéficiaires (Pièce 15 de la CRI, vol. 1).

figure comme signataire, il était peut-être déjà mort à cette date. Dans sa déclaration solennelle du 3 décembre 1991, l'ancien John Testawits déclarait que John Boucher était mort avant que Testawits ne soit revenu de ses études en 1931²⁹⁵, et dans l'entrevue qu'il a accordée le 15 août 1995 au conseiller juridique de la Commission, Testawits a ajouté que Boucher « était mort avant 1928, d'après les registres »²⁹⁶. Le conseiller juridique de la Première Nation a fait un rapprochement entre cet élément de preuve et son argumentation voulant que l'on ne puisse s'en remettre aux listes de paye établies par l'agent Laird, compte tenu de l'ampleur de la fraude concernant les listes de bénéficiaires à laquelle Laird s'est livré, comme la chose sera plus tard reconnue :

[Traduction]

M. Reddekopp estimait que M. Boucher était probablement né vers 1860, ce qui signifie qu'à la date de la cession présumée, il aurait eu 68 ans. Il n'existe pas d'état de décès à son sujet ni avant 1928 ni en 1931, sauf pour 1932, où son décès est indiqué sur la liste. Il est également indiqué qu'il a été payé en 1931. Toutefois, l'examen de son numéro révèle certaines similitudes, mais pas toutes, avec les cas de fraude de la part de l'agent des Indiens Laird. Et vous avez entendu M. Testawits parler de ce cas de fraude dans lequel des paiements annuels ont été versés à des personnes dont le nom figurait sur des listes de paye, alors que ces dernières étaient décédées.

La chose a été découverte en 1930. Laird a été congédié la même année. Et la plupart des noms des anciens qui ont été victimes de la fraude ont été supprimés des listes de bénéficiaires en 1932, la même année où le nom de John Boucher a été rayé de la liste de paye. Il aurait sans doute été une victime éventuelle de fraude, étant donné sa condition d'ancien. Il vivait plutôt en reclus et il était veuf²⁹⁷.

De toute évidence, si John Boucher est décédé avant que n'ait eu lieu l'assemblée de cession de 1928, il n'aurait plus été *en mesure* de voter, et encore moins habilité à le faire.

Les déclarations de l'ancien Ted Knott et du petit-fils de Boucher, Ben Boucher, sont pour le moins contradictoires, en regard de celle dont nous venons de parler. Knott a rappelé avoir vu John Boucher pour la dernière fois au cours de l'été 1932, 1933 ou 1934 à Moss Lake, l'endroit où Knott croit que Boucher a vécu²⁹⁸. Dans une déclaration solennelle datée du

²⁹⁵ Déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 7 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

²⁹⁶ Commission des revendications des Indiens, « Entrevue avec les anciens John Testawits et Ted Knott menée à l'hôtel Miles Zero, Grimshaw (Alberta) », 15 août 1995, p. 6 (Pièce 6 de la CRI, onglet B).

²⁹⁷ Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 86) (Jerome Slavik).

²⁹⁸ Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 30 et 76-77) (Ted Knott).

21 décembre 1995, Ben Boucher a déclaré que son grand-père avait été inhumé à proximité du chemin de fer dans la région de Gage, non loin de Hay Lake (également connu sous le nom de Moss Lake), au nord de Fairview, après son décès, à l'âge de 85 ans, au cours de l'hiver 1936-1937. Ben Boucher a également attesté le fait que John Boucher était vivant et résidait près de Hay Lake en 1928²⁹⁹.

La Commission estime qu'il est important d'examiner ces allégations, car, comme nous l'avons fait remarquer, nous sommes saisis de certains éléments de preuve, concernant la cession de Beaver consignée par Murison et Laird à peine deux jours après celle de Duncan, montrant que l'on s'est plus tard rendu compte que deux personnes ayant, selon les rapports, pris part à l'assemblée, et dont l'une a apparemment signé le document de cession, étaient en réalité décédées avant que l'assemblée n'ait lieu³⁰⁰. Cependant, la Commission est d'avis que les témoignages de première main de Ted Knott et de Ben Boucher sont véridiques. Nous concluons que John Boucher était un homme membre de la bande ayant au moins 21 ans révolus, en 1928.

Conclusion

Pour résumer, nous avons établi qu'en 1928, huit personnes étaient des hommes membres de la bande de Duncan ayant 21 ans révolus. La question de l'appartenance de quatre de ces personnes, à savoir Joseph Testawits, Samuel Testawits, Eban Testawits et James Boucher, à cette bande est incontestable. Nous avons en outre déterminé qu'Emile et Francis Leg étaient des membres de la bande, du fait de leurs rapports de longue date bien qu'intermittents, avec la bande, et que John Boucher était toujours vivant, à l'époque où la cession a eu lieu. En outre, bien que les éléments de preuve ne soient pas définitifs, nous sommes également disposés à conclure qu'Alex Mooswah était un membre de la bande, pour ce qui est de déterminer s'il y a eu quorum et assentiment de la majorité, en conformité avec les dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*.

299 Déclaration solennelle de Ben Boucher, 21 décembre 1995, p. 2 (Pièce 6 de la CRI, onglet D).

300 G.N. Reddekopp, « The Creation and Surrender of the Beaver and Duncan's Band's Reserves », p. 111-112 et 126-127 (Pièce 5 de la CRI).

Quel est le sens du passage « à moins de résider habituellement dans ou près de la réserve en question, ou d'y avoir un intérêt »?
L'autre critère à remplir pour être admissible à participer à un vote concernant une cession figure au paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1927, qui dit :

2. Nul Indien ne peut voter ni assister à ce conseil, à moins de résider habituellement dans ou près de la réserve en question, ou d'y avoir un intérêt.

On peut constater que cette disposition fait état de deux interdictions, à savoir qu'un Indien qui ne réside pas habituellement dans la réserve en question ou près de celle-ci et qui n'y détient pas un intérêt ne peut *participer à un vote concernant une cession*, mais, et cela est tout aussi significatif, l'Indien répondant à la description que nous venons de voir n'est même pas autorisé à être *présent* à l'assemblée au cours de laquelle la décision concernant une cession sera examinée. La question de savoir si un Indien en particulier a assisté à une assemblée de cession ou y a voté est susceptible d'être relativement claire, dans la plupart des cas. La question plus difficile — celle précisément que les parties visées par la présente enquête considèrent comme étant fondamentale — est celle de savoir si l'Indien concerné résidait habituellement dans ou près de la réserve en question, et y détenait un intérêt. Cette disposition comporte un certain nombre d'éléments qui requièrent une interprétation juridique, et nous examinerons ces divers éléments à tour de rôle.

« *La réserve en question* »

Dans le cas qui nous occupe, le sens de l'expression « la réserve en question » est problématique parce que sept parcelles de terres de réserve ont été cédées, et non pas une seule. Selon la Première Nation, même si Samuel et Eban Testawits résidaient dans la RI 151A, *aucun* des sept votants inscrits sur la liste ni Alex Mooswah ne résidaient habituellement dans ou près de l'une quelconque des réserves qui ont effectivement été cédées³⁰¹. Pour parvenir à cette conclusion, le conseiller juridique de la Première Nation s'est

301 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 50; Jerome Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, « Mémoire de la bande indienne de Duncan à Revendications particulières (Ouest) au sujet de la cession fautive des réserves indiennes de Duncan numéro 151, et numéros 151B à 151G, » février 1996, p. 18-20 (Pièce 10 de la CRI, onglet B); Jerome Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, à Manfred Klein, Revendications particulières (Ouest), Affaires indiennes et du Nord Canada, « Revendication de la bande indienne de Duncan concernant la cession fautive de la réserve indienne 151H », 21 novembre 1995, p. 15 (Pièce 10 de la CRI, onglet A).

fondé sur la déclaration du secrétaire-trésorier E.L. Lamont, du district municipal de Peace River, déclaration selon laquelle [traduction] « les réserves indiennes précitées situées dans les limites du présent district municipal ont été inoccupées pendant de nombreuses années »³⁰², et sur le rapport de Murison selon lequel [traduction] « les membres de cette bande, par le passé, vivaient de chasse et de leur travail pour les colons et n'avaient aucun lieu de résidence fixe »³⁰³. La conséquence évidente de cette conclusion est qu'aucune des personnes qui figurent sur la liste des votants n'était habilitée à voter, ce qui signifie que la cession proprement dite était nulle. En outre, même si Samuel et Eban Testawits pourraient être considérés comme admissibles parce qu'ils résidaient dans la RI 151A, seul Eban a donné son consentement à la cession et signé le document de cession; la Première Nation en conclut donc, dans son mémoire, que la cession demeure fautive étant donné que seulement un des deux votants admissibles – et non la majorité nécessaire – a participé à l'assemblée de cession et donné son consentement à cette dernière³⁰⁴. Le conseiller juridique poursuit en ces termes :

[Traduction]

S'il n'y avait pas de votants admissibles, alors le principe suprême de la préservation des terres de réserve pour les générations futures s'appliquerait. Rappelant qu'en 1928 la population de la bande comptait 7 ou 8 hommes adultes, 27 femmes et 15 enfants, il aurait été prudent de s'assurer de l'utilisation potentielle future que l'ensemble des autres membres comptait faire de la réserve dans l'avenir, pour s'assurer que les réserves ne seraient pas nécessaires à ces fins, et pour déterminer ce qui était dans le meilleur intérêt de l'ensemble des membres de la bande³⁰⁵.

En réponse à cet argument, le Canada fait valoir que le fait de résider habituellement dans la réserve ou près de celle-ci, et d'y détenir un intérêt était suffisant pour établir l'admissibilité des votants sous le régime de l'article 51(2). Le conseiller juridique du Canada affirme que cette position est fondée sur la définition de « réserve » qui figure dans la *Loi sur les Indiens* de 1927, disposition qui n'exige pas qu'une réserve consiste en une

302 E.L. Lamont, secrétaire-trésorier, district municipal de Peace, au secrétaire des Affaires indiennes, 7 juillet 1925, dossier du MAINC 777/30-7-151A, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 174).

303 W. Murison, inspecteur des agences des Indiens, à W.M. Graham, commissaire aux Indiens, 3 octobre 1928, AN, RG 10, vol 7544, dossier 29131-5, partie 1 (Documents de la CRI, pp. 255).

304 Jerome Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, « Mémoire de la bande indienne de Duncan à Revendications particulières (Ouest) au sujet de la cession fautive des réserves indiennes de la bande de Duncan numéro 151, et 151B à 151G », février 1996, p. 20 (Pièce 10 de la CRI, onglet B).

305 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 55.

seule parcelle de terres contiguës. L'article 2 de la *Loi sur les Indiens* de 1927 dit ceci :

2. Dans la présente loi, à moins que le contexte ne l'exige, [...]
- (j) « réserve » signifie *toute* étendue de terre mise à part, par traité ou autrement, pour l'usage ou le profit d'une bande particulière d'Indiens ou concédée à cette bande, et dont le titre légal est attribué à la Couronne, et qui fait encore partie de la réserve et n'a pas été rétrocédée, et 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 sol³⁰⁶

Dans le cas présent, bien qu'il y ait une certaine incertitude, selon les registres, pour ce qui est de savoir si la RI 151H et la RI 151K avaient été mises de côté individuellement ou dans l'intérêt collectif de l'ensemble de la bande de Duncan, il n'existe aucune incertitude de cette nature en ce qui concerne la RI 151 ou les RI 151B à 151G. Toutes ces dernières ont été mises de côté au profit de l'ensemble de la bande et, selon nous, chacune de ces réserves aurait pu être considérée comme faisant partie de la « réserve » de la bande, selon la définition qu'en donne la loi de 1927. Nous considérons que la façon dont la Première Nation interprète l'expression « la réserve en question » est trop étroite étant donné que, selon la nature des faits se rapportant à une cause donnée, une bande pourrait se trouver complètement empêchée d'effectuer des transactions visant sa réserve, simplement parce que personne ne vit dans cette dernière ou près de celle-ci. Dans les circonstances appropriées, l'éloignement d'une parcelle de terres de réserve pourrait constituer la raison majeure pour laquelle une bande voudrait l'aliéner, mais, si on accepte l'argument de la Première Nation, la bande se trouverait empêchée d'aliéner sa réserve.

Nous sommes conscients de l'argument selon lequel, en pareil cas, les terres de réserve devaient être préservées pour les générations futures, mais, comme l'a indiqué le juge McLachlin dans l'arrêt *Apsassin*, nous devons nous efforcer de trouver un juste équilibre entre l'autonomie et la protection en honorant et respectant la décision d'une bande de céder sa réserve, à moins que cette décision ne se révèle imprudente, inconsidérée ou ne s'apparente à de l'exploitation. Nous examinerons plus tard, dans le présent rapport, si la cession de 1928 était imprudente, inconsidérée ou s'apparentait à de l'exploitation. Pour le moment, nous devons convenir avec

³⁰⁶ *Loi sur les Indiens*, LRC 1927, ch. 98, art. 2. Italiques ajoutés.

le Canada que, dans la mesure où un membre de la bande par ailleurs admissible réside habituellement dans ou près de la réserve et détient un intérêt sur une *quelconque partie* de la réserve en question, ce membre devrait pas être jugé inadmissible à voter, au sujet de la cession de la partie de la réserve qui est visée ou de toute autre partie de la réserve.

« *Y détient un intérêt* »

La Première Nation décrit l'intérêt qu'un Indien détient dans une terre de réserve comme étant « usufruitaire », et se fonde sur la définition de ce terme que l'on trouve dans le *Shorter Oxford English Dictionary*³⁰⁷, définition qui a été adoptée par le juge Estey de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Smith c. La Reine*.

Usufruit

1. *Droit*. Le droit de possession, d'usage ou de jouissance temporaires des avantages d'un bien appartenant à une autre personne, dans la mesure où cela ne cause aucun dommage ou préjudice à ce bien.
2. L'usage, la jouissance ou la possession profitable (de quelque chose)[...]

Usufruituaire

1. *Droit*. Une personne qui jouit de l'usufruit d'un bien-fonds, etc.³⁰⁸

Le conseiller juridique de la Première Nation soutient que le fait de « détenir un intérêt » dans une réserve signifie davantage que le simple intérêt financier ou commercial particulier de « membres désintéressés et distants » envers la vente des terres et la réalisation de leur part respective du produit de la vente³⁰⁹; cela signifie également davantage que le simple fait d'appartenir à la bande :

[Traduction]

Si n'importe quel membre de la bande pouvait voter, comme mon confrère le fait valoir, et en somme, si tous les membres de la bande étaient automatiquement intéressés du fait de l'intérêt bénéficiaire qu'ils détiennent, alors le fait d'avoir introduit le mot intérêt dans ce passage aurait été redondant, et il aurait alors suffi de parler de tous les Indiens résidant dans ou près de la réserve. Il n'aurait pas été nécessaire de

307 *Shorter Oxford English Dictionary* (1959), p. 2326.

308 *Smith c. La Reine*, [1983] 1 RCS 554, p. 569; 3 CNLR 161, 47 NR 132 (CSC), p. 569.

309 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 52.

parler d'intérêt. La notion d'intérêt, dans ce passage, fait référence, selon moi, à plus qu'au simple fait d'appartenir à la bande³¹⁰.

Au contraire, un membre de la bande ne peut véritablement détenir un intérêt dans une réserve aux fins du paragraphe 51(2), selon l'avis du conseiller juridique, que s'il réside *dans* cette dernière, ou à défaut, s'il réside suffisamment *près* de cette dernière pour qu'il lui soit possible d'*effectivement utiliser* cette dernière comme lieu de résidence, pour des activités économiques comme l'agriculture, l'élevage, la chasse ou le piégeage, et à des fins culturelles, spirituelles ou religieuses. Il existe par conséquent deux catégories de votants admissibles sous le régime du paragraphe 51(2), d'après le conseiller juridique : premièrement, les membres de la bande qui résidaient habituellement *dans* la réserve en question, et deuxièmement, ceux qui, sans résider habituellement dans la réserve, vivaient très près physiquement de la réserve en question et faisaient effectivement usage des terres de réserve³¹¹. Cette interprétation étroite concorde, de l'avis de la Première Nation, avec « l'ensemble législatif » constitué par les dispositions qui figurent dans la *Loi sur les Indiens*, et en vertu duquel la Couronne est tenue de protéger les Indiens contre le risque de perdre les biens – y compris à la fois les terres de réserve et les biens mobiliers détenus dans ces réserves – qu'ils détiennent en vertu de leur condition d'Indien³¹². Cette interprétation étroite a pour conséquence de nier l'admissibilité à voter au sujet de cessions de réserve aux membres non résidents, dont l'intérêt dans le cadre d'une cession serait d'une nature purement pécuniaire³¹³.

Le Canada fait valoir que, plutôt que de *restreindre* la liste des membres de la bande qui sont habilités à voter au sujet d'une cession, il est plus logique d'*élargir* l'interprétation quant à savoir qui détient un intérêt dans une réserve, pour que le bassin des votants admissibles soit aussi large et représentatif de la bande que possible. Procéder ainsi contribuerait vraisemblablement à prévenir les fraudes et les abus, fait valoir le conseiller juridique, puisqu'une interprétation étroite de la question de savoir qui détient un intérêt dans la réserve pourrait empêcher complètement une bande de céder ses réserves ou pourrait permettre que des cessions soient autorisées par seulement quelques résidents de la réserve, et ce, contre la volonté et

310 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 217-218 (Jerome Slavik).

311 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 49.

312 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 52; *Mitchell c. Bande indienne Peguis* [1990] 71 DLR (4th) 193 (CSC), p. 226 (juge LaForest).

313 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 52.

sans le consentement de membres de la bande qui seraient par ailleurs admissibles³¹⁴. Cela signifie que l'expression « détient un intérêt » devrait être interprétée de manière large, pour que l'expression s'applique à [traduction] « tous les membres de la bande qui seraient légalement admissibles à bénéficier du produit de la vente ou de la location de la réserve »³¹⁵.

Le Canada fait par ailleurs valoir que les mots « d'y avoir un intérêt » doivent signifier davantage que le simple fait de résider dans la réserve³¹⁶. Le conseiller juridique estime qu'adopter le point de vue étroit de la Première Nation signifierait que [traduction] « seuls les membres ayant des rapports directs avec la réserve (par exemple l'utilisation de la réserve à une fin donnée, ou y posséder une maison ou d'autres biens) seraient admissibles à voter »; dans les faits, cela reviendrait, de l'avis du conseiller juridique, à reconnaître que la possession d'un intérêt dans la réserve et le fait d'y résider s'équivalent, ce qui rendrait les mots « résider habituellement dans ou près de la réserve » redondants, et donc inutiles³¹⁷. Étant donné qu'un membre de la bande qui ne résidait pas dans la réserve ou qui n'y maintenait pas des contacts avec des personnes qui y vivaient détiendrait quand même un intérêt dans la réserve, du fait de son appartenance à la bande et de son droit corollaire de recevoir une part *per capita* de la distribution du produit de la vente et des intérêts, suite à une cession, le Canada estime que tous les votants figurant sur la liste de Murison détenaient à juste titre un intérêt dans les réserves cédées³¹⁸.

Dans les mémoires des parties à la présente enquête, nous sommes devant deux positions extrêmes. L'une constitue une approche étroite, mise de l'avant par la Première Nation, qui limiterait l'intérêt dans la réserve à ceux qui y vivent ou qui vivent dans le voisinage presque immédiat de la réserve, et qui utilisent vraiment la réserve d'une façon ou d'une autre, que ce soit à des

314 Bruce Becker, conseiller juridique, Services juridiques du MAINC, Revendications particulières, à Jerome N. Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 28 mai 1997, p. 2-3 (Pièce 14 de la CRI).

315 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 23. Le Canada avait d'abord fait valoir que les mots « d'y avoir un intérêt » visaient à l'origine à établir une distinction entre les membres d'une bande qui partagent un intérêt collectif envers les terres de réserve de la bande et ceux qui ne partagent pas cet intérêt collectif (terres individuelles) : Bruce Becker, conseiller juridique, Services juridiques du MAINC, Revendications particulières, à Jerome N. Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 28 mai 1997, p. 2 (Pièce 14 de la CRI). Toutefois, après que le conseiller juridique de la Première Nation eut souligné que l'expression « y détient un intérêt » a initialement été inscrite dans la *Loi sur les Indiens* dès 1876, tandis que la notion d'individualité ne fut introduite que dans le *Traité 8*, soit en 1899, le Canada a concédé que l'expression « d'y avoir un intérêt » ne pouvait avoir été conçue dans le but d'établir une distinction entre des terres de réserve et des terres octroyées à titre individuel : Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 23.

316 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 23.

317 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 24; Bruce Becker, conseiller juridique, Services juridiques du MAINC, Revendications particulières, à Jerome N. Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 28 mai 1997, p. 2 (Pièce 14 de la CRI).

318 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 23-24.

fins résidentielles, commerciales ou spirituelles. L'autre, située au pôle opposé, est défendue par le Canada, qui placerait dans la catégorie des personnes habilitées à voter tous les membres de la bande ayant un droit ancestral quelconque touchant cette réserve, que ces membres utilisent ou non la réserve et qu'ils aient ou non un lien physique ou spirituel avec celle-ci.

Comme le Canada l'a fait valoir, la position de la Première Nation en ce qui concerne l'intérêt dans la réserve enlèverait aux mots « dans ou près » de la réserve virtuellement toute signification, parce que cette position exige en pratique qu'un votant admissible habite en vue de la réserve. Cependant, la Première Nation prétend que la position du Canada donne elle aussi peut de signification, voire aucune, aux mots « dans ou près » de la réserve, car un membre de la bande possédant même un simple intérêt pécuniaire dans la réserve, peu importe où il se trouve, serait habilité à voter.

Laissant pour le moment de côté la question de résidence, la Commission est d'avis que l'interdiction faite au paragraphe 51(2) à tout Indien d'assister à une assemblée de cession ou d'y voter à moins qu'il ne détienne un intérêt dans la réserve vise à éviter que les votes et assemblées de cession ne soient troublés ou influencés par des *Indiens* n'ayant pas un intérêt suffisant dans les terres des réserves de la bande. Néanmoins, de l'avis de la Commission, nous devrions hésiter à limiter la participation des *membres de la bande* à des votes concernant la cession de terres de réserve appartenant aux membres de la bande et à leurs enfants; en conséquence, nous devons respecter cet intérêt et lui permettre de s'exprimer. Toutefois, il faut reconnaître que l'expression « y avoir un intérêt » visent à assurer la participation des membres de la bande qui ont un lien raisonnable — résidentiel, économique ou spirituel — avec la réserve. Il est clair que ce qui constitue un lien raisonnable variera selon la situation d'un cas donné, et, par conséquent, il ne serait pas sage ou même nécessaire que nous essayions d'énumérer tous les critères dont il pourrait être tenu compte pour donner naissance à un lien de ce genre. De façon générale, nous pencherions du côté de l'inclusion et nous ferions observer que ce ne sont que les personnes qui ont peu ou pas de lien avec les réserves qui devraient être exclues d'un vote portant sur la cession de terres de réserve. Nous avons considéré soigneusement l'argument de la Première Nation à cet égard, mais nous ne pouvons être d'accord avec cette interprétation étroite de l'expression « y avoir un intérêt », puisque cela reviendrait à exclure *chacun* des membres de la bande de la possibilité de voter. Il n'y a pas d'équilibre dans cette position et nous ne pouvons croire que cela reflète l'intention du Parlement.

Notre conclusion trouve appui dans la décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*³¹⁹. Cette affaire n'est pas directement pertinente, puisqu'elle cherche à déterminer si le fait d'empêcher des Indiens qui ne « réside[nt pas] ordinairement sur la réserve » de voter à des élections au conseil de bande régies par le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette atteinte est toute de même justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. De toute évidence, certaines des prémisses fondamentales sous-jacentes à l'arrêt *Corbiere* découlent de la *Charte*, qui ne s'appliquait tout simplement pas à une cession de terres de réserve en 1928. Néanmoins, certains commentaires de Madame le juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs favorables, prononcés au nom d'une minorité de quatre juges font ressortir les considérations opposées en jeu. D'une part, il y a des questions dans lesquelles tous les membres de la bande ont un intérêt, qu'ils vivent ou non dans la réserve, mais à l'heure actuelle les membres hors réserve sont entièrement exclus par le paragraphe 77(1) de participer à l'élection du conseil de bande chargé de ces questions. Comme l'indiquait le juge L'Heureux-Dubé :

Par conséquent, le texte du par. 77(1) ne donne pas aux membres hors réserve des bandes indiennes voix au chapitre dans l'élection du conseil de bande, organe qui, entre autres fonctions, dépense des sommes tirées de terres appartenant à l'ensemble des membres ainsi que des sommes qui lui sont attribuées par le gouvernement et qui doivent être employées au profit de tous les membres de la bande. Le conseil de bande décide également qui peut habiter dans la réserve et quelles nouvelles habitations seront construites. *Le texte de loi prive les personnes dans la situation des demandeurs du droit de voter sur la cession de terres de la réserve qui appartiennent à l'ensemble des membres de la bande.* De plus, comme l'atteste le témoignage de plusieurs des demandeurs en l'espèce, les membres qui vivent à proximité de la réserve peuvent se prévaloir des services relevant de l'autorité du conseil de bande, par exemple les installations scolaires et récréatives. *Qui plus est, en pratique, la représentation des Autochtones dans des processus comme les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale est souvent déterminée suivant le régime des bandes visées par la Loi sur les Indiens. Tous les membres, qu'ils vivent ou non dans la réserve, ont, en matière de représentation, un besoin et un intérêt communs. Par conséquent, bien que, sous certains rapports, le droit de vote à l'élection du conseil de bande et du chef se rapporte à des fonctions touchant beaucoup plus directement les*

319 *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (numéro de dossier 25708, 20 mai 1999) (CSC).

*membres qui habitent la réserve que les autres, sous d'autres rapports ce droit touche tous les membres de la bande*³²⁰.

De même, les juges McLachlin et Bastarache indiquaient au nom de la majorité :

La distinction reprochée perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes en les privant de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande. *Ces personnes ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l'administration de la bande, ce que la distinction les empêche de faire. Ils sont copropriétaires de l'actif de la bande. Qu'ils y vivent ou non, la réserve est leur territoire et celui de leurs enfants.* En tant que membres de la bande ils sont représentés par le conseil de la bande auprès de la communauté en général, tant au sein des organisations autochtones que dans le cadre des négociations avec le gouvernement. Bien qu'il existe des sujets d'intérêt purement local qui ne touchent pas aussi directement les intérêts des membres hors réserve des bandes indiennes, la privation complète de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve³²¹.

Par ailleurs, le juge L'Heureux-Dubé était disposée à reconnaître que les membres de la bande vivant dans la réserve ont des intérêts particuliers sur la réserve que les membres hors réserve n'ont pas :

Il existe clairement entre les membres des bandes vivant hors réserve et ceux qui habitent les réserves des différences importantes que le Parlement pourrait légitimement reconnaître. La prise en compte, la reconnaissance et la confirmation des différences qui existent entre divers groupes d'une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence sont des considérations non seulement légitimes mais également nécessaires afin de garantir l'égalité réelle des droits dans la société canadienne. Les pouvoirs dont sont actuellement investis les conseils de bande comprennent, comme on l'a vu précédemment, certains pouvoirs de nature purement locale concernant des questions telles que l'imposition de taxes et la réglementation de la circulation dans la réserve. De plus, *les personnes vivant dans une réserve ont un intérêt particulier dans bien des décisions prises par le conseil de leur bande. Par exemple, si la réserve est cédée, ils doivent quitter leur domicile, situation qui a sur eux une incidence qu'elle n'a pas sur les non-résidents.* Bien que les

³²⁰ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (numéro de dossier 25708, 20 mai 1999), par. 78 (CSC) (juge L'Heureux-Dubé). Italiques ajoutés.

³²¹ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (numéro de dossier 25708, 20 mai 1999), par. 17 (CSC) (juges McLachlin et Bastarache). Italiques ajoutés.

non-résidents puissent avoir un intérêt important à se prévaloir des services scolaires et récréatifs offerts dans la réserve, il y a plus de chance que ceux-ci servent les résidents, en particulier si la réserve est isolée ou si les non-résidents habitent loin de celle-ci. Il est possible d'imaginer bon nombre d'autres exemples³²².

Ce que la Commission retient de ces observations, c'est qu'il pourrait légitimement y avoir différents droits de vote pour divers membres d'une bande selon l'objet du vote. En définitive, le scénario recommandé par le juge L'Heureux-Dubé – essentiellement identique à la solution proposée par la majorité – donnerait le droit de vote aux membres hors réserve de la bande, sous réserve que l'on reconnaisse les « intérêts particuliers » des personnes résidant dans la réserve. Néanmoins, nous percevons que la philosophie sous-jacente des jugements est d'inclure d'une certaine façon, plutôt que de les exclure carrément, les membres hors réserve de la bande lors des votes touchant la cession des terres de réserve. Même si la *Charte* était sans effet sur une cession consentie en 1928, nous détectons une philosophie similaire applicable au paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1927, dans laquelle le Parlement a choisi de ne pas exclure complètement les membres hors réserve des bandes, mais de limiter la participation lors des votes de cession à ceux qui résidaient habituellement dans la réserve ou près de celle-ci, et qui y détenaient un intérêt.

Nous ne voyons nulle raison pour laquelle il faudrait supposer que le seul intérêt que la vaste majorité des membres de la bande de Duncan aurait dans sa réserve serait de voir celle-ci être vendue, pour pouvoir réaliser individuellement la part du produit de la vente qui leur revient. Selon la Commission, bien que les membres de la bande de Duncan aient continué de pratiquer leur mode de vie traditionnel, qui avait pour effet de les éloigner de leurs réserves dans bien des cas pendant une grande partie de l'année, très peu de choses avaient changé depuis l'époque où le Traité 8 fut signé, et où les réserves furent mises de côté pour la bande. En lui-même, le fait qu'il fut nécessaire de mettre de côté dix parcelles de terres de réserve pour la bande au point de départ témoigne de l'éparpillement des membres de la bande et des moyens qu'ils ont choisi d'emprunter pour assurer leur subsistance. Rien ne permet de penser qu'en dépit des divers endroits où les membres vivaient et de leur mode de vie, les membres de la bande de Duncan aient eu moins d'intérêt dans leurs réserves en 1928 qu'ils n'en avaient dans les années qui

322 *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (numéro de dossier 25708, 20 mai 1999), par. 94-95 (CSC) (juge L'Heureux-Dubé).

précédèrent l'établissement de leurs réserves. Les négociations relatives au traité de 1899 laissaient déjà entrevoir le jour où la progression de la colonisation se traduirait par une manifestation de concurrence pour l'obtention de terres et pourrait rendre la pratique de la chasse et du piégeage moins viable; aussi, des moyens ont-ils été pris pour protéger la position des Indiens, en mettant de côté des réserves à leur intention, dès que possible.

Le fait que certaines de ces terres de réserve furent par la suite cédées — à une époque où la chasse et la pêche demeuraient les principaux moyens de subsistance des membres de la bande — nous renvoie au cœur de la question de savoir si le Canada a manqué à ses obligations à titre de fiduciaire en autorisant la cession. Toutefois, il ne faut pas nécessairement en déduire que le *seul* intérêt de l'*ensemble* des membres de la bande qui ne résidaient pas dans leurs terres de réserve aurait été de céder ces terres en échange de la distribution d'une part *per capita* du produit de la vente et de paiements annuels d'intérêts, sur le solde. On ne peut pas présumer non plus, dans le sens contraire, que les membres de la bande qui résidaient dans l'une des réserves *n'auraient pas pu* être tentés de profiter d'un paiement en espèces et de distributions annuelles de paiements d'intérêts, en particulier si, pour ce faire, des terres de réserve auraient dû être vendues pour générer ces paiements, alors que les terres en question étaient dans une large mesure négligées et produisaient très peu, en termes de retombées économiques.

Nous reviendrons à l'application de ces principes après avoir considéré la signification de l'expression « résider habituellement dans ou près de la réserve ».

« Résider habituellement dans ou près de la réserve »

Nous avons parlé précédemment du sens de l'expression « la réserve en question ». Il nous reste maintenant à déterminer ce qu'il faut entendre par l'expression résider habituellement dans la réserve ou près de celle-ci.

À n'en point douter, l'expression « résider *dans* la réserve en question » signifie résider dans ses limites géographiques, que la réserve soit composée d'une seule parcelle de terres contiguës ou, comme dans le cas présent, d'un certain nombre de parcelles de terres séparées et distantes, dans certains cas, de plusieurs milles les unes des autres. Il est toutefois plus difficile de déterminer ce que signifie « près » de la réserve, et ce qui est nécessaire à un Indien pour être considéré comme résidant habituellement dans la réserve.

En ce qui concerne la première question, celle de la résidence habituelle, la Première Nation fait valoir que :

[Traduction]

[...] le fait de résider suppose que l'on puisse relever des indices d'un degré de continuité et d'une intention de rester. Même si un membre s'adonnant au piégeage comme mode de vie serait appelé à se déplacer et à passer du temps à l'extérieur des réserves, il pourrait toujours être considéré comme un résident, à condition de retourner à la réserve de façon habituelle et d'y avoir établi sa résidence principale, où il passe l'essentiel de l'année et qu'il considérerait comme étant son lieu de résidence et qu'il désignerait comme tel³²³.

Pour parvenir à cette conclusion, le conseiller juridique de la Première Nation s'est fondé de façon particulière sur l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Canard*³²⁴, où la Cour était appelée à décider, pour les besoins de l'administration des successions, si un Indien décédé résidait ordinairement dans la réserve de Fort Alexander, à l'époque de son décès. Les éléments mis en preuve indiquaient que chaque année Canard quittait la réserve, avec sa famille, et s'installait dans une baraque située sur une ferme à l'extérieur de la réserve, où il travaillait l'été. Deux jours après être allé s'établir à la ferme en 1969, il mourut dans un accident de la circulation. Bien que presque tous les juges de la Cour suprême estimèrent que la cause se rapportait à des enjeux constitutionnels relevant de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Beetz examina de façon plus approfondie la question de la résidence en se fondant sur les motifs suivants exposés par le juge d'appel Dickson (son titre alors) de la Cour d'appel du Manitoba :

Les mots « résidant ordinairement » ont été étudiés dans plusieurs arrêts, surtout dans des affaires fiscales ou matrimoniales. Parmi les arrêts de la première catégorie : *Thomson c. Le Ministre du Revenu national*, [1946] R.C.S. 209, où le juge Rand déclarait à la p. 224 : « Il est jugé qu'ils signifient résidence selon le mode de vie habituel de la personne visée en opposition avec une résidence particulière, occasionnelle ou temporaire »; *Levene v. Inland Revenue Com'rs*, [1928] A.C. 217 où le vicomte Cave déclarait à la p. 225 : « ... Je crois qu'il implique la notion de résidence dans un endroit avec un certain degré de continuité, abstraction faite d'absences accidentelles ou temporaires ». Parmi ceux de la seconde catégorie : *Stransky v. Stransky*, [1945] 2 All E.R. 536 où M. le juge Karminski a appliqué le critère, à la

323 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 49-50.

324 *Procureur général du Canada c. Canard* (1975), 52 DLR (3d) 548 (CSC).

p. 541 « Quel était le véritable domicile de l'épouse? » M. le juge Perdue de cette cour, dans l'arrêt *Emperor of Russia v. Proskouriakoff* (1908), 18 M. R. 56 à la p. 72, a décidé que les mots « résidant ordinairement » signifient simplement là où la personne a « sa demeure ordinaire ou habituelle ».

Si j'applique l'un de ces critères, il me semble qu'au moment de son décès Alexander Canard résidait ordinairement dans la réserve. Il y demeurerait avec un certain degré de continuité. Des absences temporaires, occasionnelles ou accidentelles ne lui feraient pas sa résidence ordinaire à cet endroit.

L'interprétation des mots « résidant ordinairement » dans le contexte de la *Loi sur les Indiens* renforce l'opinion que je viens d'exprimer. Le par. (1) de l'art. 77 de la Loi donne à un membre d'un bande « qui réside ordinairement dans une réserve » le droit de vote à l'élection du chef de la bande et des conseillers. Le Parlement n'a pas pu vouloir qu'un Indien perde son droit de vote et le droit que ses enfants soient instruits conformément aux articles 114 et *sq.* s'il quitte la réserve durant les mois d'été pour agir comme guide ou pour faire la cueillette du riz sauvage ou pour travailler sur une ferme voisine³²⁵.

On peut constater à la lumière de ce passage que, contrairement au conseiller juridique de la Première Nation, le juge d'appel Dickson n'a pas statué que le fait de « résider ordinairement » oblige un individu à « établir sa résidence à l'endroit où il passe le plus clair de l'année ». Au contraire, il a dit, parlant du « lieu de résidence ordinaire ou habituelle », que cette expression désigne le lieu où une personne vit normalement, avec un certain degré de continuité, et que le lieu de résidence habituelle ne cesse pas d'exister du fait d'absences temporaires, occasionnelles ou accidentelles au cours de l'été, pour travailler comme guide, cueillir du riz ou pour travailler temporairement sur une ferme. Nous ne voyons nulle raison pour laquelle des absences temporaires en hiver pour chasser et piéger devraient être traitées différemment.

Le Canada fait valoir que le sens de l'expression « résider ordinairement » est quelque peu différent de l'expression « résider habituellement »³²⁶. Le conseiller juridique se fonde sur une décision de la Cour d'appel de l'Alberta dans la cause *Adderson v. Adderson*³²⁷ qui traitait de l'expression « résidence habituelle » non pas dans le contexte de la *Loi sur les Indiens*, mais plutôt de la *Matrimonial Property Act* de cette province³²⁸. Dans cette affaire, une femme avait obtenu un jugement de divorce à Hawaii, mais avait

325 *Procureur général du Canada c. Canard* [1976] 1 RCS 170, p. 197; (1975), 52 DLR (3d) 548 (CSC), p. 568-569 (juge Beetz).

326 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 175-176 (Perry Robinson).

327 *Adderson v. Adderson* (1987), 36 DLR (4th) 631 (Cour d'appel de l'Alberta).

328 *Matrimonial Property Act*, RSA 1980, c. M-9.

intenté des poursuites au chapitre des biens matrimoniaux en Alberta, faisant valoir que la province avait constitué le « dernier lieu de résidence habituelle conjointe » du couple, sous le régime du paragraphe 3(1) de la loi. Le juge en chef Laycraft de la Cour d'appel releva que la notion de « résidence habituelle » n'avait jamais été examinée auparavant par le tribunal, et poursuivit en ces termes :

[Traduction]

L'une des raisons militant en faveur de l'adoption de cette nouvelle expression, selon les réputés auteurs de l'ouvrage *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 10^e édition, (1980), p. 144, était d'éviter les règles strictes et arbitraires qui en étaient venues à entourer la notion de « domicile ». Bien que la notion de « domicile » s'apparente davantage à la question de savoir s'il y a intention future de vivre ailleurs, l'expression « résider habituellement » fait exclusivement référence à l'intention présente de résider. L'*animus* (volonté), en l'occurrence, est plus faible[...]

Un certain nombre d'auteurs [...] ont situé la notion de « résidence habituelle » à mi-chemin entre « résidence » et « domicile », dans l'application des critères nécessaires pour établir ce qu'il en est du lieu de résidence. Le critère de l'intention n'a pas la même importance que lorsqu'il s'agit de déterminer le « domicile », mais il peut avoir une incidence dans certains cas. Dans *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 10^e édition, (1980), p. 144-145, on peut lire :

Il est évident que la « résidence habituelle » doit pouvoir être distinguée de la simple « résidence ». L'adjectif « habituelle » fait davantage référence à la nature de la résidence qu'à sa durée. Bien que l'on ait dit que la notion de résidence habituelle signifie « une présence physique régulière qui doit avoir une certaine durée, dans le temps », nous estimons que la durée de la résidence, antérieure ou prospective, ne représente que l'un des nombreux facteurs pertinents; il n'est pas obligatoire que la résidence ait été d'une durée minimale particulière³²⁹.

Il est intéressant de constater, à l'examen de cette jurisprudence, que le juge en chef de la Cour d'appel Laycraft ait tenu compte de l'arrêt *R. v. Barnet London Borough Council, Ex p. Nilish Shah*³³⁰, dans laquelle le lord-juge Scarman de la Chambre des Lords d'Angleterre a adopté la conclusion du lord-juge Denning, de la Cour d'appel, conclusion selon laquelle « résider ordinairement » signifie que « la personne doit y résider de manière habituelle et normale ». Le juge en chef Laycraft formula les observations suivantes à cet égard :

329 *Adderson v. Adderson* (1987), 36 DLR (4th) 631 (Cour d'appel de l'Alberta), p. 633-634.

330 *R. v. Barnet London Borough Council, Ex p. Nilish Shah*, [1983] 2 AC 309 (HL), confirmant [1982] QB 688 (CA).

[Traduction]

Le lord-juge Scarman [...] a dit, p. 342, que l'adverbe « habituellement » dénote que « le lieu de résidence a été adopté volontairement, et à des fins déterminées ». À propos de l'expression « à des fins déterminées », il ajoutait, p. 344 :

Il doit exister, dans une certaine mesure, une intention définie. L'intention peut être simple, comme elle peut être multiple. Elle peut être particulière ou générale. Tout ce que la loi exige en cette matière est qu'il y ait intention définie. Cela ne veut pas dire que le « proposant » entende y résider indéfiniment; en fait son intention, tout en étant définie, peut revêtir un caractère limité dans le temps. Les études, les affaires ou le métier, l'emploi, la santé, la famille ou simplement l'appréciation du lieu, nous viennent à l'esprit comme étant des raisons courantes pour choisir un lieu de résidence régulier. Il peut par ailleurs en exister de nombreuses autres. La seule chose nécessaire en rapport avec l'intention de vivre à un endroit en particulier est qu'il y ait un degré suffisant de continuité pour que l'on puisse proprement parler d'une intention définie.

Le mot « habituel » a été utilisé dans cette cause simplement comme qualificatif précisant la nature du lieu de résidence ordinaire. Je n'estime pas utile de considérer les deux termes comme étant équivalents. Le plaidoyer du lord-juge Scarman au sujet des « fins définies » est, toutefois, utile en tant que facteur dans l'examen de la présente intention, en ce qu'elle s'applique à la notion de « résidence habituelle »³³¹.

Après avoir fait référence à d'autres textes et à d'autres affaires, le juge en chef Laycraft concluait :

[Traduction]

J'adopte les vues des auteurs, qui, bien qu'ayant employé des termes différents, déclarent que l'expression « résidence habituelle » fait référence à la qualité de l'état de résident. La durée peut être un facteur à prendre en considération, selon les circonstances. La résidence suppose une intention moins marquée que ce n'est le cas pour le domicile; l'idée de résidence habituelle se situe à mi-chemin entre le domicile et la résidence, et dénote des liens un peu plus durables que dans le cas de la résidence. À mon point de vue, il n'est pas souhaitable, et en fait pas possible, de chercher à mesurer la durée nécessaire. Tous les facteurs révélateurs d'une intention plus ou moins présente de permanence doivent être soupesés³³².

En résumé, nous concluons, après consultation de ces précédents, que le lieu de résidence « habituelle » d'une personne désigne le lieu vers lequel cette personne retourne de façon habituelle avec un degré de continuité suf-

331 *Adderson v. Adderson* (1987), 36 DLR (4th) 631 (Cour d'appel de l'Alberta), p. 635.

332 *Adderson v. Adderson* (1987), 36 DLR (4th) 631 (Cour d'appel de l'Alberta), p. 636.

fisant pour que l'on puisse parler d'un lieu de résidence établi, et que cette personne ne cessera pas d'y avoir résidence habituelle, en dépit « d'absences temporaires, occasionnelles ou accidentelles ». Bien que la notion de résidence habituelle suppose « une présence physique régulière qui doit durer un certain temps », il n'existe pas de période de temps minimale fixe, et la durée de résidence, antérieure ou à venir, n'est que l'un des nombreux facteurs pertinents, la qualité de la résidence étant l'élément principal à considérer. Pour nous, il est difficile d'affirmer qu'il existe une différence importante entre résider « habituellement » et « ordinairement » et, de la même façon, nous ne sommes pas certains que la distinction entre les deux puisse avoir quelque incidence sur les faits en cause ici. En dépit des preuves montrant que les huit votants admissibles se déplaçaient fréquemment, pour se livrer à leur mode de vie traditionnel de chasse et de piégeage, personne ne semble contester le fait que, de façon générale, il existait des lieux où ces personnes résidaient habituellement, à l'époque où a eu lieu la cession de 1928. La vraie question est celle de savoir si ces lieux étaient situés « près » de la réserve en question.

Les conseillers juridiques des deux parties s'entendent pour dire que la question de la proximité est relative, mais au-delà de cela, ils ne s'entendent pas sur la façon dont il faudrait l'interpréter. La Première Nation fait valoir que la notion de proximité est ambiguë et incertaine et, cela étant, il faudrait dans l'esprit de l'arrêt *Nowegijick*, et en raison même de son caractère incertain, trancher la question en faveur des Indiens. Compte tenu du fait que le conseiller juridique des requérants fait valoir que l'intention de la *Loi sur les Indiens* est de protéger les terres de réserve pour les membres de la bande des générations à venir, alors les procédures par lesquelles on autorise la cession de réserves devraient être observées de manière stricte, en réduisant le nombre des personnes qui sont autorisées à assister à des assemblées de cession et à voter. Dans cet esprit, le conseiller juridique de la requérante fait valoir que :

[Traduction]

[...] « près » [...] est un terme qui devrait être défini et compris comme partageant des caractéristiques communes avec des thèmes similaires comme « proche », « voisin », « adjacent », « contigu », « bordant », « attenant », ou « avoisinant ». S'ils [les membres de la bande] vivaient à Berwyn, s'ils vivaient à Brownvale et détenaient un intérêt ou avaient une activité dans la réserve, oui. Mais à Eureka River, à Gage, qui se

trouve de l'autre côté de Fairview, à Spirit River ou à l'ouest de Spirit River? Nous ne pensons pas que ces endroits soient proches. Pas du tout³³³.

En d'autres termes, la Première Nation fait valoir que [traduction] « l'expression ' près ' devrait être interprétée de manière étroite et que son application devrait se limiter à un Indien résidant à l'extérieur de la réserve, mais très près de cette dernière »³³⁴. Ce point de vue concorde, d'après le conseiller juridique, avec celui qui est exprimé dans des précédents comme *R. v. Lewis*³³⁵ et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*³³⁶, dans lesquels, des expressions comme « dans la réserve » signifient résider dans les limites territoriales de la réserve³³⁷.

Le point de vue du Canada à cet égard est à l'opposé; le Canada considère en effet que « près », tout en étant un terme relatif, ne fait référence à aucune distance particulière. Au contraire, lorsqu'il faut déterminer si un Indien réside habituellement près d'une réserve, il faudrait dans chaque cas examiner les faits³³⁸, et tenir compte de facteurs comme le mode de vie pratiqué par les membres de la bande, et les distances qu'il faut parcourir pour pratiquer ce mode de vie³³⁹. Dans le cas présent, le conseiller juridique fait valoir que les importantes distances parcourues par des membres de la bande pour pratiquer la chasse et le piégeage pendant une bonne partie de l'année « étaient comparables ou même supérieures à la distance qui sépare le lieu où ces personnes résidaient habituellement et les réserves de la bande »³⁴⁰; en d'autres mots, par comparaison avec les distances que parcouraient les membres de la bande à la recherche de gibier, les distances entre la réserve et les lieux de résidence habituelle respectifs des membres pourraient être considérées comme « proches ». D'après le conseiller juridique de la Première Nation :

[Traduction]

Ce que je veux dire, c'est que même si des personnes qui étaient des membres de la bande fréquentaient un vaste secteur où elles pratiquaient le piégeage, ainsi que la chasse et la pêche, secteur ayant pu inclure les réserves en question ou tout au moins

333 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 101 (Jerome Slavik).

334 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 52.

335 *R. v. Lewis*, [1993] 5 WWR 608 (BCCA).

336 *Mitchell c. Bande indienne Peguis* (1990), 71 DLR (4th) 193 (CSC).

337 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 51.

338 Bruce Becker, conseiller juridique, Services juridiques du MAINC, Revendications particulières, à Jerome N. Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 28 mai 1997, p. 3 (Pièce 14 de la CRI).

339 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 25.

340 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 26.

se trouver à égale distance des points où ils pratiquaient la chasse et le piégeage, je serais porté à dire qu'une définition plus large du terme « près » aurait pour effet d'élargir la base des personnes admissibles à voter, ce qui aurait plus de sens.

Je suis conscient que les requérants feront valoir qu'en fait cela aurait l'effet opposé, puisque, en restreignant la liste des votants aux personnes qui résident habituellement [dans la réserve], il s'ensuivrait que dix personnes qui sont membres de la bande et qui vivent à Toronto ne pourraient pas vendre une réserve contre la volonté de cinq ou six résidents de la bande, qui vivent dans la réserve, et qui utilisent cette dernière. Car, telle est l'intention générale du requérant.

Je serais d'accord dans le cas qui nous occupe. Je veux dire que si vous avez un certain nombre de personnes qui n'ont aucun lien avec ces réserves et qui vivent à Toronto, en pareil cas, la notion de proximité a son sens. Tandis que dans le cas qui nous occupe, ils se trouvent tous dans la région visée. J'oserais dire qu'il est plus sensé d'avoir en main une liste de votants plus importante, plutôt qu'une liste réduite à deux personnes, comme les requérants proposent. Deux personnes pourraient céder une réserve, dont la population est de 53 personnes, et c'est précisément ce que réclament les requérants, dans leur mémoire³⁴¹.

Le conseiller juridique de la Première Nation conclut qu'il serait ironique de voir que [traduction] « la raison même qui inciterait des membres de la bande à rechercher une cession, à savoir l'utilisation insuffisante, démontrée par le fait de ne pas résider de façon habituelle dans la réserve, se révélerait être un obstacle technique, propre à empêcher le libre exercice du choix fait par cette bande de céder sa réserve »³⁴².

En réponse à cette conclusion, la Première Nation fait valoir que la démarche adoptée par la Couronne de considérer la notion de « proximité » sous l'angle des habitudes de déplacement de la bande empêcherait d'en arriver à une définition de la notion de proximité qui pourrait être appliquée de manière cohérente ou uniforme à diverses circonstances, et, cela étant, cette démarche serait « carrément axée sur les résultats recherchés et contraire à la *Loi* »³⁴³.

La tâche de la Commission en ce qui concerne cette question est plutôt difficile car, essentiellement, on nous demande de décider ce que veut dire le mot « près », ou, peut-être plus exactement, d'indiquer jusqu'à quel point d'éloignement on peut encore parler de « proximité ». Les parties semblent s'entendre pour dire que les membres de la bande qui résident à Toronto ne seraient pas considérés comme résidant « près » de la réserve, mais on ne

341 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 181-182 (Perry Robinson).

342 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 26; transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 184 (Perry Robinson).

343 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 53; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 101 (Jerome Slavik).

s'entend pas sur le point où on pourrait tracer une ligne en fonction de laquelle les personnes d'un côté seraient considérées comme suffisamment « près » pour être habilités à voter à une assemblée de cession, alors que ceux qui sont de l'autre côté n'y seraient pas admissibles. Nous estimons qu'il serait arbitraire de déterminer une distance donnée qui s'appliquerait à tous les cas, étant donné que la situation particulière des diverses bandes peut présenter de grandes différences. Nous ne sommes pas d'accord avec la Première Nation, lorsque cette dernière affirme que « près » devrait avoir un sens s'approchant de mots comme « adjacent » ou « contigu », étant donné que ces termes dénotent un degré de proximité qui était irréaliste, compte tenu des antécédents de la bande et de son mode de vie.

Pareille conclusion n'a pas pour effet, comme le laisse entendre le conseiller juridique de la Première Nation, de s'écarter du principe énoncé dans l'arrêt *Nowegijick* selon lequel les expressions douteuses doivent être résolues en faveur des Indiens. Comme nous l'avons indiqué dans notre rapport concernant la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Kahkewistahaw, une expression vague peut avantager une bande dans un cas, mais en désavantager une autre :

Nous ne considérons pas que l'utilisation de la date du premier arpentage de préférence à la date de sélection soit « clairement préjudiciable aux Indiens », ou que l'utilisation de la date de sélection « garantirait que tous les Indiens recevraient des terres et seraient traités de manière équitable, juste et cohérente. » Il est inexact de dire qu'une approche est exclusivement favorable aux Indiens et que l'autre leur est exclusivement préjudiciable. Le calcul de la population d'une bande à la date de sélection porterait préjudice à la bande si cela coïncidait avec une période où sa population augmente. De la même manière, le calcul de la population à la date du premier arpentage favorisera la bande si sa population diminue³⁴⁴.

De la même façon, dans certains cas, si on s'en tenait à une interprétation étroite du terme « près », celle-ci pourrait se révéler avantageuse pour la bande, tandis que dans d'autres cas, une interprétation plus large pourrait jouer en sa faveur. Au fond, quelle que soit l'interprétation que l'on retienne, le choix en la matière doit être fait en fonction de principes, et non pas simplement en fonction de savoir quelle sera l'interprétation qui répondra le mieux aux besoins de la bande, dans sa situation particulière.

³⁴⁴ Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Kahkewistahaw* (Ottawa, novembre 1996), (1998) 6 ACRI 21, p. 86.

Cela étant, nous estimons que le choix fait par le Canada de traiter la question de la proximité comme une question de fait qui doit être tranchée à la lumière des circonstances de chaque cas particulier est approprié, en particulier dans le cas du Traité 8, où le Canada et les Indiens ont tous deux reconnu depuis la date même du traité, que les membres de la bande engagés dans les activités traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage étaient peu susceptibles de demeurer physiquement proches de leurs réserves. Comme nous l'avons vu, le commissaire aux Indiens William Graham avait pris note de ce fait particulier, au cours de l'été 1928, comme en témoigne le paragraphe qui suit :

[Traduction]

Vous comprendrez qu'il n'est pas facile de réunir ces Indiens pour traiter avec eux. J'ai déjà soulevé la question en ce qui concerne la bande de Swan River, et je constate, *qu'en ce moment, ils sont dispersés un peu partout dans la région*, certains travaillant pour des fermiers, d'autres dans des sections et d'autres étant employés à la construction de la route. *Tous se trouvent à des distances plus ou moins grandes de leurs réserves*, si bien que lorsque nous réussissons effectivement à les réunir afin de discuter avec eux des modalités d'une cession, notre agent se doit d'être pleinement informé au sujet des vues du Ministère³⁴⁵.

De la même manière, John Testawits déclarait :

Et lorsque vous me demandez par exemple où j'ai passé l'hiver, vous savez, je trouve la question un peu bête, étant donné que je suis trappeur. Tout l'hiver, je pratique le piégeage et je ne reviens de cette activité qu'au moment de la chasse au castor, c'est-à-dire pas avant le 15 juin, et alors, vous me demandez où j'ai passé tout l'hiver. Vous vivez dans une cabane, vous vous occupez de votre aire de piégeage pendant tout l'hiver. Il n'y a nulle part où aller, vous vous occupez simplement de vos pièges et c'est tout. C'est là que vous restez, votre résidence se trouve là.

Personnellement j'avais 75 milles carrés comme territoire de piégeage au nord-est de Hotchkiss, j'avais 7 cabanes, et je me déplaçais d'une cabane à l'autre. Et lorsque vous vous déplacez, vous ne parcourez pas une simple boucle; en effet, vous avez à traîner avec vous un toboggan absolument rempli d'écureuils gelés, vous devez les traîner avec vous jusqu'à la cabine suivante, et vous devez alors attendre qu'ils dégèlent, pour ensuite les écorcher, sans parler des renards, des lynx et de tous les animaux que vous capturez. C'est à cette activité que nous consacrons notre hiver.
[...]

345 W.M. Graham, commissaire aux Indiens, au SGAAI, 19 juin 1928, MAINC, PARC, dossier 777/30-7-151A, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 208). Italiques ajoutés.

Alors vous posez sans cesse la même question difficile, à savoir pourquoi vous restez là et, vous savez, où demeurez-vous en hiver. Il vit dans sa cabane, il s'occupe de son territoire de piégeage. C'est à cela qu'il consacre son temps jusqu'au 15 juin. *Nous y sommes restés jusqu'à ce que la chasse au castor prenne fin et c'est tout; par la suite, nous revenons et nous vivons dans un établissement, comme des gens civilisés*³⁴⁶.

Nous retenons de ce témoignage et d'autres éléments de preuve soumis dans la présente affaire que les hommes de la Première Nation de Duncan s'adonnaient à des activités traditionnelles comme la chasse, la pêche et le piégeage pour assurer leur subsistance, et que ces activités les amenaient souvent à se rendre bien loin de leurs réserves. Lorsque la saison consacrée à la poursuite de gibier prenait fin, ces hommes retournaient généralement à leurs lieux de résidence respectifs où, pour les besoins de notre analyse, nous pourrions considérer qu'ils « résident habituellement ». La question de savoir si ces résidences habituelles se trouvaient suffisamment proches de la réserve en est une à laquelle il faut répondre cas par cas, pour chaque personne concernée, en tenant compte de l'utilisation générale que la bande fait de ses réserves, des habitudes de résidence de chaque individu, et de la mobilité des membres de la bande en tant que chasseurs et trappeurs comparativement au mode de vie plus sédentaire fondé sur l'agriculture qu'ont adopté les bandes vivant dans la région sud des Prairies. Telle est la tâche à laquelle nous allons maintenant nous employer.

Des Indiens qui n'étaient pas admissibles à voter ont-ils assisté à l'assemblée de cession et y ont-ils voté?

Dans l'ensemble, le Canada estime que tous les membres de la bande dont le nom figure sur la liste des votants établie par William Murison, et en particulier les cinq personnes qui ont voté à l'assemblée de cession du 19 septembre 1928, résidaient dans les réserves de la bande de Duncan ou près de ces dernières, et y détenaient des intérêts, et que ces personnes pouvaient conséquemment assister à une assemblée et étaient habilités à voter³⁴⁷. Toutefois, le conseiller juridique du Canada fait en outre valoir, se fondant en cela sur les motifs invoqués par le juge Killeen dans l'affaire *Chippewas de Kettle et Stony Point*, que même si une ou plusieurs des cinq personnes en question étaient en fait inadmissibles, leur présence et leur participation au vote sur la

346 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 34-35) (John Testawits). Italiques ajoutés.

347 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 25-26.

cession, à la lumière des faits en cause, n'auraient pas nécessairement pour effet d'invalider ou de vicier la cession³⁴⁸.

À l'opposé, la Première Nation de Duncan soutient qu'aucun des sept membres de la bande figurant sur la liste des votants établie par William Murison ne résidait près des réserves en question³⁴⁹, et que, parmi les cinq personnes qui ont voté, seuls Joseph et Eban Testawits utilisaient les réserves d'une manière ou d'une autre³⁵⁰. Si tel est le cas, et à supposer qu'il n'y ait pas eu de votants admissibles, alors la philosophie sous-jacente de la *Loi sur les Indiens*, qui est de préserver les terres pour les générations futures, aurait dû s'appliquer; la mesure la plus prudente et dans le meilleur intérêt de la bande aurait alors dû être d'empêcher la cession, en attendant que l'on puisse s'assurer de l'utilisation potentielle future qui serait faite des réserves par les futurs membres de la bande³⁵¹.

Par ailleurs, si l'expression « la réserve en question » peut désigner l'une quelconque des dix parcelles de terres de réserve que la bande possédait en 1928, alors la Première Nation est disposée à admettre que Samuel et Eban Testawits étaient habilités à voter à une assemblée de cession – mais uniquement s'il pouvait être démontré qu'ils utilisaient suffisamment la RI 151A (dans laquelle ils résidaient) ou l'une ou plusieurs des autres parcelles pour que l'on considère qu'ils y détenaient « un intérêt »³⁵². Même dans ces circonstances, la Couronne n'aurait toujours pas pu obtenir l'assentiment nécessaire de la majorité à la cession, étant donné que seulement une de ces deux personnes (Eban Testawits) a voté, et que l'autre (Samuel Testawits) est connue pour s'être opposée à la cession³⁵³. En somme, la Première Nation affirme que les représentants de la Couronne ont permis à des personnes qui n'y étaient pas admissibles de participer au vote et de déterminer la position de la bande relativement à la cession³⁵⁴, et que la cession devrait conséquemment être considérée comme nulle.

348 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 168-169 et 183 (Perry Robinson).

349 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 53.

350 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 55 : « Il existe de nombreux éléments de preuve indiquant qu'Emile Legge [sic], John Boucher et James Boucher n'ont jamais utilisé de quelque façon que ce soit les réserves de Duncan ».

351 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 55.

352 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 50 et 55.

353 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 104-105 (Jerome Slavik). L'affirmation du conseiller juridique selon laquelle Samuel Testawits s'était opposé à la cession est fondée sur le témoignage de John Testawits : déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 5 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4); mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 35-36; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 62-64 (Jerome Slavik).

354 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 69.

En ce qui concerne l'argument du Canada inspiré de *Chippewas de Kettle et Stony Point* et selon lequel la présence de votants non admissibles et d'autres votants à une assemblée de cession n'invalide pas nécessairement la cession, la Première Nation réplique que la décision *Chippewas de Kettle et Stony Point* avait trait à la présence d'une tierce partie *non indienne* à une assemblée de cession, ce qui est une toute autre question; puisque le paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1927 interdit à certains *Indiens* de voter à une assemblée de cession, et comme la Cour fédérale d'appel, dans l'arrêt *Apsassin*, a conclu que les paragraphes 51(1) et (2) sont liés, cela signifie que le paragraphe (2), au même titre que le paragraphe (1), doit être considéré comme une exigence procédurière impérative³⁵⁵. D'après le conseiller juridique des requérants, le paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1927 était fondamental dans le but de préserver des terres de réserve pour des générations futures, en empêchant que ces terres soient perdues en raison des intérêts ou des appétits financiers individuels d'une personne se trouvant en situation de vulnérabilité ou animée par l'appât du gain³⁵⁶.

Dans leurs mémoires respectifs, les parties demandent à la Commission de décider si des Indiens ayant assisté à l'assemblée de cession ou y ayant voté étaient inadmissibles à le faire, sous le régime du paragraphe 51(2). Si les personnes en question n'étaient pas inadmissibles, alors la cession serait considérée comme valable. Si certains des Indiens qui ont participé *étaient* effectivement inadmissibles, nous devons alors déterminer si les dispositions du paragraphe 51(2) étaient *obligatoires* et revêtaient par conséquent un caractère impératif, en admettant que la cession serait invalide si ces dispositions n'étaient pas respectées, ou si elles étaient simplement *indicatives* et n'avaient aucune force obligatoire, ce qui aurait conséquemment pour effet de valider la cession, mais peut-être d'exposer le Canada à l'obligation d'accorder d'autres formes de compensation à la Première Nation.

Nous examinerons maintenant cas par cas la preuve et les arguments des parties en ce qui a trait aux huit adultes de sexe masculin membres de la bande de Duncan.

Joseph Testawits

Bien que la Première Nation ait fait valoir que Joseph Testawits n'avait pas assisté à l'assemblée de cession de 1928, nous avons déjà conclu, à la

³⁵⁵ Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 217 (Jerome Slavik).

³⁵⁶ Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 216 (Jerome Slavik).

lumière des faits qui nous ont été soumis, qu'il y avait en fait assisté et qu'il y avait voté en faveur de la cession.

Le conseiller juridique de la Première Nation fait valoir trois arguments l'amenant à conclure que la résidence habituelle de Joseph Testawits n'était pas située dans la réserve ni près de cette dernière :

[Traduction]

La résidence de Joseph se trouvait à Spirit River. Nous le savons en premier lieu parce que sa femme [Angela] était de la région. Deuxièmement, il s'était marié dans la même région et, troisièmement, ses enfants étaient nés à Spirit River. À cet égard, le document essentiel est le certificat de naissance de la fille de Joseph Testawits, née au printemps 1928. Sur le certificat, les parents ont indiqué que leur résidence se trouvait à Spirit River.

Les parents se considéraient donc eux-mêmes comme des résidents de Spirit River, même s'il est probable que (Joseph Testawits) passait le plus clair de son temps au camp de Michel Testawits, situé à l'ouest de Spirit River. Cet endroit représentait une distance d'une centaine de milles ou presque par rapport aux réserves de Duncan. En faisant le tracé sur une carte, on se rend compte qu'il s'agissait d'une distance importante à l'époque, et c'est encore une distance importante aujourd'hui. C'est pourquoi, il se considérait subjectivement lui-même comme étant résident de Spirit River³⁵⁷.

Les visites de Joseph chez des parents vivant dans la réserve pendant les mois d'été auraient pu constituer une *utilisation* de la réserve, mais elles n'étaient pas assimilables, affirme le conseiller juridique, au fait de résider *près* de la réserve³⁵⁸.

Le Canada répond à cette affirmation en se référant à un élément de preuve tendant à indiquer que Joseph ait pu en fait résider dans la R1 151A, à l'époque de la cession. John Testawits a rappelé que celui-ci passait le plus clair de son temps chaque année, de septembre à juin, au camp de Michel Testawits, à l'ouest de Spirit River³⁵⁹ mais, lorsqu'il ne pratiquait pas le piégeage à Spirit River, [traduction] « il vivait dans la réserve 151A » et en fait, y passait le plus clair de son temps³⁶⁰. John a également indiqué que, même si Joseph pratiquait le piégeage à Spirit River pendant les mois d'hiver, sa femme Angela restait [traduction] « à la maison vraisemblablement »³⁶¹ – la

357 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 74-75 (Jerome Slavik).

358 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 102 (Jerome Slavik).

359 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 48) (John Testawits).

360 Commission des revendications des Indiens, « Entrevue avec les anciens John Testawits et Ted Knott menée à l'hôtel Mile Zero, Grimshaw (Alberta) », 15 août, 1995, p. 21 (Pièce 6 de la CRI, onglet B).

361 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 50) (John Testawits).

maison en question étant, selon le conseiller juridique, située dans la RI 151A. Le Canada a admis en preuve la déclaration de John Testawits voulant que Joseph n'était retourné dans la réserve qu'en 1929 ou 1930 et qu'il y avait construit l'une des cinq maisons dont John disait qu'elles étaient « toutes neuves » lorsqu'il est retourné dans la réserve en 1931³⁶². Toutefois, le conseiller juridique fait également référence à l'entrevue menée avec Angela Testawits dans la réserve de Duncan en 1973, entrevue dans laquelle cette dernière déclarait [traduction] : « Mon fils était déjà grand lorsque mon mari a vendu les réserves. *Nous vivions déjà ici*, mais la vente des réserves a eu lieu à Fairview³⁶³. » Le conseiller juridique du Canada fait valoir que, comme la durée n'est pas le facteur déterminant pour établir le « lieu de résidence habituel », on peut affirmer que, même si Joseph a pu vivre loin de la réserve pendant une partie importante de l'année, à Spirit River, son intention à cette époque était de résider dans la réserve, compte tenu qu'il y retournait régulièrement pour retrouver sa femme, lorsque prenaient fin ses activités de piégeage. Même si Joseph Testawits résidait habituellement non loin de Spirit River et ne faisait que passer dans la réserve l'été, pendant que la chasse était au point mort, il résidait quand même près de la réserve, selon le point de vue du Canada, et était habilité à voter au sujet de la cession³⁶⁴.

Eban Testawits

Les parties s'entendent pour dire que, jusqu'à son décès prématuré en 1931 ou 1932, Eban Testawits résidait dans la RI 151A³⁶⁵. En fait, le conseiller de la Première Nation estime que, parmi les cinq votants inscrits à la liste de Murison, Eban Testawits était peut-être le seul habilité à voter³⁶⁶.

Samuel Testawits

Étant donné que Samuel Testawits n'a pas assisté à l'assemblée de cession et n'y a pas voté, la seule raison pour laquelle il devient nécessaire d'établir son lieu de résidence et son intérêt dans la réserve est de déterminer si les exi-

362 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 48 et 88) (John Testawits et Jerome Slavik).

363 Entrevue avec Angela Testawits, 5 décembre 1973, p. 3 (Pièce 6 de la CRI, onglet G).

364 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 25.

365 Commission des revendications des Indiens, « Entrevue avec les anciens John Testawits et Ted Knott menée à l'hôtel Mile Zero, Grimshaw (Alberta) », 15 août 1995, p. 21-22 (Pièce 6 de la CRI, onglet B); transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 88) (Jerome Slavik); transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 75 (Jerome Slavik); transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 175 (Perry Robinson).

366 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 75 (Jerome Slavik).

gences énoncées à l'article 51 de la *Loi sur les Indiens* de 1927 concernant le quorum et l'assentiment de la majorité à une assemblée de cession ont été respectées. John Testawits a indiqué que Samuel vivait dans une maison en bois rond près du ruisseau dans la RI 151A, jusqu'à sa mort en 1933³⁶⁷. La Première Nation affirme qu'à l'exclusion d'Eban Testawits, Samuel était le seul homme membre de la bande et âgé de 21 ans à résider dans l'une des réserves de la bande³⁶⁸. Toutefois, en dépit du fait qu'il était le membre de la bande pour qui il aurait sans doute été le plus facile d'assister à l'assemblée de cession, Samuel était absent, un fait que, à la lumière de son apparente opposition à la cession, la Première Nation considère comme soulevant des doutes quant à la tenue même d'une assemblée de cession³⁶⁹.

Le Canada ne soulève aucun argument concernant Samuel étant donné que, à son point de vue, la Première Nation a admis que Samuel résidait habituellement dans la réserve en question ou près de cette dernière, et qu'il y détenait un intérêt³⁷⁰.

John Boucher

Les éléments de preuve concernant le lieu de résidence de John Boucher sont contradictoires. John Testawits, qui n'a jamais rencontré ni connu John Boucher, a néanmoins déclaré que la résidence permanente de John Boucher était une maison en bois rond située dans la partie sud-ouest de la RI 151A³⁷¹. Et il a même ajouté :

[Traduction]

John Boucher est décédé avant que je revienne chez moi en 1931. À cette époque, il était déjà très vieux. James Boucher occupait la maison de John, lorsqu'il est décédé. Lorsque que je suis revenu de la mission de Grouard en 1931, je me rappelle très clairement que James Boucher vivait dans une maison en bois rond dans la réserve indienne n° 151A, qui avait été la résidence de John Boucher. Pour autant que je puisse me rappeler, avant 1928, ni John ni James Boucher n'avaient vécu dans l'une quelconque des réserves situées près de la rivière [RI 151B à RI 151G]. Ils vivaient à l'année dans une maison en bois rond située dans la partie sud-ouest de la RI 151A³⁷².

367 Entrevue avec Ben Basnett, 25 février, 1992, p. 34 (Pièce 6 de la CRI, onglet A); Déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 3 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

368 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 29.

369 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 29.

370 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 175 (Perry Robinson).

371 Déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 3 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

372 Déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 7 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

La déclaration qui précède paraît contradictoire en regard de la déclaration solennelle faite par le fils de James Boucher et petit-fils de John Boucher, Ben Boucher :

[Traduction]

4. Mon grand-père était John Boucher, qui était membre de la bande indienne de Duncan. Il vivait à 2½ milles au nord de Gage, non loin d'un secteur que l'on appelait Hay Lake [également appelé Moss Lake][...]
6. Si ma mémoire est bonne, mon grand-père n'a jamais vécu dans la réserve indienne de Duncan. En 1928, il vivait près de Hay Lake, au nord de Fairview.
7. Mon grand-père avait 85 ans à son décès, au cours de l'hiver 1936-37. Il a été enterré près du chemin de fer du secteur de Gage, un mille à l'ouest de l'endroit où il vivait³⁷³.

De la même manière, Ted Knott a relaté avoir vu John Boucher pour la dernière fois au cours de la période de 1932 à 1934 à Moss Lake, l'endroit où Knott a toujours vu Boucher et a toujours pensé qu'il vivait³⁷⁴. La Commission relève également que, dans les 33 années qui ont suivi la signature du Traité 8 en 1899, jusqu'à la dernière année où il a touché ses annuités, soit 1931, John Boucher a été payé 16 fois au cours de ces années, et il l'a été dans la région de la RI 152, notamment 14 fois à Dunvegan et une fois à Hay Lake et une autre à Fairview. Les 17 autres années, il aurait apparemment été payé à Peace River Landing (trois fois), à Peace River Crossing (neuf fois), dans la réserve de Duncan (deux fois), et une fois à Grouard, à Vermilion et à Old Wives Lake, respectivement³⁷⁵.

Après avoir examiné l'ensemble des éléments de preuve qui précèdent, avant les plaidoiries de la présente enquête, le Canada écrivait :

[Traduction]

Bien que, à la lumière des renseignements qui précèdent, on puisse prétendre que John Boucher résidait dans la RI 151A, les témoignages de Ben Boucher et de Ted Knott, de même que le fait que John Boucher recevait régulièrement ses annuités en vertu du traité dans les environs de la réserve de Beaver n° 152 et à Dunvegan, tandis que d'autres membres de la bande recevaient leurs annuités dans la réserve de Duncan, permettent de penser que John Boucher résidait probablement de manière habi-

373 Déclaration solennelle de Ben Boucher, 21 décembre 1995, p. 1-2 (Pièce 6 de la CRI, onglet D).

374 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 30 et 76) (Ted Knott).

375 Listes des bénéficiaires du traité, bande de Duncan, 1910-1936, Archives provinciales de l'Alberta (Documents de la CRI, p. 716-783); base de données comparative des listes de bénéficiaires (Pièce 15 de la CRI, vol. 1).

tuelle dans la région de Moss Lake. Toutefois, nous estimons que cet endroit est situé « près » de la réserve [...] et qu'il était admissible à voter au sujet de la cession³⁷⁶.

Selon le conseiller juridique du Canada, Moss Lake se trouve à environ un mille de Fairview, et Fairview se trouve à environ 18 milles (29 kilomètres) de la RI 151A³⁷⁷.

D'après la Première Nation, toutefois, John Boucher ne résidait pas dans les réserves de la bande et n'utilisait pas ces dernières, et il n'avait aucun lien ou rapport avec ces réserves³⁷⁸. En outre, la résidence de Boucher n'est pas mise en doute, puisque le Canada a reconnu qu'il avait résidé dans la région de Moss Lake en 1928. Selon le conseiller juridique de la requérante, ses véritables liens se trouvaient avec la bande de Beaver, étant donné qu'il a vécu et est mort à Moss Lake dans la RI 152 et qu'il s'est marié avec la fille du chef de la bande de Beaver³⁷⁹. En somme, la Première Nation fait valoir que John Boucher, son fils James et les frères Leg [traduction] « étaient des exemples classiques d'Indiens qui figuraient sur la liste des membres de la bande, mais qui ne résidaient pas près de cette dernière et qui ne détenaient certainement aucun intérêt » dans la réserve³⁸⁰.

James Boucher

John Testawits a relaté qu'en 1931, James Boucher vivait dans une maison en bois rond dans la RI 151A, maison qui avait été la résidence de John Boucher³⁸¹. Il a également déclaré que James Boucher a résidé dans la RI 151A pendant la majeure partie de sa vie³⁸², qu'il a vécu au moins une partie de sa vie dans l'une des cinq maisons construites en 1929 ou 1930. Il semble que la maison ait initialement été occupée par Annie Laprete³⁸³, et que James Boucher n'y ait pas emménagé avant le décès de cette dernière au début des

376 Bruce Becker, conseiller juridique, Services juridiques du MAINC, Revendications particulières à Jerome N. Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 28 mai 1997, p. 10 (Pièce 14 de la CRI).

377 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 180 (Perry Robinson).

378 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 55 transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 101 (Jerome Slavik).

379 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 71-72 (Jerome Slavik).

380 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 101 (Jerome Slavik).

381 Déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 7 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

382 Entrevue avec Ben Basnett, 25 février 1992, p. 35 (Pièce 6, de la CRI, onglet A); Commission des revendications des Indiens, « Entrevue avec les anciens John Testawits et Ted Knott menée à l'hôtel Mile Zero, Grimshaw (Alberta) », 15 août 1995, p. 22 (Pièce 6 de la CRI, onglet B).

383 La graphie du nom d'Annie Laprete a changé selon les listes de bénéficiaires au fil des ans, mais il s'agit sans aucun doute de la même Anna LaPrete dont il est question plus loin dans le présent rapport dans un extrait de la déclaration solennelle de John Testawits : Déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 3 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

années 1930³⁸⁴. Cet élément d'information semble concorder avec la déclaration solennelle de Ben Boucher :

[Traduction]

3. Mon père est James Boucher et ma mère, Justine, était une Indienne beaver provenant de la région de Moss Lake, non loin de l'emplacement actuel de la ville de Fairview [...]
8. Mon père est né à Fairview. En 1928, mon père, James Boucher, vivait à Moss Lake, dans la réserve indienne de Beaver n° 152. C'est là qu'il vivait lorsque je suis parti pour l'école de la mission de Grouard, en 1933. Il a déménagé dans la réserve de Duncan en 1933 ou 1934, à l'époque où je fréquentais l'école. Cela m'a été dit par ma soeur Mary, à Grouard.
9. À l'âge de 10 ans, je suis entré à l'école de la mission, à Grouard. Lorsque je revenais de Grouard pour les vacances d'été, je vivais avec mon père dans la réserve indienne de Duncan. J'ai terminé mes études à l'âge de 17 ans, au terme de ma 10^e année.
10. Je suis métis, étant donné que mon père et moi avons obtenu notre émancipation de la bande de Duncan. J'ai quitté la réserve de Duncan en 1938³⁸⁵.

Dans l'entrevue qu'il a donnée le 25 février 1992, Ben Basnett a indiqué que James Boucher « ne vivait à aucun endroit en particulier » et qu'il se contentait de camper, où bon lui semblait, qu'il passait ses hivers dans le nord et « et qu'ils revenaient à Fairview, où ils passaient l'été »³⁸⁶. Ted Knott a relaté que James Boucher « passait beaucoup de temps » à Hay Lake, au nord de Gage³⁸⁷.

Le Canada fait valoir ce qui suit, en réponse aux témoignages qui précèdent :

[Traduction]

La déclaration de Ben Boucher, appuyée dans une mesure limitée par la déclaration de Ted Knott et de Ben Basnet, et par le fait que James Boucher est né à Fairview, qu'il s'est marié avec une femme de la bande de Beaver et qu'il touchait régulièrement ses annuités en vertu du traité dans les environs de la réserve n° 152 de Beaver et de Dunvegan, permet de penser que James Boucher résidait probablement de manière habituelle dans la région de Moss Lake. Toutefois, nous estimons que cet

384 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 48-49) (John Testawits).

385 Déclaration solennelle de Ben Boucher, 21 décembre 1995, p. 1-2 (Pièce 6 de la CRI, onglet D).

386 Entrevue avec Ben Basnett, 25 février 1992, p. 26 (Pièce 6 de la CRI, onglet A).

387 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 31) (Ted Knott).

endroit se trouve « près » de la réserve, pour les raisons mentionnées précédemment, et qu'il était habilité à voter au sujet de la cession³⁸⁸.

La Première Nation soutient que James Boucher n'a pas résidé dans les réserves de Duncan, qu'il n'en a fait aucune utilisation, et qu'il n'avait aucun lien ou affiliation avec ces dernières³⁸⁹. La Première Nation fait plutôt valoir que James était marié avec une femme de la bande de Beaver, qu'il n'a déménagé dans les réserves de Duncan qu'en 1933 ou 1934, qu'il n'y a résidé que pendant quelques années, avant d'être émancipé, en même temps que son fils Ben, et qu'il était lié par mariage, par son lieu de résidence et par ses liens sociaux avec la bande de Beaver. Étant donné que le Canada reconnaît que James Boucher résidait dans la région de Moss Lake en 1928, la Première Nation invite la Commission à conclure qu'il ne résidait pas dans les réserves de la bande ni près de ces dernières, et qu'il n'y détenait aucun intérêt³⁹⁰.

Emile Leg

La personne qui suscite le plus de controverse dans le cadre de la présente enquête est Emile Leg. Ben Basnett a indiqué qu'Emile [traduction] « ne vivait nulle part en particulier », mais qu'il [traduction] « montait simplement un tipi, à un endroit ou à un autre, et qu'il y restait ». Toutefois, il a également déclaré qu'Emile se trouvait constamment dans les réserves indiennes de Beaver, à Eureka River ou à Fairview, et qu'il a vécu presque toute sa vie dans la région d'Eureka River, à environ 70 milles de Berwyn et de la RI 151. Pour ce qui est de savoir où Emile pratiquait le piégeage, [traduction] « on les voyait revenir au printemps et personne ne savait où ils allaient, la moitié du temps »³⁹¹. Il a dit croire qu'Emile a vécu pratiquement toute sa vie dans la région d'Eureka River, où il pratiquait le piégeage³⁹².

De la même manière, Ted Knott a indiqué qu'Emile vivait non loin de Worsley, qui se trouve à l'ouest d'Eureka River, à environ 80 milles de la région de Grimshaw/Berwyn³⁹³. Il a relaté qu'Emile pratiquait le piégeage à Hay River, soit au nord et à l'ouest de Worsley, et qu'il revenait au poste de traite de Herb Lathrop, à Worsley, pendant une partie de l'été. Emile passait

388 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 44.

389 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 101 (Jerome Slavik).

390 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 72 (Jerome Slavik).

391 Entrevue avec Ben Basnett, 25 février 1992, p. 8, 10 et 13-14 (Pièce 6 de la CRI, onglet A).

392 Déclaration solennelle de Ben Basnett, 7 juillet 1992, p. 1 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 5).

393 Commission des revendications des Indiens, « Entrevue avec les anciens John Testawits et Ted Knott menée à l'hôtel Mile Zero, Grimshaw (Alberta) », 15 août 1995, p. 8 (Pièce 6 de la CRI, onglet B).

en outre une partie de chaque été à cueillir des baies à Fort St. John, avant de retourner au poste de Lathrop, à la fin d'août, pour acheter des fournitures et ensuite retourner dans le nord à son aire de piégeage pour l'hiver³⁹⁴. Knott devait d'ailleurs ajouter ceci :

[Traduction]

6. Pendant les années où j'ai connu Emile Leg, je crois que les habitudes que j'ai décrites précédemment fournissent une idée assez juste de ses activités et de ses déplacements tout au long de l'année. Personnellement, je crois qu'Emile Leg n'avait aucun lieu de résidence fixe, qu'il pratiquait le mode de vie traditionnel des Indiens, c'est-à-dire qu'il se déplaçait dans certains secteurs du nord de l'Alberta et du nord-est de la Colombie-Britannique. Ces régions sont toutes situées à une distance considérable des réserves indiennes où les membres de la bande de Duncan résidaient.
7. J'ai fréquenté la réserve indienne de Duncan toute ma vie, et je n'ai jamais vu Emile Leg dans la réserve. À ma connaissance, Emile Leg n'a jamais résidé dans les réserves indiennes mises de côté à l'usage et au profit de la bande de Duncan.
8. Je crois qu'Emile Leg n'avait aucun lien étroit avec quelque bande que ce soit, et qu'il menait une vie de nomade, apparentée au mode de vie traditionnel indien³⁹⁵.

Les éléments qui précèdent concordent avec les déclarations de John Testawits selon lesquelles il connaissait effectivement Emile Leg, et pas seulement pas l'intermédiaire de sa mère, laquelle lui avait dit que les frères Leg étaient des interprètes pour les agents des Indiens et que, de ce fait, ils ne faisaient que passer dans les réserves de Duncan, et n'y vivaient pas³⁹⁶. Selon lui, « le lieu de résidence » d'Emile se trouvait à Eureka River³⁹⁷, où il vivait la plupart du temps, et Émile appartenait à la bande de Beaver³⁹⁸.

La Première Nation fait valoir qu'Emile et Francis Leg ont adhéré au traité en tant que membres de la bande de Beaver en 1900 et qu'ils sont ensuite passés à la bande de Duncan, en même temps que leur mère veuve, en 1905. Lorsqu'Emile est décédé, à 34 ans, à Eureka River, il avait vécu à cet endroit

394 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 21) (Ted Knott); déclaration solennelle de Ted Knott, 25 septembre 1992, p. 2 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 6).

395 Déclaration solennelle de Ted Knott, 25 septembre 1992, p. 2 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 6).

396 Entrevue avec Ben Basnett, 25 février 1992, p. 23 (Pièce 6 de la CRI, onglet A); transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 72-73) (John Testawits); déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 8 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

397 Commission des revendications des Indiens, « Entrevue avec les anciens John Testawits et Ted Knott menée à l'hôtel Mile Zero, Grimshaw (Alberta) », 15 août 1995, p. 9 (Pièce 6 de la CRI, onglet B).

398 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 43) (John Testawits).

pendant presque toute sa vie adulte, n'ayant jamais vécu dans les réserves de Duncan proprement dites ou n'en ayant jamais fait usage³⁹⁹. Pour résumer, le conseiller juridique de la Première Nation soutient qu'Emile Leg n'a pas résidé près de ces réserves et n'y détenait aucun intérêt, ce qui le rendait inadmissible à participer à l'assemblée de cession de 1928⁴⁰⁰.

Pour sa part, le Canada reconnaît qu'Emile Leg s'est marié avec une femme de la bande de Beaver en 1914 et qu'il a reçu ses annuités en vertu du traité pendant presque toute la décennie des années 1920 ayant précédé la cession, à Dunvegan ou dans la réserve de Beaver. Le conseiller juridique du Canada admet en outre qu'Emile est décédé à Eureka River en 1934, après avoir vécu dans le district pendant 16 ans, et qu'il fut inhumé dans la réserve indienne de Clear Hills de la bande de Horse Lake (qui faisait auparavant partie de la bande de Beaver), au nord d'Eureka River. Néanmoins, soutenant qu'une « interprétation plus large du mot ' près ' a du sens », le conseiller juridique conclut :

[Traduction]

À la lumière des renseignements qui précèdent, il semble vraisemblable qu'Emile Leg ait résidé de façon habituelle dans la région de Clear Hills/Worsley. Toutefois, nous sommes d'avis que l'endroit où il vivait était situé « près » de la réserve [...] et qu'il était habilité à voter au sujet de la cession⁴⁰¹.

Francis Leg

Comme Samuel Testawits, Francis Leg n'a pas assisté à l'assemblée de cession ou n'y a pas voté, mais il est nécessaire de tenter de déterminer s'il était admissible à le faire, afin d'établir si les dispositions de l'article 51 de la *Loi sur les Indiens* de 1927 concernant le quorum et l'assentiment de la majorité ont été respectées. Malheureusement, les éléments de preuve concernant Francis Leg sont minces. Ainsi que nous l'avons déjà vu, John Testawits se rappelle avoir entendu sa mère lui dire que les Leg ne vivaient pas dans la réserve de Duncan, et qu'ils ne s'y rendaient que lorsque la chose était nécessaire, pour servir d'interprètes à l'agent des Indiens⁴⁰². Testawits ne connaissait pas Francis Leg, mais savait de lui qu'il était un membre de la

399 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 74 (Jerome Slavik); transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 85-86) (Jerome Slavik).

400 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 101 (Jerome Slavik).

401 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 38-40; transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 181 (Perry Robinson).

402 Entrevue avec Ben Basnett, 25 février 1992, p. 23 (Pièce 6 de la CRI, onglet A).

bande de Beaver, et non de la bande de Duncan⁴⁰³. Ni Basnett, ni Ted Knott n'ont pu fournir de renseignements additionnels concernant Francis Leg.

La Première Nation fait valoir que, comme dans le cas d'Emile Leg, Francis n'était pas lié ni n'avait de rapports avec la bande de Duncan et que ce dernier ne résidait pas dans la réserve et ne l'utilisait pas non plus⁴⁰⁴. En fait, la Première Nation va jusqu'à dire [traduction] qu'« il n'existe pas d'élément de preuve indiquant que Francis Leg ait jamais résidé dans la réserve de Duncan, [...] que son lieu de résidence était inconnu »⁴⁰⁵, et que, conséquemment, il ne résidait pas près de la réserve et n'y détenait pas d'intérêt. Ici encore, le Canada rétorque que, pour peu que l'on interprète le terme « près » de manière large, Francis Leg peut à juste titre être considéré comme un votant admissible⁴⁰⁶.

Alex Mooswah

Les éléments de preuve sont encore plus minces en ce qui concerne Alex Mooswah que pour Francis Leg, et les éléments de preuve dont nous disposons sont contradictoires. Ted Knott soutient avoir connu Mooswah lorsque ce dernier était au début de la vingtaine, et qu'il a vu Mooswah pour la dernière fois au poste de Ben Basnett à Eureka River. Toutefois, à un certain moment pendant sa déposition, Knott a laissé entendre que cela s'était passé en 1923 ou 1924, et dans un autre passage, il a indiqué que c'était peut-être pendant l'été ou l'automne 1935⁴⁰⁷. L'examen de la liste annuelle des bénéficiaires du traité révèle que, suite au décès de son père Modeste Mooswah pendant l'épidémie de grippe de 1919, Alex Mooswah a continué de percevoir ses annuités sous le numéro de Modeste, jusqu'en 1935. Il a touché ses paiements quatre fois avec son père à Dunvegan ou dans la réserve de Beaver, entre 1915 et 1919, mais les listes indiquent généralement qu'il a reçu ses paiements avec le reste de la bande de Duncan durant les années 20, y compris en 1928. Dans les années 30, il a régulièrement reçu ses annuités à Fort St. John (C.-B.).

À la lumière de ces renseignements, la Première Nation fait valoir qu'Alex Mooswah [traduction] « aurait peut-être dû figurer sur la liste des votants, alors qu'il n'y figurait pas »⁴⁰⁸.

403 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 44) (John Testawits); déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 8 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

404 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 101 (Jerome Slavik).

405 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 74 (Jerome Slavik).

406 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 181 (Perry Robinson).

407 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 33 et 78-79) (Ted Knott).

408 Transcription de la CRI, 6 septembre 1995 (Pièce 6 de la CRI, onglet C, p. 90) (Jerome Slavik).

Conclusion

La Commission est d'avis qu'en évaluant l'admissibilité de ces personnes, il est important de tenir compte des réalités propres à la région visée par le Traité 8, en 1928. Les gens de la bande de Duncan, comme les gens de bien d'autres bandes visées par le Traité 8, pratiquaient la chasse et le piégeage comme moyens de subsistance. Ces personnes étaient mobiles et se déplaçaient loin de chez elles chaque année pour entretenir leurs aires de piégeage et pour traquer le gibier. Bien qu'il soit possible que ces personnes n'aient pas vécu dans aucune des réserves, ni même à proximité d'une réserve, pendant le plus clair de n'importe quelle année, elles n'en retournaient pas moins à leurs réserves de temps à autre et y percevaient leurs annuités ensemble. En dépit de leur mode de vie nomade, la plupart de ces personnes considéraient toujours leurs réserves – et en particulier la RI 151A – comme étant leur « lieu de résidence », vers lequel elles étaient attirées, du fait de leur longue, bien que sporadique, association avec elles. Comme l'indiquait John Testawits dans sa déclaration solennelle du 3 décembre 1991 :

[Traduction]

9. La famille de Duncan Testawits vivait dans la réserve numéro 151A avant le traité et y a vécu après le traité. Cette réserve était d'ailleurs connue sous le nom de « réserve de la famille de Duncan ». *Les membres de la famille et la communauté dans son ensemble s'éloignaient des différentes réserves et y revenaient à différentes époques de l'année.* Toutefois, la plupart d'entre eux y possédaient des résidences permanentes consistant en des constructions en rondins dans la réserve numéro 151A et visitaient les autres réserves. Les maisons en bois rond de la réserve 151A étaient occupées par John Boucher (coin sud-ouest), Anna La Pretre (au ruisseau), Joseph Testawits (coin nord-ouest), Julia Testawits (au ruisseau), Margaret ou Jimmy Testawits (fils de Joseph) (sud sud-ouest), et Samuel Testawits (au ruisseau)[...].

33. Je me souviens d'avoir entendu mon oncle Samuel me dire, et je me souviens très bien du moment, que *les gens se déplaçaient beaucoup et fréquemment.* Ils chassaient l'original au sud de Peace River et pratiquaient le piégeage dans la même région en hiver. Ils passaient les mois d'été dans la réserve 151A et une partie de leur temps dans la réserve 151, alors connue sous le nom de réserve de Berwyn. De plus, ils se déplaçaient fréquemment dans la région à la recherche de travail chez les rares colons qui étaient dans la région à cette époque⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Déclaration solennelle de John Testawits, 3 décembre 1991, p. 3 et 10-11 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 4).

Il ressort de ces déclarations que la RI 151A semblait former le point de rassemblement de la bande, et que les membres de cette dernière visitaient de temps à autre les autres parcelles de terres de réserve. À la lumière de ces faits, la Commission conclut qu'il serait inutile de triturer le sens des termes « détenir un intérêt » et « près » d'une manière qui priverait un grand nombre des personnes visées par le Traité 8, et en particulier les membres de la bande de Duncan, de pouvoir participer à une décision aussi importante que l'aliénation de leurs réserves.

À partir de la preuve et des arguments qui précèdent, nous avons tiré les conclusions qui suivent :

- Étant donné que les parties semblent convenir que Eban et Samuel Testawits résidaient habituellement dans la RI 151A et y détenaient un intérêt, nous concluons que, même si Eban est le seul des deux qui a vraiment assisté à l'assemblée de cession et y a voté, les deux avaient le droit de le faire.
- En ce qui concerne Joseph Testawits, John Testawits a affirmé que Joseph n'avait construit une maison dans la RI 151A et y avait emménagé qu'en 1929 ou 1930, mais Angela Testawits a déclaré que la famille avait déjà déménagé dans la réserve à l'époque de la cession, en 1928. Pour les raisons que nous avons déjà indiquées, nous considérons que le témoignage d'Angela a plus de poids et de pertinence. Les observations de John ne sont pas entièrement contradictoires, non plus, puisqu'une maison construite en 1928 pourrait toujours avoir eu l'air aussi neuve en 1931 lors du retour de John qu'une maison qui a été construite en 1929 ou 1930, et que, de toute façon, la famille aurait pu s'être déjà établie dans la réserve, même si la maison neuve en question *a été* construite au cours de l'une des deux années suivantes. Nous sommes également d'avis que le fait qu'une nouvelle maison ait été construite ou allait être construite témoigne de l'intention de Joseph Testawits, en date de 1928, de faire de la RI 151A son lieu de résidence permanente. Il est aussi à remarquer qu'Angela Testawits demeurait « à la maison » dans la RI 151A pendant que Joseph chassait et piégeait, mais qu'il revenait avec elle pendant la saison morte d'été. Nous concluons que Joseph Testawits résidait ordinairement dans la réserve ou près de celle-ci, et y détenait un intérêt, et qu'il était par conséquent habilité à voter à l'assemblée de cession de 1928.
- La preuve relative à Alex Mooswah est incomplète, mais la Commission a déjà conclu qu'il était membre de la bande et assez vieux pour être habilité à voter. La Première Nation affirme qu'il aurait dû être sur la liste des votants et la seule objection manifestée par le Canada a trait à son âge. Nous concluons donc que, au moment de la cession, il résidait ordinairement dans la réserve ou près de celle-ci, et y détenait un intérêt, ce qui le rendait habile à voter concernant sa cession.
- La Commission s'est penchée en détail sur la situation d'Emile Leg et de son frère Francis. Étant donné l'importance de permettre aux membres de la bande de participer aux procédures de cession touchant leurs terres de réserve, nous hésitons à exclure les frères Leg de la liste des personnes habilitées à voter en application du paragraphe 51(2) de la *Loi*

sur les Indiens de 1927. Néanmoins, nous devons conclure qu'ils n'étaient pas habilités à voter. Ils n'étaient tous deux membres de la bande de Duncan que de nom, car ils sont nés au sein de la bande de Beaver et étaient enfants lorsque cette bande a adhéré au Traité 8 en 1899. Ils sont passés à la bande de Duncan avec leur mère devenue veuve en 1905, mais ils ont vécu virtuellement toute leur vie d'adulte à Eureka River, près de la RI 152C de la bande de Beaver, à une distance importante des réserves de Duncan. John Testawits a indiqué qu'il ne connaissait pas les Leg et qu'il semble qu'ils ne revenaient dans les réserves de Duncan qu'à l'occasion avec l'agent des Indiens en tant qu'interprètes et pour toucher leurs annuités. Les témoignages de Ben Basnett et de Ted Knott montrent que les Leg résidaient ordinairement aux environs de Eureka River, et Knott a indiqué qu'il n'avait jamais vu Emile Leg dans la réserve de Duncan. Même si les listes de bénéficiaires du traité montrent que les Leg ont constamment été payés avec la bande de Duncan avant 1919, au début avec leur mère et par la suite sous leurs propres numéros d'Indiens, et qu'ils ont reçu leurs annuités dans la réserve de Duncan à au moins trois reprises au milieu des années 1920, nous ne sommes pas convaincus que des retours occasionnels dans la réserve aux seules fins de recevoir des annuités constituaient un lien raisonnable avec la bande ou les réserves sous le régime du paragraphe 51(2). Malgré le fait que Joseph Testawits, Eban Testawits et James Boucher ont tous attesté dans l'affidavit de cession « qu'aucun Indien n'a assisté ou voté à ce conseil ou cette réunion sans être membre de la bande ou intéressé aux terres mentionnées dans ladite cession⁴¹⁰ », nous concluons que les Leg n'étaient ni ordinairement résidents dans la réserve ou près de celle-ci, ni détenteurs d'un intérêt suffisant dans la réserve pour avoir le droit de participer à l'assemblée de cession de 1928 ou pour y voter.

La preuve concernant John et James Boucher, contrairement à celle touchant les frères Leg, montre qu'ils avaient un lien beaucoup plus étroit avec les réserves de la bande de Duncan, ayant passé la majeure partie de leur vie sur ces terres et autour de celles-ci. Ils résidaient ordinairement à Moss Lake en 1928, à une distance de seulement 18 milles (29 km) de la RI 151A et relativement beaucoup plus près que les Leg des réserves de la bande. La preuve dont dispose la Commission montre aussi que les membres de la bande de Duncan se regroupaient souvent et recevaient leurs annuités à la RI 152, dans laquelle se trouve Moss Lake, ce qui plaçait régulièrement les Boucher parmi leurs congénères membres de la bande. En effet, l'année de la cession elle-même, l'agent Laird faisait observer qu'il avait trouvé la majorité des membres de la bande dans la RI 152 lorsqu'il était arrivé plus tôt au cours de l'année pour distribuer les annuités. En outre, alors que Ted Knott et John Testawits ont laissé entendre dans leurs témoignages que les Leg étaient rarement, voire jamais, dans les réserves de Duncan, on ne dispose d'aucun élément de ce genre au sujet des Boucher. En réalité, il semble d'après le témoignage de John Testawits qu'après les cessions des réserves de Duncan et de la RI 512 de Beaver en 1928, John Boucher a peut-être déménagé dans l'une des cinq nouvelles maisons de la RI 151A, où, après son décès, lui ont succédé Annie Laprete et plus tard son fils James. Il semble aussi que les deux Boucher, comme d'autres membres de la bande, voyageaient beaucoup dans la région entre la RI 152 et les diverses réserves de la bande de Duncan. À notre avis, ces

410 Affidavit de cession, 19 septembre 1928 (Documents de la CRI, p. 261).

faits démontrent un lien raisonnable avec la bande et ses réserves, et nous concluons que John et James Boucher résidaient tous deux dans les réserves ou près de celles-ci et détenaient un intérêt dans les réserves. En conséquence, ils étaient habilités à participer à l'assemblée de cession de 1928 et à y voter.

En somme, nous concluons que, sur les sept personnes indiquées sur la liste des votants établie par William Murison – Joseph Testawits, Eban Testawits, Samuel Testawits, John Boucher, James Boucher, Emile Leg et Francis Leg – cinq étaient habilitées à être présentes : les trois frères Testawits et les Boucher. Emile et Francis Leg n'étaient pas habilités à voter, ce qui signifie que, étant donné notre conclusion qu'Alex Mooswah *aurait dû* être sur la liste, le quorum de la bande et la majorité des électeurs doivent être déterminés sur la base de six votants admissibles.

Autres participants à l'assemblée de cession

Il convient de rappeler que le paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1927 stipule que « Nul Indien ne peut voter ni assister à ce conseil, à moins de résider habituellement dans ou près de la réserve en question, ou d'y avoir un intérêt ». Bien qu'il soit clair que seulement cinq personnes *ont voté* à l'assemblée, il est plus difficile de déterminer combien d'autres Indiens étaient *présents* à l'assemblée et si parmi ces autres personnes présentes certaines auraient dû ne pas s'y trouver, en vertu du paragraphe 51(2). Les parties n'ont fait valoir aucun argument à ce sujet, mais la Commission a relevé certains éléments tendant à indiquer que des Indiens n'ayant pas d'intérêt dans les réserves de Duncan étaient présents à l'assemblée de cession.

Dans la demande qu'il a soumise pour obtenir un second paiement de 50 \$ à prélever sur le produit de l'enchère publique, pour chaque membre de la bande, l'agent des Indiens Harold Laird relatait, le 29 octobre 1929 [traduction] « qu'une majorité des membres de cette bande étaient présents dans la réserve de Beaver n° 152 lorsque les cessions ont été consignées auprès des deux bandes, et promesse a été faite à la bande de Beaver que cette dernière obtiendrait un paiement de 50 \$ pour chaque membre à l'automne 1928, et un second paiement de 50 \$ en 1929 »⁴¹¹. Cette déclaration donne à entendre que les membres des deux bandes, dont le commissaire aux Indiens William Graham a dit que [traduction] « tous vivaient

⁴¹¹ Harold Laird, agent des Indiens par int., au surintendant adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 29 octobre 1929, AN, RG 10, vol. 7544, dossier 29131-5, partie 2 (Pièce 6 de la CRI, onglet F).

comme une seule et même bande »⁴¹², pourraient bien avoir tous été présents lors des cessions de leurs réserves respectives.

Nous avons également tenu compte de la déclaration qui suit, de la part d'Angela Testawits :

[Traduction]

Richard [Lightning] : À propos des transactions de votre mari concernant les réserves, à combien d'années cela remonte-t-il, d'après votre souvenir?

Angela : Je ne saurais dire. Si je pouvais voir les gens qui étaient là; *trois des personnes qui étaient là sont encore vivantes.*

Richard : Pouvez-vous me donner leurs noms?

Angela : *L'un d'eux est mon frère, il s'appelle Francis Napolis; l'autre vit à Grouard ou à High Prairie; j'aimerais bien le voir. Il s'agit d'un homme blanc qui comprend un peu le cri, il pourrait dire exactement quelle superficie de terre nous avions. Il est peut-être décédé; je n'ai pas entendu parler de lui depuis longtemps. J'ai dit à John Spring (Testawich) de s'informer à son sujet; il saurait de quoi il en retourne. C'est lui qui a guidé les arpenteurs. Je ne me rappelle pas son nom. Si j'allais à Grouard, il suffirait que je m'informe pour connaître son nom. L'autre homme est Phillip Knot, qui pourrait vous dire à combien d'années remontent les événements*⁴¹³.

Parmi les personnes identifiées par Angela Testawits, le « blanc » ne saurait être pris en considération puisque, comme il n'est pas Indien, il ne lui était pas interdit d'être présent, en vertu du paragraphe 51(2). De la même manière, la liste des bénéficiaires du traité de 1939 pour la bande de Duncan indique que la veuve d'Emile Leg, Rosalie Laglace, s'était mariée avec un dénommé Phillip Knott, qui était décrit sur la liste des bénéficiaires comme étant un « métis », ce qui, si la chose est vraie, signifierait que la cession ne saurait être contestée sur la base de sa présence, puisque techniquement, il n'était pas un Indien non plus. En ce qui concerne Angela elle-même, même si elle n'était pas habilitée à voter parce qu'elle était une femme, il ne lui était pas interdit non plus d'être présente puisque, comme son mari Joseph, on présume qu'elle résidait dans les réserves ou près de ces dernières, et qu'elle y avait un intérêt. Toutefois, Francis Napolis, s'il s'agit d'un Indien, n'aurait pas été autorisé à assister à l'assemblée concernant la cession, étant donné que son nom ne figurait sur aucune des listes des bénéficiaires du

412 W.M. Graham, commissaire aux Indiens, au secrétaire des Affaires indiennes, 31 août 1929, AN, RG 10, vol. 7544, dossier 29131-9, partie 2 (Documents de la CRI, p. 348).

413 Entrevue avec Angela Testawits, 5 décembre 1973, p. 5 (Pièce 6 de la CRI, onglet G).

traité, de la cession ou des paiements d'intérêts, en tant que membre de la bande de Duncan.

Il semble, d'après l'affidavit du 21 septembre 1928 relatif à la cession de la RI 152 de la bande de Beaver que le « Francis Naposis » identifié par Angela Testawits puisse être le « François Naposis » dont le nom figurait parmi les dirigeants qui ont attesté la cession par la bande⁴¹⁴. Des éléments montrent qu'Angela est à Spirit River avant que le Traité 8 soit conclu⁴¹⁵, si bien qu'il n'y a pas lieu de se surprendre que son frère ait été membre et dirigeant de la bande de Beaver. En outre, dans son rapport au sujet d'une visite à l'agence du Petit Lac des Esclaves remontant au début de 1931, Murison écrivait, à propos des terres de piètre qualité qui avaient été achetées auprès d'une bande appelée bande de Dunvegan et de Grande Prairie :

[Traduction]

Cette réserve a été achetée à l'époque où ont eu lieu les cessions des réserves n^{os} 152 et 152A en 1928, au coût de 6.75 \$ l'acre. Après avoir vu l'état des terres, je suis convaincu que les Indiens ont finalement payé trop cher pour les obtenir, et que 3.00 \$ l'acre aurait été un prix beaucoup plus juste et davantage apparenté à leur valeur. Il y a lieu de se demander si cette bande utilisera jamais ces six parcelles de terres. Seules quelques personnes y vivent — le chef, Neepee Pierre, dont la famille compte 3 personnes, *Francis Napacis dont la famille compte 5 personnes*, la veuve et les enfants de Louis Mosquitoe, les 6 personnes que compte sa famille, et trois veuves âgées. Le reste de la bande réside à Hay Lakes et à Fort St. John[...]

L'autre faction de cette bande réside à 170 milles plus au sud par la route, et peut-être plus, à Horse Lakes⁴¹⁶.

Bien qu'il semble clair que Francis Naposis était un membre de la bande de Beaver et qu'il lui aurait été interdit d'assister à l'assemblée concernant la cession, nous ne pouvons conclure, dans les circonstances, que les vagues références faites par Laird et Angela Testawits constituent une preuve concluante que les membres de la bande de Beaver, même s'ils étaient rassemblés au même endroit que la bande de Duncan, *ont effectivement participé* à l'assemblée concernant la cession des réserves de Duncan. Au

414 Affidavit de cession de la RI 152 de la bande de Beaver, 21 septembre 1928 (Pièce 10 de la CRI, onglet A, annexe 19, p. 1). Il se peut qu'il y ait eu en réalité plus d'un Francis Naposis. Dans son document, Neil Reddekopp fait mention d'un « Francis Naposis » qui avait autour de 85 ans en 1972, donc Naposis se rapprocherait en âge d'Angela Testawits. Cependant, Reddekopp parle de Naposis comme de l'oncle d'Angela plutôt que de son frère. G.N. Reddekopp, « The Creation and Surrender of the Beaver and Duncan's Band's Reserves », p. 128-129 (Pièce 5 de la CRI).

415 Entrevue avec Angela Testawits, 5 décembre 1973, p. 1 (Pièce 6 de la CRI, onglet G).

416 W. Murison, inspecteur des agences des Indiens, à W. Graham, commissaire aux Indiens, 6 mars 1931, AN, RG 10, vol. 7544, dossier 29131-5, partie 2, C-14813. Italiques ajoutés.

contraire, la preuve révèle que des assemblées distinctes ont été tenues avec les deux bandes, le 19 et le 21 septembre 1928.

Toutefois, étant donné qu'Émile Leg a assisté à l'assemblée sur la cession de la bande de Duncan et y a voté, en dépit du fait qu'il n'était pas habilité à le faire, il y a donc eu manquement aux dispositions du paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1927, même si Francis Napolis et d'autres membres de la bande de Beaver *n'ont pas* assisté à l'assemblée de cession des réserves de Duncan. Il devient donc nécessaire de déterminer si cette infraction a pour effet d'annuler la cession consentie en 1928 par la bande de Duncan. Pour rendre une décision à cet égard, nous devons préalablement déterminer si les dispositions du paragraphe (2) étaient impératives ou tout au plus supplétives.

Le paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1927 revêt-il un caractère impératif ou simplement supplétif?

Le paragraphe 51(2) stipule que « [n]ul sauvage *ne peut* voter ni assister à ce conseil, à moins de résider habituellement dans ou près de la réserve en question, ou d'y avoir un intérêt ». La Première Nation fait valoir que, comme au moins l'une des cinq personnes à avoir assisté à l'assemblée de 1928 et à y avoir voté n'était pas habilité à le faire, l'application du paragraphe 51(2) a pour effet d'annuler tout le processus de cession *ab initio*. Cette position repose sur la présence des mots « ne peut » dans le paragraphe, qui sont réputés avoir une connotation d'obligation, et interdisent donc de façon impérative à des non-résidents ou à des personnes qui ne détiennent pas un intérêt dans la réserve en question d'être présents et de voter. La seule exception pourrait concerner le cas où le strict respect de la disposition créerait un inconvénient majeur, par exemple, dans une situation où le manquement à se conformer à la disposition n'a rien à voir avec l'objet central de la question à l'étude ou ne va pas à l'encontre de l'objet même de la disposition⁴¹⁷.

Le conseiller juridique de la Première Nation fait valoir que dans le présent cas, les paragraphes 51(1) et (2) utilisent non seulement les mots « ne peut », mais précisent en outre que nulle cession ne sera « valide ni obligatoire », à moins que les modalités de ces paragraphes ne soient respectées. La Première Nation déduit de cette formulation que ces paragraphes doivent être considérés comme une procédure impérative visant à prévenir les abus,

⁴¹⁷ Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 40; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 84 (Jerome Slavik).

la fraude, l'exercice d'une influence indue et l'exploitation, et à faire en sorte que le consentement d'une bande à une cession soit éclairé et volontaire⁴¹⁸. À titre de comparaison, les paragraphes (3) et (4) prévoient tout au plus une attestation du respect des paragraphes (1) et (2); en conséquence, le défaut de se conformer aux dispositions des paragraphes (3) et (4) n'aura pas pour effet d'annuler une cession, lorsque les intentions des Indiens sont par ailleurs claires et non viciées, comme ce fut le cas dans *Apsassin*.⁴¹⁹ Le conseiller juridique de la Première Nation conclut que, comme la Couronne a voulu formaliser le processus de cession dans la *Loi sur les Indiens* de même que dans les instructions de Scott à l'intention de ses agents des Indiens⁴²⁰, la Commission « doit prendre garde », comme l'a dit le juge McLachlin dans *Apsassin*, « de ne pas écarter les mécanismes de protection soigneusement créés en vertu de lois validement édictées »⁴²¹.

La réaction initiale du Canada à cette affirmation est que la Couronne s'est conformée à toutes les exigences de l'article 51, puisque tous les votants présents à l'assemblée sur la cession de 1928 résidaient dans la réserve en question ou près de cette dernière et y détenaient un intérêt⁴²². Néanmoins, si l'on se fonde sur les motifs énoncés par le juge Killeen dans *Chippewas de Kettle et Stony Point*, le Canada reconnaît que le paragraphe (1) revêt un caractère impératif en ce qu'il exige une assemblée de cession distincte et l'assentiment de la majorité des hommes d'âge adulte de la bande à cette assemblée, puisque ces aspects de l'article 51 représentent [traduction] « l'essence même de la protection de l'autonomie de la bande dans le processus de décision »⁴²³. Toutefois, les conseillers juridiques du Canada laissent entendre que d'autres aspects du paragraphe (1) peuvent ne revêtir qu'un caractère supplétif. Faisant remarquer que le juge Estey, dans *Cardinal*, décrivit les critères prévus à l'article 51 comme étant de simples « mesures préventives », le conseiller juridique du Canada affirme que certains de ces critères se voulaient supplétifs, et qu'en fait, dans *Apsassin*, les critères énoncés au paragraphe (3) ont déjà été reconnus pour être effectivement supplétifs⁴²⁴. De la même façon, certains des critères énoncés aux paragraphes (1) et (2) peuvent aussi avoir simplement un caractère supplétif. Le conseiller juridique du Canada se demande donc :

418 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 42.

419 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 40-41.

420 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 45.

421 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 86 (Jerome Slavik).

422 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 15 et 22.

423 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 156 (Perry Robinson).

424 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 14.

[Traduction]

[...] qu'en sera-t-il dans une situation où toutes les autres exigences relatives à la cession seraient respectées, l'exception de celle voulant qu'une assemblée soit convoquée en conformité avec les règles de la bande? Même si la convocation d'une assemblée selon les règles de la bande constitue l'une des exigences énoncée au paragraphe 51(1), on peut supposer que si le manquement à convoquer la réunion en conformité avec les règles de la bande était la seule « lacune » que l'on observait dans le processus de cession, alors la cession pourrait ne pas être invalide. Le critère énoncé par le juge McLachlin dans *Apsassin*, dans le contexte du paragraphe 51(3), à savoir l'exigence relative à un affidavit de cession, pourrait encore s'appliquer. Pour déterminer si les exigences relatives aux cessions revêtent un caractère impératif ou supplétif, il faut les examiner en regard de l'objet et de l'esprit de la loi. S'il appert que le fait de considérer l'exigence comme étant impérative serait susceptible de causer « des inconvénients sérieux », alors on peut supposer que cette exigence ne revêt alors qu'un caractère supplétif⁴²⁵.

Le Canada fait en outre valoir que même si le paragraphe (1) est impératif, [traduction] « [le paragraphe] 51(2) n'est que supplétif, et la présence d'un votant inadmissible à l'assemblée comme telle, démontrée par sa signature sur le document, n'invalide pas nécessairement tout le processus de cession »⁴²⁶. Ainsi par exemple, le conseiller juridique du Canada fait valoir que si les 100 personnes inscrites sur une liste de votants votaient toutes en faveur d'une cession, il serait quand même raisonnable de donner effet à la cession, même si une personne figurant sur la liste se révélait être inadmissible. En pareil cas, les mots « ne peut » pourraient être à plus juste titre être considérés comme ayant strictement un caractère supplétif⁴²⁷.

Impératif par opposition à supplétif, de façon générale

Avant de parler des auteurs faisant autorité en ce qui concerne l'article 51 de la *Loi sur les Indiens* de 1927, il convient d'examiner les deux causes majeures qui traitent de façon générale des dispositions législatives impératives et supplétives. La première de ces deux causes est un classique du genre, à savoir l'arrêt *Montreal Street Railway Company c. Normandin*⁴²⁸, une cause relative à une requête selon laquelle le verdict d'un jury pouvait être rejeté en raison du manquement de la part d'un shérif à mettre à jour la liste des votants pour la constitution de jurys. Le Conseil privé a défini les principes essentiels dont doivent s'inspirer les tribunaux sur la question :

425 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 15, note de bas de page 23.

426 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 174 (Perry Robinson).

427 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 231-233 (Perry Robinson).

428 *Montreal Street Railway Company c. Normandin*, [1917] AC 170 (CP).

[...] les lois sont silencieuses sur les conséquences de l'inobservance de ces dispositions. On soutient au nom des appelantes que cela a pour conséquence que l'instruction fut *coram non iudice* et qu'elle doit être considérée comme une nullité.

Il est nécessaire d'examiner les principes adoptés pour l'interprétation des lois de ce genre et la jurisprudence, dans la mesure où il y en a, sur le point particulier soulevé ici. On s'est souvent demandé si les dispositions d'une loi étaient supplétives ou impératives dans ce pays; on a répondu qu'*aucune règle générale ne pouvait être énoncée et qu'il fallait considérer chaque cas d'espèce que visait la loi. [...] Lorsque les dispositions d'une loi concernant l'exercice d'une fonction publique et que juger nuls et non avenues des actes exécutés en ignorance de cette obligation causerait des inconvénients généralisés sérieux, ou encore une injustice à des individus n'ayant aucun contrôle sur les responsables de cette fonction, tout en ne favorisant pas l'objet principal recherché par le législateur, il a été d'usage de statuer que ces dispositions n'étaient que supplétives et que cette ignorance, quoique condamnable, n'invalidait pas ces actes*⁴²⁹.

Plus récemment, la Cour Suprême du Canada a examiné de façon plus approfondie la question du mandat (ou de l'obligation) et des directives dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada* (l'affaire *Vancouver Island Railway*)⁴³⁰. Dans cette affaire, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, aurait préféré ne pas avoir à traiter de la question des dispositions impératives et supplétives, étant donné que selon lui, les motifs qu'il avait énoncés avaient permis de trancher l'appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder à cet examen. Toutefois, en raison de la dissidence du juge MacLachlin, cette dernière étant d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question, il s'est senti obligé d'ajouter ce qui suit :

[...] je dois [...] reconnaître que l'on est fort tenté d'associer un caractère péremptoire à l'usage de l'indicatif présent (« shall ») dans une loi. L'usage de l'indicatif présent au par. 268(2) [de la *Loi sur les chemins de fer*⁴³¹] a-t-il un effet « impératif » ou « directif »? Le juge MacLachlin entreprend de répondre à cette question en citant tout d'abord un extrait de l'arrêt *Montreal Street R. Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.), 33 D.L.R. 195, et je n'ai rien à dire contre cette citation classique. Toutefois, je préfère mettre davantage l'accent sur ce qui est advenu de l'arrêt *Normandin* dans la jurisprudence canadienne.

En particulier, je crois qu'il est pertinent de souligner que, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, 19 O.L.R. (4th) 1, [1975] 4 W.W.R. 385 notre Cour a fait des commentaires sur le fondement doctrinal de la distinction établie dans l'arrêt *Normandin*. La Cour affirme, à la p. 741 :

429 *Montreal Street Railway Company c. Normandin*, [1917] AC 170 (CP) 174-175. Italiques ajoutés.

430 *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 41, 114 D.L.R. (4th) 193.

431 *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. 1985, ch. R-3.

Il est difficile de vérifier le fondement doctrinal de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est directif. L'« injustice ou [les] inconvénients généraux graves » dont parle Sir Arthur Channell dans l'arrêt *Montreal Street R. Co. v. Normandin*, précité, semblent servir de fondement à la distinction appliquée par les tribunaux.

En d'autres termes, les tribunaux ont tendance à se poser la question suivante : y aura-t-il des inconvénients graves à considérer comme impérative l'exécution d'une certaine fonction prévue par la loi?

Il ne peut y avoir de doute quant à la nature de l'examen en l'espèce. Les étiquettes « impérative » et « directive » ne sont elles-mêmes d'aucun secours magique pour définir la nature d'une fonction prévue par la loi. L'examen lui-même est plutôt incontestablement axé sur les résultats. Dans le *renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, notre Cour cite, à l'appui de son point de vue, l'arrêt *R. ex rel. Anderson c. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112 (C.A.), motifs du juge Russell, à la p. 130. Je crois utile de citer de nouveau ce passage :

[Traduction]

Je ne prétends pas être capable de faire la distinction entre ce qui est directif et ce qui est impératif, et je conclus que je ne suis pas le seul à avoir le sentiment que, selon la jurisprudence, une disposition peut devenir directive s'il est très souhaitable qu'on n'y ait pas dérogé, alors que la même disposition aurait été déclarée impérative s'il n'avait pas été nécessaire de conclure en sens contraire.

Lorsque la conclusion qu'une loi est impérative entraîne des inconvénients graves, on est grandement tenté de faire une exception en faveur de la prétention qu'elle est simplement directive...

Ainsi, l'application de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est directif est, la plupart du temps, fondée sur une question de fin et non de moyens. En ce sens, pour citer de nouveau le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, le principe est « vague » et « utilisé comme expédient » (p. 742). Cela signifie que le tribunal appelé à décider ce qui est impératif ou directif ne recourt à aucun outil spécial pour prendre sa décision. La décision repose sur le processus habituel d'interprétation législative. Cependant, ce processus suscite peut-être une préoccupation spéciale pour les inconvénients tant publics que privés auxquels donnera lieu l'interprétation adoptée.

Gardant cela à l'esprit, je reconnais que je souscris à la majorité des propos du juge McLachlin. Plus particulièrement, je suis d'accord avec elle pour dire que le texte du par. 268(2), et particulièrement l'usage qu'on y fait de l'indicatif présent (« shall » en anglais), donne à entendre qu'il s'agit d'une disposition impérative. En fait, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, notre Cour a dit que le terme « shall », employé dans son sens grammatical ordinaire, est, « par présomption, impératif » (p. 737). Je suis également d'accord avec le juge McLachlin pour dire que l'économie de la *Loi sur les chemins de fer* dénote une préoccupation pour l'apport du public dans la prise de décisions concernant la suppression de service. Ces préoccupations sont réelles et urgentes, et ignorer l'utilité de

l'apport du public à ce chapitre reviendrait à fermer les yeux sur au moins certains inconvénients. Cependant, j'estime que, dans la mesure où je dois tirer cette conclusion subsidiaire, la solution du juge McLachlin est axée sur les inconvénients d'entraver l'apport du public, pratiquement à l'exclusion de tous les autres types d'inconvénients, tant publics que privés⁴³².

Mise à part la réserve exprimée par le juge Iacobucci en ce qui concerne le processus « manifestement axé sur les résultats » qui consiste à déterminer si une disposition donnée revêt un caractère impératif ou supplétif, la partie critique de son analyse semble être que, bien que le mot « doit » est par présomption, impératif, la question en est principalement une qui relève de l'interprétation législative, processus qui « suscite peut-être une préoccupation spéciale pour les inconvénients tant publics que privés auxquels donnera lieu l'interprétation adoptée ». Toutefois, le juge Iacobucci a pris soin de souligner qu'une décision quant à savoir si une disposition est impérative ou supplétive peut donner lieu à des inconvénients tant publics que privés, et que le tribunal doit veiller à ne pas examiner accorder trop de poids à un type d'inconvénient, au détriment d'un autre.

Nous examinerons maintenant l'application de ces principes à l'article 51 de la *Loi sur les Indiens*.

Le caractère impératif par opposition au caractère supplétif, dans le contexte de l'article 51 de la Loi sur les Indiens

Il n'existe pas de cause qui tranche spécifiquement la question de savoir si le paragraphe 51(2) est impératif ou supplétif, mais certaines décisions l'abordent en *obiter*. Dans *Apsassin*, le juge Addy a été appelé, en procès, à décider si une assemblée de cession était conforme aux exigences des paragraphes 51(1) et (3). La question de l'admissibilité en vertu des dispositions du paragraphe (2) ne se posait pas. Toutefois, les parties *ne s'entendaient pas* sur la question de savoir si les différents paragraphes de l'article 51 revêtaient un caractère impératif ou simplement supplétif, et sur ce point, le juge Addy a écrit :

Lorsqu'il s'agit de savoir si le fait de ne pas observer toutes les dispositions du paragraphe 51(3) de la Loi pourrait rendre nulle la cession, une question de droit se pose : ces dispositions sont-elles impératives ou simplement supplétives? *Dans ce*

⁴³² *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada*, [1994] 2 RCS 41, p. 122-124; 114 DLR (4th) 19 (juge Iacobucci).

dernier cas, l'inobservation n'invaliderait pas la cession elle-même ni son acceptation subséquente par le Gouverneur en conseil.

Pour trancher cette question, il faut consulter le libellé même des autres dispositions de l'article 51, qui est assez important. Le paragraphe (1) dispose que « nulle cession... n'est valide ni obligatoire, à moins que la cession... ne soit ratifiée ». Il s'agit clairement d'une disposition impérative ou substantielle. *Le paragraphe (2) détermine qui a le droit de voter à l'assemblée*, et le paragraphe (4) porte que le gouverneur en conseil peut soit accepter, soit refuser la cession. *Ces dispositions sont également clairement impératives ou substantielles.* Cependant, le paragraphe (3) prévoit les moyens par lesquels sera prouvé le fait que la cession a été reçue de façon régulière et que toutes les formalités requises ont été remplies⁴³³.

Après examen de l'arrêt *Montreal Street Railway*, le juge Addy écrivait :

Comme il a été précisé dans l'arrêt *Montreal Street Railway*, il faut tenir compte de l'objet de la Loi. Il semble clair que l'article 51 a été édicté pour garantir l'obtention régulière de l'assentiment de la majorité des membres adultes de la bande avant que la cession ne puisse être acceptée par le Gouverneur en conseil et ne prenne effet. Cette disposition vise à fournir des moyens de surmonter les restrictions générales apportées par l'article 50 de la Loi à la cession, la vente ou l'aliénation des terres d'une réserve indienne. En d'autres termes, la vente ou la location des terres d'une réserve indienne doit être conclue conformément aux vœux de la bande, en plus d'être bien sûr approuvée par le gouverneur en conseil. Cette dernière exigence suppose vraisemblablement que le gouverneur en conseil est convaincu que la cession a été approuvée de façon régulière, qu'elle a pour objectif le bien-être général des Indiens et que ceux-ci ne sont pas injustement privés de leurs terres.

L'examen de l'objet de la Loi montre qu'une décision invalidant la cession pour la seule raison que les formalités prescrites par le paragraphe 51(3) n'ont pas été respectées ne favoriserait certainement pas la réalisation du principal objectif de la législation lorsque toutes les exigences essentielles ont été remplies. Il se pourrait fort bien que des personnes n'ayant aucune autorité sur ceux qui sont chargés de prouver l'observation des formalités prescrites subissent de ce fait de graves inconvénients ou fassent l'objet d'une injustice. *Contrairement au paragraphe (1) qui porte qu'en cas d'inobservation de ces dispositions, la cession n'est ni valide ni obligatoire, le paragraphe 51(3) n'envisage pas les conséquences du non-respect de ses exigences.* Je conclus donc que les dispositions du paragraphe 51(3) sont simplement supplétives, et non impératives⁴³⁴.

Il est intéressant de relever dans cette dernière référence que le paragraphe 51(3) « n'envisage pas les conséquences du non-respect de ses exigences ». Il n'existe pas non plus de disposition à cet égard au para-

⁴³³ *Apsassin c. Canada*, [1988] 1 CNLR 73 (CFDPI), p. 132-133. Italiques ajoutés.

⁴³⁴ *Apsassin c. Canada*, [1988] 1 CNLR 73 (CFDPI), p. 134. Italiques ajoutés.

graphe (2), mais le juge Addy n'en n'a pas moins conclu en *obiter* que le paragraphe (2) revêt un caractère « impératif ou substantiel ». Le juge Addy avait précédemment conclu que le non-respect d'une disposition simplement supplétive « n'invaliderait pas la cession »⁴³⁵, observation qui nous amène à inférer que le non-respect du paragraphe (2), si ce dernier était impératif, *aurait pour effet* de rendre la cession nulle *ab initio*. Enfin de compte, le juge Addy statua que « les exigences essentielles... » du paragraphe 51(3) « ont été remplies » et que, en tout état de cause, ses dispositions étaient simplement supplétives, et non impératives⁴³⁶.

La décision du juge Addy fut par la suite portée en appel⁴³⁷. Même si le juge Stone de la Cour d'appel fédérale était en désaccord avec la conclusion selon laquelle les « dispositions essentielles » du paragraphe 51(3) « ont été remplies », il était d'accord avec le juge Addy pour dire que le paragraphe était simplement supplétif et que son non-respect ne suffirait pas à annuler la cession. Et le juge Addy de commenter :

Il reste à savoir si cette formalité devait strictement être observée pour que la cession soit valide. La Loi prévoit que la cession « doit » être attestée sous serment. L'expression « doit » figurant dans une loi est réputée impérative, mais la loi peut elle-même indiquer que l'omission de s'acquitter de l'obligation y afférente n'annule pas l'action par ailleurs autorisée. En pareil cas, les dispositions sont considérées comme simplement supplétives. En l'espèce, on a laissé entendre que les dispositions de l'article 51 visent à protéger les Indiens et que [TRADUCTION] « la Couronne était tenue de procéder conformément à cette disposition » : *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241 (C.F. 1^{er} inst.), à la page 284, [1992] 2 C.N.L.R. 54, p. 107 (CFDPI.)⁴³⁸.

Après avoir fait référence à l'arrêt *Montreal Street Railway* concernant le critère en usage pour déterminer si une disposition législative doit être interprétée comme étant impérative ou supplétive, le juge d'appel Stone poursuivit en ces termes :

À mon avis, cette question doit être tranchée selon le contexte légal. Je souscris à l'avis du juge de première instance que, dans les circonstances, l'observation stricte de la formalité particulière prévue au paragraphe 51 (3) n'est pas essentielle à la validité de la cession. Le début de l'article 51 prévoit que « nulle cession ou rétrocession... n'est valide ni obligatoire » à moins qu'elle ne soit ratifiée par la majorité des

⁴³⁵ *Apsassin c. Canada*, [1988] 1 CNLR 73 (CFDPI), p. 132.

⁴³⁶ *Apsassin c. Canada*, [1988] 1 CNLR 73 (CFDPI), p. 135.

⁴³⁷ *Apsassin c. Canada*, [1993] 2 CNLR 20 (CAF).

⁴³⁸ *Apsassin c. Canada*, [1993] 2 CNLR 20 (CAF), p. 47 (juge d'appel Stone).

hommes de la bande qui ont l'âge fixé, à une assemblée tenue en présence du représentant de la Couronne. Il semble donc que l'objet principal de l'article 51 était de veiller à ce qu'aucune cession ne puisse être effectuée sans le consentement préalable des Indiens concernés. *Le paragraphe 51(2), qui se rapporte au droit de vote, est pertinent et doit également être observé pour que le consentement soit efficace.* Le paragraphe 51(3) ne vise pas en soi la validité de la cession et semble prévoir une formalité qui doit être observée une fois que le consentement a été donné, laquelle vise à montrer que celui-ci a dûment été donné. Le paragraphe 51(4), qui prévoit que les documents relatifs à la cession sont soumis au gouverneur en conseil pour qu'il accepte ou refuse la cession « [a]près que ce consentement a été ainsi attesté », peut laisser entendre qu'aucune acceptation n'est possible à moins que l'attestation prévue au paragraphe 51(3) ne figure parmi les documents relatifs à la cession. Comme je l'ai dit, l'objet principal de l'article 51 est énoncé au début de la disposition, c'est-à-dire que les terres d'une réserve ne peuvent pas être cédées à moins que la cession n'ait au préalable été ratifiée de la manière prescrite. Je souscris respectueusement à l'avis du juge de première instance que la formalité en question, bien qu'elle soit énoncée de façon impérative, devrait être considérée comme supplétive. D'autres éléments de preuve ont établi à la satisfaction du juge de première instance que le consentement requis avait été donné à l'assemblée relative à la cession, en présence du représentant de la Couronne. Je conclus donc que la Couronne n'a pas violé une obligation fiduciaire en omettant d'observer la formalité prévue par la *Loi des Indiens*⁴³⁹.

Le juge en chef Isaac, dans ses motifs de dissidence, n'a pas examiné l'article 51 et le juge d'appel Marceau, même s'il s'est rangé du côté du juge d'appel Stone en fin de compte, aurait tranché les arguments se rapportant à l'article 51 de façon différente.

Finalement, en appel auprès de la Cour suprême du Canada, par suite du jugement rendu par le juge Iacobucci dans l'affaire *Vancouver Island Railway*, le juge McLachlin a donné raison aux tribunaux inférieurs sur cette question :

Cela soulève la question de savoir si les par. 51(3) et (4) ont un caractère soit impératif, soit simplement supplétif ou directif. Le juge Addy de la Section de première instance de la Cour fédérale et le juge Stone de la Cour d'appel fédérale ont statué que malgré l'utilisation du mot « *shall* » (« doit » ou l'indicatif présent, selon le cas, dans le texte français) les dispositions avaient un caractère supplétif et non pas impératif, appuyant leur conclusion sur l'arrêt *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.)... Le juge Addy a conclu que le fait de reconnaître à ces dispositions un caractère impératif ne favoriserait pas la réalisation de l'objectif principal de la Loi, qui est de faire en sorte que la vente de la réserve se fasse selon

439 *Apsassin c. Canada*, [1993] 2 CNLR 20 (CAF), p. 48-49 (juge d'appel Stone). Italiques ajoutés.

les désirs de la bande. Le juge Stone a souscrit à cette conclusion. Depuis, notre Cour a jugé que l'objet de la loi ainsi que la conséquence d'une décision dans un sens ou dans l'autre sont les considérations les plus importantes pour déterminer si une directive a un caractère impératif ou directif : *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 RCS 41.

L'objet véritable des par. 51(3) et (4) de la *Loi des Indiens* était de faire en sorte que le consentement de la bande à la cession soit valide. Les éléments de preuve en la possession du MAI [Ministère des Affaires indiennes], notamment la liste des personnes ayant participé au vote, établissaient amplement l'existence d'un consentement valide. De plus, interpréter ces dispositions comme étant impératives entraînerait de graves inconvénients, non seulement dans le cas où la cession est contestée plus tard, mais également dans tous ceux où on ne s'est pas conformé à la disposition, car il faudrait alors que la bande tienne une nouvelle assemblée, consente à la cession et atteste ce consentement. Je suis donc d'accord avec la conclusion des tribunaux inférieurs que le mot « *shall* » (« doit » ou l'indicatif présent, selon le cas, dans le texte français) utilisé dans les dispositions en cause ne devrait pas être considéré comme ayant un sens impératif. L'inobservation de l'art. 51 de la *Loi des Indiens* n'invalide donc pas la cession⁴⁴⁰.

L'ancêtre de l'article 51 – l'article 49 de la *Loi sur les Indiens* de 1906 – a fait l'objet d'un examen judiciaire plus poussé dans *Chippewas de Kettle et Stony Point*⁴⁴¹. Lors du procès, le juge Killeen a rejeté l'argument de « droit public » selon lequel le gouverneur en conseil disposait d'un pouvoir discrétionnaire indépendant et ne pouvant faire l'objet d'un examen, à savoir de décider, sous le régime du paragraphe 49(4), si les dispositions des paragraphes 49(1) à (3) avaient été respectées⁴⁴². Il a alors entrepris d'interpréter les trois paragraphes en question :

[Traduction]

Quelle est, par conséquent, l'incidence des par. 49(1) à (3)?

Selon moi, le par. 49(1) énonce dans des termes explicites une véritable condition préalable à la validité de n'importe quelle cession et à la vente de terres de réserve des Indiens. Le paragraphe l'indique très clairement, puisqu'il porte que nulle cession « n'est valide ni obligatoire » si les modalités de ce paragraphe ne sont pas respectées.

Si l'on se fonde sur les mesures de prévention énoncées dans la Proclamation royale, principe qui est d'ailleurs réaffirmé par les articles 48 à 50, *il est tout bon-*

⁴⁴⁰ *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 RCS 344; [1996] 2 CNLR 25, 130 DLR (4th) 193, p. 374-375 (RCS) (juge McLachlin).

⁴⁴¹ *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 1 CNLR 54 (C.Ont. - Div. gén.), p. 85.

⁴⁴² *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 1 CNLR 54 (C. Ont. - Div. gén.), p. 82.

nement impossible de prétendre que le par. 49(1) n'énonce pas une condition préalable et obligatoire à remplir pour que n'importe quelle cession soit valide. Si la cession en question n'a pas été faite en conformité avec la procédure prévue au par. 49(1), elle est nulle ab initio. Prétendre le contraire reviendrait à récrire l'histoire et à dénaturer les dispositions énoncées dans la Proclamation royale et dans la Loi sur les Indiens.

Nous pouvons résumer les dispositions du par. 49(1) dans les termes qui suivent. On y dit que nulle cession n'est valide ni obligatoire à moins :

- (1) qu'elle ne soit « ratifiée » par la majorité des hommes de la bande qui ont atteint l'âge de 21 ans révolus;
- (2) que l'assentiment en question soit donné « à une assemblée ou à un conseil » convoqué à cette fin;
- (3) que l'assemblée ou le conseil ait été convoqué « conformément aux usages de la bande »;
- (4) que l'assemblée ou le conseil soit tenu « en présence » du surintendant général ou de son mandataire – en fait, un agent des Indiens⁴⁴³.

Avant de passer au paragraphe (2), le juge Killeen a examiné l'argument de la bande selon lequel sept des 27 personnes qui ont voté en faveur de la cession dans ce cas – notamment un certain Maurice George qui n'a jamais assisté à l'assemblée sur la cession et qui a été incité par la suite par l'acheteur éventuel A. MacKenzie Crawford et par l'agent des Indiens Thomas Paul à voter pour la cession – lui qui pourtant [traduction] « n'avait pas comme il se doit le statut de membre de la bande pour voter ». Si le juge Killeen n'avait pas conclu que ces sept personnes – toutes membres de la famille George – étaient en fait habilitées à voter, l'affaire *Chippewas de Kettle et Stony Point* aurait pu constituer un précédent dont la Commission aurait été obligée de tenir compte dans la présente enquête. Toutefois, il a effectivement conclu que les sept personnes en question étaient habilitées et qu'à son avis il n'était pas possible [traduction] « que la bande puisse un jour découvrir des preuves crédibles qui puissent discréditer les George en tant que membres votants »⁴⁴⁴. Néanmoins, et il y a peut-être lieu de s'en surprendre à la lumière de ses commentaires en ce qui concerne la nature impérative du par. (1), il a dit en ce qui concerne la participation, contraire aux règles, de Maurice George au vote :

⁴⁴³ *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 1 CNLR 54 (C. Ont. - Div. gén.), p. 82-83.

⁴⁴⁴ *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 1 CNLR 54 (C. Ont. - Div. gén.), p. 86.

[Traduction]

Il est vrai que le vote de Maurice George était imparfait dans sa forme, puisque Maurice George n'avait pas assisté à l'assemblée, mais son absence ne peut pas invalider le vote. Il n'existe nulle disposition à l'article 49 ou ailleurs dans la loi qui permettrait de l'invalider et le bon sens s'y oppose. Les 26 personnes [sur les 44 membres votants admissibles] qui ont effectivement voté en faveur de la cession constituaient une forte majorité⁴⁴⁵.

Même si nous sommes d'accord pour dire que rien dans l'article 49 de la *Loi sur les Indiens* de 1906 ou dans l'article 51 de la Loi de 1927 n'a pour effet de contraindre un membre votant admissible à assister à une assemblée sur une cession et à y voter, nous pensons que ces articles ne permettent pas pour autant à des membres de voter autrement qu'à l'occasion d'une assemblée convoquée spécialement afin d'examiner une cession. Comme nous l'avons déjà indiqué, nous n'avons pas à examiner cette question dans la présente enquête puisque, en dépit de la note d'autorisation du surintendant général adjoint Scott, il n'existe pas de preuve tendant à indiquer que la cession a été examinée à l'occasion d'assemblées avec de petits groupes ou avec des membres individuels de la bande de Duncan. Toutefois, nous trouvons intéressant que le juge Killeen ait été disposé à considérer le vote de Maurice George comme étant tout au plus « imparfait », mais que le même vote n'avait pas pour effet de mettre en doute la validité de la cession.

En ce qui concerne le paragraphe (2), le juge Killeen s'est surtout préoccupé de la présence de Crawford à l'assemblée sur la cession, au cours de laquelle il comptait offrir des sommes d'argent à des membres votants pour les inciter à voter en faveur de la cession. Le juge Killeen devait statuer :

[Traduction]

Le paragraphe 49(2) dit que nul sauvage ne peut voter ni 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. J'ai déjà statué que les personnes qui ont voté à l'assemblée générale du conseil étaient admissibles à voter, en leur qualité de membres légitimes de la bande. [...]

Toutefois, M. Vogel [le conseiller juridique de la bande] emprunte une autre piste en tentant de faire valoir que le par. 49(2) a été violé. Son argument consiste à dire que le par. 49(2), par déduction nécessaire, interdit à quiconque autre qu'un agent des Indiens et que les votants qualifiés d'assister à l'assemblée générale du conseil. Il tente de renforcer son argumentation en se fondant sur la Proclamation royale et sur le contexte général de la Loi proprement dite. Il fait valoir que la Proclamation royale

⁴⁴⁵ *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 1 CNLR 54 (C. Ont. -Div. gén.), p. 87.

renferme une interdiction générale contre les « tractations directes », comme il les a décrites, entre un acheteur éventuel et une bande indienne. Ainsi, le par. 49(2) devrait être interprété de manière large comme signifiant qu'il interdit à un acheteur comme Crawford d'avoir quelque rapport de nature directe que ce soit, y compris le fait d'assister à l'assemblée générale du conseil ou d'offrir des paiements en espèces de 15 \$ aux membres votants.

Pour ce qui est de la participation incontestée de Crawford à l'assemblée générale du conseil, je ne trouve ni dans la Proclamation royale ni dans le par. 49(2) une interdiction explicite ou implicite à cet égard.

La Proclamation royale n'interdit pas les tractations ou les transactions directes comme telles. Elle interdit toutefois les ventes directes et interpose la présence de la Couronne tout au long du processus de cession, dans le but de protéger les Indiens contre les pratiques abusives et nuisibles du passé.

Il aura été facile pour le Parlement, si telle avait été son intention, d'interdire toutes les transactions directes et, dans le par. 49(2), d'interdire la présence de personnes de l'extérieur, et notamment d'un acheteur éventuel, à une assemblée sur une cession. Il a choisi de ne pas le faire et je ne trouve nulle justification où que ce soit dans la Proclamation royale ou dans la Loi qui nous inciterait à toutes fins utiles à récrire le par. 49(2) de telle manière qu'on puisse l'interpréter comme interdisant les transactions directes ou la participation à l'assemblée sur la cession.

De la même façon, je ne peux pas conclure que les promesses de paiements directs de 15 \$ en espèces et que la distribution de sommes de 5 \$ à chacun des votants à l'assemblée du 30 mars constituaient un manquement au par. 49(2) ni à quelque autre disposition de la Loi.

Il ne fait aucun doute que ces paiements en espèces, et que les promesses qui ont été faites préalablement à leur versement n'étaient pas sans présenter un certain parfum d'immoralité. Il est peut-être difficile de comprendre pourquoi les représentants du Ministère ont pu tolérer de telles pratiques, même dans le contexte des années 1920. Toutefois, comme je l'ai dit précédemment, je ne trouve nulle interdiction à cet égard dans le libellé même de la Loi.

Je puis également ajouter, du même souffle, que je ne suis pas persuadé que le par. 49(2) renferme une exigence procédurale incontournable, du même genre que celles que renferme le par. 49(1). Il n'existe nulle disposition dans le par. 49(2) proprement dit qui indiquerait que le manquement à se conformer aux dispositions qu'il renferme aurait pour effet de rendre une cession invalide. Quoiqu'il en soit, j'estime que les dispositions du par. 49(2) ont été respectées et qu'aucune des personnes qui ont voté à l'assemblée n'ont manqué à ces dispositions⁴⁴⁶.

En appel de la décision rendue par le juge Killeen⁴⁴⁷, le juge d'appel Laskin, s'exprimant au nom d'une Cour d'appel de l'Ontario unanime, après

⁴⁴⁶ *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 1 CNLR 54 (C. Ont. -Div. gén.), p. 88. Italiques ajoutés.

⁴⁴⁷ *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)* [1996], 31 O.R. (3d) 97 (CA Ont).

avoir énoncé les dispositions de la Proclamation royale et de l'article 49 de la *Loi sur les Indiens* de 1906, a dit :

[Traduction]

La justification sous-jacente de la Proclamation royale et de ces dispositions de la *Loi sur les Indiens* était de faire en sorte d'éviter aux populations autochtones de se faire exploiter : *Guerin c. la Reine*, [1984] 2 RCS 335, 13 DLR (4th) 321. La Proclamation royale et la Loi protégeaient les intérêts des Autochtones dans leurs terres de réserve, tout en leur permettant de prendre leurs propres décisions au sujet des terres. Comme l'a relevé le juge Killeen à la p. 683, la Couronne « a assumé un rôle de protecteur et de fiduciaire »; elle est devenue en quelque sorte un intermédiaire entre les peuples autochtones et les tierces parties qui achètent des terres autochtones. Dans la mesure où l'assemblée était publique, et où les transactions se faisaient ouvertement, fraudes, abus et mésententes étaient moins susceptibles de se produire.

La bande fait valoir qu'« il est raisonnable et nécessaire d'interpréter » l'art. 49 comme signifiant que seul l'agent des Indiens (nommé par le Ministère des Affaires indiennes) et les votants admissibles ont le droit d'assister à une assemblée de la bande portant sur une cession. Dans le cas qui nous occupe, Crawford, l'un des acheteurs, a assisté à l'assemblée générale du conseil de la bande le 30 mars 1927, assemblée qui avait été convoquée pour examiner le projet de cession de terres de Kettle Point. Pendant qu'il était là, Crawford s'est vu autoriser par l'agent des Indiens à verser 5 \$ en espèces à chaque membre votant qui était présent. La bande fait valoir que l'art. 49 interdisait à Crawford d'assister à l'assemblée et de négocier directement avec la bande⁴⁴⁸.

Après avoir cité le juge Killeen en ce qui concerne l'absence de disposition dans la Loi ayant pour objet d'interdire la présence de personnes de l'extérieur, y compris d'acheteurs éventuels, à des assemblées portant sur des cessions, le juge d'appel Laskin ajouta :

[Traduction]

Si des transactions directes entre une bande indienne et un acheteur éventuel allaient à l'encontre de l'esprit, voire même du libellé, de la Proclamation royale ou de l'art. 49 de la *Loi sur les Indiens*, il y aurait une cause à entendre. Je suis toutefois d'accord avec le juge Killeen pour dire que dans la présente cause, la seule présence de Crawford à l'assemblée n'allait à l'encontre ni du libellé ni de l'esprit de la Proclamation royale ou de la Loi. En conséquence, je ne reconnaitrais pas le bien-fondé du premier motif d'appel de la bande. En fait, ce dont la bande se plaint réellement n'est pas que Crawford ait été présent à l'assemblée, mais que ce dernier

⁴⁴⁸ *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 31 OR (3d) 97 (C. Ont. - Div. gén.), p. 101.

ait exploité les membres présents en leur offrant un « pot-de-vin » pour qu'ils votent en faveur de la cession⁴⁴⁹.

Cette décision fut finalement maintenue, sans motif additionnel, en appel auprès de la Cour suprême du Canada⁴⁵⁰.

C'est sur la base de ces motifs que le Canada fait valoir que la présence d'une personne autre qu'un votant admissible et qu'un représentant de la Couronne à une assemblée sur une cession n'a pas pour effet de vicier ou d'invalider la cession⁴⁵¹. Toutefois, dans l'esprit de la Commission, la seule décision qui a été rendue au sujet du paragraphe 49(2) dans *Chippewas de Kettle et Stony Point* est que ce paragraphe ne s'applique pas aux faits se rapportant à cette cause. L'interdiction décrite au paragraphe (2) visait les *Indiens*, mais rien ne permet de penser que l'acheteur éventuel, Crawford, était Autochtone. En conséquence, selon le juge Killeen et la Cour d'appel de l'Ontario, sa présence à l'assemblée n'était pas interdite même si, par définition, il ne pouvait détenir un intérêt dans la réserve, de la manière dont l'entend la Loi. Les faits en cause *ne militent pas* en faveur de l'argument voulant qu'un Indien qui ne réside pas habituellement dans la réserve ou près de cette dernière et n'y détient pas un intérêt peut assister à une assemblée sur une cession et y voter, et que le paragraphe (2) est par conséquent tout au plus supplétif.

Nous avons déjà relevé la conclusion du juge Killeen que « rien dans le par. 49(2) comme tel ne permet de penser que le défaut de se conformer à ses dispositions n'aurait pour effet de rendre la cession invalide ». Toutefois, le juge Killeen a par la suite apporté de nouveaux éclaircissements au sujet du paragraphe (2) lorsqu'il a abordé le paragraphe (3) :

[Traduction]

Je ne puis être en accord avec la prétention de M. Vogel selon laquelle le par. 49(3) renferme une condition préalable et obligatoire à la validité de la cession.

Il est vrai que le par. 49(3) renferme la mention « doit être attesté » mais, cette expression, considérée dans son contexte, est selon moi supplétive et non impérative.

Pour dégager le sens et la portée de cette expression, *il faut se rapporter à l'objet et à l'esprit du par. 49(3). D'après moi, son objet est nettement différent de l'objet des par. 49(1) ou (2), ces deux derniers définissant les procédures*

449 *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 31 OR (3d) 97 (C. Ont. - Div. gén.), p. 102.

450 *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 RCS 756.

451 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 168 (Perry Robinson).

exactes qu'il faut observer pour réaliser une cession valable par une bande indienne donnée. Par contre, le par. 49(3) vise davantage l'établissement d'une preuve après le fait, soit à fournir une preuve documentaire assermentée que les dispositions des par. 49(1) et (2) ont été respectées à tous égards.

Je ne puis croire qu'une disposition en matière de preuve dont l'objet est de produire dans l'avenir une preuve, sous forme assermentée, attestant que les procédures convenues pour donner son assentiment à une cession ont été observées puisse de quelque façon avoir pour effet d'annuler l'assentiment à une cession qui serait, par ailleurs, valable. Le paragraphe 49(3) lui-même n'est pas libellé de la même manière que le par. 49(1), où l'on peut lire « nulle cession et nul abandon d'une réserve [...] n'est valide ni obligatoire, à moins que [...] » – et, cela étant, le contexte et l'objet du par. 49(3) font en sorte que ces derniers doivent être considérés comme ayant un caractère supplétif plutôt qu'impératif.

Je précise ici que, d'après la perception des éléments de preuve en cause, il est établi hors de tout doute que la bande a donné son assentiment à la cession par un vote majoritaire fort d'au moins 26 votants admissibles sur 44, et il serait ridicule, à mon avis, de prétendre que l'assentiment confirmé puisse n'avoir aucune valeur, en raison d'une défectuosité touchant l'exigence de preuve après le fait. Il convient également d'ajouter que la déclaration solennelle n'est que partiellement fautive, puisque la déclaration solennelle est valide dans la mesure où elle atteste du serment prêté conjointement par les trois représentants des Indiens qui étaient, après tout, présents lors du vote et qui ont juré que les procédures des par. 49(1) et (2) ont été observées.

Je suis conforté dans cette conclusion par la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Apsassin*⁴⁵². [...]

Rappelons que le juge d'appel Stone dans l'arrêt *Apsassin* a conclu que le paragraphe (3) était tout au plus supplétif, mais que le paragraphe (1) et – en *obiter* – le paragraphe (2) avaient tous deux un caractère impératif. Les commentaires du juge Killeen sont donc déroutants, d'une part, il dit n'être « pas persuadé » que le par. 49(2) renferme une disposition procédurale impérative du type de celles dont il est question au par. 49(1), et précise que, contrairement au par. (1), le par. (3) n'est pas formulé dans des mots et dans un esprit qui nous imposent de lui donner un effet supplétif plutôt qu'impératif. Comme le paragraphe (3), le paragraphe (2) ne renferme pas d'expression comme « nulle cession ou abandon de réserve [...] n'est valide ni obligatoire, à moins que [...] », que l'on trouve uniquement au paragraphe (1).

D'autre part, le juge Killeen établit une distinction entre l'objet du paragraphe (2) et celui du paragraphe (3), le paragraphe (1) faisant état de ce

⁴⁵² *Chippewas de Kettle et de Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 1 CNLR 54 (C. Ont.-Div. gén.), p. 89-90.

qu'il est nécessaire de faire pour [traduction] « établir les procédures rigoureuses à observer dans l'exécution d'une cession valable par une bande indienne donnée », et le paragraphe (3) faisant état de ce qu'il est nécessaire de faire pour [traduction] « produire une preuve après le fait, et en l'occurrence, pour produire une preuve documentaire assermentée attestant que les exigences des par. 49(1) et (2) ont été respectées à tous égards ». Etant donné que le juge d'appel Stone, dans *Apsassin*, considérait les paragraphes (1) et (2) comme étant « liés », les dispositions de ces deux paragraphes devant être pleinement observées pour qu'une cession soit valide, et comme le juge Addy a également conclu que le paragraphe (2) revêt un caractère « impératif ou substantiel », le fait que le juge Killeen dise être conforté dans son jugement par l'arrêt *Apsassin*, tout en n'étant pas persuadé que le paragraphe (2) renfermait des dispositions impératives du même type que les dispositions que renferment le paragraphe (1), a de quoi nous laisser perplexes.

C'est dans ce contexte jurisprudentiel à la fois curieux et entièrement abordé en *obiter*, qu'il revient maintenant à la Commission de décider si le paragraphe (2) revêt un caractère impératif ou simplement supplétif. Si le paragraphe (2) est impératif et que l'une ou l'autre de ses dispositions n'a pas été respectée, alors, comme nous l'avons indiqué, la cession doit être considérée comme nulle *ab initio*. Si le paragraphe a un caractère strictement supplétif, le manquement à respecter ses dispositions peut être considéré comme une faille technique qui, tout en laissant le Canada vulnérable à une certaine forme de sanction, n'aura aucune incidence sur la validité de la cession.

Dans *Apsassin*, le juge McLachlin a analysé les principes pertinents abordés dans les affaires *Montreal Street Railway* et *Vancouver Island Railway* pour établir des critères dont nous pouvons nous-mêmes nous inspirer pour déterminer si le fait de considérer le paragraphe 51(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1927 comme étant impératif engendrerait des inconvénients généraux sérieux, ou donnerait lieu à une injustice envers des personnes n'ayant aucun contrôle sur ceux entre les mains de qui repose le devoir prévu par la loi, et si du même coup, elle a pour effet d'aller à l'encontre du principal et « véritable » objet que visait le Parlement en adoptant la loi. Les considérations les plus importantes entrant en jeu dans l'application de ces critères sont l'objet de la loi et « le fait de rendre une décision dans un sens ou dans l'autre ».

Pour ce qui est de l'objet de l'article 51, nous rappellerons les propos du juge Addy :

Il semble clair que l'article 51 a été édicté pour garantir l'obtention régulière de l'assentiment de la majorité des membres adultes de la bande avant que la cession ne puisse être acceptée par le gouverneur en conseil et ne prenne effet. Cette disposition vise à fournir des moyens de surmonter les restrictions générales apportées par l'article 50 de la Loi à la cession, la vente ou l'aliénation des terres d'une réserve indienne⁴⁵³.

De la même manière, le juge d'appel Stone considérait que l'objet de la Loi était « de veiller à ce qu'aucune cession ne puisse être effectuée sans le consentement préalable des Indiens concernés »⁴⁵⁴, et le juge McLachlin a elle-même dit de cette disposition qu'elle avait pour objet de s'assurer « que la vente d'une réserve doit être conclue conformément aux vœux de la bande »⁴⁵⁵. En somme, même si l'un des thèmes sous-jacents de la *Loi sur les Indiens* est de protéger les Indiens contre l'exploitation et contre l'érosion de leur assise territoriale, l'article 51 de la Loi de 1927 et les dispositions antérieures ou postérieures à cette dernière et de même nature ont été adoptés afin de permettre à une bande indienne d'aliéner des terres de réserve qu'elle possède, à condition que le Canada et la bande elle-même y aient consenti.

Cela étant dit, on peut comprendre pourquoi les trois tribunaux qui ont étudié l'affaire *Apsassin* ont pu conclure que la disposition en cause dans cette affaire revêtait un caractère supplétif plutôt qu'impératif. Le paragraphe (3) est beaucoup plus accessoire à l'objet de l'article 51 que peuvent l'être les paragraphes (1) et (2). Comme l'a indiqué le juge Killeen dans *Chippewas de Kettle et Stony Point*⁴⁵⁶, l'objet des paragraphes (1) et (2) est d'énoncer la procédure selon laquelle une cession doit se faire, tandis que le paragraphe (3) confirme tout au plus que la cession a reçu l'assentiment valide et confirmé de la bande.

L'assentiment valide de la bande à une cession est clairement une exigence « impérative » ou une condition préalable à la validité d'une cession de terres de réserve. Le fond de l'enquête de la Commission doit, en consé-

⁴⁵³ *Apsassin c. Canada*, [1988] 1 CNLR 73 (CFDPI), p. 134.

⁴⁵⁴ *Apsassin c. Canada*, [1993] 2 CNLR 20 (CAF), p. 49 (juge d'appel Stone).

⁴⁵⁵ *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 RCS 344, p. 374; [1996] 2 CNLR 25, 130 DLR (4th) 193 (juge McLachlin).

⁴⁵⁶ *Chippewas de Kettle et de Stony Point c. Canada (Procureur général)*, [1996] 1 CNLR 54, p. 89 (C. Ont.-Div. gén.).

quence, consister à déterminer si un vote équitable a eu lieu qui montre bien si le consentement de la collectivité a été accordé. Interpréter l'article 51 d'une autre façon aurait pour effet d'annuler l'objet sous-jacent des dispositions relatives aux cessions. Bref, en vertu de cette disposition, une cession serait nulle *ab initio* si elle ne recevait pas l'assentiment de la majorité des hommes d'âge adulte de la bande à l'occasion d'une assemblée ou d'un conseil convoqué en conformité avec les règles de la bande dans le but d'examiner la cession proposée, et en présence du surintendant général ou de son représentant dûment autorisé. Nous concluons que ce consentement a été accordé.

Le juge McLachlin a aussi dit qu'il fallait considérer non seulement l'objet de la disposition de la loi, mais également *l'effet d'une décision dans un sens ou dans l'autre*. Lorsque le fait de considérer une disposition comme ayant un caractère impératif est susceptible d'engendrer des inconvénients généraux sérieux, ou une injustice envers des personnes qui n'exercent aucun contrôle sur les personnes à qui le devoir prévu par la loi est confié, et qu'en même temps elle ne met pas en valeur l'intention principale ou « véritable » qu'avait le Parlement en adoptant la loi, alors la disposition en question devait être considérée comme ayant un caractère supplétif. Pour ce qui est de savoir si des inconvénients sérieux en résulteraient, nous devons également rappeler l'avertissement servi par le juge Iacobucci dans l'affaire *Vancouver Island Railway*, à savoir qu'il faut tenir compte de tous les inconvénients possibles, publics ou privés, sans privilégier un type d'inconvénient à l'exclusion ou au détriment d'un autre.

Dans l'arrêt *Apsassin*, le juge McLachlin a fait allusion aux types d'inconvénients qui peuvent résulter du fait d'alléguer qu'une disposition de la loi concernant la cession n'a pas été respectée :

[...] interpréter ces dispositions comme étant impératives entraînerait de graves inconvénients, non seulement dans le cas où la cession est contestée plus tard, mais également dans tous ceux où on ne s'est pas conformé à la disposition, car il faudrait alors que la bande tienne une nouvelle assemblée, consente à la cession et atteste ce consentement. Je suis donc d'accord avec la conclusion des tribunaux inférieurs que le mot « *shall* » (« doit » ou l'indicatif présent, selon le cas, dans le texte français) utilisé dans les dispositions en cause ne devrait pas être considéré comme ayant un sens impératif. L'inobservation de l'art. 51 de la *Loi des Indiens* n'invalide donc pas la cession⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 RCS 344, p. 374-375; [1996] 2 CNLR 25, 130 DLR (4th) 193 (juge McLachlin).

Il pourrait y avoir de sérieux inconvénients pour les personnes qui ont acquis les terres après la cession et qui les détiennent maintenant en fief simple. D'un autre côté, on pourrait parler d'inconvénients sérieux pour la Première Nation de Duncan si, de fait, la cession a été imposée par des représentants du gouvernement fédéral, contre le gré de la bande. De toute évidence, si on n'a pas véritablement obtenu l'assentiment de la bande, il y a eu manquement à l'objet des dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les cessions, et ces mêmes dispositions ont été rendues inopérantes.

Dans le contexte de ces considérations opposées, la Commission estime également que les dispositions du paragraphe 51(2) interdisant à des Indiens de participer à une assemblée concernant une cession ou à y voter, à moins de résider habituellement dans la réserve en question ou près de cette dernière ou d'y avoir un intérêt, ne devraient pas être considérées comme de nature impérative. En l'absence de preuves démontrant que la présence ou le vote inopiné d'un ou de plusieurs Indiens inadmissibles soulève des doutes quant à l'assentiment de la majorité de la bande, nous croyons que l'assemblée et le vote devraient à tout le moins être considérés comme valides. De plus, nous croyons que, si une cession devait être annulée du fait de la présence d'un votant inadmissible, face à une forte majorité favorable à la cession, cela occasionnerait des inconvénients graves. Donc, à condition que les exigences relatives au quorum et à l'assentiment de la majorité lors d'une assemblée de cession aient quand même été respectées, même après élimination des votes inadmissibles, et compte tenu, en outre, qu'il n'a pas été démontré que la présence d'Indiens inadmissibles à l'assemblée de cession a irrémédiablement discrédité l'assemblée ou mis en doute son intégrité, la cession devrait être maintenue.

Dans le cas qui nous occupe, l'assemblée de cession de terres de la bande de Duncan de 1928 semble s'être déroulée en présence d'au moins un Indien inadmissible, en l'occurrence Emile Leg, et peut-être d'autres personnes inadmissibles aussi, s'il est vrai que des membres de la bande de Beaver étaient également présents. Leg a aussi voté en faveur de la cession. Néanmoins, aucun élément de preuve nous ayant été soumis ne permet de penser que les procédures de cession ont été compromises par la présence ou la participation de l'une de ces personnes ou de plusieurs d'entre elles. En conséquence, si la contestation engagée par la Première Nation au sujet de cette cession doit être acceptée, il faudra au préalable déterminer si la mise à l'écart des votants inadmissibles soulève des doutes quant à savoir si les dispositions du paragraphe (1) concernant le quorum et l'assentiment de

la majorité ont été respectées. Ce sont précisément ces questions que nous allons maintenant examiner.

Y avait-il quorum?

Le quorum représente le nombre de membres d'une bande qui doivent être présents à une assemblée de cession pour que l'on puisse dire que l'assemblée est dûment constituée et que la bande peut traiter les affaires à l'ordre du jour. La position initiale de la Première Nation à cet égard est qu'aucun des membres de la bande de Duncan ne vivait près des réserves en question, ce qui signifie qu'il n'aurait pas du tout été possible de convoquer une assemblée en vue d'une cession⁴⁵⁸. D'un autre côté, si tant est que l'on puisse considérer la RI 151A comme étant « près » des réserves visées par la cession, alors les deux seuls membres de la bande qui auraient été habilités à voter étaient Samuel et Eban Testawits; comme seul Eban a assisté à l'assemblée, la majorité des votants admissibles nécessaire pour obtenir le quorum n'a pas été atteinte et l'assemblée n'a pas été dûment convoquée⁴⁵⁹. Enfin, dans une autre optique, en supposant qu'Alex Mooswah était habilité à voter à l'assemblée de cession, la Première Nation soutient que le nombre total de membres qui étaient habilités à voter était de huit, de sorte que le quorum à réunir était de cinq personnes, condition qui, selon le mémoire du conseiller juridique, n'a pas été remplie dans la mesure où l'une ou l'autre des cinq personnes qui étaient présentes n'était pas habilitée à voter⁴⁶⁰. Comme nous l'avons vu précédemment, la Première Nation fait valoir qu'à tout le moins, Emile Leg n'était pas habilité à voter, et que d'autres encore ne l'étaient peut-être pas non plus.

Dans sa réplique, le Canada soutient qu'il y avait sept votants admissibles⁴⁶¹, et que, comme cinq de ces sept personnes ont assisté à l'assemblée concernant la cession et y ont voté, le quorum a été obtenu⁴⁶². Par ailleurs, même si Alex Mooswah avait au moins 21 ans en 1928 et qu'il était admissible à voter, cinq personnes sur huit constituaient néanmoins une majorité de votants admissibles, et conséquemment un quorum⁴⁶³.

Les exigences de l'article 49 de la *Loi sur les Indiens* de 1906 concernant le quorum – qui sont à toutes fins utiles identiques à celles de l'article 51 de

458 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 53.

459 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 164 (Perry Robinson).

460 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 61 (Jerome Slavik).

461 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 164 (Perry Robinson).

462 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 20.

463 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 21-22.

la loi de 1927 – ont été examinées dans l'arrêt *Cardinal c. La Reine* par la Cour suprême du Canada⁴⁶⁴. Dans cette affaire, 26 des 30 à 33 hommes membres de la bande Enoch et ayant vingt-et-un ans révolus ont assisté à l'assemblée concernant la cession, 14 ayant voté en faveur de la cession et 12 s'y étant opposés. Pour reprendre la terminologie employée par J. Paul Salembier dans un article récent, la cession a été approuvée seulement par une « majorité relative » des personnes qui étaient présentes à l'assemblée et non par une « majorité absolue » des 30 à 33 membres admissibles de la bande⁴⁶⁵. Pour la Cour, le juge Estey a statué qu'une majorité des hommes membres de la bande et *habilités à voter* doivent être présents pour former un quorum à une assemblée convoquée dans le but de tenir un vote au sujet d'une cession. Il importe de souligner qu'il a également conclu qu'aux fins de déterminer la majorité, les membres rendus inadmissibles en vertu du paragraphe (2) *ne sont pas* comptés dans l'établissement de la population votante potentielle :

On peut s'aider jusqu'à un certain point du par. (2) que je cite de nouveau pour plus de commodité :

2. Nul sauvage ne peut voter ni 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.

Ce paragraphe a pour effet d'éliminer de la liste des membres qui ont autrement le droit de ratifier une cession les Indiens qui ne résident pas habituellement dans la réserve ou près de celle-ci. Néanmoins, un tel membre demeure un membre de la bande parce que seule la procédure énoncée à l'art. 13 de la Loi peut faire qu'un Indien « cesse de faire partie de la bande ». Il faut présumer que la « majorité » dont parle le par. (1) s'entend de la majorité des membres qui conservent leur droit de vote après avoir appliqué les restrictions du par. (2). Si tel n'est pas le cas, un membre qui, pour une raison quelconque, ne vote pas, notamment s'il ne satisfait pas aux exigences du par. (2), sera considéré comme ayant voté négativement aux fins de déterminer si un vote majoritaire a été obtenu conformément au par. (1). Toutefois, pris séparément, le par. (1) est rédigé en termes très généraux et ne parle que de « la majorité des hommes de la bande qui ont atteint l'âge de vingt-et-un ans révolus ». Cela inclurait certainement les membres de la bande qui ne résident pas dans la réserve ou près de celle-ci. Si le juge dissident en Cour d'appel a raison, alors un membre absent qui n'a pas droit de vote en vertu du par. 49(2), mais qui est encore membre parce qu'il n'a pas été exclu conformément à l'art. 13, est considéré

⁴⁶⁴ *Cardinal c. La Reine* [1982] 1 RCS 508; 13 DLR (4th) 321; [1982] 3 CNLR 3.

⁴⁶⁵ J. Paul Salembier, « How Many Sheep Make a Flock? An Analysis of the Surrender Provisions of the *Indian Act* », [1992] 1 CNLR 14, p. 16.

comme ayant voté négativement en ce sens qu'il est compris dans le nombre absolu des hommes de la bande, dont la majorité doit consentir à la cession projetée⁴⁶⁶.

L'arrêt *Cardinal* a été ultérieurement examiné et adopté par le juge en chef adjoint Jerome de la Cour fédérale, Section de première instance, dans *King c. La Reine*⁴⁶⁷. Dans cette affaire, le chef de la bande qui avait cédé une terre de réserve demandait que le vote concernant la cession soit déclaré valable, étant donné qu'une majorité des électeurs de la bande avait donné son assentiment à la cession, conformément à l'article 39 de la *Loi sur les Indiens* de 1970. Cette version de la Loi, libellée différemment des versions de 1906 et de 1927, stipulait que « une cession [...] n'est valide que si [...] elle est sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande » à l'occasion d'une assemblée ou d'un référendum. La cession a fait l'objet d'un vote dans un référendum dans le cadre duquel 190 des 378 votants ont exprimé leur droit de vote, 172 votes ayant été favorables à la cession, 15 ayant été opposés à cette dernière, et 3 bulletins de vote ayant été rejetés. Après avoir longuement cité le juge Estey, le juge en chef adjoint Jerome statua que « vu le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Cardinal* et les termes de l'alinéa 39(1)b), les conditions de cet alinéa sont remplies lorsque la majorité des électeurs de la bande qui ont voté au référendum ratifient la cession »⁴⁶⁸. L'acceptation du fait que 190 votants ont exercé leur droit de vote constituerait un quorum est implicite dans cette conclusion.

En appliquant le même raisonnement à la situation de la bande de Duncan, on se souviendra que nous avons déjà déterminé qu'Emile et Francis Leg n'avaient pas le droit de participer aux procédures de cession. Nous constatons que, sur les six hommes membres de la bande et ayant vingt-et-un ans révolus qui restent, quatre – Joseph Testawits, Eban Testawits, John Boucher et James Boucher – ont participé au vote relatif à la cession. Nous concluons que ces quatre personnes constituaient une majorité des six votants admissibles et que, par conséquent, il y avait quorum à l'assemblée de cession.

⁴⁶⁶ *Cardinal c. La Reine* [1982] 1 RCS 508, 13 DLR (4th) 321; [1982] 3 CNLR 3, p. 8. Italiques ajoutés.

⁴⁶⁷ *King c. La Reine*, [1986] 4 CNLR 74 (CFSP).

⁴⁶⁸ *King c. La Reine*, [1986] 4 CNLR 74 (CF Sect. 1^{re} instance), p. 78; version française de la Cour, n° du greffe T-201-86, p. 4.

La cession a-t-elle reçu l'assentiment nécessaire de la majorité?

Dans l'arrêt *Cardinal*, le juge Estey a statué que, bien que les mots « la majorité des hommes de la bande » figurant au paragraphe 49(1) de la *Loi sur les Indiens* de 1906 constituent le *quorum* requis à l'assemblée, la *common law* prévoit l'exigence relative à l'*assentiment*. En d'autres termes, en *common law*, dans la mesure où l'exigence relative au *quorum* a été remplie, une majorité des votes exprimés à l'assemblée – une « majorité relative » plutôt qu'une « majorité absolue » – détermine si l'assentiment sera donné à la cession proposée. Le juge Estey déclarait :

Il ne reste plus qu'à déterminer de quelle manière doit se faire la ratification, au sens de ce terme au par. 49(1), lors de l'assemblée à laquelle assiste la majorité prescrite. En *common law*, et, en fait, dans la langue courante, un groupe de personnes ne peut, à moins d'être organisé d'une manière spéciale, exprimer une opinion qu'avec le consentement de la majorité. Il se présente une subtilité lorsque les membres d'un groupe déterminé qui assistent à une assemblée n'expriment pas tous leur opinion. Dans ce cas, comme nous le verrons, la *common law* reprend encore le sens ordinaire des mots selon lequel l'opinion du groupe est celle exprimée par la majorité de ceux qui se sont prononcés ou qui ont voté sur la question en cause. Donc, selon ce raisonnement plutôt simple, l'article est interprété comme signifiant que, pour être valide, le consentement doit être donné par la majorité des membres de la bande qui ont droit de vote et qui assistent à une assemblée convoquée pour donner ou refuser le consentement[...]

Si on était plus exigeant, c'est-à-dire si on affirmait qu'il faut plus qu'une majorité simple du *quorum* prescrit des membres de la bande qui ont droit de vote et qui sont présents pour ratifier la proposition, on conférerait un pouvoir indu aux membres qui, même s'ils ont droit de vote, ne se donnent pas la peine de se présenter ou, s'ils sont présents, de voter; ou, comme l'a affirmé le juge Gillanders dans l'arrêt *Glass Bottle Blowers*⁴⁶⁹, précité, à la p. 656, cela reviendrait, [TRADUCTION] « à accorder à l'indifférence d'une faible minorité une importance qu'elle ne devrait pas avoir »⁴⁷⁰.

Le conseiller juridique de la Première Nation laisse entendre que le juge Estey avait tort, et que seule une majorité absolue peut consentir à une cession :

⁴⁶⁹ *Glass Bottle Blowers' Association of the United States and Canada v. Dominion Glass Co. Ltd.*, [1943] OWN 652 (Lab. Ct.).

⁴⁷⁰ *Cardinal c. La Reine*, [1982] 1 RCS 508, 13 DLR (4th) 321; [1982] 3 CNLR 3, p. 9-10.

[Traduction]

Vous déterminez le nombre réel de personnes ayant plus de 21 ans et vous devez réunir la majorité de ces derniers, et si certaines personnes ne peuvent voter, elles ne peuvent pas. Il faut encore réunir une majorité des personnes ayant 21 ans révolus, soustraction faite des votants inadmissibles. Si vous avez dix votants au sein d'une bande et deux votants inadmissibles, il vous faut encore une majorité de six. Je crois que [le paragraphe] 51(1) – et c'est ici que je suis en désaccord avec le juge Estey – ne fait pas simplement référence à une majorité des votants admissibles. Le paragraphe dit ce qu'il veut dire. Il dit une majorité des hommes ayant 21 ans révolus⁴⁷¹.

Soulignant que les propos du juge Estey concernant l'assentiment de la majorité représentaient une *opinion judiciaire incidente* et conséquemment qu'ils n'étaient pas nécessairement contraignants, le conseiller juridique fait en outre valoir qu'il faudrait privilégier sa façon de voir les choses, nonobstant le fait que, dans certaines circonstances, il pourrait devenir mathématiquement impossible d'obtenir un vote majoritaire en faveur d'une cession⁴⁷².

Le Canada estime que même si le juge Estey a pu aborder la question de l'assentiment de la majorité de manière accessoire, son analyse n'en est pas moins déterminante et mérite qu'on s'en inspire. En d'autres mots, lorsqu'il y a quorum, l'assentiment doit être donné par une majorité des personnes qui expriment leur vote à l'assemblée de cession, et qui demeurent admissibles après élimination des personnes rendues inadmissibles sous le régime du paragraphe (2)⁴⁷³. Dans le cas présent, cela signifie que, comme quatre membres admissibles étaient présents à l'assemblée de cession, trois de ces quatre personnes devaient voter en faveur de la cession pour qu'il y ait assentiment valable. En fait, le Canada soutient que la bande a fait mieux encore, étant donné que tous les votants admissibles présents ont voté en faveur de la cession⁴⁷⁴.

Nous avons précédemment établi que, à l'exception d'Emile et Francis Leg, les cinq autres personnes dont le nom figurait sur la liste des votants établie par Murison en 1928 résidaient toutes habituellement dans les réserves visées par la cession ou près de ces dernières et qu'elles y détenaient un intérêt. En conséquence, pour obtenir une cession valable, quatre des six votants admissibles devaient assister à la séance, pour qu'il y ait quorum; trois de ces quatre personnes devaient voter en faveur de la cession, pour que l'on obtienne l'assentiment de la majorité requis. Comme les quatre

471 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 215 (Jerome Slavik).

472 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 235-236 (Jerome Slavik).

473 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 236 (Perry Robinson).

474 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 165-167 (Perry Robinson).

votants admissibles qui ont assisté à l'assemblée ont en fait voté en faveur de la cession, l'exigence relative à l'assentiment de la majorité a été respectée.

Le Canada a-t-il accepté la cession?

Le paragraphe 51(4) de la *Loi sur les Indiens* de 1927 stipule qu'une fois que le consentement de la bande à une cession a été attesté devant toute personne autorisée à faire prêter serment et par l'un des chefs ou des anciens de la bande, la cession est soumise au gouverneur en conseil, pour qu'il l'accepte ou la refuse. Il ne fait aucun doute que cela ait été fait, puisque, comme nous l'avons vu, le décret CP 82 du 19 janvier 1929 a confirmé l'acceptation par le gouverneur en conseil de la cession de la RI 151 et des RI 151B à 151G par la bande de Duncan⁴⁷⁵.

Le conseiller juridique de la Première Nation soutient que même si l'acceptation donnée par le Canada peut être fondée techniquement, le Canada n'a pas eu raison d'accepter la cession puisqu'il savait, au point de départ, que les exigences de la Loi n'avaient pas été respectées et, deuxièmement, que les documents de cession n'étaient pas convenables, ceux-ci [traduction] « ayant été préparés dans des circonstances douteuses, dans le dessein manifeste de les forger » pour obtenir la cession⁴⁷⁶. Pour le moment toutefois, la Commission est simplement disposée à conclure que le Canada a accepté la cession en conformité avec les strictes règles techniques du paragraphe 51(4). Nous étudierons les préoccupations de la Première Nation dans le contexte de l'analyse à laquelle nous procéderons afin de déterminer si, en ce qui concerne la cession, le Canada a manqué aux obligations que les tribunaux ont imposées en sus des dispositions du paragraphe (4) ou si, en fait, le Canada a manqué à quelque autre obligation fiduciaire qu'il avait envers la Première Nation.

Conclusion

La Commission a établi qu'après publication d'un avis approprié, cinq hommes d'âge adulte appartenant à la bande de Duncan – Joseph Testawits, Eban Testawits, John Boucher, James Boucher et Emile Leg, dont les quatre premiers résidaient habituellement dans les réserves de la bande ou près de ces dernières et y détenaient des intérêts – se sont réunis dans la RI 152 le 19 septembre 1928 dans le but exprès de décider s'ils allaient céder la

⁴⁷⁵ Surintendant général adjoint des Affaires indiennes au gouverneur général en conseil, 7 janvier 1929, AN, RG 10, vol. 7544, dossier 29131-5, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 285-286); décret CP 82, 19 janvier 1929, dossier B-8260-145/A1-3 (Documents de la CRI, p. 288-289).

⁴⁷⁶ Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 69.

RI 151 et les RI 151B à 151G, en présence de l'inspecteur des agences indiennes William Murison et de l'agent des Indiens Harold Laird, lesquels étaient autorisés à représenter la Couronne à l'assemblée. Les quatre Indiens participants admissibles, formant un quorum des membres de la bande habilités à voter, ont consenti de façon unanime à la cession, trois d'entre eux — Joseph Testawits, Eban Testawits et James Boucher — étant repartis vers Waterhole (Alberta) un peu plus tard le même jour. À cet endroit, en compagnie de Murison, ils ont comparu devant l'avocat William P. Dundas, qui a notarié leur affidavit confirmant que la cession avait été dûment approuvée par la bande. La cession a par la suite été acheminée au gouverneur en conseil, qui a accepté cette dernière par le décret du 19 janvier 1929. C'est sur la base de ces faits que la Commission conclut que la cession de 1928 par la bande de Duncan était conforme, dans tous ses éléments déterminants, à l'article 51 de la *Loi sur les Indiens* de 1927.

Au fil d'enquêtes antérieures, la Commission a eu l'occasion de déterminer si des cessions répondaient aux exigences de la *Loi sur les Indiens*. À titre d'exemple, dans notre rapport concernant la cession de 1907 par la Première Nation de Kahkewistahaw, nous écrivions :

L'extinction du droit ancestral sur les terres cédées signifie que la bande de Kahkewistahaw ne peut pas contester les titres que détiennent, à l'heure actuelle, les propriétaires légitimes des terres cédées, dont la plupart, sinon tous, doivent maintenant être des tiers qui ont acheté les terres de bonne foi, à leur juste valeur marchande. Il ne faut pas oublier, toutefois, que dans l'affaire *Chippewas of Kettle and Stony Point* l'appel portait sur une motion présentée par la Couronne afin de demander un jugement sommaire rejetant la demande par la bande, d'un jugement déclarant nulle la cession de 1927 et la patente de 1929 de la Couronne. La décision a confirmé la cession ainsi que les titres des défendeurs qui sont maintenant propriétaires de chalets sur les terres cédées par la bande en 1927, mais le juge Killeen a également reconnu que certaines questions ne pouvaient être réglées selon la procédure sommaire et devaient être examinées dans le cadre d'un procès :

[Traduction]

La conclusion indiquant que, d'après les faits de l'espèce, *il y a eu conduite oppressive ne peut influencer sur la validité du décret* [approuvant la cession]; *cette condition doit plutôt s'inscrire dans le cadre de l'autre demande de la bande fondée sur la violation d'une obligation de fiduciaires*⁴⁷⁷.

De la même façon, la Cour d'appel a conclu :

⁴⁷⁷ *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Procureur général du Canada* [1995], 24 OR (3d) 654, p. 698 (C. Ont. - Div. gén.).

[Traduction]

[...] qu'en est-il, alors, des paiements en espèces qui, comme l'a dit le juge des motions, « avaient des relents d'échec moral »? À mon avis, rien ne permet de croire que ces paiements en espèces, pour reprendre la formule du juge McLachlin, ont vicié l'« intention véritable » ou le « consentement libre et éclairé » de la bande ou, pour reprendre les termes du juge Gonthier, « au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait ». Tout comme dans l'arrêt *Apsassin*, il convient de respecter la décision de la bande concernant la vente. Par conséquent, comme le juge Killeen, je suis convaincu que la question de l'effet des paiements en espèces sur la validité de la cession ne peut faire l'objet d'un procès. J'estime qu'il y a lieu de rejeter le second motif d'appel invoqué par la bande.

*J'ajoute toutefois que les paiements en espèces, les prétendus « pot-de-vin » et l'exploitation qui s'ensuit ou les « transactions viciées » pourraient être invoqués par la bande pour démontrer qu'il y a eu, de la part de la Couronne, violation d'une obligation de fiduciaire. Comme l'ont admis les parties, ce sont là des questions qui relèvent des tribunaux. On peut considérer sur le même pied les prétentions de la bande, qui soutient que la vente à Crawford était imprudente, puisque celui-ci a immédiatement revendu la terre à un prix près de trois fois supérieur au prix d'achat. En examinant l'existence d'une obligation de fiduciaire de la part de la Couronne pour ce qui est d'empêcher la cession dans l'arrêt *Apsassin*, le juge McLachlin a écrit, à la p. 371 :*

Il s'ensuit que, en vertu de la *Loi des Indiens*, les bandes avaient le droit de décider si elles voulaient céder leur réserve, et que leur décision devait être respectée. Par ailleurs, si la décision de la bande concernée était imprudente ou inconsidérée – et équivalait à de l'exploitation – la Couronne pouvait refuser son consentement. Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs.

Cette question relève, elle aussi, des tribunaux⁴⁷⁸.

Notre mandat, en vertu de la Politique sur les revendications particulières, consiste à déterminer si le Canada a encore une obligation légale à remplir à l'égard de la Première Nation de Duncan. Nous avons conclu que la cession était sur le plan technique, valide, mais une obligation légale pourrait toutefois découler du fait que le Canada aurait négligé ses obligations de fiduciaire

⁴⁷⁸ *Enquête sur la revendication de la Première Nation de Kabkewistahaw relative à la cession des terres de réserve en 1907* (Ottawa, février 1997) (1998) 8 ACRI 3, p. 79-81, où nous citons la décision *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)*, inédit, [1996] OJ n° 4188 (2 décembre 1996), p. 24-25 (C.A. Ont.). Italiques ajoutés. Dans ce passage, les allusions à des mesures « inconsidérées » ont trait à la question des obligations de fiduciaire de la Couronne découlant de l'acceptation, par le gouverneur en conseil, d'une cession faite en vertu du paragraphe 49(4). Cette question sera traitée dans la suite du présent rapport.

à l'égard de la Première Nation. Nous passerons donc maintenant à l'analyse des obligations fiduciaires que le Canada pourrait avoir à l'égard de la Première Nation de Duncan, en l'espèce.

QUESTIONS 2 ET 3 LES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES DU CANADA AVANT LA CESSION

La Couronne s'est-elle acquittée de ses obligations fiduciaires antérieures à la cession?

Les Indiens ont-ils erré dans leur décision en raison de la conduite de la Couronne avant la cession?

Au fil des enquêtes qu'elle a menées au sujet des revendications des bandes indiennes de Kahkewistahaw, de Moosomin et des Chippewas de Kettle et de Stony Point, de même qu'au sujet de la bande indienne de Sumas⁴⁷⁹, la Commission a déjà eu plusieurs fois l'occasion d'étudier en profondeur les principaux arrêts qui traitent des obligations de fiduciaire de la Couronne à l'égard des Premières nations – et en particulier les arrêts *Guerin c. La Reine*⁴⁸⁰ et *Apsassin*. Cela étant, nous estimons souhaitable d'examiner en même temps les deuxième et troisième questions qui font l'objet de la présente enquête, étant donné que toutes deux amènent la Commission à examiner les obligations de fiduciaire de la Couronne envers la bande de Duncan avant la cession.

En outre, comme nous avons déjà fait part de nos vues à propos des répercussions que ces causes types ont pu avoir, point n'est besoin pour nous de reprendre cette analyse de nouveau. Toutefois, il est essentiel de bien comprendre la substance des arrêts *Guerin* et *Apsassin* pour saisir la nature et la portée des obligations de fiduciaire de la Couronne et d'appliquer les principes en cette matière aux faits se rapportant à la présente enquête; c'est pourquoi, il est nécessaire d'exposer les principaux faits qui s'y rapportent et les principes juridiques qui sont ressortis de ces causes. Nous nous proposons de le faire en reprenant dans une large mesure

479 Commission des revendications des Indiens, *Enquête sur la revendication de la Première Nation de Kahkewistahaw relative à la cession des terres de réserve en 1907* (Ottawa, février 1997), (1998) 8 ACRI 3; Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de la Première Nation de Moosomin concernant les terres cédées en 1909* (mars 1997), (1998) 8 ACRI 113; Commission des revendications des Indiens, *Enquête sur la revendication de la Première Nation des Chippewas de Kettle et Stony Point relativement à la cession de 1927* (mars 1997), (1998) 8 ACRI 229; Commission des revendications des Indiens, *Enquête concernant la bande indienne de Sumas – Cession de 1919 de la réserve indienne n° 7* (août 1997), (1998) 8 ACRI 307.

480 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335.

l'examen de la jurisprudence auquel nous avons procédé dans nos rapports antérieurs.

Au fil de notre analyse, nous examinerons les questions qui découlent de ces affaires et de nos enquêtes antérieures quant à savoir si une obligation fiduciaire existe dans des circonstances données, et en particulier, lorsqu'une bande saisit mal les dispositions concernant les cessions, lorsque la conduite de la Couronne, a vicié les transactions au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait, lorsque la bande a cédé ou abdiqué son pouvoir de décision en faveur de la Couronne en ce qui concerne une cession, ou lorsque la cession est imprudente ou inconsidérée, et s'apparente à de l'exploitation. Nous examinerons également les prétentions de la Première Nation, inspirées de la décision rendue par la Cour fédérale d'appel dans l'arrêt *Bande indienne de Semiabmoo c. Canada*⁴⁸¹, la Première Nation faisant valoir que la Couronne était tenue de s'assurer que la cession soit consignée de manière à porter atteinte le moins possible aux droits de la bande et à éviter d'entraver l'exercice de son pouvoir décisionnel. Dans l'application de la jurisprudence aux faits ici en cause, nous déterminerons si la Couronne s'est acquittée ou non de ses obligations de fiduciaire envers la bande de Duncan et, si elle l'a fait, si le Canada peut être considéré comme ayant une obligation légale non remplie envers la Première Nation.

L'arrêt *Guerin*

Même si l'arrêt *Guerin* portait sur les obligations de fiduciaire de la Couronne en ce qui touche la vente ou la location de terres de réserves indiennes *après* qu'une bande a cédé ses terres (obligations fiduciaires consécutives à une cession), il fournit des pistes importantes pour l'évaluation des rapports entre la Couronne et les Premières Nations, étant donné qu'il s'agit de la première cause dans laquelle la Cour suprême du Canada reconnaissait que la Couronne entretient des liens de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. L'arrêt *Guerin* demeure le jugement de la Cour suprême du Canada qui fait le plus autorité et examine le plus en profondeur les obligations de fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones, et, même si ce jugement date de 1984, il continue de faire autorité. Dans notre rapport relatif à la revendication de la Première Nation de Kahkewistahaw relative à

⁴⁸¹ *Bande indienne de Semiabmoo c. Canada*, [1998] 1 CF 3, 148 DLR (4th) 523 (CA) (ci-après appelé *Semiabmoo*).

la cession de terres de réserve en 1907, nous parlions de l'arrêt *Guerin* dans les termes suivants :

Dans *Guerin*, la bande de Musqueam avait cédé 162 acres de terres de réserve à la Couronne en 1957 pour que ces terres soient louées à un club de golf, étant entendu que le bail contiendrait les clauses qui avaient été proposées au conseil de bande et acceptées par lui. Le document de cession qui a par la suite été signé remettait ces terres à la Couronne [TRADUCTION] « en fiducie, pour les louer » aux conditions jugées les plus favorables au bien-être de la bande. La bande a découvert par la suite que les clauses du bail conclu par la Couronne étaient fort différentes de celles que la bande avait acceptées, et moins intéressantes.

Les huit membres de la Cour ont tous conclu que le Canada avait manqué à ses devoirs à l'égard de la bande. Quant à la nature de la relation de fiduciaire de la Couronne, le juge Dickson (son titre à l'époque), parlant au nom de la majorité, a écrit :

En confirmant dans la *Loi sur les Indiens* cette responsabilité historique de Sa Majesté de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Tel est l'effet du par. 18(1) de la Loi.

Ce pouvoir discrétionnaire, loin de supplanter comme le prétend Sa Majesté, le droit de regard qu'ont les tribunaux sur les rapports entre Sa Majesté et les Indiens, a pour effet de transformer l'obligation qui lui incombe en une obligation de fiduciaire. Le professeur Ernest J. Weinrib soutient dans son article intitulé *The Fiduciary Obligation* (1975), 25 U.T.L.J. 1, à la p. 7, que [TRADUCTION] « la marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles a la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre ». À la page 4, il exprime ce point de vue de la manière suivante :

[Traduction]

[Lorsqu'il y a une obligation de fiduciaire] il existe un rapport dans lequel la manière dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à l'utilisation qui est faite dudit pouvoir. L'obligation de fiduciaire est le seul moyen brutal employé en droit pour contrôler ce pouvoir discrétionnaire.

Je ne me prononce pas sur la question de savoir si cette description est de portée assez large pour comprendre toutes les obligations de fiduciaire. J'estime toutefois que lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. *L'equity* vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de

satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer[...]

[...] Lorsqu'il s'est révélé impossible d'obtenir le bail promis, Sa Majesté, au lieu de procéder à la location des terres à des conditions différentes et défavorables, aurait dû retourner devant la bande pour lui expliquer ce qui s'était passé et demander son avis sur ce qu'il fallait faire. L'existence de cette conduite peu scrupuleuse est primordiale pour qu'on puisse conclure que Sa Majesté a manqué à son obligation de fiduciaire. *L'equity ne sanctionnera pas une conduite peu scrupuleuse de la part d'un fiduciaire qui doit faire preuve d'une loyauté absolue envers son commettant*⁴⁸².

Le juge Dickson a jugé que les dispositions relatives aux cessions inscrites dans la *Loi des Sauvages* interposaient la Couronne entre les Autochtones et les colons pour les questions touchant l'aliénation des terres de réserve. Il a décrit en ces termes le fondement de la relation de fiduciaire :

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'*equity*, 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.

Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens découle du concept du titre aborigène, autochtone ou indien. Cependant, le fait que les bandes indiennes possèdent un certain droit sur des terres n'engendre pas en soi un rapport fiduciaire entre les Indiens et Sa Majesté. Pour conclure que Sa Majesté est fiduciaire, il faut aussi que le droit des Indiens sur les terres soit inaliénable, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté.

Il est interdit à une bande indienne de céder son droit directement à un tiers. La vente ou la location de terres ne peut avoir lieu qu'à la suite d'une cession et c'est alors Sa Majesté qui agit au nom de la bande. C'est dans la Proclamation royale de 1763 que Sa Majesté a pour la première fois endossé cette responsabilité qui lui est encore reconnue dans les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux cessions. *L'exigence d'une cession et la responsabilité qui en découle ont pour effet d'imposer à Sa Majesté une obligation de fiduciaire distincte envers les Indiens*⁴⁸³.

L'arrêt *Guerin* est intéressant à deux titres : premièrement, il qualifie de fiduciaire la relation entre la Couronne et les Premières nations et, deuxièmement, il établit clairement le principe d'une obligation juridique qui intervient lorsque la Couronne vend ou loue à un tiers des terres de réserve, au nom d'une bande et dans l'intérêt de

482 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, 55 NR 161, 13 DLR (4th) 321, [1985] 1 CNLR 120, p. 136-137 et 140, juge Dickson. Italiques ajoutés.

483 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, 55 NR 161, 13 DLR (4th) 321, [1985] 1 CNLR 120, p. 131-132, juge Dickson. Italiques ajoutés.

cette bande, *après* la cession des terres à la Couronne, en fiducie. Toutefois, la Cour suprême du Canada n'avait pas pour mandat, dans l'affaire *Guerin*, d'examiner la question des éventuelles obligations de fiduciaire que la Couronne pourrait avoir à l'égard de la bande *avant* la cession. Cette question n'a pas été traitée spécifiquement avant l'apparition de l'affaire *Apsassin* au rôle de la Cour⁴⁸⁴.

Dans le rapport de la Commission concernant la revendication relative à la cession soumise par la Première Nation de Moosomin, nous ajoutons ceci :

Le juge Dickson a précisé que « le pouvoir discrétionnaire qui constitue la marque distinctive de tout rapport fiduciaire peut, dans un cas donné, être considérablement restreint[...] Les paragraphes 18(1) et 38(2) de la *Loi sur les Indiens* prévoient expressément une telle restriction »⁴⁸⁵. En conséquence, les principes fiduciaires auront toujours une incidence sur le rapport entre la Couronne et les Indiens, mais, selon le contexte, l'obligation de fiduciaire pourra être restreinte parce que le pouvoir discrétionnaire de la Couronne est moindre et la possibilité pour la Première Nation de prendre ses propres décisions librement et de façon informée est plus grande⁴⁸⁶. Le paragraphe 49(1) de la *Loi sur les Indiens* de 1906 est un exemple de restriction de ce genre : bien que les terres de réserve soient détenues par la Couronne au nom d'une bande (aux termes de l'art. 19 de cette Loi), elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de la bande. C'est cette « autonomie » de décider du sort des terres de réserve que la Cour suprême a étudiée dans l'arrêt *Apsassin*, que nous allons maintenant aborder⁴⁸⁷.

L'arrêt *Apsassin*

Comme nous l'avons déjà indiqué, la décision qui fait autorité en ce qui concerne les devoirs de la Couronne *avant une cession* envers les Premières nations est l'arrêt *Apsassin* de la Cour suprême du Canada. Dans l'étude de cette affaire, pendant son enquête sur la revendication concernant des terres cédées par la bande de Moosomin, la Commission a écrit :

484 Commission des revendications des Indiens, *Enquête sur la revendication de la Première Nation de Kibkewistahaw relative à la cession de terres de réserve en 1907* (Ottawa, février 1997), (1998) 8 ACRI 3, p. 82-84.

485 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335 [1985] 1 CNLR 120, [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 321, 53 NR 161, p. 176-177 (CSC).

486 Ce point de vue a été confirmé dans *R. c. Sparrow* [1990], 70 DLR (4th) 385, [1990] 3 CNLR 160 (CSC), et plus récemment par le juge Iacobucci dans *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)* [1994], 112 DLR (4th) 129, p. 147 (CSC), où il écrit :

« Il est maintenant bien établi qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada : voir l'arrêt *Guerin c. La Reine* [...] Néanmoins, il faut se rappeler qu'il n'y a pas une obligation de fiduciaire pour chaque aspect des rapports entre fiduciaire et bénéficiaire : voir l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.* [1989], 61 D.L.R. (4th) 14, 26 CPR (3d) 97, [1989] 2 RCS 574. La nature des rapports entre les parties définit l'étendue, voire les limites, des obligations imposées ».

487 Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de la Première Nation de Moosomin concernant les terres cédées en 1909* (mars 1997), (1998) 8 ACRI 113, p. 198.

Dans *Apsassin*, la Cour devait examiner la cession de terres de réserve par la bande des Castors, qui s'est ensuite scindée en deux : la bande de la rivière Blueberry et la bande de la rivière Doig. La réserve comptait de bonnes terres agricoles, mais la bande ne les utilisait pas à ces fins. Elles ne servaient que comme camp d'été, car la bande vivait du piégeage et de la chasse plus au nord pendant l'hiver. En 1940, la bande a cédé les droits miniers afférents à sa réserve à la Couronne, en fiducie, pour que celle-ci les loue au profit de la bande. En 1945, on demande à nouveau à la bande d'étudier la possibilité de céder la réserve pour mettre des terres à la disposition des anciens combattants de la Deuxième Guerre mondiale intéressés à se lancer en agriculture.

Après certaines négociations entre les Affaires indiennes et le directeur de la Loi sur les terres destinées aux anciens combattants (DTAC), la réserve entière est cédée en 1945 pour la somme de 70 000 \$. En 1950, une partie du produit de la vente a été utilisée par le Ministère pour acheter d'autres terres de réserve au nord, plus près des sentiers de piégeage de la bande. Une fois que les terres eurent été vendues à des anciens combattants, on y a découvert de riches gisements de pétrole et de gaz. On considéra que les droits miniers avaient été transmis « par inadvertance » aux anciens combattants plutôt que d'avoir été réservés au profit de la bande. Même si le Ministère avait le pouvoir, en vertu de l'art. 64 de la *Loi des Indiens*, d'annuler le transfert et de reprendre les droits miniers, il ne l'a pas fait. Ayant découvert ces faits, la bande a intenté une poursuite pour manquement à l'obligation de fiduciaire, exigeant des dommages-intérêts de la Couronne et reprochant à celle-ci d'avoir autorisé la bande à faire une cession inconsidérée de la réserve et d'avoir aliéné les terres à un prix « inférieur à sa valeur ».

Au procès⁴⁸⁸, le juge Addy a rejeté toutes les demandes de la bande sauf une, statuant qu'il n'existait pas d'obligation de fiduciaire antérieure à la cession ou relative à la cession. Il a aussi conclu que, après la cession, la Couronne n'avait pas manqué à son obligation de fiduciaire concernant les droits miniers, étant donné qu'on ne savait pas au moment de l'aliénation qu'ils avaient de la valeur. Il a toutefois jugé que le Ministère avait manqué à son obligation de fiduciaire après la cession en ne cherchant pas à obtenir un prix plus élevé pour les droits de surface.

La Cour d'appel fédérale⁴⁸⁹ a rejeté le pourvoi de la bande et le pourvoi incident de la Couronne. Par ailleurs, la majorité a rejeté la conclusion du juge Addy concernant l'obligation de fiduciaire avant la cession, estimant que la combinaison des faits particuliers à l'affaire et des dispositions de la *Loi sur les Indiens* imposait à la Couronne une obligation de fiduciaire. Celle-ci consistait à veiller à ce que la bande soit correctement informée des circonstances relatives à la cession ainsi que des choix qui s'offraient, compte tenu particulièrement du fait que la Couronne elle-même avait demandé la cession des terres afin de les mettre à la disposition d'anciens combattants. Au nom de la majorité, le juge d'appel Stone (le juge d'appel

488 Une version abrégée de la décision est publiée sous *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 CF 20 (1^{re} instance), et le texte complet est publié sous *Blueberry River Indian Band and Doig River Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.*, [1988] 1 CNLR 73, 14 FTR 161 (TD).

489 *Apsassin c. Canada*, [1993] 3 CF 28, 100 DLR (4th) 504, 151 NR 241, [1993] 2 CNLR 20 (CA fed.).

Marceau souscrit au jugement et le juge en chef Isaac est dissident) conclut que la Couronne s'est acquittée de son obligation puisque la bande a été informée de « toutes les conséquences de la cession », qu'elle savait bien qu'elle renonçait pour toujours à tous ses droits sur la réserve, et qu'elle a donné « librement [son] consentement éclairé au projet de cession »⁴⁹⁰. Le juge Stone a aussi statué qu'il n'y avait pas eu manquement à l'obligation de fiduciaire après la cession au chapitre des droits miniers, étant donné qu'il y avait de « fortes indications » que les droits miniers étaient considérés comme ayant une valeur minimale, au point qu'il n'avait pas été déraisonnable de les aliéner. Enfin, une fois ces droits transmis au DTAC, l'éventuelle obligation de fiduciaire de la part des Affaires indiennes après la cession prenait fin, et la Couronne n'avait plus l'obligation d'aliéner les terres au profit de la bande.

La Cour suprême du Canada était partagée 4-3 sur la question de savoir si les droits miniers étaient inclus dans la cession de 1945 en vue de les vendre ou les louer. Néanmoins, la Cour a été unanime à conclure qu'après la cession, la Couronne avait manqué à l'obligation qu'elle avait, en tant que fiduciaire, d'aliéner les terres dans l'intérêt de la bande, premièrement, en vendant « par inadvertance » les droits miniers des terres de réserve au DTAC et, deuxièmement, en n'utilisant pas les pouvoirs que lui conférait la loi d'annuler la vente une fois l'erreur découverte. Les juges Gonthier et McLachlin, écrivant respectivement pour la majorité et la minorité, ont aussi conclu que dans la mesure où la Couronne avait, avant la cession, des obligations de fiduciaire envers la bande, elle s'en était acquittée selon les faits en l'espèce.

Les observations de la Cour sur la question de l'obligation de fiduciaire avant la cession peuvent être divisées en deux : celles touchant le *contexte* de la cession, et celles relatives au *résultat* essentiel de la cession. La première catégorie consistait à déterminer si le contexte et le processus utilisé pour obtenir la cession ont permis à la bande de donner un consentement adéquat à la cession selon le par. 49(1), et si elle comprenait bien la transaction. Dans l'analyse qui suit, nous examinerons premièrement si les négociations entre la Couronne et la bande étaient « viciées » et, dans l'affirmative, si cela a affecté la compréhension et le consentement de la bande. Nous étudierons ensuite si la bande a vraiment cédé ou abandonné son autonomie et son pouvoir de décision en faveur de la Couronne.

Essentiellement, les observations de la Cour suprême visent à déterminer si, compte tenu des faits et des résultats de la cession elle-même, le gouverneur en conseil aurait dû refuser son consentement à la cession aux termes du par. 49(4) parce que la transaction de cession était risquée, inconsiderée ou s'apparentait à de l'exploitation. Nous aborderons cette question dans la dernière partie de notre analyse⁴⁹¹. À la lumière de l'arrêt *Apsassin*, on peut constater que la Cour a examiné plusieurs volets distincts de l'obligation de fiduciaire de la Couronne à l'égard des Indiens avant une cession, notamment lorsque la compréhension de la bande est inadéquate, ou lorsque par sa conduite, la Couronne a vicié les transactions au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait, lorsque la bande a cédé ou

490 *Apsassin c. Canada*, [1993] 3 CF 28, 100 DLR (4th) 504, 151 NR 241, [1993] 2 CNLR 20, p. 46 (CA fed.).

491 Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de la Première Nation de Moosomin concernant les terres cédées en 1909* (Ottawa, mars 1997), (1998) 8 ACRI 113, p. 198-200.

abdiqué son pouvoir de décision en faveur de la Couronne en ce qui concerne une cession, et dans les cas où la cession est imprudente ou inconsidérée, ou qu'elle serait apparentée à de l'exploitation. Nous examinerons maintenant ces questions, de même que l'argument formulé par la Première Nation de Duncan, fondé sur la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Semiabmoo*, à savoir que la Couronne était tenue de veiller à ce que la cession porte atteinte le moins possible aux droits de la bande et entrave le moins possible l'exercice de son pouvoir décisionnel.

Obligations fiduciaires de la Couronne avant la cession

Lorsque la compréhension de la bande est inadéquate ou lorsque les transactions sont viciées

Dans son rapport d'enquête sur la revendication de la bande de *Moosomin*, la Commission a écrit :

Pour la majorité de la Cour, le juge Gonthier a mis l'accent sur le contexte de la cession, se préoccupant de « donner effet à l'objet véritable de ces opérations » entre la bande et la Couronne⁴⁹². Il écrit qu'il hésiterait « à donner effet à cette modification de cession [s'il] croyai[t] que la bande n'en avait pas bien saisi les conditions, ou si la Couronne avait, d'une manière ou d'une autre, vicié les négociations au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait »⁴⁹³.

Au coeur des motifs du juge Gonthier, on trouve la notion selon laquelle « la loi traite les peuples autochtones comme des acteurs autonomes en ce qui concerne l'acquisition et la cession de leurs terres, il faut donc respecter leurs décisions »⁴⁹⁴. En statuant ainsi, il insiste sur le fait que la bande disposait d'une autonomie considérable pour décider de céder ou non ses terres et que, pour prendre sa décision, elle avait reçu tous les renseignements dont elle avait besoin concernant la nature et les conséquences de la cession. Selon le juge Gonthier, la décision d'une bande de céder ses terres devrait donc être respectée, à moins que la bande n'en ait pas suffisamment bien compris les conditions ou que les négociations avec la Couronne aient été viciées au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et qu'elle avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait⁴⁹⁵.

492 *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* [1995] 4 RCS 344, p. 359; [1996] 2 CNLR 25; 130 DLR (4th) (juge Gonthier).

493 *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* [1995] 4 RCS 344, p. 362; [1996] 2 CNLR 25; 130 DLR (4th) (juge Gonthier).

494 *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* [1995] 4 RCS 344, p. 358; [1996] 2 CNLR 25; 130 DLR (4th) 193 (juge Gonthier).

495 Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de la Première Nation de Moosomin concernant les terres cédées en 1909* (Ottawa, mars 1997), (1998) 8 ACRI 113, p. 201.

Comme nous l'avons indiqué dans notre enquête au sujet de la bande de Kahkewistahaw⁴⁹⁶, le juge Gonthier n'a pas défini ce qu'il entendait par « des négociations viciées », mais il est clair que, comme le juge McLachlin, il s'est largement appuyé sur les conclusions suivantes du juge Addy, en première instance, pour conclure que les transactions dans ce cas n'avaient pas été viciées :

[Traduction]

1. Les demandeurs savaient depuis longtemps qu'une cession absolue de la R.I. 172 était envisagée;
2. Ils en avaient discuté auparavant au moins à trois reprises à l'occasion d'assemblées officielles tenues en présence de représentants du Ministère;
3. Contrairement à ce que prétendent les demandeurs, il serait absurde de conclure que les Indiens n'auraient pas débattu la question entre eux à de nombreuses occasions et de façon informelle au sein des groupes familiaux et des groupes de chasse;
4. À l'assemblée de la cession elle-même, la question avait fait l'objet d'un débat complet. Les Indiens en avaient discuté entre eux et avec les représentants du Ministère avant la signature de l'acte de cession;
5. [Les représentants de la Couronne n'avaient pas] essayé d'influencer les demandeurs soit avant, soit pendant l'assemblée de la cession. Au contraire, la question semble avoir été résolue de façon très consciencieuse par les représentants du Ministère concernés;
6. M. Grew [l'agent des Indiens pour l'endroit] avait expliqué aux Indiens toutes les conséquences d'une cession;
7. Même s'ils n'ont pas saisi exactement la nature du droit, en *common law*, qu'ils cédaient, ils en étaient probablement incapables, ils ont bel et bien compris, dans les faits, que par la cession ils renonçaient pour toujours à tous leurs droits sur la R.I. 172 en échange de l'argent qui serait versé à leur crédit après la vente de la réserve, et d'autres terrains situés près de leurs sentiers de piégeage qui seraient achetés avec le produit de la vente;
8. Lesdits terrains avaient déjà été choisis par les Indiens, après mûre réflexion⁴⁹⁷.

En particulier, le juge Gonthier a conclu que les représentants de la Couronne avaient clairement expliqué les conséquences de la cession, n'avaient pas tenté d'influencer la décision de la bande, et avaient agi en conscience et dans l'intérêt de la bande pendant toutes les négociations. En d'autres mots, bien que la Cour d'appel et le juge McLachlin aient indiqué que la Couronne

⁴⁹⁶ Commission des revendications des Indiens, *Enquête sur la revendication de la Première Nation de Kahkewistahaw relative à la cession des terres de réserve en 1907* (Ottawa, février 1997), (1998) 8 ACRI 3, p. 89.

⁴⁹⁷ *Bande indienne de la rivière Blueberry et Bande indienne de la rivière Doig c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 14 FTR 161, 1 CNLR 73, p. 129-130 (Section de 1^{re} instance).

était à n'en point douter en conflit d'intérêts car elle faisait l'objet de pressions politiques divergentes « l'incitant, d'une part à conserver les terres en cause pour la bande et, d'autre part, à prendre des mesures pour qu'elles puissent être distribuées aux anciens combattants »⁴⁹⁸, la Cour suprême a néanmoins été en mesure de constater, au-delà des irrégularités techniques et de la confusion qui a entouré la question même de la nature de la cession, qu'il existait une intention authentique de la part de la bande indienne de Beaver, formulée avec l'aide d'un agent des Indiens ayant agi en conscience, de se départir de terres de réserve qu'elle n'utilisait pas. Aussi, la Cour n'a-t-elle eu aucune difficulté à conclure qu'il y avait une parenté nette entre les intérêts de la Couronne envers l'ouverture de bonnes terres agricoles à des anciens combattants et les intérêts de la bande à vendre ces terres qu'elle n'utilisait pas, en échange de terres situées plus proche de ses sentiers de piégeage.

Toutefois, lorsqu'on relève des « transactions viciées » impliquant la Couronne, il faut faire preuve de prudence pour déterminer s'il y a lieu ou non de donner effet à la décision apparemment autonome prise par la bande de céder des terres. Dans *Chippewas de Kettle et Stony Point*, à titre d'exemple, le juge d'appel Laskin a examiné les allégations de pots-de-vin qui auraient été versés à des membres de la bande par l'acheteur éventuel des terres de réserve, afin de déterminer si lesdits pots-de-vin pourraient constituer des « transactions viciées ». Même s'il a admis que la question devait être examinée en justice, et qu'elle ne pouvait être traitée dans le cadre de la demande préliminaire formulée par le Canada pour obtenir un jugement sommaire, il a néanmoins établi un lien explicite entre les « transactions viciées » et l'obligation fiduciaire, ce que le juge Gonthier n'a pas eu à faire dans le contexte d'*Apsassin*⁴⁹⁹. À notre avis, le fait que le Canada se soit servi de sa position d'autorité pour exercer une influence indue sur une bande pour obtenir un résultat donné, ou encore son manquement à gérer convenablement des intérêts divergents, peuvent contribuer à un verdict de « transactions viciées » impliquant la Couronne. Un tel verdict pourrait permettre de douter qu'une cession ait pu constituer la véritable expression de l'intention de la bande. Ces deux éléments sont pertinents en ce qui touche la question des « transactions viciées », étant donné qu'ils pourraient miner

498 *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* [1995] 4 SCR 344, p. 379; [1996] 2 CNLR 25; 130 DLR (4th) 193 (juge McLachlin).

499 *Chippewas de Kettle et Stony Point c. Canada (Procureur général)* [1997], 31 OR (3d) 97, p. 106 (CA).

l'autonomie décisionnelle de la bande en ce qui a trait à un projet de cession de terres de réserve.

Compréhension et intention

En ce qui concerne l'autonomie d'une bande de décider librement de céder ou non ses terres de réserve, la Première Nation fait valoir qu'une décision véritablement autonome de procéder à une cession requiert un consentement éclairé et non coercitif, de même que la pleine compréhension des répercussions de la cession ou des solutions de rechange à cette dernière; faute d'une telle compréhension, ou si la cession est viciée par la coercition, on ne peut parler d'une décision véritablement autonome⁵⁰⁰. Selon le conseiller juridique de la Première Nation, le rôle de la Couronne en tant que fiduciaire consiste à informer pleinement la bande en tant que bénéficiaire, quant à l'ampleur, à la portée et aux conséquences de la décision que la bande s'apprête à prendre, et cela doit se faire en mettant toute l'information existante et disponible à la disposition de la bande de manière à s'assurer que l'information est « comprise et soupesée »⁵⁰¹ par la bande. Le Canada reconnaît que « l'obligation d'obtenir l'assentiment d'une majorité des hommes de la Première Nation à la cession suppose un consentement libre et éclairé à la cession »⁵⁰².

Les parties sont en désaccord pour ce qui est de savoir si la bande a été pleinement informée, à l'époque où a eu lieu la cession. À cet égard, la Première Nation fait valoir qu'il n'était pas possible d'établir clairement que la bande comprenait la situation et qu'elle voulait faire ce qu'elle a fait puisque, d'après la Première Nation, cinq des sept personnes inscrites à la liste des votants ne résidaient pas dans les réserves ou près de ces dernières et n'y détenaient pas d'intérêt, si bien que l'intention de la collectivité ne pouvait être exprimée que par deux votants admissibles, dont l'un n'a même pas voté⁵⁰³. La Commission avait déjà conclu que cinq des sept personnes inscrites à la liste des votants, ainsi qu'Alex Mooswah, étaient admissibles à assister à l'assemblée, de telle sorte qu'il est inutile de répondre à cet argument une fois de plus.

500 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 107 (Jerome Slavik).

501 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 90 (Jerome Slavik).

502 Michel Roy, directeur général, Direction générale des revendications particulières, Affaires indiennes et du Nord Canada, à Donald Testavich, chef, Première Nation de Duncan, et Jerome Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 31 janvier 1997 (Pièce 11 de la CRI, p. 5).

503 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 105 (Jerome Slavik).

La Première Nation fait également valoir que les faits ici en cause ne sauraient résister à l'examen en fonction des principaux critères examinés dans *Apsassin*, critères sur lesquels se sont basés les juges Gonthier et McLachlin dans leur jugement. Comme l'a dit le conseiller juridique de la Première Nation :

[Traduction]

Si on passe en revue ces critères, nous constatons que dans le cas du premier, les demandeurs [dans *Apsassin*] savaient depuis longtemps qu'une cession absolue était envisagée. Ils avaient eu beaucoup de temps pour y penser. Dans ce cas-ci, la chose n'avait été envisagée que quelques années auparavant. On ne peut parler ici de temps considérable consacré à réfléchir à une cession et à se préparer à cette éventualité.

L'agent des Indiens rencontrait rarement les gens de Duncan. Le plus souvent, il les rencontrait à l'occasion du paiement des annuités. Cela signifie que les rencontres étaient espacées entre elles d'une année. On dit [dans *Apsassin*] que les demandeurs s'étaient réunis à l'occasion d'au moins trois assemblées officielles auxquelles des représentants du Ministère étaient présents, à l'occasion d'assemblées en bonne et due forme, et qu'il existe un état détaillé des éléments qui ont été exposés à l'occasion de ces assemblées.

On dit maintenant que les Indiens ont eu la chance, dans les circonstances, de discuter de la question entre eux en maintes occasions, de manière informelle. C'était peut-être vrai dans les cas où il existait une communauté, mais dans le cas présent, les membres étaient dispersés dans un rayon de plus de cent milles. Nous doutons qu'ils aient eu de nombreuses occasions de se réunir ensemble pour discuter des répercussions, des conséquences et des options.

En ce qui touche le quatrième point, celui de l'assemblée de cession même, la question avait été abordée en profondeur entre les Indiens et des représentants du Ministère. Dans le cas qui nous occupe, il n'existe nulle preuve attestant que la question a été pleinement débattue ou même qu'il y ait eu une assemblée au sujet de la cession. En ce qui touche le point cinq, rien n'indique que l'on ait tenté d'influencer le demandeur, aussi bien avant l'assemblée concernant la cession qu'au cours d'une assemblée comme telle. Dans le cas qui nous occupe, les instructions données à Murison étaient de rencontrer les Indiens, de marchander, de conclure un marché et de conclure la transaction à tout prix. Les incitatifs à cet égard étaient commodes, il avait le pouvoir de négocier la transaction, sur les lieux mêmes.

Au point six, on dit que M. Grew avait expliqué aux Indiens toutes les conséquences d'une cession. Il n'existe pas de preuve documentaire attestant que Laird ou Murison aient expliqué les conséquences d'une cession ou les solutions de rechange à une cession. En fait, nous savons que parfois, lorsque de telles solutions de rechange existent, rien ne se fait, et personne n'est consulté.

Je soulignerai enfin en ce qui concerne le point huit, que dans le cas qui nous occupe, le cas de Beaver, et, pardon, dans le cas de Blueberry [*Apsassin*] et dans le cas de la cession de Beaver, il y avait eu des discussions concernant d'autres endroits possibles. Ils savaient qu'ils allaient obtenir de nouvelles réserves, d'autres réserves et

des réserves différentes. Il y avait eu des échanges quant à leur emplacement. Chose certaine, cela exige un examen approfondi ainsi qu'un long processus de consultation sur la sélection des terres de réserve, si tant est que le processus était aussi compliqué alors qu'il l'est aujourd'hui.

Nous n'avons connaissance d'aucune suggestion, d'aucune offre, ni de quelque indication selon laquelle cela a été fait dans le cas de la Première Nation de Duncan⁵⁰⁴.

Le conseiller juridique de la Première Nation laisse entendre que les faits en l'espèce s'apparentent davantage à ceux de l'enquête concernant la Première Nation de Moosomin qu'à ceux sur lesquels a porté l'arrêt *Apsassin*, en particulier pour ce qui est des éléments de preuve concernant la façon dont le vote a été pris et la mesure dans laquelle les dispositions de la cession ont été expliquées ainsi que la mesure dans laquelle on peut dire que la bande les a comprises⁵⁰⁵. La principale difficulté, à son avis, c'est qu'il n'existe pas de registre pouvant indiquer quand, où et avec qui la question de la cession a été débattue en 1928 ou à l'occasion de rencontres antérieures avec l'agent Laird; il n'existe pas d'élément de preuve attestant qu'il ait été question des dispositions, des options ou de la cession proprement dite; il n'existe pas d'indication non plus selon laquelle des renseignements substantiels ont été mis à la disposition des membres de la bande, afin d'aider ces derniers à prendre une décision éclairée⁵⁰⁶.

Enfin, le conseiller juridique de la Première Nation fait valoir qu'il n'existe aucun élément de preuve laissant supposer l'existence d'une intention de cession et de la compréhension de ce que cela suppose, compte tenu du fait que le document et l'affidavit de cession ont été préparés, selon la Première Nation, avant la tenue de l'assemblée. Dans ce contexte, la Première Nation soutient que la Commission a la possibilité, en tant que responsable de l'examen des faits en cause, de ne donner aucun poids à ces documents, en tant que preuve de la compréhension de la situation et de l'intention des membres de la bande⁵⁰⁷. L'insuffisance de documents significatifs confirmant la nature et la portée des débats à ce sujet [traduction] « incite à supposer que la question de la cession n'a pas été soulevée ou qu'elle a été soulevée d'une manière superficielle ou hypothétique »⁵⁰⁸.

504 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 108-109 (Jerome Slavik).

505 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 112-113 (Jerome Slavik).

506 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 90-91 (Jerome Slavik).

507 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 58.

508 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 14.

Le Canada répond à cela que la question de la cession était dans l'air depuis longtemps au sein de la bande de Duncan, et ce même avant 1928⁵⁰⁹, la question ayant été soulevée dès 1912, puisque la bande, à l'exception de Duncan Testawits, n'utilisait déjà pas ses réserves situées dans la région de l'établissement de Shaftesbury⁵¹⁰. À l'époque où fut consignée la cession, Murison relatait que [traduction] « ces Indiens étaient préparés à me recevoir et avaient de toute évidence débattu de la question longuement entre eux, ces derniers ayant été informés le 3 août qu'un fonctionnaire viendrait les rencontrer en cours d'année, afin d'aborder la question de la cession avec eux »⁵¹¹. Comme l'a écrit le directeur général de la Direction générale des revendications particulières, Michel Roy, le 31 janvier 1997 :

[Traduction]

La preuve révèle que la question de la cession a été débattue avec les membres de la PND [Première Nation de Duncan] au moins trois fois avant la date de la cession. Il est particulièrement intéressant de relever que la question de la cession a été débattue au moment du paiement des annuités prévues au traité, respectivement en 1925, 1927 et 1928, alors qu'un grand nombre de membres auraient été présents. La preuve montre en outre que des membres de la PND s'étaient dits disposés à céder les terres en question, sous réserve des modalités qui leur seraient offertes. Le rapport de l'inspecteur Murison concernant la cession permet de penser que des membres de la PND ont eu l'occasion d'envisager la cession et d'en débattre entre eux, avant le vote sur la cession. Le Canada estime que la PND n'a pas établi de façon suffisante qu'il n'y a pas eu consentement libre et éclairé à la cession des réserves.⁵¹²

Aux yeux de la Commission, bien qu'il soit vrai qu'il existe peu de documents démontrant qu'il y a effectivement eu une assemblée de cession et que des échanges ont eu lieu à cette occasion ou à l'occasion d'assemblées antérieures, la conclusion selon laquelle la bande n'a pas compris les modalités de la cession n'est appuyée d'aucune preuve. En fait, les éléments de preuve émanant de Murison, et corroborés par Angela Testawits, indiquent que la bande était préparée à sa venue et avait effectivement négocié des modalités additionnelles concernant la cession, notamment le paiement initial d'une somme de 50 \$ par membre de la bande, des paiements annuels d'intérêts,

509 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 29.

510 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 147 (Perry Robinson).

511 W. Murison, inspecteur des agences des Indiens, à W.M. Graham, commissaire aux Indiens, 3 octobre 1928, AN, RG 10, vol. 7544, dossier 29131-5, partie 1 (Documents de la CRI, p. 253).

512 Michel Roy, Directeur général, Direction générale des revendications particulières, Affaires indiennes et du Nord Canada, à Donald Testawich, chef, Première Nation de Duncan, et Jerome Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 31 janvier 1997 (Pièce 11 de la CRI, p. 5-6).

et la fourniture d'instruments aratoires. En outre, une fois que la cession de Beaver eut été complétée, il semble que la bande de Duncan ait demandé à être traitée de la même façon – c'est-à-dire qu'on verse un deuxième paiement de 50 \$ provenant du produit de la vente, à chaque membre de la bande. Selon la Commission, l'absence de preuve montrant que des membres de la bande ont voulu renverser la cession ou formuler une plainte selon laquelle leurs terres leurs avaient été subtilisées ou leur avaient été retirées de manière frauduleuse est particulièrement significative. À la lumière de ces faits, il paraît évident que la bande était au courant de la nature de la transaction et qu'une fois que l'opération a été lancée, elle a voulu obtenir des conditions encore plus favorables.

Le conseiller juridique de la Première Nation cherche à établir une distinction entre le cas qui nous occupe et les faits en cause dans l'arrêt *Apsassin*, en se fondant sur le fait que dans *Apsassin*, « des témoignages *de vive voix* de la part de témoins ' absolument indépendants et désintéressés ' décrivaient en détail le déroulement des assemblées tenues, indiquaient qui y avait participé, où elles avaient eu lieu, les questions qui y ont été abordées, et livraient un aperçu général des échanges »⁵¹³. Toutefois, selon la Commission, il convient de rappeler que la cession dont il est question dans *Apsassin* a eu lieu en 1945 et que le procès a eu lieu au milieu des années 80 – ce qui représente un écart de près de 40 ans, mais que certains des participants aux événements étaient encore en mesure de témoigner à leur sujet. La cession de Duncan s'est faite 17 ans auparavant, à une époque où les registres étaient tenus de manière moins rigoureuse, et l'enquête de la Commission à ce sujet n'aura commencé qu'au milieu des années 90, soit 67 ans après les faits. La Commission admet qu'il serait préférable de pouvoir compter sur des participants survivants qui seraient en mesure d'expliquer ce qui s'est produit. Toutefois, la présente enquête doit faire l'objet d'une décision à la lumière des preuves qui nous sont soumises, et ces dernières nous amènent à conclure qu'une assemblée a été tenue, à l'occasion de laquelle la question a été débattue et négociée.

Malgré l'écart de temps, la présente cause s'apparente en fait avec l'affaire *Apsassin*, à plusieurs égards. Les membres de la bande de Duncan savaient depuis un certain temps déjà qu'une cession était envisagée, et il semble que la bande se soit réunie en plusieurs occasions – et dans certains cas en présence de représentants de la Couronne, et dans d'autres cas pour discuter

513 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 58.

de la question entre membres de la bande. En dépit de la rareté des documents relatifs à l'assemblée concernant la cession, il semble que la question a été débattue et que ses modalités d'exécution ont été négociées avant la signature proprement dite de la cession. En outre, les membres de la bande de Duncan ont vraisemblablement compris que, par la cession, ils abandonnaient à jamais tous leurs droits sur les terres cédées, en échange d'un paiement initial en espèces de 50 \$, de paiements annuels d'intérêts, et de la fourniture d'instruments aratoires et d'aide à l'agriculture. Par contre, contrairement à l'affaire *Apsassin*, il n'a pas été nécessaire en l'espèce « d'examiner longuement » la question de la sélection d'autres terres de réserve; il n'aurait nullement été avantageux de déplacer la bande de Duncan puisque ses sentiers de piégeage étaient déjà passablement dispersés de toute façon.

Pour ce qui est de la prétention de la Première Nation, à savoir qu'il existe des similitudes entre les faits en l'espèce et ceux dont la Commission était saisie dans le cas de l'enquête sur la Première Nation de Moosomin — et en particulier la minceur des documents attestant d'une assemblée concernant une cession — précisons qu'il existe aussi des différences importantes. Dans l'enquête sur Moosomin, il n'y avait pas de liste des votants admissibles ni de compte rendu des résultats quant à savoir qui a voté pour ou contre la cession. Comme 15 membres ont voté pour la cession et que les statistiques de recensement pour 1909 révèlent que la bande comptait 30 votants admissibles, il est impossible pour la Commission de déterminer si les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les cessions ont été respectées dans ce cas. La Commission a en outre conclu :

En plus de l'ambiguïté de l'attestation, l'absence d'autre preuve fait que nous ne pouvons déterminer si une assemblée a vraiment été convoquée selon les règles de la bande aux fins expresses d'étudier la proposition de cession. Si l'on présume que l'assemblée a eu lieu, il ne subsiste aucun détail concernant l'avis de convocation, le moment de la notification et les destinataires de l'avis, le nombre de personnes présentes à l'assemblée; on ignore également si un vote a réellement eu lieu et, dans l'affirmative, si l'on a compilé les votes favorables ou défavorables à la cession. On ne dispose pas non plus d'éléments de preuve qui permettent de déterminer la nature des discussions avec les personnes habilitées à voter et d'affirmer que les modalités de la cession ont été expliquées aux membres de la bande. Nous sommes étonnés de constater que même si l'agent Day, avant la cession, veillait à communiquer à peu près chaque détail de ses activités au Ministère sur d'autres sujets, il n'a pas gardé de dossier touchant cette assemblée des plus importantes.

Le témoignage des anciens appuie la conclusion qu'une forme quelconque de réunion a eu lieu, et que les personnes présentes ont peut-être alors signé le docu-

ment de cession. Toutefois, il n'est pas clair que les 15 hommes qui ont signé le document ou y ont apposé leur marque savaient ce qu'il signifiait, car on ne dispose pas de preuve quant aux propos tenus à cette assemblée. [...]

En l'espèce, le document de cession et l'attestation assermentée doivent être considérés à la lumière de l'histoire orale et des archives du Ministère, ces deux éléments soulevant des doutes très réels quant à savoir si la bande comprenait pleinement ce qui arrivait relativement à la cession. [...] À notre avis, la combinaison de tous ces facteurs rend au moins défendable l'argument qu'on n'a pas respecté l'art. 49 lors du vote de cession en 1909⁵¹⁴.

En contrepartie, même si les documents se rapportant à cette cause sont peu nombreux, ils suffisent néanmoins pour attester du nombre de votants admissibles qui étaient présents à l'assemblée de cession, du nombre de personnes qui ont voté en faveur de la cession, de la façon dont l'assemblée a été convoquée et, dans une mesure limitée, de la nature de débats qui ont été tenus et du fait que la bande était disposée à examiner la question d'une cession. Les doutes que nous avons exprimés dans l'enquête concernant Moosomin sont moins évidents dans la présente affaire.

Nous concluons que les éléments mis en preuve ne permettent pas d'établir que la bande n'avait pas bien saisi les dispositions de la cession.

« Transactions viciées »

Rappelons que le juge Gonthier, dans *Apsassin*, indiquait qu'il serait hésitant à confirmer la validité de la cession dans cette affaire si la conduite de la Couronne avait « vicié les négociations au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait ». À propos des faits dont il a été saisi, il était en accord avec le juge Addy pour dire que les représentants de la Couronne n'avaient pas tenté d'influencer la bande indienne de Beaver ni avant ni pendant l'assemblée de la cession, mais qu'elle avait plutôt examiné la question d'une manière « des plus consciencieuses ».

En l'espèce, la Première Nation de Duncan a consacré beaucoup d'énergie à tenter de prouver précisément que les transactions viciées à propos desquelles le juge Gonthier ne s'est pas prononcé constituaient la toile de fond des procédures entourant la cession de 1928. En ce qui concerne les facteurs dont la Commission devait tenir compte pour déterminer s'il y a eu des

514 Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de la Première Nation de Moosomin concernant les terres de réserve cédées en 1907* (Ottawa, mars 1997), (1998) 8 ACRI 113, p. 195-196.

transactions viciées, le conseiller juridique de la requérante a fait valoir ce qui suit :

[Traduction]

En premier lieu, nous devons donc examiner la nature des agissements de la Couronne et des circonstances qui ont pu concourir à vicier les transactions dans la présente affaire. Nous devons par ailleurs déterminer s'il y a eu ou non des incitations indues exercées auprès des Indiens qui étaient vulnérables. Il faut déterminer si l'obtention d'une cession s'est faite avec une précipitation injustifiée, si des pressions indirectes, de l'intimidation ou des tentatives indues d'influencer ont été exercées par des tierces parties sur la Couronne ou sur les Indiens, ou si ces derniers ont prêté le flanc à ces manoeuvres. Il faut également déterminer si la Couronne a convenablement et pleinement informé les Indiens quant aux conséquences d'une cession. Tous ces faits, ces circonstances et ces agissements doivent être pris en considération⁵¹⁵.

Selon la Première Nation, dans son enquête sur Moosomin, la Commission faisait ressortir à quel point le Ministère des Affaires indiennes s'était buté à des difficultés liées à la question de la vente de la réserve, et que le Ministère avait finalement décidé d'aller de l'avant parce que les terres de réserve en cause n'avaient aucune utilité pour la bande et que le produit de leur vente allait servir à acquérir des terres de remplacement plus proches des sentiers de piégeage de la bande. À l'opposé, dans la présente cause, le conseiller juridique de la Première Nation fait valoir que les terres avaient de la valeur et qu'elles pouvaient être louées, mais que, comme le Ministère était désireux d'obtenir une cession, la seule difficulté qui se posait pour le Ministère était la question des délais⁵¹⁶. Alors que dans le cas de Moosomin, le Ministère avait pleinement expliqué les conséquences d'une cession et avait agi en conscience et dans le meilleur intérêt de la bande, rien ne prouve dans le cas présent, fait valoir le conseiller juridique, que la Couronne ait tenté de concilier des intérêts divergents; la Couronne a plutôt cédé aux pressions exercées par la Commission d'établissement des soldats, par la province de l'Alberta, par le district municipal et par les colons de la région. La Couronne elle-même a bénéficié de la transaction, en ce que celle-ci a contribué à réduire ses obligations administratives et en utilisant le produit de la vente, premièrement, pour réduire les coûts de maintien de la bande et, deuxième-

515 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 107 (Jerome Slavik).

516 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 110 (Jerome Slavik).

ment, pour financer les avantages que la Couronne était déjà obligée, en vertu du Traité, de fournir à la bande⁵¹⁷.

La Première Nation fait valoir que sa position est fondée sur le fait que l'amorce du processus de cession a été faite par la Couronne et sur les efforts déployés par cette dernière pour conclure la transaction. Elle fait valoir à cet égard qu'un chapelet d'événements appuient sa position :

- D'après la Première Nation, comme l'agent Laird connaissait les prédispositions du commissaire Graham et du surintendant général adjoint Scott, le même agent Laird a réagi au fait que l'agriculteur A.C. Wright avait involontairement empiété, par ses améliorations agricoles, sur la RI 151G en 1922, en proposant dès lors la cession non seulement de cette réserve, mais également des RI 151B, 151C, 151D, 151E, 151F, 151H et 151K⁵¹⁸.
- En novembre 1926, Scott informait Charles Stewart, surintendant général des Affaires indiennes et Ministre de l'Intérieur, que la bande n'utilisait pas les réserves de manière profitable et [traduction] qu'« il serait peut-être possible d'obtenir une entente pour que ces réserves soient cédées en vue d'être vendues, si la question était soumise à l'attention des Indiens »⁵¹⁹.
- À la fin de 1927, la Couronne avait pris sa décision et dès lors, « toute apparence de neutralité est disparue », aux dires de la Première Nation⁵²⁰. En décembre de la même année, Scott faisait savoir à Stewart qu'il avait l'intention d'obtenir une cession de toutes les réserves, à l'exception de la RI 151A, et indiquait avoir conclu, à la lumière du rapport de Laird, [traduction] « que les Indiens seraient disposés à céder ces réserves, à l'exception de la RI 151A, à condition que des incitatifs raisonnables leurs soient offerts en échange »⁵²¹.
- Le conseiller juridique de la Première Nation fait valoir que Laird voulait tellement obtenir les cessions afin de faire bonne impression auprès de ses supérieurs qu'il s'est attaqué aveuglément à cette tâche en obtenant la cession de la RI 151K par Susan McKenzie, une opération qui allait avorter, puisque Laird n'avait pas établi la propriété de la réserve, ne s'était pas conformé aux exigences obligatoires à cet égard et n'avait pas attendu les instructions voulues avant d'agir⁵²².

517 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 113-114 (Jerome Slavik); mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 63.

518 Harold Laird, agent des Indiens par int., au surintendant adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 23 janvier 1923, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (documents de la CRI, p. 150); transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 22 (Jerome Slavik).

519 D.C. Scott, SGAAL, au surintendant général, AI, 25 novembre 1926, MAINC, dossier 777/30-7-151A, vol. 1 (documents de la CRI, p. 181); transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 29 (Jerome Slavik).

520 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 16; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 30 (Jerome Slavik).

521 D.C. Scott, SGAAL, au SGAI, 29 décembre 1927, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (documents de la CRI, p. 189-191); transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 15-16 et 30 (Jerome Slavik).

522 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 31 (Jerome Slavik).

- Le conseiller juridique ajoute qu'en raison du fait que Laird n'était pas parvenu dans le passé à obtenir des cessions, la Couronne avait délégué Murison, qui était beaucoup plus innovateur, plus compétent et plus méticuleux dans son marchandage, mais qui était tout aussi disposé à faire fi des exigences de la *Loi sur les Indiens*⁵²³.
- Le fait que Scott ait informé Murison en juillet 1928 que, compte tenu des dispositions particulières du *Traité 8*, il n'était pas possible d'obtenir des cessions en réunissant des personnes ou des petits groupes des membres de la bande, mais qu'il fallait plutôt tenir une assemblée générale de la bande, indique, d'après la Première Nation, que le Ministère était prêt à passer outre aux dispositions de la *Proclamation royale de 1763* et de la *Loi sur les Indiens* « pour obtenir la cession, par tous les moyens possibles »⁵²⁴.
- Le conseiller juridique de la requérante soutient, [traduction] « compte tenu du fait que Laird avait indiqué que la valeur des terres augmentait rapidement, que la bande avait précédemment eu l'occasion de discuter avec Laird de la possibilité d'une cession, et de l'intérêt que les colons manifestaient envers les terres, qu'il paraissait peu probable que la bande présente à Laird le projet de céder une part importante de ses terres de réserve sans avoir la moindre idée de ce qu'elle voulait ou de ce qu'elle souhaitait ou prévoyait obtenir en échange ». Il serait plus vraisemblable de penser, selon le conseiller juridique, que [traduction] « Laird ait vu dans la disposition de la bande à céder des terres l'occasion rêvée de chercher à obtenir une cession, plutôt qu'une volonté expresse de la part de la bande à se départir de ces réserves »⁵²⁵. En fait, si Laird était effectivement au courant de la valeur marchande des terres à cette époque, le conseiller juridique trouve étrange que la Couronne n'ait pas été disposé à discuter du prix probable qu'on pourrait obtenir en échange de ces terres et qu'elle se soit plutôt contentée d'informer la bande que les terres seraient vendues aux enchères publiques, au prix qu'on pourrait ainsi en obtenir⁵²⁶.
- La Couronne a obtenu la cession de bonnes terres agricoles, sans tenir compte de la volonté expresse de certains membres de la bande d'en venir à pratiquer l'agriculture. Cela démontre, d'après la Première Nation, que la Couronne n'a pas agi dans le meilleur intérêt de la bande⁵²⁷.

Dans sa réplique, le Canada indique que les documents déposés devant la Commission ne démontrent nullement le bien-fondé de l'argument de la Première Nation, à savoir que la Couronne a agi de façon « malhonnête et fausse » en s'employant de façon « agressive » et « impitoyable » à obtenir une cession, à la manière d'un promoteur à la solde des colons de la région, du district municipal, de la province de l'Alberta et de « divers bureau-

523 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 17; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 20, 32 et 34 (Jerome Slavik).

524 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 35-36 (Jerome Slavik).

525 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 15.

526 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 44 (Jerome Slavik).

527 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 20; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 47 (Jerome Slavik).

crates »⁵²⁸. La Couronne fait plutôt valoir que les membres de la bande de Duncan ont fait preuve [traduction] « d'un intérêt indépendant envers la question de la cession de leurs propres réserves », et que l'amorce du processus de cession découle en partie de leur [traduction] « utilisation insuffisante de ces réserves et du fait que ces personnes se soient elles-mêmes informées de la possibilité d'une cession »⁵²⁹. Le conseiller juridique du Canada a répliqué à la liste des faits soumis par la Première Nation et tendant à prouver que le Canada avait été l'initiateur de la cession, en soumettant sa propre liste de faits montrant que c'est la bande qui avait pris l'initiative du processus et que le Canada avait, en fait, pris des mesures pour protéger les intérêts de la bande, en faisant valoir les points suivants :

- En réponse à une demande soumise en 1919 par le brigadier-général W.A. Griesbach, député de la circonscription d'Edmonton Ouest au Parlement, d'ouvrir des réserves à la colonisation, Graham avait répondu : [traduction] « il me paraît étrange que les Indiens soient invités à céder des terres dans ce district dès maintenant, puisqu'il doit exister de vastes superficies de terres domaniales disponibles ». Et il ajoutait [traduction] : « Je ne pense pas que nous devons chercher à obtenir la cession de ces terres, tant qu'il y aura encore des terres disponibles dans le district »⁵³⁰.
- En juillet 1925, le secrétaire trésorier E.L. Lamont, du district municipal de la Paix, faisait remarquer que [traduction] « les réserves indiennes précitées, situées dans les limites de notre district municipal, sont inoccupées depuis de nombreuses années et les rares Indiens encore attachés à ces terres ont exprimé le désir de céder ces terres en conformité avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens* »⁵³¹. Le conseiller juridique du Canada fait valoir que cette lettre démontre que la bande était disposée à céder ses réserves⁵³².
- A.F. MacKenzie, le surintendant adjoint par intérim et secrétaire des Affaires indiennes, faisait savoir à Lamont, en septembre 1925, que [traduction] « le Ministère n'a nulle intention d'aller plus loin dans ce dossier, au vu du fait que la valeur marchande actuelle des terres dans ce district est très faible »⁵³³. Même si MacKenzie a ajouté que le Ministère était disposé à examiner la question plus en profondeur, si jamais les prix des terres devaient augmenter, le Canada fait valoir que le refus de vendre les terres alors que les

528 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 138 (Perry Robinson).

529 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 6, notes de bas de page 8 et 10.

530 W.M. Graham, commissaire, à D.C. Scott, SGAAL, 17 juillet 1919, AN, RG 10, vol. 7535, dossier 26131-3 (Documents de la CRI, p. 104) ; transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 139 (Perry Robinson).

531 E.L. Lamont, secrétaire-trésorier, district municipal de la Paix, au secrétaire des Affaires indiennes, 7 juillet 1925, MAINC, dossier 777/30-7-151A, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 174).

532 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 139 (Perry Robinson).

533 A.F. MacKenzie, surintendant adjoint par intérim et secrétaire des Affaires indiennes, à E.L. Lamont, secrétaire-trésorier, district municipal de la Paix, 3 septembre 1925, MAINC, dossier 777/30-7-151A, vol. 1 (documents de la CRI, p. 180).

prix étaient faibles concordait avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne de protéger la bande d'une transaction assimilable à de l'exploitation⁵³⁴.

- En ce qui concerne la lettre de Scott adressée à Stewart en novembre 1926, et que la Première Nation considère comme une preuve qu'une cession [traduction] « pouvait [...] être obtenue, si la question était soumise à l'attention des Indiens », le Canada relève que Scott avait ajouté que les Affaires indiennes considéraient une cession comme « non souhaitable » à cette époque. Scott poursuivait même en disant [traduction] : « il me semble que si les prix des terres sont très bas dans cette région, de vastes superficies de terres agricoles seraient disponibles et pourraient être achetées, et qu'il ne serait pas à l'avantage des propriétaires indiens de se départir de leurs réserves pour le moment »⁵³⁵. Le conseiller juridique du Canada fait valoir que la Couronne avait alors une fois de plus renoncé à une cession, dans le but de protéger les intérêts des Indiens.
- Le 14 juillet 1927, Laird relatait s'être vu [traduction] « demander de soumettre la question au Ministère, en ce qui concerne la cession de plusieurs réserves appartenant aux Indiens de la bande susmentionnée [Duncan], notamment les RI 151, 151B, 151C, 151D, 151E, 151F, 151G et 151H.⁵³⁶ D'après le Canada, cette demande ne pouvait que provenir de la bande⁵³⁷.
- J.D. McLean, le secrétaire et surintendant général adjoint des Affaires indiennes, écrivait à Laird, le 23 novembre 1927 :

[Traduction]

Le Ministère est disposé à examiner la question d'une cession de ces réserves en vue de leur vente et de leur colonisation, mais avant d'aller de l'avant, il sera nécessaire de déterminer quelles seront les modalités et conditions de la bande serait disposée à accepter. [...]

Si les Indiens sont disposés à céder ces réserves, et à permettre au Ministère de les mettre en vente par enchères publiques au moment opportun, dans l'avenir, nous sommes prêts à aller de l'avant. Par contre, il se peut qu'ils aient en tête un prix plus élevé ou une autre condition qu'ils souhaiteraient obtenir, avant de consentir à une cession⁵³⁸.

Le conseiller juridique du Canada fait valoir que cette lettre montre qu'il n'y a pas lieu de conclure, comme la Première Nation souhaite voir la Commission le faire, que la Couronne a proposé une cession et cherché impitoyablement à l'obtenir⁵³⁹.

534 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 141 (Perry Robinson).

535 D.C. Scott, SGAAL, au surintendant général, AI, 25 novembre 1926, MAINC, dossier 777/30-7-151A, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 181).

536 Harold Laird, agent des Indiens par int., au surintendant adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 21 octobre 1927, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (documents, de la CRI, p. 186).

537 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 142-143 (Perry Robinson).

538 J.D. McLean, surintendant adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, à Harold Laird, agent des Indiens par int., 23 novembre 1927, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 187).

539 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 143-145 (Perry Robinson).

- Enfin, le Canada fait référence à la lettre du 6 décembre 1927 de Laird – dans laquelle ce dernier fait savoir à McLean que la bande lui a demandé en juillet de la même année [traduction] « quelles conditions le gouvernement offrirait »⁵⁴⁰ – de même qu'à la lettre du 10 mars 1928 du même Laird – dans laquelle ce dernier déclare [traduction] : « Je devrais à n'en pas douter recevoir des demandes de renseignements quant à savoir si des mesures ont été prises au sujet de la cession proposée de leurs petites réserves; c'est pourquoi, j'aimerais savoir si le Ministère étudie la question de la consignation d'une cession au cours de l'été à venir »⁵⁴¹. Ces lettres, de même que d'autres lettres antérieures, révèlent, d'après le mémoire du Canada, que la bande était intéressée à vendre ses propres réserves et que le Ministère s'opposait à la vente de ces réserves, puisque, compte tenu des prix faibles, leur cession ne paraissait pas dans le meilleur intérêt de la bande. En outre, le fait que la bande souhaitait vendre une partie de ses réserves n'est pas surprenant, fait valoir le conseiller juridique du Canada, étant donné que la RI 151A était devenue la réserve la plus importante très tôt, tandis que les autres avaient largement cessé d'être utilisées⁵⁴².

En somme, le Canada soutient que les éléments de preuve n'appuient nullement la conclusion voulant que la bande ait subi une influence ou des pressions indues de la part de la Couronne, pendant le processus de cession⁵⁴³. En outre, les allégations de la Première Nation relatives à la fabrication de documents lors de la signature des documents de cession équivalent, d'après le mémoire soumis par le Canada, à une accusation de fraude, dont la prépondérance des probabilités ne suffit pas à établir le bien-fondé, bien que la preuve à établir soit en pareil cas moins stricte qu'en contexte de droit criminel, où la preuve au-delà du doute raisonnable doit être faite. Dans un cas comme dans l'autre, la Première Nation n'a pas, d'après le conseiller juridique du Canada, répondu à cette exigence⁵⁴⁴.

La Commission est portée à ajouter foi aux prétentions du Canada sur cette question. Le conseiller juridique de la Première Nation cherche à donner l'impression que la cession s'est produite sur fond de conspiration de la part des représentants du Canada dans le but de déposséder la bande de Duncan de ses terres, au profit de colons de l'endroit et d'autres intérêts plus puissants. Les deux parties se sont accusées à tour de rôle d'avoir été à l'origine de la cession, mais les éléments mis en preuve ne font pencher la balance ni d'un côté ni de l'autre de façon catégorique. Le fait que les parties

540 Harold Laird, agent des Indiens par int., au surintendant adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 6 décembre 1927, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 188).

541 Harold Laird, agent des Indiens par int., au surintendant adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 10 mars 1928, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 196).

542 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 145-147 (Perry Robinson).

543 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 34.

544 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 34-35.

aient pu de manière sélective retenir des éléments particuliers à l'appui de leurs arguments respectifs démontre que le Canada aussi bien que la bande ont pu avoir de l'intérêt envers la réalisation d'une cession – dans le cas du Canada, pour rendre des terres disponibles pour la colonisation et, dans le cas de la bande, pour aliéner des terres de réserve qui n'avaient aucune utilité immédiate en échange de paiements en argent, de paiements annuels d'intérêt et de la fourniture de bétail, d'instruments aratoires et de matériaux de construction.

Nous sommes frappés par l'attitude relativement détachée affichée par la Couronne à l'égard de cette cession, avant la prise de la décision, qui remonte à la fin de 1927 ou au début de 1928, celle d'aller de l'avant. La Première Nation soutient qu'à cette étape du processus, la Couronne avait abandonné « toute prétention de neutralité », mais nous ne voyons pas la décision de la Couronne du même oeil. Au contraire, nous avons examiné cette décision dans le contexte des lignes directrices communiquées par Scott à ses agents des Indiens en ce qui concerne l'exécution de la cession de terres de réserve. La première de ces lignes directrices se lit ainsi :

[Traduction]

1. Un projet ayant pour objet de soumettre aux Indiens la question de la cession d'une réserve indienne ou d'une partie de réserve doit être soumise par un représentant du Ministère à l'approbation du surintendant général ou de son adjoint, au moyen d'une note de service énonçant les modalités et les motifs de la cession proposée⁵⁴⁵.

Au contraire du paragraphe 51(4) de la *Loi sur les Indiens* de 1927, qui stipule que la Couronne doit accorder ou réserver son assentiment à une cession *jusqu'à ce que* une bande y ait donné son consentement, cette ligne directrice prévoit l'approbation d'une cession par le surintendant général des Affaires indiennes *avant* même que la question soit soumise à la bande. Cette ligne directrice précède toutes les autres lignes directrices relatives à une cession et qui ont trait notamment à des questions comme la publication d'un avis concernant la tenue d'une assemblée sur une cession et la conduite de cette dernière, l'admissibilité des votants, l'assentiment de la majorité et l'attestation du résultat. En d'autres mots, cette ligne directrice semble établir pour la Couronne une politique selon laquelle une cession doit être approuvée par le Ministère au point de départ, afin qu'il puisse être déterminé de

545 Duncan Campbell Scott, SGAAL, « Directives à l'intention des agents des Indiens au sujet des cessions de réserves indiennes », 15 mai 1916, AN, RG 10, vol. 7995, dossier 1/34-1-0 (Pièce 10 de la GRI, onglet A).

manière préliminaire si la Couronne serait disposée à donner son appui à l'aliénation de terres de réserve.

À notre avis, c'est précisément ce qui a été fait en ce qui concerne la bande de Duncan. Un certain nombre de propositions avaient été soumises à l'examen de la Couronne dès le début des années 20, mais la plupart d'entre elles étaient considérées comme étant prématurées, puisque d'autres terres étaient disponibles et que le prix des terres était bas. Il n'était pas nécessaire non plus d'envisager de déplacer des Indiens et, au lieu d'agir en tant que promoteur actif de cessions, la Couronne a au contraire refusé de s'engager dans cette voie. Toutefois, avec l'afflux de colons en nombre toujours plus grand et à mesure que les terres devenaient plus rares, les prix ont augmenté et le Ministère a de nouveau été appelé à décider s'il allait ou non autoriser la cession de terres de réserve à des fins de colonisation. Il est significatif de constater qu'à l'époque, la Couronne a affiché une attitude plutôt dégagée et neutre, ce qui indiquerait que, si la bande était disposée à céder ses réserves, la Couronne aurait probablement été disposée à agir dans ce sens, sous réserve de déterminer au préalable « quelles modalités et conditions la bande serait disposée à accepter ». Une fois que la Couronne eut exprimé sa volonté d'agir dans ce sens, toutefois, elle s'est engagée résolument à convoquer une assemblée au sujet d'une cession et à soumettre la question aux votants admissibles de la bande, mais nul élément de preuve ne tend à indiquer que la Couronne a recouru à des méthodes sans scrupule pour forcer ou inciter la bande à céder ses réserves inutilisées. Même le fait que Scott ait été disposé à autoriser Murison à obtenir des cessions de la part de particuliers ou de petits groupes plutôt que de le faire à l'occasion d'une assemblée ou d'un conseil général de la bande semble avoir été motivé davantage par des questions pratiques, que par de la mauvaise volonté ou par la corruption.

Nous nous appuyons, dans ces conclusions, sur le témoignage d'Angela Testawits. Lorsqu'elle a relaté le déroulement de l'assemblée sur la cession, Angela a notamment dit :

[Traduction]

Les fonctionnaires lui ont dit [à Joseph Testawits] qu'il n'existe pas de chiffre sur lequel nous puissions nous baser pour ce qui est de l'argent qui pourrait être attribué à chaque personne, et se rattachant à la superficie de terre que vous avez vendue; *alors que désirez-vous faire?* Il a répondu : « aussi longtemps qu'il restera des gens de mon peuple ici, de l'argent devra leur être donné chaque automne et chaque printemps ». Son autre demande était que si quelqu'un souhaitait cultiver la terre, il faudrait lui fournir un tracteur et des instruments aratoires; c'est ce qu'il voulait,

nous n'avons jamais vu la moindre de ces choses. Nous avons reçu 200 \$ à l'automne et le même montant au printemps, mais depuis que mon mari est décédé, nous n'avons même pas reçu 50 \$. Et nous n'avons rien reçu du tout depuis très longtemps⁵⁴⁶.

Les mots clés de cet extrait, selon nous, sont : « que désirez-vous faire »? Ces mots ne sont pas ceux que l'on apparente habituellement à des transactions viciées, mais des mots de la Couronne formulés en réponse à un projet de céder des terres de réserve; ils ont été prononcés après que la Couronne eut indiqué être disposée à aller de l'avant, et demandaient à la bande si elle était disposée à en faire autant. Le cas qui nous occupe ne se compare en rien à celui de Kahkewistahaw, où des représentants de la Couronne ont dit, en plus de mots qu'il en faut pour le constater, qu'ils souhaitaient consigner une cession, avant de se présenter en plein coeur de l'hiver avec de l'argent en main dans le but de forcer la main de personnes qui étaient affamées et dépourvues, et de les contraindre à une cession. Les registres et documents se rapportant à la présente enquête ne révèlent aucune volonté de précipiter les choses ni aucun objectif bien arrêté, comme ce fut le cas dans les transactions de cession qui ont été conclues avec le peuple de Kahkewistahaw, pas plus d'ailleurs que dans la présente affaire on n'observe de renversement aussi soudain qu'inexpliqué de la position de la bande, comme ce fut le cas pour la bande de Kahkewistahaw.

En ce qui concerne les documents de cession, nous avons déjà dit que le toucher de la plume (lors de la signature) constitue une explication raisonnable aux similitudes que l'on observe dans les marques des votants sur un document donné et aux différences que l'on relève dans les marques des votants, d'un document à l'autre. Nous ne sommes toujours pas convaincus que les documents de cession ont été forgés ou trafiqués, et nous sommes d'accord avec l'argument du Canada que la fraude alléguée n'a pas été démontrée. En conclusion, nous ne trouvons rien d'autre dans les agissements de la Couronne qui auraient pu vicier les transactions au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait.

Lorsqu'une bande a cédé ou abdiqué son pouvoir de décision

Dans notre rapport d'enquête sur la cession consentie en 1907 par la bande de Kahkewistahaw, nous avons examiné de façon assez détaillée les motifs du

546 Entrevue avec Angela Testawits, 5 décembre 1973, p. 3 (Pièce 6 de la CRI, onglet G). Italiques ajoutés.

juge McLachlin concernant les obligations de fiduciaire de la Couronne avant la cession. Dans son examen des obligations de fiduciaire à l'égard d'une bande dans ce contexte, Madame le juge McLachlin s'est inspirée de plusieurs décisions de la Cour Suprême sur les règles de la fiducie en droit privé :

En règle générale, une obligation de fiduciaire prend naissance lorsqu'une personne possède un pouvoir unilatéral ou discrétionnaire à l'égard d'une question touchant une autre personne « particulièrement vulnérable » : voir *Frame c. Smith*, [1987] 2 RCS 99 [[1988] 1 CNLR 152 (version abrégée)]; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 SCR 226; et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 RCS 377. La partie vulnérable est tributaire de la partie qui possède le pouvoir unilatéral discrétionnaire, qui, à son tour, est obligée d'exercer ce pouvoir uniquement au profit de la partie vulnérable. La personne qui cède (ou, plus souvent, qui se trouve dans la situation où quelqu'un d'autre a cédé pour elle) son pouvoir sur quelque chose à une autre personne escompte que la personne à qui le pouvoir en question est cédé l'exercera avec loyauté et diligence. Cette notion est la pierre d'assise de l'obligation de fiduciaire⁵⁴⁷.

En analysant ce passage, voici ce que nous avons écrit dans le rapport d'enquête sur la revendication de la bande de Kahkewistahaw :

D'après les faits de l'affaire *Apsassin*, le juge McLachlin a conclu que : « Il ressort de la preuve que la bande escomptait que la Couronne la renseignerait sur les diverses solutions qui s'offraient à elles – et sur les conséquences prévisibles de ces solutions – relativement à la cession de la réserve Fort St. John et à l'acquisition de nouvelles réserves qui conviendraient mieux à son mode de vie fondé sur le piégeage et la chasse. La preuve n'étaye pas la prétention que la bande avait renoncé à son pouvoir de décision quant à la cession de la réserve ou qu'elle s'en était remis à la Couronne à cet égard ». Comme la bande ne veut pas renoncer à son pouvoir de décision concernant la cession à la Couronne, ni ne l'avait confié à qui que ce soit, le juge McLachlin a considéré que « la preuve n'appu [yait] pas l'existence d'une obligation de fiduciaire qui aurait incombé à la Couronne avant la cession de la réserve par la bande ».

L'analyse faite par le juge McLachlin de ce qui constitue une cession où l'abdication du pouvoir de prise de décision est très brève, certainement parce que les faits qui lui ont été présentés montrent que la bande indienne des Castors avait pris en toute connaissance de cause la décision de céder ses terres de réserve et qu'à l'époque, la décision paraissait éminemment raisonnable. À notre avis, les raisons qu'elle invoque n'indiquent pas clairement si elle était simplement parvenue à une conclusion de fait lorsqu'elle a constaté que la bande n'avait ni cédé ni abdiqué son

⁵⁴⁷ *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)* [1995] 4 RCS 344, p. 371-372; [1996] 2 CNLR 25, 130 DLR (4th) 193 (juge McLachlin). Italiques ajoutés.

pouvoir de décision au profit de la Couronne, ou si elle avait l'intention de déclarer qu'en droit, une obligation de fiduciaire n'existe que lorsqu'une bande ne prend absolument aucune part au processus de prise de décision⁵⁴⁸.

Après avoir examiné d'autres décisions de la Cour Suprême du Canada traitant de ce qui est nécessaire pour céder ou abdiquer un pouvoir de décision à un fiduciaire ou en faveur de celui-ci, nous avons poursuivi ainsi :

L'affaire *Norberg*⁵⁴⁹ comme l'affaire *Hodgkinson*⁵⁵⁰ montrent que lorsque le bénéficiaire est obligé de s'en remettre au fiduciaire, le pouvoir de prise de décision peut être cédé ou abdiqué même si, d'un point de vue strictement formel, c'est le bénéficiaire qui prend la décision. Ces deux affaires ne portent cependant pas sur la relation fiduciaire entre le gouvernement fédéral et une bande indienne, et *Apsassin* doit donc être considéré comme le cas faisant autorité en ce qui concerne les obligations de fiduciaires de la Couronne avant la cession. Après l'examen de cet arrêt, il nous paraît inconcevable que le juge McLachlin ait voulu dire que le simple fait qu'il y ait eu un vote conforme aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à la cession exclut la possibilité de conclure qu'une bande a cédé ou abdiqué son pouvoir de prise de décision. Si c'est là le critère, il est difficile de concevoir des circonstances dans lesquelles on pourrait constater l'existence d'une cession ou d'une abdication.

Nous concluons que lorsque l'on tient compte des obligations de fiduciaires de la Couronne à l'égard d'une bande, il est indispensable de déterminer, par-delà la décision de cession, si le pouvoir de prise de décision a été cédé ou abdiqué en faveur de la Couronne. À notre avis, la décision de céder des terres qui, au premier abord, a été prise par une bande peut tout de même être considérée comme une cession ou une abdication. Le simple fait qu'il y ait eu « ratification » formelle par la bande lors d'une rencontre organisée en bonne et due forme ne devrait rien changer à cette conclusion. À moins que le résultat de l'analyse du juge McLachlin ne soit que le pouvoir de prise de décision est cédé ou abdiqué *dans le seul cas* où une bande a totalement renoncé à ce pouvoir quant à *la forme et au fond*, nous ne considérons pas qu'un vote majoritaire d'une bande en faveur d'une cession soit déterminant. De plus, si le critère n'existe pas qu'il y ait eu renonciation complète en la forme et au fond, nous estimons que les faits de cette cause montrent que le critère a été respecté — le pouvoir de décision de la bande à l'égard de la cession a été cédé ou abdiqué au profit de la Couronne⁵⁵¹.

548 Commission des revendications des Indiens, *Enquête sur la revendication de la Première Nation de Kabke-wistabaw relative à la cession de terres de réserve en 1907* (Ottawa, février 1997), (1998) 8 ACRI 3, p. 131. Notes de bas de page omises.

549 *Norberg c. Wynrib*, [1992] 4 WWR 577, p. 622-623 (CSC) (juge McLachlin).

550 *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 9 WWR 609, p. 645 (CSC) (juge La Forest).

551 Commission des revendications des Indiens, *Enquête sur la revendication de la Première Nation de Kabke-wistabaw relative à la cession de terres de réserve en 1907* (Ottawa, février 1997), (1998) 8 ACRI 3, p. 134-135.

C'est dans le contexte des observations qui précèdent, extraites de l'arrêt *Apsassin* et de l'enquête sur la revendication de la bande de Kahkewistahaw que le conseiller juridique de la Première Nation de Duncan fait valoir qu'une cession, même si à sa face même elle paraît valable, peut quand même simplement refléter la volonté du Ministère des Affaires indiennes et non celle de la bande qui cède ses terres. Il devient nécessaire d'examiner la genèse de la décision pour déterminer si le pouvoir de prendre une décision a été cédé ou abdiqué en faveur de la Couronne. Selon la Première Nation, la question relève dans une large mesure de la *capacité* de la bande et conséquemment, de la mesure dans laquelle elle *contrôle* le processus de cession⁵⁵² :

[Traduction]

Nous vous demandons de déterminer si on peut vraiment parler d'autonomie de la bande ou non dans ce cas-ci, étant donné que l'autonomie de la bande fait référence à sa capacité d'exercer, comme l'a indiqué [le juge McLachlin dans *Apsassin*], un certain contrôle du processus de cession, aussi bien en ce qui touche la compréhension du processus de réalisation de la cession que ses modalités, et d'avoir cette capacité, c.-à-d. être en mesure d'exercer ce contrôle.

Dans le cas qui nous occupe ici, rien n'indique que la bande était le moins en mesure de contrôler efficacement ce processus, d'en évaluer le bien-fondé, de décider du moment, du lieu, des événements et d'acquérir l'information pertinente. La bande était entièrement dépendante du Ministère en ce qui touche le processus, ses modalités et tout le reste.

Il [Murison] a allégué que la bande avait apporté sa contribution au processus, et qu'elle s'était informée au sujet des instruments de cession. Ce n'est pas ce que les registres indiquent. C'est ce que dit la lettre de Murison, mais le document de cession, d'après M. Reddekopp et à la lumière d'une lecture claire de ce qu'il renferme, est demeuré inchangé, depuis le jour même où il avait été établi. On ne peut parler de contrôle quant aux modalités.

En somme, nous estimons que dans la situation où elle était, la bande n'a pas pu exercer de contrôle et que cette situation a conduit la bande à abdiquer son pouvoir de décision, dans les faits⁵⁵³.

Nous trouvons un autre indice de cette abdication dans l'état même où était le leadership de la bande, comme l'a d'ailleurs relevé la Commission dans son enquête sur la revendication de la bande de Kahkewistahaw. Le conseiller juridique de la Première Nation souligne que la bande de Duncan n'avait pas de chef ni de dirigeant officiel et qu'un grand nombre de ses

552 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 228-229 (Jerome Slavik).

553 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 219-220 (Jerome Slavik).

membres ne parlaient, ne lisaient ou n'écrivaient pas l'anglais ou encore n'avaient aucune connaissance des pratiques agricoles commerciales. Faute de pouvoir compter sur des conseils indépendants, ils étaient, selon le mémoire du conseiller juridique, vulnérables aux pressions constantes exercées de l'extérieur pour les inciter à céder leurs réserves, et comme leurs homologues de Kahkewistahaw, ils s'en sont remis à la Couronne et lui ont de fait cédé leur pouvoir de décision⁵⁵⁴. D'après la Première Nation, la Couronne a été la seule conseillère de la bande en ce qui a trait aux conséquences, aux avantages et aux inconvénients d'une cession⁵⁵⁵, et, à la lumière du raisonnement formulé par le juge en chef Isaac dans la l'arrêt *Semiabmoo*, la Couronne était obligée « de veiller à ce que l'exercice par la bande de son pouvoir discrétionnaire ne soit pas entravé par la conviction que la cession était inévitable » ou que les pressions continueraient d'être exercées sur la bande, si la cession n'était pas octroyée⁵⁵⁶. Toutefois, au lieu de prodiguer des conseils impartiaux, Murison a tiré profit de la vulnérabilité de la bande pour obtenir la cession, aux dires de la Première Nation⁵⁵⁷. Selon le conseiller juridique, il aurait été plus convenable pour la Couronne de renoncer à consigner la cession, en attendant que la bande se désigne des chefs, qui auraient pu examiner la décision d'une manière plus structurée, notamment dans le cadre du processus décisionnel traditionnel de la collectivité qu'a décrit John Testawits⁵⁵⁸. Toutefois, étant donné que la Couronne *était* le seul conseiller, il devient nécessaire de déterminer quels intérêts la décision servait et conséquemment, qui a vraiment pris la décision. Dans le cas qui nous occupe, d'après la Première Nation, la décision et l'intérêt étaient tous deux ceux de la Couronne⁵⁵⁹.

Le Canada aussi s'attarde aux questions de capacité et de contrôle, en tant que critères essentiels pour évaluer si le pouvoir de la bande a été cédé ou abdiqué. Le Canada admet également qu'une obligation de fiduciaire peut exister lorsque les membres d'une bande confient au Canada leurs pouvoirs de décision concernant la cession de leurs réserves⁵⁶⁰. Toutefois, contraire-

554 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 60 (Jerome Slavik).

555 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 21.

556 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 64. Cet argument s'inspire des motifs de la Cour fédérale d'appel dans l'arrêt *Bande indienne de Semiabmoo c. Canada*, [1998] 1 CF 3, 148 DLR (4th) 523 (CA), que nous examinerons plus longuement un peu plus loin dans le rapport.

557 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 21.

558 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 115 (Jerome Slavik).

559 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 118-119 (Jerome Slavik).

560 Michel Roy, directeur général, Direction générale des revendications particulières, Affaires indiennes et du Nord Canada, à Donald Testawich, chef, Première Nation de Duncan, et à Jerome Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 31 janvier 1997 (Pièce 11 de la CRI, p. 6).

ment à la Première Nation, le Canada considère que [traduction] « la décision de céder, ou de ne pas céder, est demeurée entre les mains de la bande de Duncan pendant tout le processus de la cession »⁵⁶¹ et que le pouvoir de décision n'a pas été cédé ni abdiqué en faveur du Canada, en rapport avec la cession de la RI 151 et des RI 151B à 151G⁵⁶². Comme l'a dit le conseiller juridique dans ses arguments :

[Traduction]

Bon, ce que j'ai dit lorsque j'ai initialement commencé à examiner tous les documents antérieurs à la cession et qui ont précédé cette dernière, c'est que des tiers avaient manifesté de l'intérêt envers ces terres, mais que la conduite de la Couronne pendant le processus de cession n'a pas été impitoyable. La Couronne ne s'est pas montrée partisane. Il n'y a pas eu de fièvre de la cession. La bande elle-même, la preuve le montre, avait des raisons de vouloir céder ses réserves, parce qu'elle n'utilisait pas les réserves qu'elle a cédées; et la bande elle-même s'était informée auprès du Ministère de la possibilité d'une cession. Nous ne sommes pas dans une situation où la bande a abdiqué sa responsabilité en matière de prise de décision⁵⁶³.

Le conseiller juridique du Canada fait valoir en outre que, contrairement à ce qu'affirme la Première Nation, la preuve montre que la bande de Duncan avait des structures de leadership, Joseph Testawits ayant été identifié par John Testawits comme étant un dirigeant. De plus, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* de 1927 concernant les cessions imposaient l'obligation d'obtenir l'assentiment de la majorité des hommes de la bande ayant 21 ans révolus, à l'occasion d'une assemblée convoquée précisément pour examiner un projet de cession, mais ces dispositions ne précisait pas qu'une cession ne saurait être accordée, à moins que la bande ne dispose d'un conseil dûment élu, en conformité avec la Loi⁵⁶⁴.

Le Canada s'est également fondé sur des éléments de preuve se rapportant à des gestes posés par la bande à la suite de la cession, et que le Canada considère pertinents pour ce qui est de déterminer si la bande a cédé ou abdiqué son pouvoir de décision, dans l'octroi de la cession. Le conseiller juridique a relevé qu'après avoir négocié un seul paiement de 50 \$ par personne à prélever sur le produit de la vente des terres cédées et avoir découvert ultérieurement que la bande de Beaver avait négocié deux semblables

561 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 28.

562 Michel Roy, directeur général, Direction générale des revendications particulières, Affaires indiennes et du Nord Canada, à Donald Testawich, chef, Première Nation de Duncan, et à Jerome Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 31 janvier 1997 (Pièce 11 de la CRI, p. 6).

563 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 188 (Perry Robinson).

564 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 188-189 (Perry Robinson).

paiements, les membres de la bande de Duncan ont demandé aussi à obtenir un second paiement de 50 \$; ils ont même présenté à l'agent Laird une requête dans ce sens – « une conduite plutôt inhabituelle pour une bande qui se serait fait voler ses terres et n'aurait pas su que les terres avaient en fait été cédées »⁵⁶⁵. en 1930, la bande a également fait appel à un bureau d'avocats à cause du présumé manquement de la part du gouvernement fédéral à se conformer aux dispositions de la cession en ce qui concerne la fourniture d'instruments aratoires⁵⁶⁶. D'après le conseiller juridique du Canada, ces démarches s'apparentent aux requêtes des bandes dont il est question dans *Chippewas de Kettle et Stony Point* et dans l'enquête sur la bande de Sumas pour que l'on conclue la vente de leurs terres respectives et que l'on verse le solde à valoir sur les prix d'achat – des mesures qui [traduction] « dénotent un consentement libre et éclairé aux cessions » et permettent de penser que les bandes n'ont jamais abdiqué leur pouvoir de décision⁵⁶⁷.

La réponse de la Première Nation aux prétentions concernant les activités de la bande après la cession est de dire qu'il faut leur accorder peu de poids, et ce, pour trois raisons. Premièrement, ces activités étaient, selon le conseiller juridique, sans rapport avec la question de la conformité avec la Loi; deuxièmement, elles n'ont aucune incidence sur la conduite de la Couronne et sur la compréhension ou le contrôle par la bande – et conséquemment sur son autonomie – à l'époque de la cession; et, troisièmement, la demande d'un second paiement de 50 \$ reflète tout au plus les efforts déployés par la bande pour tirer le meilleur parti d'une situation peu avantageuse. Comme l'a déclaré le conseiller juridique :

[Traduction]

Voyez-vous, si les carottes sont cuites, aussi bien les manger. La transaction s'est faite à leur profit ou à leur détriment. Une fois que les réserves ont été cédées, cette bande n'était plus en mesure et n'avait pas les moyens de faire quoi de toute façon? Pouvait-elle entamer des poursuites dans les circonstances? Les dispositions de la Loi sur les Indiens de l'époque étaient très claires à l'encontre de telles revendications⁵⁶⁸.

565 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 191 (Perry Robinson).

566 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 32. Il est intéressant de noter que le bureau d'avocat de Peace River retenu par la bande comptait dans ses rangs William P. Dundas, l'avocat devant qui les membres de la bande Eban Testawits, James Boucher et Josephe Testawits ont prêté serment pour l'affidavit de cession à Waterhole (Alberta), en septembre 1928.

567 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 31-32.

568 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 220 (Jerome Slawik).

Selon la Commission, bien qu'on puisse établir un mince parallèle avec l'enquête sur la revendication de Kahkewistahaw en ce que la bande de Duncan n'avait pas de chef à l'époque de la cession, les différences sont néanmoins trop nombreuses pour que nous puissions parvenir à la même conclusion dans ce cas-ci. Il est peut-être vrai que la bande de Duncan n'avait pas de chef, mais nous ne trouvons pas ici la même absence de leadership qui était si évidente à la fois dans les enquêtes concernant les bandes de Kahkewistahaw et de Moosomin. En outre, rien en l'espèce n'indique que la bande ait été effectivement *empêchée* de se choisir un chef ou que des mesures aient été prises pour empêcher des membres de la bande de demander des conseils à l'extérieur, comme ce fut le cas pour la bande de Kahkewistahaw.

Dans l'enquête concernant Kahkewistahaw, la bande avait repoussé des tentatives antérieures d'obtenir une cession mais, cinq jours après avoir voté contre un projet de cession, elle fit volte-face, elle abandonna pratiquement toutes ses bonnes terres agricoles après avoir reçu des pots-de-vin et après avoir subi des menaces, alors que la bande était désemparée, après avoir subi les dures privations d'un hiver typique des Prairies, sans parler de la menace que l'on mette fin à toute aide gouvernementale future. De la même manière, nous avons vu dans l'enquête concernant Moosomin que, même si la bande a exprimé de façon répétée le souhait de conserver ses réserves, l'agent des Indiens J.P.G. Day a été réprimandé par le Ministère des Affaires indiennes pour sa tentative infructueuse d'obtenir une cession en 1908, avant la cession qui fut finalement consignée en 1909. Aucun événement de ce genre ne s'est produit dans le cas des réserves de Duncan. Nous n'avons pas relevé non plus de rapports répétés faisant état des efforts persistants comme ceux qu'a déployés l'agent des Indiens Peter Byrne dans le but d'obtenir une cession dans le cas de la bande de Sumas – efforts qui, en dépit du fait qu'il avait été conclu que Byrne n'avait pas exercé de pressions indues sur les Indiens pour que ces derniers consentent à une cession contre leur gré, nous avaient néanmoins incités à examiner de près la cession à la lumière des intérêts divergents parmi lesquels la Couronne se doit de trouver un juste milieu, dans toute transaction du genre.

En outre, dans la présente enquête, nous avons déjà examiné la prétention de la Première Nation selon laquelle les documents de cession, du fait qu'ils ont été préparés à l'avance, témoignent que la bande n'a pas été mise à contribution dans le processus de cession ou qu'elle n'a pas contrôlé ce processus. À notre avis, les documents ont été préparés *à l'occasion* de

l'assemblée sur la cession ou *après celle-ci*, et nous inférons, à la lumière du rapport de Murison du 3 octobre 1928 et de la déclaration d'Angela Testawits, que des membres de la bande, menés par Joseph Testawits, ont participé activement aux échanges et ont en fait négocié les modalités de la cession.

Nous avons soigneusement examiné les arguments de la Première Nation de Duncan fondés sur l'arrêt *Semiabmoo*, arguments selon lesquels ses ancêtres avaient éprouvé un sentiment d'impuissance face à la perte « inévitable » de leurs terres de réserve et avaient vu leur capacité de prendre une décision autonome être entravée. Pour comprendre comme il convient l'allégation de la Première Nation selon laquelle l'obligation correspondante de la Couronne de « s'assurer que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la bande ne soit pas entravé par la conviction que la cession était inévitable » ou que les pressions qui seraient exercées pour que la bande cède ses terres allaient se poursuivre, si la cession n'était pas accordée, il est indispensable d'examiner les faits se rapportant à l'affaire *Semiabmoo*.

L'historique des faits se rapportant à l'affaire *Semiabmoo* commence en 1889, lorsque le gouvernement fédéral met de côté une réserve d'une superficie de 382 acres pour la bande indienne de Semiabmoo, en Colombie-Britannique. La réserve se trouve juste au nord de la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis, près de la baie de Semiabmoo. En 1928, le Ministère fédéral des Travaux publics expropriait 15,78 acres de terres de réserve sans le consentement de la bande, mais ces terres sont ultérieurement transférées à la province de la Colombie-Britannique en 1936, lorsqu'il devient évident que le Ministère n'en avait pas besoin. Le Canada fait l'acquisition de 5,74 autres acres de réserve auprès de la bande, par voie de cession en 1943, cette superficie de terre ayant été remise à la province, qui allait l'utiliser comme parc provincial.

En 1949, le Ministère fédéral de Travaux publics commence à envisager la possibilité d'agrandir les installations douanières du Canada au passage frontalier de Douglas, voisin de la réserve de la bande. Une proposition initiale faite à la bande la même année fut rejetée, mais en 1951 la bande accepte une proposition plus formelle de céder 22 408 acres, au prix de 550 \$ l'acre. Le juge Reed, au procès, statua que la bande n'aurait « normalement » pas cédé ces terres, mais savait d'après son expérience antérieure que le Canada avait le droit de les exproprier à des fins publiques, si la bande refusait de les céder. Le sommaire de la décision décrit succinctement le reste des faits pertinents :

[Traduction]

La cession avait pour but d'améliorer des installations douanières voisines de la réserve. Toutefois, la quasi totalité des terres en question n'a pas été utilisée à cette fin ni à quelqu'autre fin, mais la Couronne a néanmoins conservé le titre sur les terrains. La bande indienne s'est informée et a demandé en maintes occasions que les terres inutilisées lui soient rendues, à partir de 1962. en 1969, il est devenu évident, d'après un rapport de consultant, que les terres n'allaient pas servir à l'agrandissement des installations douanières dans un avenir prévisible, aussi la bande demanda-t-elle officiellement à reprendre les terres. La bande a présenté plusieurs requêtes par la suite afin de récupérer les terres. Toutefois, on répondait chaque fois à la bande que les terres étaient nécessaires en prévision de l'expansion future prévisible des installations douanières, ou qu'une étude concernant leur aménagement était en cours. en 1987, la bande a demandé un avis juridique, après quoi la Couronne a fait appel à des consultants pour que ceux-ci préparent une étude. L'étude en question recommandait l'aménagement d'un lieu de villégiature sur les terres. Le rapport fut communiqué à la bande en 1989. en 1990, la bande intentait une poursuite, alléguant que la Couronne ne s'était pas acquittée de son devoir de fiduciaire envers la bande à l'égard de la cession de 1951, faute d'avoir obtenu un prix convenable et d'avoir veillé à protéger les meilleurs intérêts de la bande, lorsque cette dernière a consenti à une cession absolue de ces terres. Par la suite, la Couronne a commandé une étude qui recommandait le réaménagement des installations douanières. Le rapport sur cette étude ne sera remis qu'en 1992⁵⁶⁹.

Comme l'a précisé le juge en chef Isaac : « l'étude [de 1992] avait été demandée et achevée compte tenu de l'hypothèse selon laquelle l'installation existante était inadéquate »⁵⁷⁰.

Lorsqu'il a examiné la question de l'obligation fiduciaire qui peut résulter de la perception par une bande que la perte de ses terres de réserve est inévitable, le juge en chef Isaac a appliqué aux faits se rapportant à l'affaire *Semiabmoo* les lignes directrices formulées par Madame le juge Wilson dans l'arrêt *Frame c. Smith*⁵⁷¹, pour déterminer si une relation de fiduciaire existe :

Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, le juge Wilson a proposé les indices suivants à l'égard des relations fiduciaires :

- (1) Le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.

⁵⁶⁹ *Bande indienne de Semiabmoo c. Canada*, version française du sommaire publié dans les DLR, 148 DLR (4th) 523, p. 523-524 (CA); [1998] 1 CF 3.

⁵⁷⁰ *Bande indienne de Semiabmoo c. Canada*, [1998] 1 CF 3, p. 18; 148 DLR (4th) 523, p. 533 (CA).

⁵⁷¹ *Frame c. Smith*, [1987] 2 RCS 99; 42 DLR (4th) 81.

(2) Le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.

(3) Le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.[...]

Dans presque tous les cas où des terres de réserve sont en cause, la Couronne possède un pouvoir considérable sur les bandes indiennes touchées en vertu de l'exigence relative aux cessions. Toutefois, en l'espèce, la bande était particulièrement vulnérable. En effet, la preuve montre qu'il était déjà arrivé que des terres de la bande soient prises par voie d'expropriation et qu'avant la cession de 1951, Travaux publics envisageait d'obtenir les terres ici en cause au moyen de l'expropriation.[...] Il ressort clairement des motifs du juge de première instance que la latitude que la bande avait de consentir ou de refuser de consentir à la cession de 1951 était fortement influencée par le fait qu'elle savait que, quelle que soit sa décision sur la question de la cession, elle risquait de toute façon de perdre ses terres par voie d'expropriation.[...]

Le juge de première instance a également conclu que la capacité de la bande de consentir ou de refuser de consentir à la cession absolue, en 1951, était limitée du fait que celle-ci savait que l'intimée pouvait exproprier les terres. Dans ses motifs de jugement, le juge de première instance a dit ceci :

Il est important de souligner que la bande savait que la défenderesse, pendant toute la période en cause, avait le droit d'exproprier le terrain à des fins publiques si elle refusait de le céder. De plus, je suis d'accord avec la manière dont l'avocat des demandeurs a qualifié la preuve selon laquelle la bande n'aurait normalement pas cédé le terrain, même si elle avait pu le subdiviser pour que d'autres personnes l'occupent en vertu de baux à long terme.[...]

Compte tenu de ces conclusions, la prétention de l'intimée selon laquelle la bande a consenti à la cession absolue librement et en toute connaissance de cause sonne creux. À mon humble avis, en concluant que la bande avait cédé leurs terres à l'intimée et qu'elle « n'aurait normalement pas cédé » ces terres, le juge de première instance a conclu, en se fondant sur la preuve, que la bande estimait qu'il lui était impossible de prendre une autre décision.[...]

En omettant d'apaiser le sentiment d'impuissance qu'éprouvait la bande à l'égard du processus décisionnel, l'intimée a omis de protéger, dans la mesure requise, les intérêts de la bande⁵⁷².

Dans le cas présent, rien n'indique que la bande de Duncan était consciente de la possibilité d'une expropriation et que ses membres ont été influencés par de telles considérations. Pour ce qui est de savoir si les circonstances qui ont par ailleurs fait en sorte que la bande se sente impuissante à

⁵⁷² *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 CF 3, 148 DLR (4th) 523, p. 537-539 (CA).

prendre quelque autre décision, nous reconnaissons que presque tous les membres de la bande étaient peut-être illettrés et ne pouvaient peut-être ni parler, ni lire ou écrire en anglais, mais nous n'établissons pas nécessairement une équation entre cette réalité et leur impuissance ou leur incapacité. En fait, en l'espèce, la preuve laisse à penser le contraire. Les membres de la bande semblent pour la plupart avoir été indépendants et autonomes, et il semble qu'ils ne comptaient ni sur les réserves ni sur autrui pour subvenir à leurs besoins. Dans la cession de la RI 151 et des RI 151B à 151G, ils n'avaient pas à redouter de perdre leur principale source de subsistance, puisque, au contraire, ils aliénaient des terres qu'ils utilisaient très peu, en échange d'un paiement en espèce immédiat et de versements annuels d'intérêt, qui *s'ajouteraient* à leurs sources de revenus principales, provenant d'autres activités. Cela étant, nous ne percevons pas l'impression d'impuissance ou de résignation que l'on a pu observer dans l'affaire *Semi-abmoo* ou lors de cessions que nous avons examinées à l'occasion des enquêtes précédentes relatives aux Premières Nations de Kahkewistahaw et de Moosomin. Nous ne voyons pas d'efforts persistants pour obtenir une cession, ou d'indication que la pression sur la bande se maintiendrait jusqu'à ce qu'on puisse obtenir une cession, éléments qui caractérisaient les enquêtes précédentes dont la Commission s'est chargée.

Les registres montrent par ailleurs que la question de la cession avait été abordée avec la bande de Duncan à un certain nombre d'occasions avant l'assemblée sur la cession de 1928. En dépit des différents endroits où les membres de la bande résidaient, les membres semblent avoir eu la chance de discuter de la question entre eux, comme l'atteste le rapport de Murison, selon lequel les membres de la bande en ont discuté et étaient « préparés » à sa venue.

En outre, nous avons déjà précisé avoir conclu que, même si la Première Nation soutient que la cession a été entreprise à l'initiative de représentants du Canada, la preuve n'appuie absolument pas cette conclusion. Nous sentons par ailleurs le besoin de rappeler la déclaration d'Angela Testawits selon laquelle, après que Murison eut informé les membres de la bande qu'il ne pouvait leur indiquer le prix qu'on obtiendrait pour les terres, avant la tenue des enchères publiques, il leur a demandé : « Que voulez-vous faire? ». À notre avis, cette simple déclaration nous incite fortement à conclure que le Canada, loin d'avoir usurpé l'autonomie de la bande, a cherché à s'enquérir de la décision de la bande quant à savoir si elle souhaitait ou non céder ses terres. Nous avons aussi fait référence à d'autres exemples de l'attitude neu-

tre affichée par le Canada en ce qui touche la cession et au fait que le Canada a voulu savoir quelles conditions la bande serait prête à accepter, ce qui, dans un cas comme dans l'autre, n'indique nullement que la Couronne a cherché à imposer sa volonté à la bande. Au contraire de l'affaire *Semiab-moo* et des enquêtes sur les revendications des bandes de Kahkewistahaw et de Moosomin, nous ne trouvons rien dans les motivations et les procédés employés par le Canada pour obtenir la cession qui serait digne de reproches, si ce n'est peut-être quelques lacunes du côté des documents établis (en rapport avec la cession). Par conséquent, nous concluons que la bande de Duncan n'a ni cédé ni abdiqué son pouvoir de décision en ce qui concerne la cession à la Couronne ou en faveur de cette dernière.

Obligation de la Couronne d'empêcher une cession

La question suivante que la Commission doit examiner consiste à déterminer si, à la lumière des faits ici en cause, l'obligation de fiduciaire rattachée par la Cour Suprême du Canada au paragraphe 51(4) de la *Loi sur les Indiens* de 1927 faisait obligation à la Couronne d'empêcher la cession de la réserve.

Dans *Apsassin*, la bande indienne de Beaver avait fait valoir que l'esprit paternaliste de la *Loi sur les Indiens* – qui confère à la Couronne le titre sur les propriétés au nom de la bande – imposait à la Couronne le devoir de protéger les Indiens contre des décisions imprudentes en ce qui concerne l'aliénation de leurs terres. Fondamentalement, l'argument à cet égard était que la Couronne n'aurait pas dû permettre à la bande indienne de Beaver de céder sa réserve, parce que la cession n'était pas dans les meilleurs intérêts à long terme de la bande. À l'inverse, la Couronne a affirmé que les bandes devraient être traitées comme des agents indépendants en ce qui concerne leurs terres. Le juge McLachlin a traité de la question dans les termes suivants :

Il s'agit d'abord de déterminer si la *Loi des Indiens* imposait à la Couronne l'obligation de refuser que la bande cède sa réserve. La réponse à cette question se trouve dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [...] où le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada) a statué [...] que le fondement de l'obligation de la Couronne relativement à la cession des terres des Indiens était la prévention des marchés abusifs. [...]

À mon avis, les dispositions de la *Loi des Indiens* relatives à la cession des terres de réserve des bandes établissent un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection. Il fallait que la bande visée consente à la cession de sa réserve, à défaut de quoi celle-ci ne pouvait pas être vendue. Par ailleurs, il fallait également que la Couronne, par l'intermédiaire du gou-

verneur en conseil, consente à la cession. *L'exigence que la Couronne consente à la cession n'avait pas pour objet de substituer la décision de cette dernière à celle des bandes, mais plutôt d'empêcher que celles-ci se fassent exploiter.* Le juge Dickson a décrit ainsi cette exigence dans *Guerin* [à la p. 383] :

Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur et locataire éventuels de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter.

Il s'ensuit que, en vertu de la Loi des Indiens, les bandes avaient le droit de décider si elles voulaient céder leur réserve, et que leur décision devait être respectée. Par ailleurs, si la décision de la bande concernée était imprudente ou inconsidérée – et équivalait de l'exploitation – la Couronne pouvait refuser son consentement. Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs. [...]

L'étendue du contrôle que la Loi permettait à la bande d'exercer sur la cession de la réserve réfute l'argument que, *en l'absence d'exploitation*, la Loi imposait une obligation de fiduciaire à la Couronne relativement à la cession de la réserve⁵⁷³.

Le juge Gonthier a abondé dans le même sens, précisant que « la loi traite les peuples autochtones comme des acteurs autonomes en ce qui concerne l'acquisition et la cession de leurs terres, il faut donc respecter leurs décisions »⁵⁷⁴.

À la lumière des faits se rapportant à l'arrêt *Apsassin*, le juge Addy avait statué que la décision de céder la réserve était raisonnable, lorsqu'on l'examine dans l'optique de la bande indienne de Beaver à l'époque de la cession. Le juge McLachlin a abondé dans le même sens, concluant que le gouverneur en conseil n'était pas tenu de refuser son consentement étant donné que les preuves n'avaient pas permis d'établir que la cession était « imprudente ou inconsidérée ou qu'elle équivalait à de l'exploitation ». La question que doit aujourd'hui examiner la Commission est de savoir si la cession de 1928 par la bande de Duncan était imprudente, inconsidérée et assimilable à de l'exploitation au point de donner naissance à une obligation de la part du Canada en vertu du paragraphe 51(4) de la *Loi sur les Indiens* de 1927 de refuser son consentement à la cession.

La Première Nation soutient que le devoir de la Couronne dans de telles circonstances lui impose un examen minutieux de la transaction, afin de confirmer que celle-ci n'est pas abusive pour s'assurer que la bande qui

573 *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 RCS 344, p. 370-371; [1996] 2 CNLR 25; 130 DLR (4th) 193 (juge McLachlin). Italiques ajoutées.

574 *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 RCS 344, p. 358; [1996] 2 CNLR 25; 130 DLR (4th) 193 (juge Gonthier).

accorde la cession y a consenti en toute connaissance de cause, librement et sans avoir été l'objet de pressions indues de l'extérieur, ce qui inclut les motifs ultérieurs de la Couronne⁵⁷⁵. Comme l'a lui-même formulé le conseiller juridique de la Première Nation :

[Traduction]

[Il faut se demander s'il s'agit d'une] transaction équivalente à de l'exploitation, qui a un certain nombre de ramifications et qui doit être examinée à la lumière des intérêts futurs et des générations futures, et pas seulement se demander si la transaction est acceptable d'un point de vue commercial. Les bénéficiaires obtiennent-ils trop peu? Cette considération n'a absolument pas sa raison d'être, étant donné que les terres sont toujours disponibles sur le marché. C'est une mauvaise transaction pour la bande, à la lumière des circonstances, compte tenu de leurs besoins, de leurs intérêts à long terme, du fait qu'ils ne pourront plus jamais avoir une réserve s'ils la cèdent, qu'ils perdront tous les avantages fiscaux qui s'y rattachent, qu'ils perdront le lieu où ils vivent et une assise économique?⁵⁷⁶

Se fondant sur les motifs formulés par la Cour fédérale d'appel dans l'arrêt *Semiabmoo*, la Première Nation soutient que la Couronne est astreinte à des règles de conduite strictes lorsqu'elle a à déterminer si une cession donnée équivaut à de l'exploitation. Pour reprendre les propos du juge en chef Isaac, « même si l'on a besoin des terres en cause à des fins publiques, la Couronne ne peut pas s'acquitter de son obligation fiduciaire simplement en convainquant la bande d'accepter la cession, puis se fonder sur ce consentement pour se soustraire à la responsabilité qui lui incombe d'examiner avec soin l'opération »⁵⁷⁷. D'après le conseiller juridique, la Couronne n'a pas examiné avec suffisamment de soin la transaction ici en cause et a manqué à son devoir de protéger les intérêts de la bande, en autorisant la cession⁵⁷⁸.

La Première Nation fait en outre valoir que la cession de 1928 équivalait à de l'exploitation étant donné que la Couronne a conseillé à la bande de céder ses terres et en consentant par la suite à cette cession, a omis d'envisager la location et d'autres solutions de rechange à une cession absolue. Le conseiller juridique de la requérante signale à cet égard les efforts déployés par l'agriculteur voisin J.B. Early pour obtenir un bail de location sur la RI 151E, qui était en mauvais état pour avoir cessé d'être utilisée, et que, avait indiqué Early, des membres de la bande avaient refusé de vendre.

575 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 64.

576 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 119-120 (Jerome Slavik).

577 *Bande indienne de Semiabmoo c. Canada*, [1998] 1 CF 3, 148 DLR (4th) 523, p. 538-539 (CA).

578 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 120 (Jerome Slavik).

Nous rappellerons que, peu avant la lettre d'Early, le fermier A.C. Wright avait construit, par inadvertance, sa maison et d'autres améliorations dans la RI 151G, et que la Couronne avait proposé de régler le problème en obtenant une cession de la RI 151G. Lorsque ces instructions ont été transmises à l'agent Laird, ce dernier a recommandé que l'on obtienne la cession des RI 151B, 151C, 151D, 151E, 151F, 151H et 151K également, puisque [traduction] « aucun travail n'avait été fait pendant de nombreuses années, et que si les Indiens les cédaient, ces derniers disposeraient encore d'amplement de terres dans les réserves 151 et 151A, qui sont de bonnes terres agricoles d'une superficie respective de 3 520 et 5 120 acres »⁵⁷⁹. Aussi, la Couronne informa-t-elle Early qu'elle souhaitait obtenir une cession de la RI 151E et que, si elle l'obtenait, sa demande serait étudiée et qu'il serait informé du résultat.

La Première Nation soutient qu'en dépit de l'intérêt manifesté par Early, [traduction] « la Couronne n'a pas sérieusement envisagé la possibilité de louer la terre à Early[...] [et] ne semble pas avoir mené d'enquête ou d'étude de faisabilité afin de déterminer si d'autres terres de réserve étaient également inutilisées et pourraient de manière profitable être louées à des agriculteurs de la région »; en outre, [traduction] « les registres historiques ne font état de nul élément de preuve indiquant que d'autres options que la vente de terres de réserve aient jamais été soumises ou abordées avec les membres de la bande de Duncan »⁵⁸⁰. Selon la Première Nation, même si la location était la « politique et la règle » du Ministère des Affaires indiennes dans les années qui ont précédé la cession⁵⁸¹, elle a été rejetée par la Couronne dans le cas de Duncan, en faveur d'une cession en vue d'une vente⁵⁸². Le conseiller juridique fait donc valoir qu'en conséquence, la bande a perdu les avantages potentiels de la location, en plus d'avoir perdu ses terres :

[Traduction]

La bande ne savait pas du tout comment exploiter la terre et n'en n'avait pas la capacité, mais la terre en question était parmi l'une des meilleures terres agricoles de la région. Il est évident que les terres en question auraient pu être louées et qu'elles étaient disponibles à la location. Normalement, une convention de location de l'époque était attribuée avec trois ans de loyer gratuit s'il y avait du labourage à faire

579 Harold Laird, agent des Indien par int., au surintendant adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 23 janvier 1923, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 150).

580 Mémoire de la Première Nation de Duncan, 12 novembre 1997, p. 12; transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 24-25 (Jerome Slavik).

581 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 19 (Jerome Slavik).

582 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 22 (Jerome Slavik).

et par la suite, il y aurait eu un loyer variable à payer. C'était une façon de faire en sorte que les terres soient défrichées et labourées sans en perdre la propriété, et en particulier lorsque les terres étaient en jachère. Du même coup, cette façon de faire préservait la terre et en fait en améliorait la valeur en vue de son utilisation potentielle future par des membres de la bande, une fois que ceux-ci en auraient acquis la capacité, les ressources et auraient disposé de la main-d'oeuvre voulue pour cultiver la terre.

Une terre de réserve, une fois qu'elle est vendue et cédée, ne peut être récupérée. C'est un bien dont on ne dispose qu'une fois, Une fois qu'on ne l'a plus, on ne peut plus le récupérer. La location était une option envisagée aussi. Le Ministère en connaissait l'existence et la possibilité. Graham y fait référence. Cette possibilité n'a jamais été soulevée⁵⁸³.

Le conseiller juridique de la Première Nation indique par la suite pourquoi, selon lui, la possibilité de louer n'a pas été abordée avec la bande :

[Traduction]

Mais je pense que la Couronne elle-même avait intérêt à aliéner ces terres de réserve. Il était important pour la Couronne d'avoir moins de terres indiennes à administrer. La Couronne allait également pouvoir utiliser le produit de la vente pour éponger des coûts économiques et des coûts d'entretien qu'elle aurait eu à assumer envers la collectivité. La Couronne comptait également se servir de l'argent pour permettre à la bande d'acquérir des provisions et à la Couronne de fournir de telles provisions à la bande, approvisionnements qui étaient dus à la bande, en vertu du traité⁵⁸⁴.

Ces déclarations nous amènent à inférer que le manquement de la Couronne à envisager la location ou à en discuter constituait de l'exploitation, et que le Canada a par conséquent manqué à une obligation fiduciaire qui lui incombaient envers la bande de Duncan, en ne refusant pas de consentir à la cession.

En réponse à ces prétentions, le Canada a pour position de dire que son rôle n'est pas de substituer sa décision à celle de la bande, puisque les bandes sont autonomes et peuvent prendre leurs propres décisions; le Canada considère plutôt sa fonction comme étant de s'interposer entre les Indiens et des acheteurs ou des locataires éventuels de la terre afin d'éviter aux Indiens de se faire exploiter⁵⁸⁵. Le Canada poursuit son argumentation en disant, se fondant en cela sur les motifs de Madame le juge McLachlin dans *Apsassin*, que [traduction] « pour déterminer si une cession était impru-

583 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 25-26 (Jerome Slavik).

584 Transcription de la CRI, 25 novembre 1997, p. 114 (Jerome Slavik).

585 Transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 185-186 (Perry Robinson).

dente, inconsidérée ou équivalait à de l'exploitation, il faut tenir compte des circonstances entourant la cession à l'époque où celle-ci s'est faite et tenir compte de ce qui aurait été raisonnablement prévisible, à la lumière de l'information disponible à l'époque »⁵⁸⁶. Dans le présent cas, fait valoir le conseiller juridique du Canada, compte tenu de l'information disponible en 1928, la cession n'était pas imprudente, inconsidérée et n'équivalait pas de l'exploitation, et le Canada n'a pas manipulé la bande de Duncan ni profité indûment de la situation à son détriment; en conséquence, la Couronne n'était pas obligée de refuser son consentement à la cession⁵⁸⁷. Comme l'écrivait le directeur général Michel Roy, de la Direction générale des revendications particulières, dans les mois qui ont précédé les dépositions verbales faites dans le cadre de la présente enquête :

[Traduction]

La preuve montre que les intérêts de la bande ont été pris en considération dans la consignation de la cession des réserves. La question de l'obtention d'une cession des réserves semble avoir été débattue en 1925, lorsqu'on a constaté que les réserves étaient inoccupées depuis de nombreuses années. À l'époque, le surintendant adjoint par intérim et secrétaire Mackenzie n'était pas disposé à procéder à une cession et à la vente de la réserve 151, en raison de la très faible valeur que les terres avaient alors dans le district. De plus, le rapport de l'inspecteur Murison au sujet de la cession des réserves indiquait que la bande était de taille modeste et que sa population semblait décroître. Il précisait également que la bande n'avait pas utilisé les réserves cédées et que la disponibilité d'eau, de foin et de terres cultivables dans la réserve 151A faisaient de cette dernière « un choix beaucoup plus souhaitable comme réserve » que les terres cédées. Murison précisait en outre que les membres de la bande avaient exprimé le désir de s'établir dans leur réserve et de se mettre à la pratique de l'agriculture, et que la cession leur permettrait d'acheter l'équipement nécessaire, à même le produit de la vente. Le Canada prend donc pour position de dire que la bande n'a pas établi que la cession était imprudente, inconsidérée ou équivalait à de l'exploitation⁵⁸⁸.

De manière générale, la preuve en l'espèce ne permet pas de conclure que les agissements du Canada ont été inspirés par les mêmes motivations que celles qui ont été à l'origine des cessions que nous avons examinées dans les enquêtes concernant les bandes de Kahkewistahaw et de Moosomin.

586 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 28.

587 Mémoire du Canada, 17 novembre 1997, p. 28; transcription de la CRI, 26 novembre 1997, p. 186 (Perry Robinson).

588 Michel Roy, directeur général, Direction générale des revendications particulières, Affaires indiennes et du Nord Canada, à Donald Testawich, chef, Première Nation de Duncan, et à Jerome Slavik, Ackroyd, Piasta, Roth & Day, 31 janvier 1997 (Pièce 11 de la CRI, p. 6).

Dans ces deux derniers cas, il était clair que les intérêts des Indiens ont été négligés, la bande de Kahkewistahaw ayant perdu l'essentiel de ses bonnes terres et les membres de la bande de Moosomin ayant été réinstallés dans une réserve qui était dans une large mesure inutilisable à des fins agricoles. Au contraire, les observations des représentants de la Couronne au sujet de la cession de Duncan démontrent que la bande allait conserver la terre – la RI 151A – [traduction] « que les Indiens allaient, de toute façon, souhaiter conserver en tant que réserve commune »⁵⁸⁹ et qui allait vraisemblablement suffire à répondre à leurs besoins aux fins d'agriculture, dans l'avenir prévisible⁵⁹⁰.

Ainsi par exemple, en janvier 1923, lorsqu'il a recommandé la cession des huit plus petites réserves de la bande suite à l'empiètement par inadvertance de A.C. Wright dans la RI 151G, Laird indiquait que [traduction] « les Indiens disposent encore de suffisamment de terres de réserve, avec les réserves 151 et 151A qui sont constituées respectivement de 3 520 et de 5 120 acres de bonnes terres agricoles »⁵⁹¹. Il est vrai qu'à l'époque, on prévoyait que la bande allait conserver la RI 151, de même que la RI 151A, mais lorsque la RI 151A a été plus tard incluse au nombre des parcelles devant être cédées, les représentants du Canada croyaient encore que la RI 151A répondrait adéquatement aux besoins de la bande. Comme l'a relevé J.C. Caldwell en post-scriptum à sa lettre du 14 juillet 1928 :

[Traduction]

J'ai omis d'expliquer que d'après la lettre du 21 octobre dernier de l'agent Laird, il semble que ce soit l'intention des actuels propriétaires des réserves 151 à 151K de déménager et d'aller résider dans la réserve numéro 151A, dont la superficie est d'un peu plus de 5 000 acres. Vous constaterez, par conséquent, que la cession de la réserve mentionnée dans cette lettre ne signifie pas que les Indiens seront privés d'un lieu de résidence convenable⁵⁹².

589 D.C. Scott, SGAAL, au SGAI, 29 décembre 1997, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (documents de la CRI, p. 189-191).

590 Comme l'a observé Neil Reddekopp « rapidement, la RI 151A est devenue la réserve la plus importante pour la bande de Duncan » : G.N. Reddekopp, « The Creation and Surrender of the Beaver and Duncan's Band's Reserves », p. 60 (Pièce 5 de la CRI).

591 H. Laird, agent des Indiens par int., au surintendant adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 23 janvier 1923, MAINC, dossier 777/30-8, vol. 1 (Documents de la CRI, p. 150).

592 J.C. Caldwell, responsable de la Direction générale des terres et des forêts, AI, à W.M. Graham, Commissaire aux Indiens, 14 juillet 1928 (Documents de la CRI, p. 210-212).

Le rapport remis par Murison le 3 octobre 1928 au lendemain de la cession démontre explicitement que les représentants du Canada se sont préoccupés des intérêts de la bande :

[Traduction]

Il s'agit d'une petite bande et le nombre de ses habitants semble diminuer. Ils n'utilisaient pas les terres qu'ils ont cédées[...]

Cette bande conserve la réserve n° 151A, dont la superficie est de 5 120 acres. Je dirais qu'au moins 35 % de cette superficie est constituée de terres agricoles défrichées et que le reste est recouvert d'une plantation de peupliers de taille moyenne, parsemée ici et là de clairières. On y trouve un petit lac appelé Old Wives Lake, ainsi qu'un ruisseau qui coule le long de l'extrémité sud de la réserve, de même qu'un ruisseau où on peut s'approvisionner en eau. On y trouve aussi des pâturages, à la limite du lac Old Wives. *Tout cela contribue à en faire une réserve beaucoup plus désirable pour les Indiens que peuvent l'être les terres qu'ils ont consenti à céder.* Le village de Brownvale est situé à environ deux milles de la partie nord-ouest de cette réserve.

Il ressort de ce qui précède qu'il a été amplement tenu compte des besoins de cette petite bande, qui conservera la réserve n° 151A, et après examen minutieux de l'ensemble de la situation, il me semble qu'il serait dans le meilleur intérêt de cette bande que le gouvernement juge à propos d'accepter la cession, telle qu'elle est proposée. Dans le passé, les membres de cette bande ont assuré leur subsistance en pratiquant la chasse et en travaillant pour des colons, et ils n'avaient nul lieu de résidence fixe. Certains d'entre eux ont exprimé le désir de s'établir dans la réserve et de commencer à pratiquer l'agriculture, d'où la demande qui a été faite que de l'équipement leur soit fourni à cette fin⁵⁹³.

Le rapport de Murison, expédié à Scott par Graham, était accompagné de l'observation qui suit : [traduction] « J'attire votre attention sur les commentaires de l'inspecteur au sujet de la réserve 151A, que les Indiens ont conservée dans l'intention de l'utiliser, et qui semble répondre amplement à leurs besoins »⁵⁹⁴. Toutes ces déclarations donnent à penser que la RI 151A est bien celle que la bande souhaitait conserver et qu'elle suffisait à répondre aux besoins de la bande.

La Première Nation a également laissé entendre que le Canada, tout en ayant « amplement » tenu compte des besoins des Indiens dans la situation où ces derniers se trouvaient alors, a manqué de clairvoyance quant aux besoins futurs de la bande; en d'autres mots, il a consenti à une cession

593 W. Murison, inspecteur des agences des Indiens, à W.M. Graham, commissaire aux Indiens, 3 octobre 1928, AN, RG 10, vol. 7544, dossier 29131-5, partie 1 (Documents de la CRI, p. 254-255). Italiques ajoutés.

594 W.M. Graham, commissaire aux Indiens, à D.C. Scott, SGAII, 6 octobre 1928, AN, RG 10, vol. 7544, dossier 29131-5, partie 2 (Documents de la CRI, p. 263-265).

imprudente. Si on s'en remet aux conclusions du juge en chef Isaac dans l'arrêt *Semiahmoo*, la Première Nation a sans doute raison d'avancer qu'il eut été plus prudent pour la bande de louer ces terres plutôt que de les céder pour qu'elles soient vendues. De cette façon, la bande aurait permis à des agriculteurs de la région de défricher la terre et de l'améliorer, de façon à ce qu'elle soit d'une plus grande utilité aux membres de la bande, pour le cas où ils en viendraient à délaisser la chasse au profit de l'agriculture.

Nous constatons que le juge en chef Isaac était en accord avec la conclusion à laquelle en était arrivé le juge Reed, lors du procès, à savoir qu'à titre de fiduciaire, la Couronne est tenue, lorsqu'il y a cession, de faire en sorte de minimiser l'effet de cette dernière sur la bande :

Lorsqu'on prend des terres de cette façon et qu'on ignore que l'usage, si usage il y a, en sera fait, ou si les terres serviront à des fins gouvernementales, je crois que le fiduciaire se trouve dans l'obligation de subordonner la prise de terres à une clause de réversibilité, ou de s'assurer de quelque autre façon qu'on porte atteinte le moins possible aux droits des demandeurs. Je suis persuadé qu'il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire envers le demandeur.[...] ⁵⁹⁵

Le juge en chef Isaac était par ailleurs en accord avec la conclusion du juge Reed en ce qui concerne le manquement, et poursuivait ainsi :

À mon avis, l'accord de cession de 1951, s'il est examiné dans le contexte de la relation précise qui existe entre les parties, constituait un marché abusif. On n'a pas tenté de rédiger ses conditions de façon à porter le moins possible atteinte aux droits de la bande et, par conséquent, l'intimée aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à refuser de consentir à la cession ou à s'assurer que la cession était assujettie à des restrictions ou à des conditions.

Le juge de première instance a conclu qu'en 1951, l'intimée n'envisageait pas d'une façon précise la construction d'une installation douanière plus grande dans un avenir rapproché, auquel cas on aurait eu besoin de 22 408 acres de terres de réserve de la bande. De fait, pendant plus de 40 ans, aucun plan d'aménagement n'a été préparé à l'égard des terres cédées. Ce n'est qu'après le début du présent litige que l'intimée a demandé qu'on fasse une étude, dans laquelle il a été recommandé de réaménager le passage de la frontière de Douglas. Le rapport rédigé à la suite de cette étude n'a été reçu qu'en 1992.[...]

En d'autres termes, il s'agissait d'un marché abusif. C'est pourquoi l'intimée n'aurait pas dû consentir à la cession absolue sans d'abord du moins s'assurer que l'accord renfermait les clauses de protection appropriées, par exemple une clause de réversibilité, de façon qu'on porte le moins possible atteinte aux droits de la bande.

⁵⁹⁵ *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 CF. 3, 148 DLR (4th) 523, p. 537 (CA).

Je dois souligner qu'en vertu de son obligation fiduciaire, la Couronne est tenue de *refuser de consentir* à la cession si l'opération est abusive. Afin de satisfaire à cette obligation, la Couronne elle-même doit examiner avec soin l'opération envisagée afin de s'assurer qu'elle n'est pas abusive. En sa qualité de fiduciaire, la Couronne doit se conformer à une norme de conduite stricte. Même si l'on a besoin des terres en cause à des fins publiques, la Couronne ne peut pas s'acquitter de son obligation fiduciaire simplement en convainquant la bande d'accepter la cession, puis se fonder sur ce consentement pour se soustraire à la responsabilité qui lui incombe d'examiner avec soin l'opération. Pourtant, les conclusions de fait que le juge de première instance a tirées laissent entendre que c'est précisément ce que l'intimée a fait. [...]

Même si le juge de première instance n'estimait pas que le prix de 550 \$ l'acre que la bande avait obtenu était « en-deçà de la valeur marchande » des terres, cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas eu manquement à l'obligation fiduciaire. En décidant si elle a manqué à son obligation fiduciaire, il faut mettre l'accent sur la mesure dans laquelle l'intimée a protégé les intérêts de la bande tout en tenant compte de l'obligation qui lui incombait d'encourager la réalisation de fins publiques légitimes. Dans ce cas-ci, la bande ne voulait pas du tout céder les terres, mais elle estimait ne pas pouvoir faire autrement. L'intimée a consenti à une cession absolue afin d'obtenir le contrôle d'une superficie beaucoup plus grande que celle dont elle avait réellement besoin, et elle l'a fait sans qu'il existe de fins publiques énoncées en bonne et due forme. Pour ces motifs, je conclus que l'intimée a manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande lors de la cession de 1951 même si cette dernière a peut-être reçu, pour les terres cédées, une indemnité correspondant à peu près à leur valeur marchande.

La bande devait se fonder, et elle s'est fondée, sur les déclarations de l'intimée selon lesquelles on avait besoin des terres aux fins des installations douanières, ce qui laissait ainsi entendre qu'une cession absolue était nécessaire et que les intérêts de la bande étaient protégés le plus possible. Il est vrai que le libellé exprès de l'acte de cession ne montre pas qu'on acquerrait les terres aux fins d'une installation douanière, mais un tribunal ne devrait pas limiter son analyse d'une façon aussi stricte. Les « conditions orales » d'une cession font partie de l'ensemble des circonstances qui permettent de décider si la Couronne a agi d'une façon déraisonnable. Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, ces conditions « définissent et limitent la latitude dont jouissait Sa Majesté dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ».

Cela étant, je conclus que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que la Couronne avait manqué à son obligation fiduciaire en consentant à la cession de 1951. Le spectre de l'expropriation a clairement eu un effet défavorable sur la capacité de la bande de protéger ses propres intérêts lors des « négociations » qui ont abouti à la cession. La Couronne doit avoir une certaine latitude aux fins de la planification de l'utilisation des terres, lorsqu'elle cherche activement à obtenir la cession de terres indiennes à des fins publiques, mais elle doit veiller à porter le moins possible atteinte aux droits de la bande indienne touchée et notamment veiller à ce que la cession soit effectuée à des fins publiques *en temps opportun*. Dans ces conditions, la Couronne était clairement tenue de protéger la bande contre un marché abusif en refusant de consentir à une cession absolue qui

comportait la prise de terres de réserve dont on n'avait pas besoin à des fins publiques dans un avenir rapproché⁵⁹⁶.

Parmi les facteurs auxquels le juge en chef Isaac a fait référence lorsqu'il a conclu que la Couronne avait manqué à ses responsabilités de fiduciaire envers la bande de Semiahmoo, mentionnons les suivants :

- le manquement de la Couronne à protéger les intérêts de la bande, comme en témoigne le fait que la Couronne a négocié la cession sans la moindre fin publique opportune et son manquement à assortir la cession de modalités de nature à porter le moins possible atteinte aux droits de la bande;
- le fait que la Couronne ait « encouragé (exigé) » le consentement de la bande pour se soustraire à la responsabilité qui lui incombait d'examiner la transaction et de refuser son consentement à une transaction qui était nettement abusive;
- le sentiment « d'impuissance » ressenti par la bande dans son processus de décision, à la lumière du fait qu'elle savait que la Couronne pouvait l'exproprier, advenant qu'elle refuse de céder ses réserves;
- le fait que la bande se soit fiée aux déclarations verbales de la Couronne en ce qui concerne l'objet et la nécessité de la cession dans le but de protéger les intérêts de la bande dans la transaction;
- la non-pertinence du fait que le prix payé à la bande correspondait à peu près à la valeur marchande pour déterminer s'il y a eu manquement à une obligation fiduciaire.

Il ne fait aucun doute que, dans la présente cause, la Couronne n'a pas, en procédant à la cession absolue de la RI 151 et des RI 151B à 151G, imposé des conditions ou des réserves à la cession de manière à porter atteinte le moins possible aux droits de la bande. Toutefois, pour les raisons déjà mentionnées, nous ne croyons pas que la Couronne ait voulu se soustraire à son obligation d'examiner soigneusement la transaction, en se fondant sur le consentement de la bande. Nous ne trouvons non plus aucune indication montrant que le Canada ait proposé que les terres cédées soient utilisées à toute autre fin que les fins auxquelles elles ont finalement servi – à savoir la vente et la colonisation – ou que la bande se soit fondée sur des représentations trompeuses de la part de la Couronne, quant à l'objet et à la nécessité de la cession.

En fin de compte, cette transaction doit être examinée, comme le Canada l'a soutenu, dans l'optique de ce qui paraissait être dans le meilleur intérêt

⁵⁹⁶ *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 CF. 3, 148 DLR (4th) 523, p. 537-540 (CA).

de la bande à l'époque. La Première Nation a contesté la cession en faisant valoir que la Couronne, en consentant à une cession à des fins de vente plutôt que de location, n'a pas fait en sorte de porter atteinte le moins possible aux droits de la bande en ce qui concerne ses terres de réserve. Avec le recul du temps, et dans le contexte des années 1990, cela est peut-être vrai. Toutefois, il convient de rappeler que *Semiabmoo* concernait une cession qui s'est faite en 1951, époque à laquelle des changements importants étaient survenus dans la façon dont on peut agir dans le meilleur intérêt des Indiens. En outre, la cession visant les terres de la bande de *Semiabmoo* était abusive parce que, pour reprendre les mots du juge en chef Isaac, « elle comportait la prise de terres de réserve dont on n'avait pas besoin à des fins publiques dans un avenir rapproché ». À titre de comparaison, la cession visant les terres de la bande de Duncan est survenue en 1928, à une époque où, à la lumière des faits soumis à la Commission, il était considéré comme étant de l'intérêt public d'encourager la colonisation et le développement de l'Ouest du Canada. Il est tout aussi important de rappeler que le Ministère des Affaires indiennes considérait, à l'époque, la cession de réserves à des fins de vente – et l'investissement du produit de la vente dans un compte en fiducie, l'intérêt généré étant versé à la bande par voie de paiements annuels – comme un moyen approprié d'agir dans le meilleur intérêt des Indiens.

Dans un mémoire préparé en novembre 1986 en prévision de l'instruction de l'affaire *Apsassin*⁵⁹⁷, J. Edward Chamberlin livrait ses observations sur l'évolution de la politique de la Couronne en ce qui a trait à l'aliénation des intérêts dans les réserves indiennes après le début du XX^e siècle. Il relevait une préférence dans les premières années du siècle pour les cessions, en apparence [traduction] « dans le but d'encourager une assimilation plus rapide de la population indienne », mais qui, selon lui, était motivée davantage par [traduction] « les pressions de la colonisation par les Blancs »⁵⁹⁸. En raison des pressions grandissantes dans ce sens, la *Loi sur les Indiens* fut modifiée en 1906 afin d'accroître le pourcentage du produit de la vente qu'il était permis de distribuer à la bande, pourcentage qui passait de 10 à 50 p. 100, dans l'espoir que ce changement [traduction] « favoriserait un plus grand nombre de cessions [...] améliorerait la situation financière des

597 J. Edward Chamberlin, « Evidence of J.E. Chamberlin Re: Apsassin et al v. the Queen », 13 novembre 1986 (Pièce 12 de la CRI, onglet A).

598 J. Edward Chamberlin, « Evidence of J.E. Chamberlin Re: Apsassin et al v. the Queen », 13 novembre 1986 p. 24 (Pièce 12 de la CRI, onglet A).

bandes, et réduirait le fardeau (financier) du gouvernement »⁵⁹⁹. Chamberlin poursuivait en ces termes :

[Traduction]

Les pressions exercées en vue d'obtenir un accès accru à des terres de réserve ont continué de s'accroître, en dépit des modifications apportées à la Loi en 1906, et en 1911, des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* ont considérablement élargi les pouvoirs d'expropriation de terres de réserve à des fins publiques, et permis au gouvernement fédéral d'aliéner des terres de réserve voisines de municipalités, sans le consentement des bandes; mais même dans ces conditions, et même s'il était évident qu'on pouvait parler d'une capitulation face aux intérêts non autochtones, le gouvernement désirait s'en tenir aux principes britanniques et canadiens d'une protection responsable des intérêts indiens.

Un projet d'amendement déposé en 1914 en vue d'élargir la portée de cette disposition et de permettre d'agir encore plus résolument de manière unilatérale fut rejeté, après un débat houleux, lorsque le projet de loi fut étudié au Sénat.

Duncan Campbell Scott pilota le lancement de la « Grande campagne de production » de 1918, à titre de contribution à l'effort de guerre. L'objet de cette campagne était de mettre en production la plus vaste superficie possible de terres de réserve, en particulier dans les plaines de l'Ouest; et, afin de faciliter la mise en oeuvre de cette campagne, une modification fut apportée à la *Loi sur les Indiens*, et la responsabilité du programme fut confiée à l'inspecteur W.M. Graham, en poste à Regina. La modification autorisait le surintendant général à louer des terres de réserve non cultivées, sans obtenir une cession au préalable. Expliquant la teneur de cette disposition, le surintendant général Arthur Meighen déclara :

Les réserves indiennes de l'Ouest du Canada représentent des superficies de terres considérables, bien supérieures aux superficies qu'ils utilisent en ce moment à des fins de production.[...] Nous voulons pouvoir utiliser ces terres dans tous les cas; mais, cela va de soi, la politique du Ministère sera d'obtenir le consentement de la bande, dans tous les cas possibles de telle manière et à l'aide de tels moyens qu'il sera possible de ne pas aliéner leur sympathie envers leur protecteur, le gouvernement du Canada.[...]

Nous serions des plus heureux de voir les Indiens utiliser ces terres; le produit qu'en tirerait l'Indien serait tout aussi précieux que celui qu'en tirerait n'importe qui d'autre. Mais l'Indien ne veut pas cultiver cette terre, et nous voulons le faire; voilà tout. Nous ne devons pas utiliser ces terres au-delà du moment où il cessera de se refuser à cultiver la terre lui-même.

Cette stratégie fut mise de l'avant dans l'urgence du moment par le gouvernement de Robert Borden, et prévoyait même, dans certains cas, des initiatives visant à procéder à des cessions de parties de réserve, aussi bien pour la vente que pour la location. Mais il faudrait se garder d'interpréter cette stratégie comme une politique déli-

599 J. Edward Chamberlin, « Evidence of J.E. Chamberlin Re: Apsassin et al v. the Queen », 13 novembre 1986 p. 25 (Pièce 12 de la CRI, onglet A).

bérée visant à aliéner des terres de réserve qui s'apparenterait à la politique générale sur l'attribution des terres en vigueur aux États-Unis. [...]

La modification de 1918 par laquelle le gouvernement obtenait le pouvoir de louer des terres à des fins agricoles sans le consentement de la bande fut important dans la mesure où, tout en donnant plus de latitude au Ministère pour répondre aux désirs des non-autochtones, il accroissait du même coup le fardeau des responsabilités du Ministère d'agir d'une manière qui soit dans le meilleur intérêt des Indiens. La modification de 1914, si elle avait été adoptée, aurait fait entrer en jeu l'obligation d'examiner publiquement les agissements du Ministère dans la vente de terres des Indiens, contre le gré de ces derniers; à l'opposé, la disposition introduite en 1918 au sujet des décisions unilatérales en matière de location, faisait en sorte que la question demeurait interne, au Ministère.

Au milieu des années 1930, la mise en valeur des réserves et le maintien de ces terres en prévision des besoins futurs des Indiens devinrent de plus en plus reconnus comme étant les éléments essentiels à l'avancement des Indiens, et la protection des terres de réserve était uniformément et continuellement réaffirmée comme constituant la politique du gouvernement. Même pendant la période où on encourageait les cessions à des fins de vente, la responsabilité du Ministère d'agir dans l'intérêt des Indiens en s'assurant de procéder aux cessions aux meilleures conditions possibles, était constamment rappelée à la mémoire de tous. De façon particulière, le surintendant général adjoint Duncan Campbell Scott avait une très haute perception de la responsabilité du Ministère en ce qui touche les ventes de terres des Indiens. Dans une lettre écrite en 1918 à l'association des anciens combattants de la Grande guerre, Scott faisait part des vues du surintendant général sur

la question de l'utilisation des terres de réserve pour l'établissement des soldats. [...] Il me demande de bien souligner qu'il n'est pas possible d'autoriser l'établissement de « homesteaders » dans les réserves indiennes et que la première obligation du Ministère, une fois que les terres indiennes ont été cédées à des fins de ventes, est de vendre ces terres au meilleur prix possible, au profit des Indiens. Agir autrement serait manquer à notre devoir de fiduciaire, puisque les réserves furent attribuées aux Indiens à titre de compensation pour l'abandon de leurs droits ancestraux sur des territoires plus vastes. La nécessité d'obtenir la pleine valeur des terres indiennes fait en sorte qu'il est difficile de transiger au sujet de telles propriétés sous le régime de la Loi d'établissement des soldats et des règlements qui régissent la Commission.

En fait, après une vague de cessions, il devint évident que la vente de terres dans le but de constituer un capital devant servir à l'avancement économique des Indiens ne s'est pas révélée avantageuse à long terme pour les Indiens. La chose fut malheureusement confirmée dans le Rapport Meriam remis en 1928, qui illustrait au-delà de tout doute les conséquences dévastatrices qu'a eues pour les

Indiens la dilapidation de terres indiennes aux États-Unis depuis 1887, suite à l'adoption de la General Allotment Act⁶⁰⁰.

Il ressort de ce passage que l'initiative en matière de location entreprise en 1918 représentait une réponse aux exigences d'une production accrue imposées par les années de guerre, mais la politique fondamentale paraissait demeurer d'obtenir des cessions en vue d'une vente, et ce, jusqu'à la fin des années 1920 et peut-être même jusqu'au milieu des années 1930. Chamberlin parla ensuite d'une conférence organisée conjointement par l'université de Toronto et l'université Yale en 1939, à laquelle des représentants du Canada et des États-Unis évaluèrent la politique des cessions en vue de la vente, et rejetèrent cette dernière, après avoir « conclu qu'il n'était pas dans le meilleur intérêt des peuples indiens de déposséder ces derniers de leurs terres de réserve »⁶⁰¹.

Toutefois, en 1928, il semble que les représentants de la Couronne considéraient toujours la cession en vue de la vente, et l'investissement du produit de la vente dans des comptes en fiducie porteurs d'intérêts, comme un moyen prudent de veiller aux intérêts des peuples autochtones. Même si pareilles mesures pourraient avoir été considérées comme étant mal avisées pas plus de dix années plus tard, et pourraient être considérées aujourd'hui comme des mesures méprisantes, dans la mesure où elles ne contribuent pas à porter atteinte le moins possible aux droits des Indiens, nous ne voyons rien dans les gestes qui furent posés à *cette époque* qui puisse indiquer que la Couronne ait agi autrement que dans un but honnête et dans ce qu'elle considérait comme étant dans le meilleur intérêt des bandes.

Il y avait aussi la question de la gestion des propriétés. Comme presque toutes les réserves étaient inoccupées et inutilisées par des membres des bandes, et étant donné que la présence de la Couronne dans la région se limitait habituellement à des visites annuelles des agents des Indiens pour le paiement des annuités, on aurait rarement pu compter sur quiconque pour superviser les activités d'un locataire pour s'assurer que les terres étaient utilisées de manière juste et avisée. Comme l'a indiqué Graham dans une note de service de 1922 adressée à Scott et concernant une demande soumise par le fermier A.D. Madden en vue d'obtenir que des terres de réserve

600 J. Edward Chamberlin, « Evidence of J.E. Chamberlin Re: Apsassin et al v. the Queen », 13 novembre 1986 p. 25-27 (Pièce 12 de la CRI, onglet A). Italiques ajoutés.

601 J. Edward Chamberlin, « Evidence of J.E. Chamberlin Re: Apsassin et al v. the Queen », 13 novembre 1986 p. 27 (Pièce 12 de la CRI, onglet A).

de la bande de Beaver, situées dans la RI 152, soient mises en location afin d'y faire paître du bétail :

[Traduction]

Dans le passé, aucune terre n'a été louée par le Ministère dans cette partie du pays, et c'est au Ministère qu'il revient de décider s'il serait avisé d'en louer aujourd'hui. À mon avis, il ne serait guère souhaitable que nous en louions, étant donné que nous ne disposons d'aucune structure dans ce district au moyen de laquelle nous pourrions contrôler les activités des locataires⁶⁰².

Finalement, devant les objections formulées par Graham, la Couronne indiqua être disposée à discuter de location avec la bande de Beaver, sans toutefois que ces discussions aboutissent. À supposer, comme apparemment le supposait la Couronne au milieu des années 1920, que la cession à des fins de ventes – le produit de la vente devant être investi au profit des Indiens, – était une solution de rechange tout aussi valable que la cession en vue de la location, il était probablement sensé – à tout le moins dans les cas où la gestion des propriétés posait des difficultés – de transporter le titre en fief simple plutôt que d'accorder une location, puisque le fermier bénéficiaire était davantage susceptible de bien gérer la propriété, s'il pouvait considérer cette dernière comme étant sienne. Avec le recul du temps, on pourrait penser que la Couronne a eu tort de croire que céder des terres en vue de les vendre constituait une option viable; toutefois, comme nous l'avons déjà dit, cette position semble avoir été dictée par des motifs honnêtes et par le souci de préserver le meilleur intérêt des bandes.

Pour ces motifs, et étant donné que la bande de Duncan n'utilisait manifestement pas les terres cédées, et qu'après la cession, il lui resterait une réserve qui paraissait répondre à ses besoins, nous concluons que la cession de 1928 en vue de la vente – le produit de cette vente devant être investi au profit de la bande – ne saurait être considéré comme étant de l'exploitation dans le contexte de l'époque.

Toutefois, cette conclusion doit être assortie d'une réserve. Cette dernière concerne la RI 151E. Rappelons que le 12 janvier 1923, J.B. Early avait soumis à la Couronne le projet de louer les 118,7 acres de la R 151E. Early offrait de payer 2 \$ l'acre annuellement pour utiliser 75 acres qui avaient auparavant été labourés et, après cinq ans d'utilisation de la terre « défrichée et labourée par moi », de payer 2 \$ l'acre pour ces mêmes terres. Early

602 W.M. Graham, commissaire aux Indiens, à Duncan C. Scott, SGAAI, 12 mai 1922, AN, RG 10, vol. 7544, dossier 29131-9, partie 1 (Pièce 15 de la CRI, vol. 2).

offrait également de verser 10 cents l'acre pour les terres de pâturage. Il renouvela sa proposition par l'intermédiaire du député fédéral D.M. Kennedy le 10 avril 1923. Nous ne trouvons nul élément prouvant que la proposition soumise par Early ait été transmise à la bande à titre d'option qu'elle aurait à examiner, en dépit de la déclaration d'Early selon laquelle il avait le « consentement des ' gens de races ' qui résidaient encore » à cet endroit pour louer la terre.

Même s'il serait possible à la Commission d'entreprendre une comparaison détaillée des avantages et désavantages relatifs de la location proposée par Early et des modalités de la vente éventuelle de la RI 151E, nous jugeons qu'il n'est pas nécessaire de le faire. La location constituait de toute évidence une solution de rechange viable à la cession en vue de la vente, et de fait, des événements subséquents indiquent que le Canada en est venu plus tard à la conclusion que la location était généralement la *meilleure* des deux solutions possibles. Compte tenu du fait que la location aurait apporté aux membres de la bande un revenu régulier et lui aurait permis de conserver son droit dans la réserve, il paraît évident que l'occasion aurait dû leur être donnée d'évaluer la proposition de Early. Il ne semble pas non plus que les représentants du Canada aient beaucoup réfléchi aux projet de location présenté par Early.

Selon la Commission, le Canada avait le devoir positif de soumettre l'offre à la bande, pour que ces derniers puissent l'examiner et exercer un choix entre les diverses solutions qui s'offraient à eux. Le Canada a failli à ce devoir. Dans les circonstances, le gouverneur en conseil aurait dû refuser son consentement à la cession de la RI 151E puisque, la bande n'ayant pas eu la possibilité d'examiner les diverses options qui s'offraient à elle, la cession doit être considérée comme étant imprudente ou inconsidérée et comme équivalant à de l'exploitation. Nous concluons que la Couronne a manqué à ses obligations de fiduciaire envers la bande de Duncan en ce qui concerne la cession de la RI 151E, et en conséquence, notre enquête révèle le non-respect d'une obligation légale qui incombe au Canada sous le régime de la Politique des revendications particulières.

Conclusion

Les arrêts *Apsassin* et *Semiabmoo* nous obligent à examiner la nature de la relation qui existe entre la Couronne et une Première Nation afin de déterminer si, à la lumière des faits en cause, la Couronne est astreinte à une obligation fiduciaire envers la Première Nation et, si obligation il y a, si cette der-

nière a été remplie ou non. en 1928, la bande de Duncan formait une communauté de taille relativement modeste, un grand nombre de ses dirigeants assurant leur subsistance en pratiquant le piégeage et la chasse. Peu de ses membres pratiquaient l'agriculture ou utilisaient les réserves de la bande à des fins résidentielles, commerciales ou autres. Les registres de l'époque montrent que des pressions politiques ont été exercées dans la région afin que les réserves de la bande soient ouvertes à la colonisation. Des documents d'époque étayaient également le point de vue selon lequel la Couronne a cherché à protéger les intérêts de la bande en ne recherchant pas activement des cessions, et en fait, en rejetant des demandes de cession, en attendant que d'autres terres disponibles dans la région aient été prises et que les réserves de la bande puissent être vendues à meilleurs prix. Des éléments de preuve qui nous ont été soumis indiquent qu'avant la cession et que pendant l'assemblée concernant la cession, la Couronne a consulté la bande et a négocié avec elle au sujet de la cession. Bien que les détails entourant ces consultations et ces négociations soient plutôt sommaires, nous ne pouvons, sur la base de spéculations ou de conjectures, conclure que la cession était viciée, d'une façon ou d'une autre. À la lumière des faits portés à notre connaissance pendant la présente enquête, rien n'indique qu'il y ait eu corruption, fraude ou abus d'influence.

D'après les éléments dont nous disposons, nous ne pouvons pas conclure non plus que la Première Nation de Duncan était particulièrement ou spécialement vulnérable. Dans *Semiabmoo*, la Cour se trouvait dans une situation de fait où la bande faisait face soit à l'éventualité d'une cession ou à une menace d'expropriation. Dans ce cas particulier, quelle qu'aurait pu être la décision de la bande, celle-ci allait perdre ses terres, une situation qui mettait la bande dans une position d'impuissance. Des faits similaires n'existent tout simplement pas dans le contexte de la présente enquête. Aucun élément mis en preuve ne tend à indiquer que des membres de la bande de Duncan ont été menacés ou victimes d'un abus d'influence de la part de la Couronne, pour que la bande vende ses terres. Les documents, bien que fragmentaires, nous amènent à conclure que la Couronne a dûment abordé la question de la cession avec la bande et que la bande a exercé son autonomie et une mesure de contrôle dans la cession de ses terres. Exception faite de la RI 151E, à propos de laquelle nous avons conclu que le Canada doit encore s'acquitter d'une obligation légale envers la Première Nation, nous ne trouvons aucun élément de preuve qui, dans le contexte de 1928, indiquerait que

la cession des autres réserves de la bande de Duncan pourrait être considérée comme imprudente ou inconsiderée.

Rappelons enfin que dans l'examen que nous avons fait des instructions du surintendant général adjoint Scott à ses agents des Indiens, nous avons relevé que ces instructions pourraient tenir lieu d'éléments de preuve en ce qui concerne la règle de « diligence raisonnable » à laquelle la Couronne oblige ses représentants à se conformer, et pourraient conséquemment être utiles pour déterminer si la Couronne s'est acquittée de ses obligations fiduciaires envers la bande de Duncan lorsqu'elle a obtenu la cession de 1928. En conclusion, nous n'avons relevé aucun écart marqué ou substantiel en regard de ces instructions, qui indiquerait qu'il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire, dans la présente cause.

En conséquence, nous concluons que la cession de 1928 de la RI 151E est la seule à l'égard de laquelle la Couronne a manqué à l'obligation fiduciaire qui lui incombait envers la bande. Aussi, recommandons-nous que le Canada entame des négociations avec la Première Nation au sujet de ce seul aspect de la revendication.

PARTIE V

RECOMMANDATION

On nous a demandé de faire enquête sur la question de savoir si le gouvernement du Canada ne s'est pas acquitté d'une obligation légale à l'égard de la Première Nation de Duncan et de soumettre un rapport à ce sujet. Nous avons conclu qu'effectivement le Canada ne s'est pas acquitté d'une obligation légale, mais seulement en ce qui concerne la cession de la RI 151E.

En ce qui concerne la cession de la RI 151 et des RI 151B à 151G de 1928, les dispositions de l'article 51 de la *Loi sur les Indiens* de 1927 relatives aux cessions ont été respectées, et il appert que la Couronne n'a pas manqué à quelque obligation fiduciaire que ce soit envers la bande, pendant les procédures qui ont conduit à la cession. De façon spécifique, rien n'indique que la bande n'ait pas bien saisi les modalités de la cession, que la conduite de la Couronne ait vicié les transactions au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait, que la bande ait cédé ou abdiqué son pouvoir de décision en faveur de la Couronne en ce qui concerne la cession, ou que la cession ait été imprudente ou inconsidérée, au point d'être considérée comme abusive. La seule exception à cette conclusion concerne la RI 151E, à l'égard de laquelle la Couronne a manqué à ses obligations de fiduciaire envers la Première Nation, en omettant de soumettre la proposition de location présentée par J.B. Early à la bande, en tant que solution de rechange à la cession en vue de la vente, en 1928.

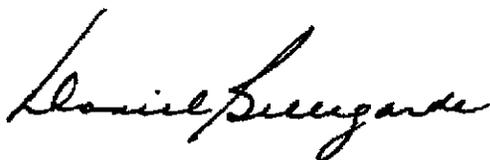
En ce qui concerne les prétentions de la Première Nation fondées sur la décision de la Cour fédérale d'appel dans l'arrêt *Semiabmoo*, nous ne trouvons rien dans la présente cause qui tendrait à indiquer que la bande de Duncan se soit sentie impuissante ou qu'une menace comme le « spectre de l'expropriation » ait pu entraver l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. En outre, même si le juge en chef Isaac a conclu que la Couronne était tenue de veiller à ce que la cession se fasse de manière à porter le moins possible atteinte aux droits de la bande, le juge est parvenu à cette conclusion dans le

contexte de la décision qu'il a rendue, à savoir que la Couronne avait le devoir de protéger la bande contre une transaction abusive, en refusant de consentir à une cession absolue qui comportait la prise de terres de réserve dont on n'avait pas besoin à des fins publiques dans un avenir rapproché. Nous considérons que dans la présente affaire, la cession avait été faite à des fins publiques valables et qu'elle était considérée à l'époque comme un moyen viable de protéger les intérêts des Indiens, même si avec le recul du temps, on pourrait peut-être la juger aujourd'hui mal avisée. Néanmoins, la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire en ce qui concerne la RI 151E, non parce que la location aurait pu être une solution viable, de façon générale, mais parce que la Couronne a omis de soumettre la proposition précise de location de J.B. Early à la bande, pour que cette dernière l'examine.

En conséquence, nous recommandons aux parties :

Que la revendication de la Première Nation de Duncan concernant la cession de la RI 151E soit acceptée aux fins de négociations en vertu de la Politique des revendications particulières.

POUR LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS



Daniel J. Bellegarde,
coprésident de la Commission



P. E. James Prentice, c.r.,
coprésident de la Commission



Carole T. Corcoran,
commissaire



Roger J. Augustine,
commissaire

Fait ce 10 septembre, 1999.

ANNEXE A

Enquête sur la revendication de la Première Nation de Duncan – cession de 1928

1. Séances de planification Ottawa, 8 juin 1995
Ottawa, 8 avril 1997
2. Audience publique Brownvale, Alberta, 6 septembre 1995
La Commission a entendu le témoignage des anciens de la Première Nation de Duncan Isadore Mooswah (Ted Knott) et John Testawits.
3. Arguments juridiques Edmonton, 25 et 26 novembre 1997
4. Contenu du dossier officiel

Le dossier officiel de l'enquête sur la revendication de la Première Nation de Duncan concernant la cession de 1928 se compose des documents suivants :

- les archives documentaires (3 volumes de documents, avec index annotés) (Pièce 1)
- les Pièces 2 à 15 déposés au cours de l'enquête, dont la transcription de l'audience publique (1 volume)
- la transcription des plaidoiries (1 volume)
- les mémoires des conseillers juridiques du Canada et de la Première Nation de Duncan, y compris les autorités soumises par les conseillers juridiques avec leurs mémoires

Le rapport de la Commission et les lettres de transmission à l'intention des parties seront les dernières pièces versées au dossier de la présente enquête.

COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

ENQUÊTE SUR LA REVENDICATION DE LA PREMIÈRE NATION DE LONG PLAIN PERTE D'USAGE

COMITÉ

P.E. James Prentice, c.r., coprésident de la Commission
Daniel J. Bellegarde, coprésident de la Commission
Carole T. Corcoran, commissaire

CONSEILLERS JURIDIQUES

Pour la Première Nation de Long Plain
Rhys Wm. Jones

Pour le gouvernement du Canada
Perry Robinson

Auprès de la Commission des revendications des Indiens
David E. Osborn, c.r. / Thomas A. Gould

MARS 2000

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE 309

PARTIE I INTRODUCTION 313

L'entente de règlement et historique de l'enquête 314

Mandat de la Commission 320

Le processus d'enquête de la Commission 322

Les séances de planification et l'Exposé conjoints des faits admis 322

L'enquête 324

PARTIE II CONTEXTE HISTORIQUE 325

L'Exposé conjoint des faits admis 325

La superficie manquante 329

PARTIE III QUESTION EN LITIGE 332

PARTIE IV ANALYSE 333

Responsabilité pour la perte d'usage des terres manquantes 334

Nature de la perte d'usage 334

La Politique des revendications particulières 336

Principes de droit sous-jacents à l'obligation légale 340

Manquement au traité 341

Manquement à l'obligation fiduciaire de se conformer au traité 344

Manquements à l'obligation fiduciaire fondés sur la conduite 351

Moyens de défenses 353

Aucune obligation de fournir des terres à une date précise 353

L'exécution ne se mesure pas selon les normes d'aujourd'hui 355

La simple inadvertance ou l'erreur honnête ne suffisent pas à
prouver un manquement à une obligation 360

La perte d'usage comme chef de dommages plutôt que comme
revendication distincte 364

Principes de la compensation 365

La qualification du manquement en évaluant la compensation 370

La nécessité d'une parcelle de terre bien définie 377

Éléments dont il convient de tenir compte pour déterminer la
compensation 382

PARTIE V CONCLUSIONS ET RECOMMANDATION 385

ANNEXE

A Enquête sur la revendication
pour perte d'usage de la Première Nation de Long Plain 388

SOMMAIRE

Le 3 août 1871, le gouvernement du Canada et les Indiens du sud du Manitoba — y compris la bande de Portage — concluent le Traité 1, premier d'une série de traités à numéro signés dans les Prairies. Par ce traité, les membres de la bande de Portage obtiennent une bande de terre destinée à leur usage et à leur bénéfice, et dont la taille doit suffire pour remettre à la bande l'équivalent de 32 acres par membre.

Le Traité 1 est modifié le 20 juin 1876, au moment où la bande de Portage se scinde pour former les bandes de Long Plain et de Swan Lake. Le chef Short Bear de la bande de Plain Long choisit le site de la réserve de Long Plain en juillet de la même année, et l'arpenteur du Canada, J. Lestock Reid, arpente une superficie suffisante pour répondre aux besoins de 165 personnes, selon la formule prévue au traité à cet égard. Le Canada officialise finalement la mise de côté de ces terres par le décret 2876 du 21 novembre 1913.

Il semble à fois dommage et incontestable que la superficie mise de côté par le Canada en 1876 n'est pas proportionnelle au nombre réel de membres que compte la bande de Long Plain, à savoir 223 personnes au moins, selon toute vraisemblance. L'insuffisance de la superficie des terres mises de côté donne lieu à une revendication décrite, en droit, comme une revendication pour manquement à honorer des droits fonciers conférés par traité.

Le 5 novembre 1982, John Munro, le Ministre des Affaires indiennes de l'époque, accepte la revendication de Long Plain relative à des obligations découlant de droits fonciers conférés par traité, sous le régime de la Politique des revendications particulières du gouvernement du Canada. Les parties finissent par conclure une entente de règlement le 3 août 1994. L'entente prévoit l'attribution à la Première Nation d'une somme totalisant 16,5 millions de dollars, tout en accordant la possibilité à la Première Nation de faire valoir sa revendication auprès de la Commission des revendications des Indiens en ce qui touche la compensation pour « perte d'usage » au titre de la superficie de terres manquantes. Pour sa part, le Canada se réserve, dans l'entente de règlement, le droit de faire valoir qu'il n'y a pas de superficie de terres manquantes.

Une revendication pour perte d'usage englobe les revendications en compensation ou en restitution qu'une bande peut faire valoir au motif que la

pleine superficie des terres des réserves auxquelles elle avait droit n'a pas été mises de côté « à temps ». Dans le cas qui nous occupe, la bande de Long Plain n'a reçu les fonds destinés à la dédommager des terres auxquelles elle avait droit que 118 ans après que la réserve fut mise de côté. La revendication pour perte d'usage a pour objet d'obtenir compensation à l'égard du fait que la Première Nation n'était pas en possession de ces terres additionnelles – et qu'en réalité elle en a perdu l'usage – pendant les 118 ans en cause.

La Commission a donc été appelée à décider si la bande à laquelle on reconnaît qu'elle a été privée d'une partie de ses droits fonciers issus de traité a droit à une compensation pour la perte d'usage, sous le régime de la Politique des revendications particulières. La politique précise que l'objet de cette question est de déterminer si l'on peut dire que la perte d'usage est réputée faire partie d'une « obligation légale » dont le Canada ne se serait pas acquitté.

La Commission conclut dans son rapport qu'une bande comme celle de Long Plain a effectivement le droit de faire valoir une revendication dans le but d'obtenir une compensation pour sa perte d'usage de terres auxquelles elle avait droit en vertu du traité, mais qu'elle n'a pas obtenues. Selon nous, la perte d'usage peut faire l'objet d'une compensation, au titre d'une obligation légale dont le Canada ne s'est pas acquitté. Nous fondons notre conclusion sur la constatation que le manquement, par le Canada, à remettre à la Première Nation la totalité des terres auxquelles elle avait droit équivaut à un *manquement au traité*.

En outre, il existe un deuxième fondement, complémentaire, à la responsabilité du Canada. Puisqu'il ne s'est pas acquitté de ses responsabilités de type fiduciaire envers la Première Nation en ce qui concerne le titre foncier des Indiens, le Canada a aussi *manqué à son devoir de fiduciaire*. Toutefois, même si nous sommes d'avis qu'une cause d'action opposable, en faveur de la Première Nation de Long Plain, peut être démontrée en invoquant le manquement au traité *ou* le manquement à une obligation de fiduciaire, nous ne baserons pas notre conclusion dans le présent rapport sur ce dernier motif.

De plus, nous avons refusé de nous prononcer sur la question de savoir si la conduite du Canada en l'espèce constitue une cause d'action qui serait fondée sur le manquement à d'autres obligations de fiduciaire envers la Première Nation. Nous estimons qu'il n'est pas utile de trancher cette question parce que la cause d'action essentielle – savoir, le manquement au traité – a déjà été établie. En outre, nous sommes préoccupés par le fait que la

preuve limitée dont nous sommes saisis ne suffirait pas à cette fin, de toute façon.

Nous avons fourni des indications très claires à la Première Nation de Long Plain et au Canada en ce qui touche ce que nous estimons être la démarche appropriée pour quantifier l'ampleur de la perte revendiquée. Nous avons conclu qu'une revendication de cette nature, qu'on la considère comme un manquement à un traité ou un manquement à une obligation de fiduciaire, relève de l'*equity*, pour ce qui est de déterminer la nature de la compensation. Par conséquent, il faut tenir compte de tous les facteurs qui seraient pertinents si une affaire de ce genre était entendue par un tribunal d'*equity*, de manière à arriver à un résultat qui soit juste, équitable et conforme au préjudice subi. De façon particulière, le tribunal tiendrait pleinement compte de la conduite et du Canada et de la bande dans le contexte historique approprié, mais également des principes admis en common law que sont la prévisibilité, le caractère lointain ou indirect du dommage, le facteur de causalité et les mesures d'atténuation. La mesure dans laquelle le Canada était au courant de l'existence de la revendication est un facteur pertinent à prendre en considération, au même titre également que toute explication que le Canada pourra proposer pour justifier son manquement à répondre à la revendication à une date antérieure. De toute évidence, la superficie des terres en cause, leur valeur économique et la période de temps pendant laquelle il y a eu manquement à s'acquitter de l'obligation existante sont autant de facteurs tout à fait pertinents. Selon nous, toutes ces questions touchent la *quantification* du droit de la Première Nation à une compensation une fois qu'il a été établi que le Canada a manqué aux modalités du traité. Le fait de qualifier en plus la conduite du Canada comme un manquement à une obligation fiduciaire n'ajoute ou n'enlève rien aux recours possibles au moment d'évaluer la compensation.

En conclusion, nous recommandons que le gouvernement du Canada accepte la revendication pour perte d'usage des terres manquantes soumise par la Première Nation de Long Plain et négocie avec elle une compensation à ce titre. La Commission est tout à fait disposée à venir en aide aux parties dans l'évaluation de la compensation à accorder, si on l'invite à le faire.

PARTIE I

INTRODUCTION

Le 3 août 1871, le gouvernement du Canada et les Indiens du sud du Manitoba – y compris la bande de Portage, représentée par le chef Oo-za-we-kwun – concluent le Traité 1, premier d'une série de traités à numéro signés dans les Prairies. Par ce traité, les membres de la bande de Portage obtiennent une bande de terre destinée à leur usage et à leur bénéfice, et dont la taille doit suffire pour remettre à la bande l'équivalent de 32 acres par membre.

Le Traité 1 est modifié le 20 juin 1876, au moment où la bande de Portage se scinde pour former les bandes de Long Plain et de Swan Lake. Le chef Short Bear de la bande de Plain Long choisit le site de la réserve de Long Plain en juillet de la même année, et l'arpenteur du Canada, J. Lestock Reid, arpente une superficie suffisante pour répondre aux besoins de 165 personnes, selon la formule prévue au traité à cet égard. Le Canada officialise finalement la mise de côté de ces terres par le décret 2876 du 21 novembre 1913. L'emplacement de la réserve indienne (RI) 6 de Long Plain est illustré sur la carte 1 (voir page 312).

Cependant, il semble que la superficie mise de côté par le Canada en 1876 n'est pas proportionnelle au nombre réel de membres que compte la bande de Long Plain, à savoir 223 personnes au moins, selon toute vraisemblance. Le 5 novembre 1982, John Munro, à cette époque Ministre des Affaires indiennes, accepte la revendication de Long Plain relative à des obligations découlant de droits fonciers conférés par traité, sous le régime de la Politique des revendications particulières du gouvernement du Canada. La bande et le gouvernement finissent par conclure une entente de règlement le 3 août 1994¹. L'entente prévoit l'attribution à la Première Nation de fonds en

1 Entente de règlement concernant des droits fonciers conférés par traité entre Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, et la bande indienne de Long Plain (aussi appelée Première Nation de Long Plain), représentée par son chef et ses conseillers (ci-après l'Entente de règlement), 3 août 1994 (Documents de la CRI, p. 519-696).

compensation de la superficie manquante, mais en même temps permet à la Première Nation de faire valoir sa revendication auprès de la Commission en ce qui touche la compensation pour perte d'usage des terres manquantes.

La Commission a donc été appelée à décider si la bande à laquelle on reconnaît qu'elle a été privée d'une partie de ses droits fonciers issus de traité a droit à une compensation pour la perte d'usage, sous le régime de la Politique des revendications particulières. La question à trancher dans la présente enquête est alors de savoir si l'on peut dire que la perte d'usage est réputée faire partie d'une « obligation légale » dont le Canada ne se serait pas acquitté aux termes de la Politique.

L'ENTENTE DE RÈGLEMENT ET HISTORIQUE DE L'ENQUÊTE

L'Entente de règlement intervenue le 3 août 1994 entre le Canada et la Première Nation de Long Plain règle la revendication en souffrance de cette dernière concernant des droits fonciers conférés par traité, en échange de paiements en espèces totalisant 16,5 millions \$. En contrepartie, la Première Nation produit une renonciation l'empêchant d'intenter des poursuites contre le Canada dans le but de réclamer davantage de terres, sous le régime du Traité 1. La Première Nation conserve toutefois son droit de demander une compensation pour la perte d'usage de la partie manquante des droits fonciers conférés par traité de 1876 jusqu'à la date de l'Entente de règlement. Le présent rapport a pour objet de déterminer si le Canada est responsable en droit de verser une compensation pour perte d'usage et, dans l'affirmative, sur quelle base et de quel montant.

L'article 2 de l'Entente de règlement traite des paiements qui doivent être versés à Long Plain. En voici le contenu :

[Traduction]

ARTICLE 2 : PAIEMENT FÉDÉRAL

- 2.1 En conformité avec les dispositions de l'Entente, le Canada verse à la Première Nation un paiement fédéral de 16 500 000,00 \$, payable en deux versements, dans la mesure où il deviendrait exigible selon les dispositions énoncées ci-après.
- 2.2 *Dans les 30 jours suivant l'entrée en vigueur de la présente Entente, mais sous réserve de l'article 14.2, le Canada fait à la Première Nation le premier versement du paiement fédéral, soit une somme de 8 400 000,00 \$.*
- 2.3 *Sous réserve de l'article 14.2, dans les 30 jours suivant la présentation par la Première Nation d'une revendication concernant la perte d'usage, et si :*

- a) la revendication est réglée par les parties selon les dispositions de l'article 3.3; ou
- b) la revendication est abandonnée par la Première Nation, comme le prévoit l'article 3.4; ou
- c) *la revendication est rejetée par le Canada, comme le prévoit l'article 3.5,*

le Canada remet à la Première Nation le deuxième versement du paiement fédéral, soit la somme de 8 100 000,00 \$ (somme dont sera déduite la contribution du Manitoba, sous forme de terres, à la convenance de la Première Nation et du Canada, dans le cadre du présent règlement, pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 11 de l'annexe 1 de la Loi constitutionnelle de 1930); ce deuxième versement :

- d) n'aura pas à être fait avant le 1^{er} décembre 1994; ou
- e) ne sera pas fait du tout dans l'éventualité où la Première Nation entamait des procédures judiciaires devant un tribunal compétent contre le Canada ou le Manitoba, afin d'obtenir des dommages-intérêts ou tout autre forme de compensation à l'égard d'une revendication pour perte d'usage, sans que la décision d'entamer ces procédures ait été ratifiée par les membres admissibles, en conformité avec la procédure de ratification énoncée à l'annexe B (assortie des modifications pouvant être raisonnablement justifiées par les circonstances appropriées)².

Le paragraphe 2.3c) porte que le Canada serait contraint d'effectuer le second versement de 8 100 000,00 \$ à la Première Nation dans les 30 jours suivant le rejet par le Canada de la revendication présentée par la Première Nation. L'article 3 décrit en termes généraux, le processus d'examen de la revendication de Long Plain pour perte d'usage et, dans le contexte du paragraphe 2.3c), l'article 3.5 est d'autant plus pertinent qu'il décrit les circonstances dans lesquelles le Canada serait réputé avoir rejeté la revendication de la Première Nation. À cet égard, voici ce que dit l'article 3 :

[Traduction]

ARTICLE 3 : PROCESSUS D'EXAMEN DE L'ALLÉGATION DE PERTE D'USAGE

3.1 Les parties déclarent que l'esprit et l'objet de l'Entente est de parvenir à un règlement entier et définitif de la question de la superficie de terres à fournir à

² Entente de règlement, 3 août 1994 (Documents de la CRI, p. 533-535). Italiques ajoutés. L'article 14.2 auquel fait référence l'article 2 est sans objet aux fins de la présente enquête, étant donné que « sans égard à quelque autre disposition de la présente Entente, toute obligation de la part du Canada à effectuer un versement à la Première Nation, en son nom ou à son profit est conditionnelle à l'obtention des crédits suffisants du Parlement » : p. 559.

la Première Nation, selon les dispositions [du Traité 1] relatives à la superficie par habitant, [160 acres par famille de cinq personnes, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins grandes] et en ce qui touche toutes les autres revendications s'y rapportant, étant entendu que la Première Nation se réserve le droit d'envisager de soumettre une revendication pour perte d'usage, selon les dispositions prévues à cet égard dans la présente.

- 3.2 Les parties conviennent que toute revendication que la Première Nation pourrait soumettre à l'égard d'une perte d'usage sera soumise et examinée en conformité avec la procédure et les délais prévus à cet égard dans le présent article.
- 3.3 a) Le 1^{er} décembre 1994 ou avant, la Première Nation peut soumettre sa revendication pour perte d'usage au Canada, en fournissant suffisamment d'explications pour que le Canada puisse en examiner la teneur et le bien-fondé.
- b) Le Canada devra, dans les six mois de réception de telle requête de la part de la Première Nation, examiner la requête et indiquer à la Première Nation si le Canada est disposé à se reconnaître une obligation légale de lui verser une compensation, au titre de sa revendication pour perte d'usage.
- c) Si :
- i) le Canada se reconnaît une obligation légale d'accorder une compensation à la Première Nation au titre de sa revendication pour perte d'usage; ou
 - ii) le Canada refuse de se reconnaître cette obligation légale, la Première Nation soumet sa revendication à la CRI [Commission des revendications des Indiens] pour obtenir de cette dernière une recommandation quant à savoir si une obligation légale existe, si la CRI recommande au Canada de se reconnaître une telle obligation, et si le Canada accepte la recommandation

les parties entameront des négociations dans les 30 jours qui suivront, afin de déterminer la valeur que représente la perte d'usage revendiquée par la Première Nation.

- d) Si le Canada est disposé à se reconnaître une obligation légale de compenser la Première Nation pour la perte d'usage qu'elle revendique et si les parties ne sont pas en mesure de parvenir à un consensus sur la valeur de la perte d'usage revendiquée :
- 1. avant le 1^{er} juin 1996; ou
 - ii) six mois après la date à laquelle la CRI soumet sa recommandation en application de l'alinéa 3.3c)ii),

selon la plus tardive des deux éventualités, la Première Nation peut soumettre sa revendication à la CRI pour lui demander de formuler une

recommandation au sujet de la valeur que représente la perte d'usage qu'elle revendique.

- e) Si le Canada accepte la recommandation de la CRI sur la question de la valeur que représente la perte d'usage revendiquée par la Première Nation, les parties concluront un règlement sur la base de cette recommandation.

3.4 *La Première Nation sera réputée avoir abandonné sa revendication pour perte d'usage :*

- a) si elle remet au Canada une résolution dûment signée par le Conseil et selon laquelle Première Nation a abandonné sa revendication, le tout accompagné de preuves indiquant que sa décision a été ratifiée par une majorité des membres de la Première Nation admissibles et si les personnes qui ont voté ont exprimé majoritairement un vote favorable, ladite décision ayant été prise dans un processus de ratification tenu en conformité avec la procédure énoncée à l'annexe B (ladite procédure pourra faire l'objet de modifications, dans la mesure où les circonstances le justifient de façon raisonnable); ou
- b) si la Première Nation ne soumet pas sa revendication pour perte de jouissance au Canada, en des termes suffisamment précis pour que le Canada puisse en examiner le bien-fondé, avant le 1^{er} décembre 1994 ou avant; ou
- c) *si elle ne soumet pas sa revendication à la CRI à propos de la question de savoir si le Canada est astreint ou non à l'obligation légale de compenser la Première Nation pour la perte d'usage revendiquée :*
 - i) dans les huit mois suivant la date à laquelle elle soumet sa revendication pour perte d'usage au Canada dans des termes suffisamment détaillés pour permettre au Canada d'en examiner le bien-fondé, et si le Canada ne répond pas à cette requête dans les six mois de la date précitée; ou
 - ii) *dans les 60 jours suivant la date à laquelle le Canada informe la Première Nation qu'il n'est pas disposé à se reconnaître une obligation légale de compenser la Première Nation pour la perte d'usage qu'elle allègue avoir subi; ou*
- d) si elle soumet sa revendication pour perte d'usage à la CRI et si cette dernière recommande au Canada de ne pas se reconnaître une obligation légale de compenser la Première Nation pour la perte d'usage revendiquée; ou
- e) si la Première Nation ne soumet pas la revendication à la CRI, sur la question du montant de dommages-intérêts dans les 60 jours suivant la plus tardive des deux échéances suivantes :
 - i) le 1^{er} juin 1996; ou

- ii) six mois après la date à laquelle la CRI formule sa recommandation, sous le régime de l'alinéa 3.3c)ii)

si le Canada se reconnaît une obligation légale de compenser la Première Nation pour la perte d'usage revendiquée, mais que les parties sont incapables d'en arriver à un consensus quant à la valeur que représente la perte d'usage en question, à la plus tardive de ces deux dates; ou

- f) ne soumet pas la revendication à la CRI aux fins d'évaluation de la perte, dans les 60 jours suivant la date à laquelle le Canada informe le Conseil qu'il n'est pas disposé à accepter une recommandation formulée par la CRI sous le régime de l'alinéa 3.3c)ii).

3.5 *Le Canada sera réputé avoir rejeté la revendication de la Première Nation au titre de la perte d'usage :*

- a) s'il ne répond pas à la revendication soumise par la Première Nation dans les six mois après la date de réception de ladite revendication, dans la mesure où cette requête est exposée de manière suffisamment détaillée pour permettre au Canada d'en examiner la teneur; ou
- b) *s'il informe le Conseil par écrit, peu importe quand, qu'il n'est pas disposé à se reconnaître une obligation légale de compenser la Première Nation pour la perte d'usage revendiquée :*
 - i) *suite à la présentation de la revendication au Canada par la Première Nation; ou*
 - ii) *suite à la recommandation de la CRI selon laquelle la revendication devrait être acceptée aux fins de négociations, si jamais la Première Nation s'adressait à la CRI pour que cette dernière soumette une recommandation relativement au bien-fondé de la revendication; ou*
 - iii) *suite à la recommandation formulée par la CRI sur la question du montant de dommages-intérêts, dans la mesure où la Première Nation soumettrait une revendication à la CRI sur cette question; ou*
- c) s'il ne répond pas dans les 30 jours à une recommandation soumise par la CRI en application de l'alinéa 3.3c)ii)³.

La Première Nation de Long Plain a effectivement soumis sa revendication pour perte d'usage au Canada en novembre 1994, dans les délais prévus au paragraphe 3.3a). La revendication soumise était accompagnée d'un rapport historique intitulé « A Treaty Land Entitlement Report prepared for the Long Plain First Nation » par D.N. Sprague, d'un rapport qui visait à quantifier les

3 Entente de règlement, 3 août 1994 (Documents de la CRI, p. 535-539). Italiques ajoutés.

dommages subis et intitulé « Evaluation of Treaty Land Entitlement: Long Plain », par Daryl F. Kraft, ainsi que des points de droits invoqués⁴.

Au début de 1995, le Canada rejette la revendication de la Première Nation de Long Plain. À la même époque, A.J. Gross, directeur, Droits fonciers issus de traité au Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canadien, écrit ce qui suit à l'ancien chef de la Première Nation de Long Plain, Peter YellowQuill :

[Traduction]

Nous avons maintenant terminé notre examen de votre revendication pour perte d'usage soumise en conformité avec notre entente de règlement du 3 août 1994. À notre avis, vous n'avez pas démontré qu'il y a eu manquement à une obligation légale justifiant le versement de dommages-intérêts pour perte d'usage. En outre, pour ce qui est de l'évaluation des dommages-intérêts, nous estimons que le rapport Kraft, qui accompagnait votre revendication, fonde ses conclusions en matière d'évaluation sur des hypothèses non corroborées et sur des situations idéales et non factuelles. Selon nous, dans le cas d'une revendication relative à une perte d'usage, il faut prouver qu'il y a eu perte réelle.

Nous sommes disposés à vous rencontrer, à votre convenance, pour vous exposer les raisons pour lesquelles nous en arrivons à cette conclusion. Toutefois, dans la mesure où vous souhaiteriez accélérer le processus d'examen de votre revendication par la CRPI [Commission sur les revendications particulières des indiens], comme le prévoit l'entente de règlement, vous pouvez considérer que la présente lettre confirme le rejet par le Canada de votre revendication sous le régime de la Politique des revendications particulières.

Comme prévu, le fait que nous rejetions cette revendication donne le droit à votre Première Nation de recevoir le deuxième versement des sommes prévues au règlement [sous le régime du paragraphe 2.3c) de l'Entente de règlement]. Je ferai donc parvenir copie de la présente lettre à notre bureau d'Ottawa, pour que le transfert des fonds à votre compte en fiducie puisse se faire⁵.

Suite à une rencontre entre les représentants de la Première Nation et des Affaires indiennes, Monsieur Gross écrit une autre lettre adressée au chef YellowQuill dans laquelle il explique de quelle façon le Canada avait déterminé que les [traduction] « mesures prises par les représentants dûment autorisés du Canada étaient raisonnables et avisées, des terres de réserve ayant été mises de côté pour la bande de Long Plain, en conformité avec les dispositions du Traité No. 1 ». Il poursuit en ces termes :

4 Jeffrey F. Harris, Keyser Harris, avocats et procureurs, *Long Plain First Nation Loss of Use Claim*, novembre 1994 (Documents de la CRI, p. 1-319).

5 A.J. Gross, directeur, Droits fonciers issus de traité, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord canadien, au Chef Peter YellowQuill, Première Nation de Long Plain, 27 février 1995 (Documents de la CRI, p. 700).

[Traduction]

Tout bien considéré, nous estimons que les documents mis en preuve ne démontrent pas le bien-fondé de votre revendication. Nous présumons donc que tout recours ultérieur concernant la revendication sera exercé devant la Commission des revendications particulières des indiens (CRPI)⁶.

Moins d'une semaine après réception de la lettre de M. Gross, les anciens avocats de Long Plain écrivent à la Commission pour demander à cette dernière d'enquêter sur la revendication de la Première Nation concernant la perte d'usage⁷. La Commission convoque donc une séance de planification le 29 août 1995 à Edwin, au Manitoba, pour aborder les questions en litige avec les parties; par la suite, les Commissaires examinent la revendication le 22 septembre 1995 et acceptent de faire enquête⁸.

MANDAT DE LA COMMISSION

Le mandat qui confie à la Commission d'effectuer des enquêtes conformément à la *Loi sur les enquêtes* est fixé dans un décret pris le 1^{er} septembre 1992. Le décret ordonne

que nos commissaires, se fondant sur la politique canadienne des revendications particulières [...] dans leur étude des seules questions déjà en litige quand la Commission a été saisie pour la première fois du différend, fassent enquête et rapport :

- a) sur la validité, en vertu de ladite politique, des revendications présentées par les requérants pour fins de négociations et que le Ministre a déjà rejetées; et
- b) sur les critères applicables aux compensations dans le cadre de la négociation d'un règlement, lorsque le requérant conteste les critères adoptés par le Ministre⁹.

La Politique des revendications particulières est exposée dans une brochure publiée par le Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien sous le

6 A.J. Gross, directeur, Droits fonciers issus de traité, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord canadien, au chef Peter YellowQuill, Première Nation de Long Plain, 5 avril 1995 (Documents de la CRI, p. 697-699).

7 Loretta A. Meade, Keyser Harris, avocats et procureurs, à Kim Fullerton, Commission des revendications des Indiens, 12 avril 1995.

8 Daniel Bellegarde et James Prentice, coprésidents, Commission des revendications des Indiens, au chef Peter YellowQuill et à son conseil, Première Nation de Long Plain, 25 septembre 1995; Daniel Bellegarde et James Prentice, coprésidents, Commission des revendications des Indiens, à l'honorable Ron Irwin, Ministre des Affaires indiennes et du Nord Canadien et à l'honorable Allan Rock, Ministre de la Justice et procureur général, 25 septembre 1995.

9 Commission délivrée le 1^{er} septembre 1992, conformément au décret CP 1992-1730, 27 juillet 1992, modifiant la Commission délivrée au Commissaire en chef Harry S. LaForme, 12 août 1991, conformément au décret CP 1991-1329, du 15 juillet 1991, (Mandat consolidé).

titre *Dossier en souffrance : Une politique des revendications des autochtones – Revendications particulières*¹⁰. Lorsqu'elle étudie la revendication particulière d'une Première Nation du Canada, la Commission doit déterminer si le Canada a une obligation légale envers cette Première Nation, selon l'énoncé de politique clair exposé dans *Dossier en souffrance* :

Le gouvernement a clairement établi que son objectif premier en ce qui concerne les revendications particulières est de s'acquitter de son obligation légale, arrêtée au besoin par les tribunaux¹¹.

La Politique des revendications particulières contient la définition suivante d'« obligation légale » :

1) 1) L'obligation légale

La position du gouvernement sur les revendications particulières consistera à reconnaître celles qui révéleront le non-respect d'une « obligation légale », c'est-à-dire une obligation qu'il est tenu en droit de respecter.

Il peut y avoir obligation légale dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- i) Le non-respect d'un traité ou d'un accord entre les Indiens et la Couronne.
- ii) Un manquement à une obligation découlant de la *Loi sur les Indiens* ou d'autres lois et règlements relatifs aux Indiens.
- iii) Un manquement à une obligation découlant de la responsabilité administrative du gouvernement à l'égard des fonds ou d'autres biens appartenant aux Indiens.
- iv) L'aliénation illégale de terres indiennes¹².

Afin d'aider les bandes et associations indiennes à établir le dossier de leurs revendications, le gouvernement a élaboré des directives concernant la présentation et l'évaluation des revendications particulières et l'établissement des compensations. Les lignes directrices qui suivent sont particulièrement pertinentes, dans le cadre de la présente enquête :

10 Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien, *Dossier en souffrance : Une politique des revendications des autochtones – Revendications particulières* (Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982); réimpression [1994] 1 ACRI, p. 187 (ci-après *Dossier en souffrance*).

11 *Dossier en souffrance*, 19 (réimpression [1994] 1 ACRI 187, p. 195).

12 *Dossier en souffrance*, 20 (réimpression [1994] 1 ACRI 187, p. 195).

COMPENSATION

Les compensations accordées en règlement des revendications particulières sont établies d'après les critères suivants :

- 1) En règle générale, une bande requérante reçoit compensation pour les pertes et les dommages qu'elle a subis par suite d'un manquement du gouvernement fédéral à son obligation légale. *Cette compensation obéit aux principes du droit.*

[...]

- 3) i) *Lorsqu'une bande requérante peut prouver que certaines de ses terres n'ont jamais été cédées légalement, ou autrement prises par autorisation légale, cette bande est indemnisée par la restitution des terres en question ou par le paiement de leur valeur au moment du règlement, sans égard aux améliorations qui ont pu y être apportées entre-temps.*
- ii) *La compensation peut comprendre un montant accordé en dédommagement de la perte de l'usage des terres en question, s'il peut être établi que les requérants ont bel et bien subi pareille perte. Dans tous les cas, la perte ainsi calculée est la perte nette¹³.*

LE PROCESSUS D'ENQUÊTE DE LA COMMISSION

Les séances de planification et l'Exposé conjoint des faits admis

Pendant son enquête, la Commission a convoqué trois séances de planification en vue d'essayer de régler la revendication relative à la perte d'usage ou, à défaut, de définir la portée de son enquête et de cerner les questions en litige. La première séance de planification a lieu le 29 août 1995, à l'école de la réserve de Long Plain et, à cette occasion, la Première Nation livre l'énoncé des questions en litige et sa position. Il ressort clairement de la séance que, du point de vue du Canada, le règlement des droits fonciers issus de traité de Long Plain intervenu le 3 août 1994 était alors fondé sur ce qu'il est convenu d'appeler la « formule en *equity* », dont il sera question plus longuement ci-après, formule que la Première Nation considérait artificielle, déplacée et - compte tenu de la compensation beaucoup plus élevée à laquelle la Première Nation estimait avoir droit au terme d'une analyse de la perte d'usage - insuffisante. Le Canada adopte pour position de dire que, même s'il ne reconnaissait pas la perte d'usage comme un motif justifiant une revendication en dommages-intérêts, il n'en estime pas moins que les 16,5 millions \$ payés en vertu de l'Entente de règlement suffisent à compen-

¹³ Dossier en souffrance, 30-31 (réimpression [1994] 1 AGRI 187, p. 200). Italiques ajoutés.

ser la bande de Long Plain pour la perte d'usage, de toute façon¹⁴. Le Canada livre par la suite son propre exposé des questions en litige et sa position, dans une lettre datée du 11 octobre 1995¹⁵.

La deuxième séance de planification est convoquée pour le 9 décembre 1996 à Ottawa, après que la Première Nation eut choisi un nouveau conseiller juridique, ainsi qu'après l'élection du nouveau chef Marvin Daniels et de son conseil de bande. En prévision de la séance, le conseiller juridique de la Première Nation prépare un énoncé révisé des questions qui seraient abordées pendant l'enquête. La séance est tenue sous réserve qu'il soit pris note d'une objection soulevée par l'ancien chef YellowQuill en ce qui concerne le statut du conseiller juridique de la Première Nation et de son conseil de bande nouvellement élu¹⁶.

À la troisième séance de planification, tenue à Ottawa le 14 février 1997, de nouvelles précisions sont apportées au sujet du déroulement de l'enquête et du mandat de la Commission :

[Traduction]

Les parties ont délibéré sur la question de savoir si la perte d'usage constituait à proprement parler une revendication ou s'il s'agissait plutôt d'un motif de compensation. L'Entente [de règlement] prévoyait une procédure en deux étapes; premièrement, l'examen du « bien-fondé » de la revendication relative à la perte d'usage, deuxièmement (potentiellement), l'étude d'une compensation à verser. Il semblait alors que le processus prévu par l'Entente devait prévaloir. Conséquemment, la première étape allait consister à soumettre à la Commission la question de la validité de la revendication concernant la perte d'usage, sans que l'on demande à la Commission qu'elle se prononce sur les faits proprement dits. La Commission serait appelée non pas à se prononcer sur les faits mais à limiter son examen aux circonstances et aux principes régissant l'inclusion d'un volet de compensation pour la perte d'usage dans les revendications sur les DFIT [droits fonciers issus de traité] et allait avoir à déterminer si la compensation était payable en rapport avec la revendication relative aux DFIT visés par l'Entente. Il était cependant entendu que certains faits historiques seraient essentiels à la compréhension de la question de la validité, et les parties convinrent donc de produire un Exposé conjoint des faits admis¹⁷.

14 Commission des revendications des Indiens, séance de planification, *Droits fonciers conférés par traité à la Première Nation de Long Plain (perte d'usage)*, 29 août 1995.

15 Bruce Becker, conseiller juridique, Ministère de la Justice, Revendications particulières de l'Ouest, Services juridiques du MAINC, à Kathleen Lickers, conseillère juridique adjointe, Commission des revendications des Indiens, 11 octobre 1995.

16 Commission des revendications des Indiens, séance de planification, *Droits fonciers conférés par traité à la Première Nation de Long Plain*, 9 décembre 1996.

17 Commission des revendication des Indiens, troisième séance de planification, *Revendication relative à la perte d'usage de droits fonciers conférés par traité à la Première Nation de Long Plain, Sommaire révisé*, 14 février 1997.

Sur la base de cette entente, les parties préparent et soumettent l'Exposé conjoint des faits admis, qui constitue la toile de fond historique de l'enquête, et qui figure à la Partie II du présent rapport.

L'enquête

Entre le 12 avril 1995, jour où la Première Nation a communiqué pour la première fois avec la Commission, et la troisième séance de planification tenue le 14 février 1997, les parties ont soumis en preuve huit pièces représentant environ 700 pages de documentation historique et de témoignages d'experts, et notamment l'Entente de règlement, le mémoire de revendication de Long Plain de novembre 1994, les rapports Sprague et Kraft, de même qu'une critique du rapport Sprague par Jim Gallo, le directeur, Droits fonciers issus des traité et Revendications pour le bureau du Manitoba des Affaires indiennes¹⁸. Toutefois, les parties conviennent par la suite qu'il serait souhaitable, pour accélérer l'enquête, de soumettre l'Exposé conjoint des faits admis à la Commission et de demander à cette dernière d'examiner la seule question de savoir si une compensation pour perte d'usage est possible, dans le contexte des droits fonciers issus de traité. Finalement, l'Exposé conjoint des faits admis est préparé par le conseiller juridique de la Première Nation et signé par le chef Marvin Daniels pour la Première Nation de Long Plain le 25 juillet 1997, en vertu d'une résolution du conseil de bande prise dans ce sens le 24 juillet 1997¹⁹. Au nom du Canada, le conseiller juridique du Canada signe l'Exposé conjoint des faits admis le 8 août 1997.

Le conseiller juridique de Long Plain dépose son plaidoyer écrit à la Commission le 27 août 1997, auquel le conseiller juridique du Canada répond le 26 septembre 1997. La Première Nation livre sa réfutation le 8 octobre 1997 et les parties présentent leurs plaidoiries respectives à une dernière séance tenue à Winnipeg le 17 octobre 1997.

L'annexe A du présent rapport renferme le sommaire complet des mémoires, des preuves documentaires, des transcriptions et des autres éléments figurant au dossier de la présente enquête.

18 Jim Gallo, directeur, Droits fonciers issus de traité et Revendications, Affaires indiennes et du Nord Canada, région du Manitoba, « Long Plain Treaty Land Entitlement Loss of Use Claim: Review and Comments on D.N. Sprague's Historical Report », 23 janvier 1995 (Documents de la CRI, p. 321-518).

19 Conseil tribal de la Première Nation de Long Plain, résolution du conseil de bande 97-72, 24 juillet 1997 (CRI, pièce 3).

PARTIE II

CONTEXTE HISTORIQUE

L'EXPOSÉ CONJOINT DES FAITS ADMIS

Le texte qui suit constitue la version intégrale de l'Exposé conjoint des faits admis sur lesquels la Commission a reçu le mandat de se fonder pour son enquête :

EXPOSÉ CONJOINT DES FAITS ADMIS

REVENDEICATION RELATIVE À LA PERTE D'USAGE DE DROITS FONCIERS ISSUS DE TRAITÉ DE LA PREMIÈRE NATION DE LONG PLAIN

1. Le 3 août 1994, le Canada et la bande de Long Plain concluaient une entente relative au règlement de la revendication de la bande de Long Plain concernant ses droits fonciers issus de traité. L'entente intitulée *Entente de règlement sur les droits fonciers issus de traité*, stipule, à l'article 3.1 que :

Les parties déclarent que l'objet de l'Entente est de parvenir à un règlement entier et définitif de la question de la superficie de terres à fournir à la Première Nation, selon les dispositions [du Traité 1] relatives à la superficie par habitant et en ce qui touche toutes les autres revendications s'y rapportant, étant entendu que la Première Nation se réserve le droit d'envisager de soumettre une revendication pour perte d'usage, selon les dispositions prévues à cet égard dans la présente.

2. Un peu plus loin, à l'article 3, *L'Entente de règlement sur les droits fonciers issus de traité* décrit le processus dans le cadre duquel toute revendication concernant une perte d'usage que soumettrait la bande de Long Plain serait évaluée par le Canada sous le régime de sa Politique des revendications particulières et, pour le cas où elle ne serait pas réputée recevable aux fins de négociations sous le régime de cette politique, par la Commission des revendications des Indiens. Le Canada a effectivement rejeté la revendication de la bande de Long Plain concernant la perte d'usage, sous le régime de la Politique des revendications particulières.

3. Le Traité 1, dont copie conforme accompagne la présente, et constitue l'annexe A de l'Exposé conjoint des faits admis, prévoit notamment les dispositions suivantes :

« et pour l'usage des sauvages dont Oo-za-we-kwun est le chef autant de terres sur les côtés sud et est de l'Assiniboine, à environ 20 milles au-dessus du Portage, qu'il en faudra pour donner 160 acres à chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses, avec aussi une autre réserve équivalant à 25 milles carrés autour de la première réserve... »

4. En vertu de l'article 2 de la révision du Traité 1 du 20 juin 1876, la bande de Portage fut divisée en deux bandes. Les deux nouvelles bandes issues de la division étaient la bande de Long Plain ou de Short Bear et la bande de Swan Lake ou bande de Yellowquill :

« Compte tenu de la taille de la bande originelle, et des dissensions qui existent entre les Indiens qui en font partie, ladite bande est divisée en deux bandes, nommément la bande de ceux qui sont favorables à Oo-za-we-kwun et la bande de ceux qui sont favorables à Short Bear ».

Le même document reconnaissait que la collectivité de la rivière White Mud ou de Sandy Bay comme étant une nouvelle bande.

5. L'article 3 de la révision du Traité N° 1 du 20 juin 1876, dont copie conforme accompagne la présente et constitue l'annexe B de l'Exposé conjoint des faits admis, prévoyait en outre que :

« ... et comme, en vertu dudit Traité, la réserve destinée à la bande originelle devait être de 160 acres [de terre] pour chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses, avec aussi une autre réserve équivalant à 25 milles carrés autour de la première réserve, il est entendu par la présente que les réserves devant être attribuées à chacune des trois bandes en question devront être d'une superficie équivalente à la superficie qui était prévue pour la bande originelle, et que les terres ainsi attribuées à chaque bande le seront en proportion de la population de chacune... »

6. L'article 3 de la révision du Traité 1 du 20 juin 1876 stipulait en outre que la réserve destinée à la bande de Short Bear se situerait « sur la rive nord de la rivière Assiniboine, non loin de Long Plain ».

7. Short Bear choisit l'emplacement de la réserve de Long Plain en juillet 1876 et J. Lestock Reid, arpenteur-géomètre fédéral, situa cette dernière dans les townships 9 et 10, rang 8, à l'ouest du méridien principal.

8. Dans son rapport de novembre 1876 à l'arpenteur en chef J.S. Dennis, dont copie conforme accompagne la présente et constitue l'annexe « C » de l'Exposé conjoint des faits admis, Reid précise que les statistiques démographiques utilisées pour Swan Lake et pour White Mud River faisaient respectivement état de 179 habitants (36 familles de 5 personnes) et 183 habitants (37 familles de 5 personnes). Il y précisait qu'il avait utilisé deux formules pour calculer la taille des réserves, à savoir 160 acres par famille pour ce qui est du secteur destiné aux « terres familiales » et 143 acres par famille de cinq personnes aux fins des répartition de la part revenant à

chaque bande sur les « 25 milles carrés ». Son rapport ne fait état d'aucune donnée concernant Long Plain, mais sur la base des chiffres de la population se rapportant aux deux autres bandes et par référence aux 143 acres prévus par famille, Reid se sera sans doute basé sur le chiffre de 197 (39 familles de 5 personnes) pour établir la superficie de la réserve de Long Plain.

9. Le nombre de personnes qui accompagnaient le chef Short Bear et auxquelles furent payées des annuités en vertu du Traité le 20 juin 1876 était de 209. La réserve choisie par Short Bear, localisée par J. Lestock Reid et à laquelle fait référence le décret n° 2876 du 21 novembre 1913, était d'une superficie de 10 880 acres.

10. Le Canada a remis à Long Plain une lettre de la part du Ministre, qui était alors l'honorable John Munro, en date du 5 novembre 1982 et dans laquelle le Canada acceptait la revendication de la bande concernant des droits fonciers issus de traité qui n'auraient pas été respectés, aux fins de négociations sous le régime de la Politique des revendications du gouvernement du Canada intitulée « Dossier en souffrance : Une politique sur les revendications des autochtones - Revendications particulières », dont copie conforme figure à l'annexe D du présent Exposé conjoint des faits admis.

11. Le Canada déclare que la recherche et l'analyse des listes de paiement des annuités en vertu du Traité à Long Plain et des listes de membres de cette bande menées par les Services fonciers des fiduciaires du Ministère des Affaires indiennes, bureau régional du Manitoba, en 1991 et en 1992, indiquent que la population de la bande de Long Plain à l'époque de la sélection et de la localisation de la réserve était de 223 personnes. Ce nombre comprenait 209 personnes auxquelles furent payées des annuités le 20 juin 1876; 15 personnes se virent subséquemment payer des arrérages pour la période visée et trois personnes qui étaient absentes ne se virent pas verser leurs arrérages pour cette période; du nombre, il faut soustraire quatre personnes qui avaient antérieurement été recensées avec une autre bande aux fins d'attribution de terres.

12. La revendication pour perte d'usage de novembre 1994 de la bande de Long Plain repose sur un chiffre de population de 350 personnes, ce nombre représentant la totalité des membres de la bande, aux fins d'établissement des droits fonciers issus de traité. Ce nombre est dérivé des données démographiques rapportées par le journal *The Manitoban* du 3 août 1871 :

**« Lower Fort Garry, 28 juillet 1871
LES REPRÉSENTANTS INDIENS**

Le premier point abordé fut la présentation de ceux qui allaient diriger les négociations au nom de la tribu et en être responsables. Leurs noms sont : Yellow Quill, un chef de Portage, qui s'est d'abord présenté lui-même et a indiqué qu'il représentait 326 des 1 000 personnes ».

13. Aux fins des négociations de l'*Entente relative aux droits fonciers issus de traité*, les parties ont convenu que la réserve de Long Plain mentionnée dans le décret 2876 du 21 novembre 1913 couvrait une superficie de 10 880 acres, dont 5 577 acres furent, d'un commun accord, considérés comme étant la part

des 25 milles carrés promise à Long Plain dans le Traité, et établie à 143 acres par famille de 5 personnes, pour 39 familles, nombre qui selon l'hypothèse de Reid, a servi de base au calcul. L'*Entente relative aux droits fonciers issus de traité* réglait exclusivement la question du droit par habitant dévolu à la bande de Long Plain en vertu du Traité 1 de 1871 et de sa révision de 1876, et ne portait nullement sur la part proportionnelle des 25 milles carrés qui lui revenait.

14. Les parties ont par conséquent convenu, aux fins de négociation de l'Entente de règlement relative aux droits fonciers issus de traité, que 5 303 acres de réserve pouvaient être attribués en vertu de la clause visant la superficie par habitant (soit $10\ 880 - 5\ 577 = 5\ 303$).

15. Le Canada établit l'écart, en date de la sélection et de la localisation de la réserve de Long Plain, à 1 833 acres, selon le calcul suivant : 223, le nombre de membres de la bande, multiplié par 32 acres (part par habitant prévue au Traité 1), moins les terres reçues par habitant ($32 \times 223 = 7\ 136$ acres - les 5 303 acres reçus = écart de 1 833 acres).

16. Pour sa part, la bande de Long Plain établit cet écart à 5 897 acres (*Revendication relative à la perte d'usage*, p. 4).

17. La population de la bande de Long Plain, d'après la liste de base des bénéficiaires pour chaque année postérieure à 1876, et commençant en 1877, était de 189 habitants. La population recensée d'après les listes de bénéficiaires après cette date a atteint des plateaux de 110 habitants en 1902 et 1916. Il faudra attendre à 1934 pour voir la liste des bénéficiaires de la bande de Long Plain remonter au niveau antérieur de 209 (il était en fait de 213 cette année-là). L'annexe E du présent Exposé conjoint des faits admis est un tableau montrant le nombre des bénéficiaires, d'après les listes de bénéficiaires de 1876 à 1955.

18. En réponse à un engagement pris par le Canada de fournir à la bande requérante « tous les documents énonçant la politique du gouvernement au sujet de la perte d'usage, dans le contexte des droits fonciers issus de traité », le Canada a déposé un document en date de la présente, à savoir une lettre adressée par Anne-Marie Robinson, directrice, Politique et recherche, Direction générale des revendications particulières, à l'avocat des requérants, Rhys Wm. Jones, en date du 23 juillet 1997, ce document constituant l'annexe F du présent Exposé conjoint des faits admis.

19. Pendant les négociations concernant l'Entente sur les droits fonciers issus de traité entre le Canada et Long Plain du 3 août 1994, le Canada a remis à la bande les documents de correspondance suivante, dont les originaux ou les copies conformes sont ici annexés :

17 décembre 1992	Balfour à Yellowquill	Annexe G
23 février 1993	Gross à Yellowquill	Annexe H
18 mars 1993	Hilchey à Yellowquill	Annexe I
19 avril 1993	Hilchey à Yellowquill	Annexe J
3 septembre 1993	Gallagher à Yellowquill	Annexe K
24 septembre 1993	Browes à Yellowquill	Annexe L

20. En réponse à l'argument soulevé par la Première Nation selon lequel en vertu de l'article 3 de l'Entente de règlement Canada-Long Plain sur les droits fonciers issus de traité, elle avait droit à une compensation pour perte d'usage, le Canada a rejeté cette prétention en se fondant sur les explications fournies dans deux lettres adressées à la Première Nation le 27 février 1995 et le 5 avril 1995, toutes deux de la main de A.J. Gross et adressées au chef de l'époque Peter Yellowquill, dont copies conformes constituent les annexes M et N du présent Exposé conjoint des faits admis.

Les parties ici concernées affirment conjointement que la Commission des revendications des Indiens peut, aux seules fins de la présente enquête, considérer les faits énoncés précédemment comme étant véridiques²⁰.

Il est un aspect de l'Exposé conjoint des faits admis qui requiert un complément d'examen.

LA SUPERFICIE MANQUANTE

Pour les besoins de la première étape de l'enquête, on demande à la Commission de mener son examen en se fondant sur le fait que la superficie de terres que le Canada devait fournir à la Première Nation de Long Plain aux fins du traité était insuffisante. L'ampleur de l'insuffisance n'a aucune importance en l'espèce. Il convient toutefois de préciser que les positions des parties divergent à ce chapitre.

La base de calcul utilisée par le Canada pour déterminer l'ampleur de l'écart au niveau de la superficie est énoncée au paragraphe 15 de l'Exposé conjoint des faits admis et ne requiert pas d'autre explication. La base de calcul utilisée par Long Plain est moins évidente. Dans sa revendication relative à la perte d'usage de novembre 1994, la Première Nation faisait valoir que, sur la base des listes de paiement des annuités, 35 % des 1 000 personnes sous l'autorité du chef Oo-za-we-kwun selon les données rapportées dans *The Manitoban*, édition du 3 août 1871, soit 350 personnes, appartenaient à cette faction de la bande qui a fini par s'en remettre à l'autorité de Short Bear. En multipliant ce chiffre par 32 acres par personne, selon la formule utilisée pour le Traité 1, on aboutit à des droits fonciers issus de traité correspondant à 11 200 acres, moins les 5 303 acres déjà attribués, d'où l'écart de 5 897 acres²¹. Finalement, en vertu des dispositions de l'Entente de règlement de 1994, les parties ont convenu que pour calculer la

20 Exposé conjoint des faits admis, Revendication de la Première Nation de Long Plain concernant la perte d'usage de droits fonciers issus de traité, 8 août 1997 (CRI, pièce 2).

21 Jeffrey F. Harris, Keyser Harris, Barristers & Solicitors, *Revendication de la Première Nation de Long Plain concernant la perte d'usage*, novembre 1994 (Documents de la CRI, p. 6).

compensation due à la Première Nation au titre de sa revendication relative à des droits fonciers issus de traité, l'écart se situerait à 1 877 acres²². Rien ne nous indique de quelle façon on en est arrivé à ce chiffre.

Il importe de préciser que les parties ont expressément convenu qu'elles ne seraient pas liées par le chiffre de 1 877 acres lequel allait être l'écart applicable aux fins de déterminer les droits fonciers issus du traité, après négociation. À cet égard, l'article 3.7 de l'Entente de règlement précise ce qui suit :

[Traduction]

3.7 L'exécution du paiement fédéral par le Canada et son acceptation par la Première Nation ne sauraient porter atteinte à la position que peuvent présenter l'une ou l'autre parties en ce qui touche la revendication pour perte d'usage, et sans limiter la généralité de ce qui précède, le Canada pourra faire valoir qu'aucune revendication n'est recevable à ce titre ou, subsidiairement, que cette revendication, si elle existe, devra expressément reposer sur le fait que la Première Nation n'aurait pas reçu les 1 877 acres de terres supplémentaires auxquels elle avait droit, en vertu de la disposition relative à la superficie par habitant du traité de 1876²³.

En conséquence, bien que les parties aient convenu d'accepter l'écart de 1 877 acres négocié aux fins de l'argumentation devant être présentée à cette première étape de l'enquête sur la perte d'usage, le conseiller juridique de Long Plain a clairement indiqué, dans une lettre adressée à la Commission, qu'aucune des parties ne devait être liée par ce chiffre, si jamais une deuxième audience ayant pour but de quantifier la perte s'avérait nécessaire :

[Traduction]

Suite à l'audience tenue par les commissaires à Winnipeg le vendredi 17 octobre 1997 au sujet de la question précitée, notre client nous a demandé de souligner l'argument énoncé dans l'Exposé conjoint des faits admis selon lequel, pour les besoins de la présente enquête, la Commission pouvait entamer son examen en se fondant sur l'entente effectivement conclue selon laquelle l'écart au niveau de la superficie était de 1 877 acres, mais que cela n'allait nullement lier la Première Nation, pour le cas où une deuxième audience serait convoquée. Autrement dit, les commissaires pouvaient s'employer à déterminer quelles sont les règles qui régissent l'établissement de la compensation appropriée, en se fondant sur l'hypothèse qu'il y a effectivement écart et que pour les besoins de la première audience, et de la première

22 Entente de règlement, 3 août 1994 (Documents de la CRI, p. 539-540).

23 Entente de règlement, 3 août 1994 (Documents de la CRI, p. 539-540). On ne saurait dire comment le chiffre de 1 877 acres a été établi puisque le Canada prétendait que l'écart était de 1 833 acres, alors que la Première Nation disait que c'était plutôt 5 897. Il demeure que c'est 1 877 acres qui a servi de repère pour la négociation de l'Entente de règlement de la revendication relative aux droits fonciers issus de traité.

audience seulement, il était entendu que les commissaires pourraient considérer que l'écart était de 1 877 acres. La question de l'écart effectif devra être débattue entre la Première Nation de Long Plain et le Canada et sera abordée dans le contexte de la deuxième enquête. En fait, le Canada s'est lui aussi réservé le droit de faire valoir, dans le contexte d'une seconde enquête, qu'il n'y a pas d'écart²⁴.

La Commission retient de l'Entente de règlement et de la position énoncée par la Première Nation que ce qui compte à cette étape-ci de l'enquête, c'est l'*existence* de l'écart, reconnue par les parties en cause, et non l'*étendue* de cet écart. À la demande des parties, nous ne nous prononcerons sur aucune des deux questions pour le moment.

Nous allons donc maintenant aborder la question dont est saisie la Commission.

24 Rhys Wm. Jones, Lofchick Jones & Associates, à Thomas Gould, conseiller juridique, Commission des revendications des Indiens, 18 novembre 1997.

PARTIE III

QUESTION EN LITIGE

Les parties conviennent que la présente enquête porte exclusivement sur la question de droit suivante :

Une bande ayant, de façon reconnue, été privée d'une partie de ses droits fonciers issus de traité a-t-elle droit à une compensation pour la perte d'usage du droit dont elle a été privée, sur la base des critères de compensation prévus à la Politique des revendications particulières?

Notre analyse suit dans la prochaine partie.

PARTIE IV

ANALYSE

L'affaire qui nous occupe consiste à déterminer dans quelle mesure une Première Nation peut demander compensation lorsque le Canada ne lui a pas fourni toutes les terres auxquelles elle avait droit aux termes du Traité 1. C'est ce que l'on appelle une revendication de droits fonciers issus de traité, et, en l'espèce, le litige porte sur le fait que la Première Nation prétend que la « perte d'usage » constitue un chef spécifique de dommages-intérêts qui représente logiquement une obligation légale du Canada envers la bande. Le terme « perte d'usage » englobe les revendications prenant naissance lorsqu'une bande ne reçoit la superficie de terres prévue dans le traité que 50,100 ou, dans le présent cas, 118 ans après qu'ait été sanctionné ce document.

La question de savoir si une bande, dont les droits fonciers issus de traité manquants sont reconnus, a le droit à une compensation pour la perte d'usage de la superficie manquante, repose d'abord dans la Politique des revendications particulières du Canada, laquelle est elle-même fondée sur les concepts d'« obligation légale » et de « principes du droit ». La question juridique spécifique qui nous préoccupe, cependant, est l'étendue de la responsabilité du Canada dans la situation où la superficie appropriée de terres n'a pas, pour un certain nombre de raisons, été mise de côté à l'usage et au profit de la bande. La responsabilité du gouvernement se limite-t-elle à fournir les terres correspondant au droit, ou s'étend-elle, légalement droit, aux dommages-intérêts compensatoires ou à l'indemnisation aux fins de restitution qui découlent du retard du gouvernement à s'exécuter? D'autres questions juridiques connexes sont également soulevées. Dans quelle mesure les principes de common law tels la prévisibilité, le degré de proximité, la causalité et l'atténuation des dommages peuvent-ils s'appliquer? La nature de la conduite de la Couronne, bonne ou mauvaise, est-elle apparentée aux questions de responsabilité et de quantum?

À la lumière de ces interrogations, on peut constater que la seule question juridique dans la présente enquête, telle que formulée par les requérants et le Canada, comporte des aspects touchant, premièrement, à la *responsabilité* du Canada découlant du fait qu'il n'a pas fourni à la Première Nation toutes les terres prévues au traité et, deuxièmement, en termes généraux, au montant de compensation auquel la Première Nation aura droit si on peut établir la responsabilité pour sa « perte d'usage » des terres manquantes. La première partie de notre analyse portera sur la question de la responsabilité, suivie par notre examen et nos recommandations sur la question de la compensation.

RESPONSABILITÉ POUR LA PERTE D'USAGE DES TERRES MANQUANTES

Nature de la perte d'usage

En termes généraux, la perte d'usage, dans le contexte d'une revendication de droits fonciers issus de traité, comprend les demandes de compensation ou de restitution présentées par une bande parce qu'elle n'a pas obtenu au moment requis toutes les terres de réserve auxquelles elle avait droit. Nous ferons remarquer incidemment qu'il peut aussi y avoir revendication pour perte d'usage lorsque les terres d'une bande ont été cédées à la Couronne à tort ou ont été prises autrement par la Couronne sans autorisation légale.

Les parties en l'espèce ont réservé précisément le droit de la Première Nation de présenter une revendication pour perte d'usage application du paragraphe 3.1 de l'Entente de règlement de 1994, et elles ont énoncé dans les grandes lignes ce qu'elles entendaient par l'expression « perte d'usage » à l'alinéa 1.1f) :

[Traduction]

ARTICLE 1 : DÉFINITIONS

1.1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente entente : [...]

- f) « perte d'usage » toutes les revendications de quelque nature que la Première Nation a eu, a présentement ou pourra avoir relativement au fait que la bande de Portage, la Première Nation et les autres successeurs de la bande de Portage n'ont pas obtenu les autres terres auxquelles ils avaient droit ou auxquelles des

membres de la Première Nation avaient droit aux termes de la disposition touchant la superficie par habitant...²⁵

Pour placer cette définition dans son contexte, il est en outre nécessaire de reprendre la disposition touchant la superficie par habitant de l'entente de règlement, telle qu'elle apparaît à l'alinéa 1.1j) :

[Traduction]

j) « disposition touchant la superficie par habitant » disposition suivante apparaissant dans le Traité 1 :

« Sa Majesté la Reine *convient et s'engage* par le présent de mettre de côté et de réserver pour le seul et exclusif usage des Sauvages les étendues de terre suivantes :

... et pour l'usage des sauvages dont Oo-za-we-kwun est le chef autant de terres sur les côtés sud et est de l'Assiniboine, à environ 20 milles au-dessus du Portage, qu'il en faudra pour donner 160 acres à chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses [...] avec l'entente, cependant, que si à la date de l'exécution de ce traité il se trouve des colons dans les limites d'aucune de ces terres réservées par une bande, Sa Majesté se réserve le droit de traiter avec ces colons de la manière qu'elle croira juste, afin de ne pas diminuer l'étendue accordée aux Sauvages »

et la disposition suivante contenue dans la révision apportée au Traité 1 le 20 juin 1876 ou vers cette date :

« et il est de plus convenu qu'une réserve sera attribué à la bande, dont Short Bear est le chef, par le commissaire ou commissaire spécial de Sa Majesté sur la rive nord de la rivière Assiniboine, près de Long Plain [...]

[...] il est entendu par la présente que les réserves devant être attribuées à chacune des trois bandes en question devront être d'une superficie équivalente à la superficie qui était prévue pour la bande originelle, et que les terres ainsi attribuées à chaque bande le seront en proportion de la population de chacune, de manière à ce que chaque bande reçoive une part juste et équitable des terres en question²⁶... »

Ces dispositions précisent la substance de la revendication de Long Plain. On peut constater que la perte d'usage est définie de façon très large et inclut toute revendication que la Première Nation pourrait avoir parce que le Canada ne lui aurait pas fourni toutes les terres de réserve auxquelles elle a

²⁵ Entente de règlement, 3 août 1994 (Documents de la CRI, p. 528 et 530).

²⁶ Entente de règlement, 3 août 1994 (Documents de la CRI, p. 532).

droit, que ce soit a) en vertu de la formule de 160 acres par famille de cinq personnes prévue au Traité 1, ou b) en vertu des modalités de la révision de 1876 touchant la répartition proportionnelle entre les partisans de Yellow Quill, de Short Bear et de White Mud de la zone de 25 milles carrés mentionnée au Traité 1. La Commission n'a pas reçu de représentation à savoir si cette zone de 25 milles carrés avait été répartie comme il se doit, et, en conséquence, nous ne ferons pas de commentaires à ce propos pour le moment.

La Politique des revendications particulières

La question première est donc de savoir si les revendications pour perte d'usage peuvent faire l'objet d'une compensation, selon les dispositions de la Politique des revendications particulières publiée par le gouvernement fédéral en 1982, sous le titre de *Dossier en souffrance*.

La Commission possède de nombreuses années d'expérience dans l'interprétation de la Politique des revendications particulières et nous nous permettrons de faire remarquer que la sagesse de la Politique réside dans le fait qu'elle repose sur le concept d'« obligation légale ». La Politique est, en fait, bâtie sur ce concept d'obligation légale tel qu'il a évolué et qu'il continue d'évoluer grâce aux décisions judiciaires rendues au Canada. Qualifiant la Politique de « Règlement des revendications particulières vu sous un nouvel angle », les auteurs mettent l'accent dès le premier paragraphe sur l'importance centrale du concept d'obligation légale :

Le gouvernement a clairement établi que *son objectif premier en ce qui concerne les revendications particulières est de s'acquitter de son obligation légale*, arrêtée au besoin par les tribunaux²⁷.

Comme nous l'avons déjà vu, on peut ensuite y lire :

1) Obligation légale

La position du gouvernement sur les revendications particulières consistera à reconnaître celles qui révéleront le non-respect d'une « obligation légale », c'est-à-dire *une obligation qu'il est tenu en droit de respecter*²⁸.

27 *Dossier en souffrance*, p. 19 (réimpression [1994] 1 ACRI 187, p. 195). Italiques ajoutés.

28 *Dossier en souffrance*, p. 20 (réimpression [1994] 1 ACRI 187, p. 195). Italiques ajoutés.

Le texte de *Dossier en souffrance* comporte aussi des « directives » touchant la compensation au sein de la Politique des revendications particulières. Nous considérons que deux de ces directives sont pertinentes en l'espèce, les paragraphes 1 et 3 :

COMPENSATIONS

Les compensations accordées en règlement des revendications particulières sont établies d'après les critères suivants :

- 1) En règle générale, une bande requérante reçoit une compensation pour les pertes et les dommages qu'elle a subis par suite d'un manquement du gouvernement fédéral à son obligation légale. *Cette compensation obéit aux principes du droit.*

[...]

- 3) i) *Lorsqu'une bande requérante peut prouver que certaines de ses terres n'ont jamais été cédées légalement, ou autrement prises par autorisation légale, cette bande est indemnisée par la restitution des terres en question ou par le paiement de leur valeur au moment du règlement, sans égard aux améliorations qui ont pu y être apportées entre-temps.*

ii) *La compensation peut comprendre un montant accordé en dédommagement de la perte de l'usage des terres en question, s'il peut être établi que les requérants ont bel et bien subi pareille perte. Dans tous les cas, la perte ainsi calculée est la perte nette²⁹.*

De l'avis de la Commission, nous devons d'abord établir si la perte d'usage constitue une « obligation légale » comme la définit *Dossier en souffrance*. Comme le paragraphe 1 des directives touchant la compensation le proposent, l'existence de cette obligation légale doit être déterminée selon les principes du droit canadien.

Avant d'aborder ces « principes de droit », nous estimons toutefois devoir examiner brièvement, de manière incidente, l'effet du paragraphe 3 des directives sur la compensation contenues dans la Politique des revendications particulières. On pourrait faire valoir que, puisque le paragraphe 3 des directives touche les cas où « une bande requérante peut prouver que certaines de ses terres n'ont jamais été cédées légalement, ou autrement prises par autorisation légale », il ne peut s'appliquer du tout à la situation en l'espèce : les terres pour lesquelles Long Plain demande une compensation pour perte d'usage n'ont ni été cédées illégalement ni prises sans autorisa-

²⁹ *Dossier en souffrance*, 30-31 (réimpression [1994] 1 ACRI 187, p. 200). Italiques ajoutés.

tion légale – elles n'ont tout simplement jamais été fournies à Long Plain. Par ailleurs, il reste à se demander si, en prévoyant précisément qu'une compensation pour perte d'usage peut être payable lorsque des terres de réserve ont été cédées illégalement ou prises sans autorisation légale, les rédacteurs de *Dossier en souffrance* voulaient que la perte d'usage *ne soit pas* indemnisable dans d'autres circonstances. Il s'agit d'un principe d'interprétation connu sous la maxime *expressio unius est exclusio alterius* (« la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre »).

Le Canada n'a pas abordé le paragraphe 3 des directives sur la compensation dans son mémoire. De même, Long Plain n'a pas fait mention de cette directive de manière explicite, bien que dans son mémoire de réfutation, la Première Nation fait valoir ce qui suit :

[Traduction]

Les requérants prétendent aussi que la bande ne devrait pas être dans une position pire que si les terres avaient fait l'objet d'une fiducie et [avaient été] perdues en raison de la conduite négligente ou d'une insouciance téméraire face à une obligation du fiduciaire. En pareil cas, les bénéficiaires auraient droit à la remise en état de l'objet de la fiducie et à une compensation reflétant les occasions perdues, le tout étant fondé sur un usage élevé, théorique et idéal. La seule chose qui distingue l'un de l'autre réside dans le fait que dans le dernier cas, les terres sont données puis perdues à cause du manquement du fiduciaire, alors que dans le premier, le manquement précède et cause la perte. En définitive, la perte subie par le bénéficiaire est la même³⁰.

De même, lors des plaidoiries, le conseiller juridique de la Première Nation :

[Traduction]

Je n'arrive pas à comprendre pourquoi une bande aurait droit à une plus grande compensation si ses terres ont été prises illégalement que si elle n'a jamais reçu les terres en question, en invoquant l'argument, à mon avis spécieux, voulant que, parce qu'il n'y a pas de date fixe pour attribuer les terres prévues au traité, le Canada n'a aucune obligation de les fournir à une date donnée, et qu'en conséquence il ne peut y avoir de perte d'usage et, franchement, nous [le Canada] pourrions vous donner les 1 877 acres aujourd'hui et nous ne commettrions pas de manquement au traité³¹.

30 Mémoire de réfutation de la Première Nation de Long Plain, 8 octobre 1997, p. 19-20. Soulignement dans l'original.

31 Transcriptions de la CRI, 17 octobre 1997, p. 105 (Rhys Jones).

Hors de ces énoncés limités, chaque partie a formulé ses arguments en se fondant sur le fait que la question doit être déterminée selon les principes généraux de droit envisagés au paragraphe 1.

Nous sommes d'accord. À notre avis, le paragraphe 3 ne s'applique pas aux faits en l'espèce parce qu'il ne mentionne que les situations où des terres de réserve ont été cédées illégalement ou prises sans autorisation légale.

De toutes façons, la troisième partie de la Politique des revendications particulières, où se trouve le paragraphe 3, s'intitule simplement « Directives ». Le recours à ce terme nous laisse croire que, comme directive, le paragraphe 3 ne vise que des fins d'interprétation. En fait, le paragraphe d'introduction des « Directives » nous donne également cette impression :

Afin d'aider les bandes et associations indiennes à établir le dossier de leurs revendications, le gouvernement a élaboré des directives concernant la présentation et l'évaluation des revendications particulières et l'établissement des compensations. Si *ces directives font partie intégrante de sa politique en la matière*, elles font ici l'objet d'un chapitre simplement pour qu'il soit plus facile de s'y référer³².

Les « Directives » représentent des énoncés de principe et ne visent pas à définir de manière exhaustive les « principes de droit » sur lesquels la compensation doit être fondée. Tel qu'indiqué précédemment, la sagesse et la force de la Politique des revendications particulières découle du fait qu'elle repose clairement sur le concept en pleine évolution d'« obligation légale ». Dans les situations où une analyse du droit permet de conclure clairement qu'une « perte d'usage » peut être revendiquée au titre de l'« obligation légale » du Canada envers une Première Nation, nous ne sommes pas disposés à élever les « directives » contenues dans *Dossier en souffrance* – particulièrement celles d'une application incertaine comme le paragraphe 3 – à une position d'où elles supplanteront l'application claire de la Politique des revendications particulières.

Passons maintenant à la question de l'obligation légale du Canada en l'espèce.

³² *Dossier en souffrance*, 29 (réimpression [1994] 1 ACRI 187, p. 199). Italiques ajoutés.

Principes de droit sous-jacents à l'obligation légale

Si on présume qu'il manque des droits fonciers issus de traité, est-ce qu'il en découle une perte d'usage? Est-ce que la perte d'usage constitue une obligation légale valide?

Dans un effort visant à convaincre la Commission que la perte d'usage constitue *effectivement* une obligation légale valide, le conseiller juridique de la Première Nation de Long Plain a consacré beaucoup de temps et d'énergie à qualifier de manquement à une obligation de fiduciaire le fait que le Canada n'a pas fourni à la Première Nation toutes les terres prévues au traité. Selon le conseiller juridique du Canada, les raisons pour lesquelles il est important pour la Première Nation de qualifier l'obligation du Canada en l'espèce de fiduciaire sont, premièrement, de rendre un manquement à cette obligation « facile à discerner », car le standard de diligence plus élevé sera exigé d'un fiduciaire et, deuxièmement, pour importer des principes d'*equity* concernant l'évaluation des dommages-intérêts³³. Cependant, nous ne sommes pas d'avis qu'un manquement à l'obligation de fiduciaire représente le seul motif de responsabilité en cas de déficit dans les terres consenties par traité. Quant à l'argument voulant qu'il est nécessaire de qualifier de fiduciaire l'obligation du Canada afin de permettre à la Commission d'importer des principes d'*equity* concernant l'évaluation des dommages-intérêts, nous ne sommes, là aussi, pas d'avis, comme nous l'exposerons plus loin, que les recours offerts à la Première Nation sont dictés par la manière dont on qualifie le manquement du Canada.

Selon nous, le fait que le Canada n'ait pas fourni à une bande toutes les terres auxquelles elle avait droit donne naissance à des obligations légales de corriger le déficit et d'indemniser la bande pour la perte d'usage. Trois fondements en droit peuvent étayer pareille conclusion. Nous avons examiné chacun d'entre eux. Premièrement, le fait que le Canada n'ait pas attribué à la bande toutes les terres auxquelles elle avait droit peut être vu comme un manquement aux modalités du traité lui-même. Deuxièmement, on peut soutenir que ce manquement constitue aussi une violation des responsabilités générales de type fiduciaire que le Canada a envers les Premières Nations concernant les questions touchant le titre indiens, ce qui constitue donc un manquement à l'obligation de fiduciaire. Troisièmement, la conduite du Canada ayant donné naissance à ce déficit peut, dans certains cas, motiver

33 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 10-11.

une cause d'action distincte fondée sur un manquement à une obligation de fiduciaire.

Manquement au traité

Même si on peut dire que le rapport entre le Canada et les Premières Nations est de nature fiduciaire, nous considérons que, dans le contexte des droits fonciers issus de traité, l'obligation *première* du Canada envers les Premières Nations découle non pas de la nature fiduciaire du rapport en question, mais plutôt du fait que la population du Canada, représentée par son gouvernement, s'est engagée dans un rapport de traité solennel avec les Autochtones. Le Canada, en tant que partie à cette relation doit respecter les modalités du traité. À notre avis, il ne fait aucun doute que les clauses des traités ont une importance suffisante dans la société canadienne moderne pour qu'elles constituent des obligations *sui generis* indépendantes du concept d'obligation fiduciaire, pour ce qui est de leur caractère légitime ou exécutoire. En affirmant que les traités dépendent du véhicule de l'obligation fiduciaire pour être exécutoires, on ne leur accorderait pas l'importance historique et constitutionnelle qu'ils ont acquise au Canada. À notre avis, les traités sont essentiels pour définir la nature du rapport entre la Couronne et les Autochtones.

Cette façon de considérer le traité comme source principale de l'obligation fiduciaire du Canada envers les Premières Nations dans le contexte des droits fonciers issus de traité est conforme aux énoncés de principe antérieurs de la Commission. En décembre 1995, répondant à l'argument de la Première Nation de Fort McKay selon laquelle le Canada avait commis un manquement « fondamental et flagrant » à son obligation de fiduciaire en changeant unilatéralement sa politique concernant les personnes pouvant être comptées aux fins des droits fonciers issus de traité, la Commission déclarait :

Commençons par la possibilité d'un chevauchement entre les obligations découlant d'un traité et l'obligation de fiduciaire, en ce sens que *la Couronne, en tant que fiduciaire, doit respecter les engagements qu'elle a pris par traité*. Il nous semble, cependant, que la question de la violation du traité vient en premier et qu'elle subsume les autres. Autrement dit, il ne s'agit pas de savoir si le Canada a « choisi » d'interpréter le traité d'une manière qui limite les droits fonciers des Premières Nations et, donc, d'exercer incorrectement sa « discrétion », ou si le Canada ne traite pas les Premières Nations signataires du traité sur un pied d'égalité, mais plutôt si le Canada interprète correctement ce traité. Si tel n'est pas le cas, et si les droits fonciers issus de traité n'ont pas été respectés, alors la conclusion de cette enquête sera

que le Canada n'a pas respecté son obligation légale envers la Première Nation de Fort McKay³⁴.

Trois mois plus tard, la Commission traite le fait que le Canada n'inclut pas les « ajouts ultérieurs » à la population d'une bande – y compris les nouveaux adhérents au traité et les membres transférés de bandes sans assise territoriale – aux fins des droits fonciers issus de traité comme un manquement du Canada à ses obligations en vertu du traité. Dans son rapport sur la revendication de la bande de Lac La Ronge, la Commission indiquait :

Le défaut du Canada de fournir toutes les terres dues à la bande à la date du premier arpentage, ou de fournir par la suite des terres supplémentaires pour respecter les droits fonciers découlant des ajouts qui ont suivi le premier arpentage, constitue de sa part une violation du Traité et un manquement correspondant à son obligation de fiduciaire³⁵.

La Commission a endossé ce principe dans ses rapports ultérieurs sur les revendications relatives aux droits fonciers issus de traité des Premières Nations de Kahkewistahaw et de Kawacatoose³⁶.

Le fait que le Canada assume l'obligation ou l'engagement de fournir toute la superficie de terres prévue dans les modalités des traités doit être considérée comme faisant partie du rapport de traité. On doit se souvenir que l'objet même des traités était de valider le titre aborigène en échange d'une quantité précise de terres que le Canada devait mettre de côté à la demande de la bande. En effet, les terres de réserve constituaient l'*objet* même des traités, et le fait de ne pas fournir à une bande la pleine superficie dans un délai raisonnable après qu'elle en eut fait la demande doit être considéré comme un manquement important susceptible de justifier des recours tant en droit qu'en *equity*.

Nous trouvons appui à cette conclusion dans les observations du juge en chef Lamer sur les incidences de la nature *sui generis* des droits fonciers des Autochtones dans le contexte d'une revendication relative à une cession dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook* :

34 Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Fort McKay* [1996] 5 ACRI 3, p. 62. Italiques ajoutés.

35 Commission des revendications des Indiens, *Enquête sur la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la bande indienne de Lac La Ronge* [1996] 5 ACRI 259, p. 348.

36 Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Kahkewistahaw* [1998] 6 ACRI 21, p. 83; Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Kawacatoose* [1996] 5 ACRI 79, p. 201.

Je tiens tout d'abord à préciser que les droits fonciers des autochtones ont un caractère *sui generis* et que la présente décision n'a pas pour effet de modifier de quelque façon que ce soit ce statut spécial. Comme notre Cour l'a déclaré dans les arrêts *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 13 D.L.R. (4th) 321, *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, 53 D.L.R. (4th) 487, et *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, 130 D.L.R. (4th) 193, les droits fonciers des autochtones appartiennent à une catégorie qui leur est propre et, pour cette raison, les règles traditionnelles du droit des biens ne sont pas utiles à la Cour pour trancher le présent pourvoi.

Mais qu'est-ce que cela signifie dans les faits? Comme le juge Gonthier l'a affirmé, aux par. 6 et 7 de l'arrêt *Rivière Blueberry*, précité, cela signifie que *nous ne devons pas aborder l'examen du présent litige comme le ferait ordinairement un juge de common law*, en nous référant strictement aux règles inflexibles du droit des biens. [...] [N]ous ne nous attachons pas aux menus détails du langage employé dans les documents de cession, et que nous ne devrions pas nous appuyer sur les distinctions traditionnelles entre des restrictions résolubles et des conditions résolutoires pour statuer sur une affaire comme celle qui nous occupe. *La Cour doit plutôt « faire abstraction des restrictions habituelles » imposées par la common law* et examiner de plus près quelle était l'intention de la bande indienne de St. Mary's et celle de la Couronne au moment de la cession des terrains aéroportuaires³⁷.

Dans ce contexte, il semble clair que la revendication d'une bande indienne, concernant un déficit dans les terres de réserve qui lui ont été attribuées, devrait constituer une obligation *sui generis* exécutoire. Nous sommes d'avis que, en droit, les revendications de ce genre se situent clairement sur un plan supérieur aux obligations contractuelles, mais même dans le cas contraire, elles devraient tout de même justifier l'intervention des tribunaux en *equity*. Il ne fait aucun doute pour nous que l'obligation *sui generis* de traité, de par sa nature d'*equity*, peut être appliquée par les tribunaux, soit au moyen d'un jugement d'exécution en nature soit, lorsque l'exécution en nature n'est pas possible, au moyen d'un jugement, en premier lieu, en dommages-intérêts compensatoires en remplacement des terres manquantes et, en second lieu, en dommages-intérêts compensatoires pour exécution tardive. L'une des façons – bien que ce ne fut pas la seule – de mesurer cette dernière forme de dommages-intérêts consiste à analyser la perte d'usage. En définitive, que nous concluions que les terres manquantes en l'espèce constituent un manquement à une obligation fiduciaire ou un manquement au traité, l'obligation légale du Canada sera mesurée comme la compensation

37 *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)* [1997] 2 RCS 557, p. 666, 667 et 668; (1997), 147 DLR (4th) 385 (juge en chef Lamer).

ou les dommages-intérêts qu'un tribunal pourrait accorder en vertu des principes généraux du droit et de l'*equity*.

Cela étant dit, toutefois, nous voulons dire clairement que nous avons fondé la conclusion du présent rapport sur notre constatation voulant que le défaut du Canada d'attribuer la bonne superficie de terres de réserve constitue, en droit, un manquement au traité.

Manquement à l'obligation fiduciaire de se conformer au traité

Comme les extraits qui précèdent tirés de nos rapports antérieurs le montrent, même si nous considérons les traités comme la source première des obligations du Canada dans le contexte des droits fonciers issus de traité, nous sommes aussi d'avis que « la Couronne a l'obligation fiduciaire d'honorer ses obligations de traités ». Le fait pour le Canada de ne pas fournir à une bande toutes les terres auxquelles elle a droit en vertu du traité constitue un manquement à une obligation fiduciaire parce que cela viole les responsabilités générales de type fiduciaire que le Canada a envers les Premières Nations face aux questions touchant le titre des Indiens. Toutefois, le manquement à une obligation fiduciaire ne constitue qu'un fondement *de rechange* pour expliquer la responsabilité puisque, tel qu'indiqué précédemment, notre conclusion concernant la responsabilité repose dans le fait que le Canada a manqué aux modalités du Traité 1.

Le rapport fiduciaire entre le Canada et les Premières Nations a été clairement établi par une série de plus en plus longue d'arrêts, à commencer par *Guerin c. La Reine*³⁸ dans lequel la Cour suprême du Canada a reconnu à maintes reprises la nature *sui generis* ou « la nature unique à la fois du droit des Indiens sur leurs terres et de leurs rapports historiques avec Sa Majesté³⁹. » Ces décisions ont pour effet que le rapport entre la Couronne et les Autochtones est de nature fiduciaire, particulièrement en ce qui a trait à la mise de côté et à la protection des terres visées par traité.

On se souviendra que, dans *Guerin*, la bande de Musqueam avait cédé 162 acres de terres de réserve à la Couronne pour que celle-ci les loue à un club de golf, étant entendu que le bail comporterait les modalités qui avaient été présentées et acceptées par le conseil de bande. La bande découvre par la suite que les conditions de location obtenues par la Couronne diffèrent

38 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 96, [1985] 1 CNLR 120.

39 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, p. 387, [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 96, [1985] 1 CNLR 120 (juge Dickson).

grandement de ce que la bande avait accepté et qu'elles étaient en réalité moins favorables. Les huit membres de la Cour ont statué que le Canada avait manqué à son obligation envers la bande, bien que le juge Wilson (les juges Ritchie et McIntyre souscrivent) fondait cette obligation sur des principes fiduciaires et que le juge Estey considérait que le rapport entre les parties était celui de mandant et de mandataire. Cependant, le juge Dickson (son titre alors), adopte une approche différente, à laquelle souscrivent les juges Beetz, Chouinard et Lamer :

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'equity, 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 la même responsabilité qu'aurait imposée une telle fiducie.

Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens découle du concept de titre aborigène, autochtone ou indien. Cependant, le fait que les bandes indiennes possèdent un certain droit sur des terres n'engendre pas en soi un rapport fiduciaire entre les Indiens et Sa Majesté. Pour conclure que Sa Majesté est fiduciaire, il faut aussi que le droit des Indiens sur les terres soit inaliénable, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté⁴⁰.

Le juge Dickson poursuit :

[L]e droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit pas son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L'obligation de Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire⁴¹.

Le juge Dickson ajoute plus loin :

L'obligation de fiduciaire qu'a Sa Majesté envers des Indiens ne constitue donc pas une fiducie. Toutefois, cela ne revient pas à dire que, de par sa nature même, l'obligation n'est pas semblable à une fiducie. Comme ce serait le cas s'il y avait une fiducie, Sa Majesté doit détenir les terres à l'usage et au profit de la bande qui les a

⁴⁰ *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, p. 376 et 385, [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 96, [1985] 1 CNLR 120 (juge Dickson). Italiques ajoutés.

⁴¹ *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, p. 385, [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 96, [1985] 1 CNLR 120 (juge Dickson).

cédées. L'obligation est donc soumise à des principes très semblables à ceux qui régissent le droit des fiducies, en ce qui concerne notamment le montant des dommages-intérêts en cas de manquement. Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens présente aussi une certaine analogie avec le mandat, puisque l'obligation imposée peut être qualifiée de devoir d'agir pour le compte des bandes indiennes qui ont cédé des terres en vue de leur vente ou de leur location à des tiers. Mais Sa Majesté n'est pas le mandataire pas plus qu'elle n'est le fiduciaire des Indiens; non seulement le pouvoir qu'a Sa Majesté d'agir pour le compte de la bande est-il dépourvu de tout fondement contractuel, mais encore la bande n'est partie ni à la vente ou ni au bail finalement conclu. L'obligation de fiduciaire qu'a Sa Majesté envers les Indiens est, je le répète, *sui generis*. Vu la nature unique à la fois du droit des Indiens sur leurs terres et de leurs rapports historiques avec Sa Majesté, cela n'est guère surprenant⁴².

Six ans plus tard, dans l'arrêt *R. c. Sparrow*⁴³, rendu en 1990, la Cour suprême a encore une fois examiné l'application des principes fiduciaires au rapport entre le Canada et un membre d'une Première Nation. L'affaire portait sur les droits de pêche ancestraux – plus particulièrement, à savoir si la restriction contenue dans la *Loi sur les pêcheries* fédérale concernant la longueur maximale d'un filet dérivant était incompatible avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et si, en conséquence, elle était invalide. En exposant l'approche à adopter pour interpréter l'article 35, le juge en chef Dickson et le juge La Forest, qui ont rédigé conjointement la décision au nom de la Cour, ont donné une interprétation large de l'analyse fiduciaire contenue dans *Guerin* :

Dans l'affaire *Guerin*, précitée, la bande indienne Musqueam avait cédé des terres réservées à Sa Majesté pour que celle-ci les loue à un club de golf. Les conditions du bail consenti par Sa Majesté étaient beaucoup moins favorables que celles approuvées par la bande à l'assemblée de la cession. Notre Cour a statué que Sa Majesté a envers les Indiens une obligation de fiduciaire en ce qui concerne leurs terres. La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et les responsabilités historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l'arrêt *Guerin*, conjugué avec l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360 [1981] 3 C.N.L.R.114, justifie un principe directeur général d'interprétation du par. 35(1), savoir, *le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la recon-*

42 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, p. 386-387, [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 96, [1985] 1 CNLR 120 (juge Dickson).

43 *R. c. Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075, [1990] 3 CNLR 160.

*naissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques*⁴⁴.

L'année suivante, dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*⁴⁵, la Cour a de nouveau jeté un peu plus de lumière sur les obligations fiduciaires du Canada envers ses peuples autochtones. L'Ontario a tenté d'obtenir à la fois une injonction et un jugement déclaratoire portant, premièrement, que la Couronne du chef de l'Ontario possède un droit incontestable sur les terres en question et, deuxièmement, que les Indiens n'ont aucun intérêt dans ces terres. La Foundation a déposé une demande reconventionnelle et sollicité un jugement déclaratoire validant le titre pour le motif que la bande de Temagami est titulaire d'un meilleur droit de possession en vertu de ses droits ancestraux sur le territoire. La province répondit que la bande de Temagami n'avait aucun droit ancestral à l'égard des terres ou que tout droit qu'elle aurait pu avoir avait été éteint par traité ou par un acte unilatéral du souverain. Sur ces bases, la province a gain de cause en première instance devant le juge Steele et devant la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour suprême du Canada rejeta l'appel de la Foundation, mais en *dictum*, fit observer ce qui suit concernant les obligations de fiduciaire de la Couronne :

Il n'est pas nécessaire cependant d'examiner la nature précise du droit ancestral parce que, selon nous, quelle qu'ait pu être la situation à la signature du Traité Robinson du lac Huron, il y a eu renonciation à ce droit, en raison des arrangements ultérieurs par lesquels les Indiens ont adhéré au traité en échange de rentes prévues par le traité et d'une réserve. *Il est admis que la Couronne n'a pas satisfait à certaines de ses obligations en vertu de l'accord et a aussi enfreint ses obligations fiduciaires envers les Indiens.* Ces questions sont actuellement le sujet de négociations entre les parties. Cela ne change rien au fait que le droit ancestral a été éteint⁴⁶.

Robert Reiter donne son avis sur l'importance de cette décision dans un texte intitulé *The Law of First Nations* :

44 *R. c. Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075, p. 1108, [1990] 3 CNLR 160 (juge en chef Dickson et juge La Forest). Italiques ajoutés.

45 *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 RCS 570, [1991] 3 CNLR 79.

46 *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 RCS 570, à la p. 575; [1991] 3 CNLR 79.

[Traduction]

L'arrêt *Bear Island* constitue un prolongement du concept d'obligation de fiduciaire formulé à l'origine dans l'arrêt *Guerin*. Dans *Guerin*, l'obligation se limitait à l'administration des terres cédées. Dans *Sparrow*, une déclaration générale d'intention est faite en ce qui concerne l'obligation de la Couronne d'honorer les droits ancestraux. Pour ce qui est de *Bear Island*, le concept de fiduciaire est étendu de manière à inclure l'obligation de la Couronne d'honorer les droits conférés par traité. Le respect des droits issus de traité et des droits ancestraux n'est pas une obligation stricte comme dans l'arrêt *Guerin*, l'obligation est plutôt étendue et soutenue comme une obligation politique et morale qui est maintenant définie petit à petit dans la jurisprudence.

L'arrêt soutient les droits issus de traité. Malgré la décision concernant l'extinction des droits ancestraux aux termes du processus de signature de traités, l'arrêt recèle une nouvelle façon d'atteindre les objectifs des Indiens (c'est-à-dire qu'en cas de manquement à un droit conféré par traité, la bande peut, en faisant appliquer l'obligation de fiduciaire, acquérir un intérêt équivalant dans les grandes lignes à celui associé au titre aborigène ou elle peut faire appliquer des obligations propres au traité)⁴⁷.

En même temps, il est important de remarquer que, dans un arrêt rendu en 1994 – *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*⁴⁸ – la Cour a aussi reconnu de façon claire qu'il y a des limites à l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les bandes indiennes. Après de longues audiences publiques, au cours desquelles de nombreux arguments sont présentés par le Grand conseil des Cris (du Québec) et l'Administration régionale crie (les « appelants »), l'Office national de l'énergie a délivré à Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité à destination des États de New York et du Vermont. Les appelants soutenaient, parmi leurs motifs d'appel, que l'Office était le mandataire du gouvernement et une création du Parlement, et qu'en conséquence, il avait envers les appelants, en raison de leur statut d'Autochtones, une obligation fiduciaire qui s'étendait au processus décisionnel utilisé pour examiner les demandes de permis d'exportation. Selon les appelants, cela signifiait que l'Office devait aller au-delà des principes de justice naturelle en obligeant que soient divulgués aux appelants tous les renseignements nécessaires pour qu'ils puissent monter leur dossier contre les demandes, et pour leur permettre de participer pleinement au processus d'examen. Les appelants faisaient en outre

47 Robert Reiter, *The Law of First Nations* (Edmonton, Juris Analytica Publishing Inc., 1996), p. 255.

48 *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 RCS 159.

valoir que l'Office était obligé de tenir compte de leurs intérêts supérieurs au moment de prendre sa décision.

Le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour, a rejeté ces arguments, concluant que, puisque l'Office était un tribunal quasi-judiciaire, il n'était pas obligé de prendre sa décision dans l'intérêt supérieur du Grand conseil et de l'Administration régionale. Par ailleurs, ses motifs s'appliquaient également aux rapports fiduciaires de la Couronne et des Autochtones dans des situations plus générales :

Il est maintenant bien établi qu'il existe des rapports fiduciaires entre l'État fédéral et les peuples autochtones du Canada : voir l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. Néanmoins, il faut se rappeler qu'il n'y a *pas une obligation fiduciaire pour chaque aspect des rapports entre fiduciaire et bénéficiaire* : voir l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574. La nature des rapports entre les parties définit l'étendue, voire les limites, des obligations imposées⁴⁹.

L'année suivante, dans *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (ci-après dans notre texte l'arrêt *Apsassin*)⁵⁰, la Cour a examiné l'existence d'un rapport fiduciaire entre la Couronne et la bande indienne des Beaver (les Castors) dans le contexte d'une cession involontaire de droits miniers au moment d'une cession plus générale de terres de réserve en vue de l'établissement d'anciens combattants. Dans ses motifs, madame le juge McLachlin se demandait

si, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, des rapports de fiduciaire ne venaient pas s'ajouter au régime d'aliénation des terres indiennes établi par la *Loi des Indiens*.

En règle générale, une obligation de fiduciaire prend naissance lorsqu'une personne possède un pouvoir unilatéral ou discrétionnaire à l'égard d'une question touchant une autre personne « particulièrement vulnérable » : voir *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377. La partie vulnérable est tributaire de la partie qui possède le pouvoir unilatéral ou discrétionnaire, qui, à son tour, est obligée d'exercer ce pouvoir uniquement au profit de la partie vulnérable. La personne qui cède (ou, plus souvent, se trouve dans la situation où quelqu'un d'autre a cédé pour elle) son pou-

49 *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, p. 183. Italiques ajoutés.

50 *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344.

voir sur quelque chose à une autre personne escompte que la personne à qui le pouvoir en question est cédé l'exercera avec loyauté et diligence. Cette notion est la pierre angulaire de l'obligation de fiduciaire⁵¹.

Les juges Gonthier et McLachlin laissent tous les deux croire dans leurs motifs que, dans certaines circonstances, la Couronne peut avoir envers une bande une obligation fiduciaire antérieure à la cession – en particulier lorsque la bande saisit mal les modalités de la cession, lorsque la conduite de la Couronne a vicié les négociations au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait, lorsque la bande a cédé son pouvoir décisionnel à la Couronne concernant la cession, ou lorsque la cession est imprudente ou inconsidérée et équivalait à de l'exploitation. Néanmoins, d'après les faits présentés dans *Apsassin*, la Cour a conclu que le Canada n'avait pas manqué à ses obligations fiduciaires antérieures à la cession envers la bande. Toutefois, la Cour a effectivement statué que le Canada avait l'habitude de conserver les droits sur les mines et minéraux lorsqu'il concédait le titre sur la surface, faisant observer qu'une personne raisonnable a) ne donne pas par inadvertance un bien susceptible d'avoir de la valeur et dont le potentiel de gain a déjà été démontré ou b) ne donne pas sans contrepartie ce qui ne lui coûte rien à conserver et qui pourrait un jour avoir de la valeur, tout aussi lointaine soit cette éventualité. Le fait que le Canada n'ait pas conservé les droits miniers, ou n'ait pas pris les mesures disponibles pour reprendre ces droits constitue donc un manquement, postérieur à la cession, à son obligation fiduciaire.

À la lumière des affaires précitées, nous ne craignons pas de conclure qu'il existe un rapport de fiduciaire entre la Couronne fédérale et les peuples autochtones du Canada. Cela étant dit, nous devons reconnaître les observations qu'a faites le juge Iacobucci dans l'arrêt *Office national de l'énergie*, « il n'y a pas une obligation fiduciaire pour chaque aspect des rapports entre fiduciaire et bénéficiaire. » Cependant, étant donné les obligations solennelles enchâssées dans les traités passés par le Canada avec les Premières Nations, et étant donné de plus l'importance fondamentale des traités dans la définition du rapport entre le Canada et les Autochtones, il semblerait s'ensuivre que l'engagement pris par la Couronne de fournir des terres de

51 *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 RCS 344, p. 371 (juge McLachlin).

réserve comporte un aspect du rapport qui prend la forme d'une obligation fiduciaire.

Manquements à l'obligation fiduciaire fondés sur la conduite

Dans l'analyse qui précède, nous avons exposé comment les obligations fiduciaires du Canada envers les Premières Nations découlent de la nature s'apparentant à la fiducie du rapport entre les parties. Dans ce sens de l'obligation fiduciaire du Canada, la question du manquement dans le contexte de l'attribution des terres de réserve se mesure selon le critère prévu dans le traité. L'obligation historique et légale du Canada en l'espèce consistait à fournir à Long Plain des terres de réserve suffisantes pour satisfaire à la formule énoncée dans le Traité 1 : « cent soixante acres par famille de cinq personnes, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses ». Le traité n'aurait pas pu être plus clair. Puisque le Canada est arrivé en dessous de la superficie exigée, ce fait à lui seul entraîne un manquement aux modalités du traité. Cela constitue aussi, comme nous l'avons conclu, un manquement à l'obligation fiduciaire du Canada d'honorer les obligations découlant des traités. La nature de la *conduite* du Canada, qu'elle soit accidentelle ou autre, n'est pas une considération majeure pour simplement établir l'existence du *manquement* à une obligation.

Toutefois, indépendamment des obligations touchant les terres de réserve liées au traité et du rapport de type fiduciaire en général liant le Canada et les Premières Nations, il nous semble clair que des causes d'action distinctes pour le manquement à l'obligation fiduciaire *pourraient* découler de la *conduite* du Canada dans ses relations avec les Premières Nations. Ainsi, par exemple, dans *Guerin*, la Cour a statué que les représentants de Sa Majesté avaient manqué à une obligation de fiduciaire envers la bande de Musqueam lorsqu'ils ont accordé le bail aux conditions proposées par le club de golf, sans soumettre de nouveau la question à la bande pour qu'elle décide. De même, dans *Apsassin*, le fait que le Canada ne conserve pas les droits miniers transférés par inadvertance, ou ne prenne pas les moyens disponibles pour récupérer les droits en question, constituait un manquement à une obligation fiduciaire. Même si la Cour a conclu que des manquements fiduciaires avaient été commis, ces manquements ne découlaient, dans aucune de ces affaires, du fait que le Canada ne s'était pas conformé aux conditions d'un traité ou d'un autre accord. Les manquements découlaient plutôt du fait que le Canada n'avait pas agi avec le degré de fidélité,

d'honnêteté et d'effort requis pour s'acquitter de son obligation de loyauté envers les bandes dans ces affaires.

Il nous semble superflu qu'une Première Nation prouve un manquement à une obligation fiduciaire fondée sur la conduite pour disposer d'une cause d'action en perte d'usage. Puisque le défaut du Canada de fournir les terres prévues au traité en temps opportun constituait assurément un manquement au traité et puisqu'on pourrait faire valoir aussi qu'il y a eu manquement à l'obligation fiduciaire générale imposée relativement au titre des Indiens, la cause d'action est déjà amplement prouvée. En effet, même si nous errons dans notre conclusion que le défaut de fournir toutes les terres prévues au traité constitue un manquement de l'obligation fiduciaire générale, l'existence d'une cause d'action fondée sur un manquement au traité est, à elle seule, irréfragable. En conséquence, une troisième justification de la cause d'action semble superflue.

Nous désirons dire clairement, cependant, que nous estimons que tous les faits du dossier de droits fonciers issus de traité, vus dans leur contexte historique propre, sont d'une importance fondamentale pour évaluer le *montant de la compensation* à laquelle la bande a droit. À cet égard, la conduite du Canada tout au long de la période historique est particulièrement pertinente. Nous en parlerons davantage dans la partie de notre rapport intitulée « Principes de la compensation ».

Par conséquent, dans la présente affaire, étant donné que nous avons conclu que les faits ont déjà révélé un manquement au traité et un manquement du Canada à son obligation de type fiduciaire de se conformer aux modalités du Traité 1, nous n'estimons pas nécessaire à ce moment-ci de nous pencher sur la question de savoir si la conduite du Canada constituait un motif supplémentaire de conclure qu'il y a eu manquement. De plus, étant donné la décision des parties de recourir à un Exposé conjoint des faits établis et de demander à la Commission de ne pas tirer d'autre conclusion de fait, nous ne disposons pas suffisamment d'information de toutes façons pour conclure de manière définitive si les actes posés par le Canada en mettant de côté la réserve de Long Plain constituaient un manquement à une obligation fiduciaire fondée sur la conduite. Sous réserve des observations que nous ferons plus loin concernant les arguments du Canada voulant que le déficit était accidentel, nous nous abstiendrons de faire quelque remarque que ce soit concernant la conduite des parties avant la seconde étape de la présente enquête.

Moyens de défense

Même si nous sommes d'avis que le déficit dans les droits fonciers prévus au traité constitue en lui-même un manquement au traité et un manquement à l'obligation fiduciaire, nous devons examiner certains moyens de défense qui, selon le Canada, justifient de ne pas conclure à un manquement en l'espèce. Essentiellement, le Canada invoque trois moyens de défense :

- a) qu'il n'a pas manqué au Traité 1 parce que le traité ne fixe pas de limite ferme de temps pour mettre de côté les terres consenties;
- b) qu'on ne devrait pas conclure à un manquement si l'exécution de l'obligation du Canada est mesurée non pas selon les normes actuelles, mais selon les normes qui auraient été convenables en 1876; et
- c) que le déficit dans la superficie des terres s'est produit par simple inadvertance ou à cause d'une « erreur honnête » qui ne devrait pas être considérée comme un motif suffisant pour conclure que le Canada a manqué à ses obligations envers la bande.

Nous aborderons chacun de ces moyens à tour de rôle.

Aucune obligation de fournir des terres à une date précise

Le Canada fait valoir que la position de Long Plain [traduction] « dans une grande mesure, doit réussir ou ne pas réussir à répondre aux critères de 1876 et à déterminer si oui ou non le Canada a manqué à une obligation à cette époque⁵². » De l'avis du conseiller juridique du Canada, le texte du Traité 1 démontre que les parties n'avaient pas pour intention que le Canada fournisse aux bandes des terres de réserve à une date spécifique. Les mots « Sa Majesté la Reine *convient et s'engage* par le présent de mettre de côté et de réserver pour le seul et exclusif usage des Sauvages les étendues de terre suivantes » indiquent plutôt la nécessité que surviennent des événements *futurs* – plus particulièrement, la description précise des limites de la réserve par arpentage, et l'acceptation de cette réserve par la bande – avant que l'on puisse dire qu'une réserve a été créée⁵³. Le Canada prétend que, a) puisqu'il n'y avait aucune obligation de mettre des terres de réserve de côté à une date spécifique, b) puisqu'il a démontré qu'il était disposé et prêt à corriger la situation lorsque le déficit de terres a été découvert à la fin des années 1970, et c) puisqu'il a fini par conclure l'Accord de règlement avec

⁵² Transcriptions de la CRI, 17 octobre 1997, p. 127 (Perry Robinson).

⁵³ Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 5.

Long Plain, il n'y pas eu de manquement à une obligation envers la Première Nation en 1876 ou à un autre moment⁵⁴.

Long Plain rejette la position du Canada, la jugeant « spécieuse » et « inconvenante ». La Première Nation réplique plutôt qu'il est plus probable que les parties souhaitaient que la réserve soit créée le plus tôt possible ou au moins dans un délai raisonnable après la signature du traité⁵⁵.

Comme nous le comprenons, la position du Canada consiste essentiellement à dire que la Couronne n'a pas manqué au Traité 1 ou à aucune obligation ou devoir envers la bande, parce qu'il n'était pas exigé dans le traité de mettre des terres de réserve de côté à une date spécifique. Nous ne sommes pas convaincus par cet argument. La consécration des traités entre le Canada et les Autochtones des Prairies était un processus solennel fondamental à la colonisation de l'Ouest. Nous ne sommes pas disposés à ajouter foi à une interprétation de ces traités qui donnerait à conclure que le Canada n'avait pas l'obligation de procéder pleinement à la distribution des terres de réserve dans un délai convenable. La question de savoir si la réponse du Canada est arrivée « en temps opportun » variera d'un cas à l'autre et peut assurément dépendre en partie de la conduite de la bande elle-même. Par exemple, la Commission est au fait de situations où des membres d'une bande ont demandé spécifiquement qu'on *ne leur mette pas* de réserve de côté avant un certain moment dans le futur, lorsqu'ils seraient prêts à s'établir, ou des cas où aucune demande de terres n'a été faite. À ce moment, bien que l'*obligation en equity* de fournir des terres aux termes du traité prend naissance à la signature du traité, il peut fort bien ne pas y avoir *manquement* au traité tant qu'on ne demande pas au Canada de fournir ces terres et que celui-ci ne se conforme pas à la demande dans un délai raisonnable. Il faut en outre insister sur le fait que, dans bien des cas, la composition et l'effectif de la bande étaient variables et, parfois, impossibles à déterminer, car les Autochtones s'adaptaient à un nouveau mode de vie basé sur l'agriculture au cours du 19^e siècle; en pareil cas, le défaut du Canada de fournir toutes les terres prévues au traité ne pouvait être découvert que grâce aux techniques modernes d'analyse des listes de bénéficiaires. Dans d'autres situations, le Canada a manqué à son obligation d'attribuer des terres malgré les demandes répétées de certaines bandes. En termes simples, chaque

54 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 13; Transcriptions de la CRI, 17 octobre 1997, p. 135 (Perry Robinson).

55 Mémoire de réfutation de la Première Nation de Long Plain, 8 octobre 1997, p. 18.

affaire de droits fonciers issus de traité est différente et exige un examen historique détaillé des faits ayant donné naissance à la revendication.

En l'espèce, on a demandé au Canada de mettre de côté une réserve distincte pour Short Bear et ses partisans peu après la révision faite en 1876 du Traité 1, et il l'a fait. Cependant, même si la *réponse* initiale du Canada est arrivée sans tarder, ce *ne fut pas le cas* pour l'attribution de toutes les terres prévues au traité. Une fois qu'il a eu entrepris de mettre de côté une réserve, il faut aussi considérer qu'il s'est engagé à faire preuve *de diligence, d'habileté et de prudence raisonnable* en s'exécutant – *en 1876*. De toute évidence, toutes les terres auxquelles la Première Nation avait droit en vertu du traité n'ont pas été mises de côté à ce moment, et aucun élément de preuve ne nous a été soumis laissant entendre que Short Bear en ait demandé moins. En effet, si pareille demande avait été présentée, nous n'aurions sans aucun doute pas besoin de la présente enquête. Par ailleurs, nous comprenons les difficultés inhérentes au processus de sélection des terres à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e, et nous ne voulons pas dire que ce processus ne peut pas avoir pris un certain nombre d'années, voire des décennies. Cependant, le fait que le Canada n'ait fourni toutes les terres prévues au traité dans le présent cas que 118 ans après le fait échappe à toute forme de standard raisonnable en matière de délais.

L'exécution ne se mesure pas selon les normes d'aujourd'hui

Le Canada suggère aussi que, lorsque la Commission examine les actes des représentants du Canada en 1876, elle doit évaluer l'usage qu'ils ont fait des listes de bénéficiaires pour déterminer la taille de la RI 6 dans la perspective de 1876 et non en utilisant le recul que permet l'analyse complexe des listes de nos jours⁵⁶. Du point de vue de 1876, le Canada fait d'abord valoir qu'il n'y a pas eu de manquement. Subsidiairement, affirme le conseiller juridique, si manquement il y a *effectivement* eu, et présumant que la perte d'usage peut faire l'objet d'une compensation aux termes de la Politique des revendications particulières, la population visée par le déficit devrait alors être de 197 personnes puisque, selon le paragraphe 8 de l'Exposé conjoint des faits admis, c'est le chiffre que l'arpenteur Lestock Reid semble avoir trouvé lorsqu'il a mis de côté la réserve. Encore subsidiairement, le Canada fait valoir que la population visée par le déficit devrait être de 205 personnes, compte tenu du chiffre de 223 qui a servi de fondement à l'Entente

56 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 19.

de règlement de 1994, moins les 18 absents et bénéficiaires d'arrérages dont Reid n'aurait pas pu être au courant en 1876. Selon le conseiller juridique du Canada, les actes de Reid doivent être évalués selon le critère de la personne prudente dans la gestion de ses propres affaires⁵⁷.

En réfutation, Long Plain affirme que le manquement était celui du *Canada* et non la seule responsabilité de Lestock Reid⁵⁸. Le conseiller juridique de la Première Nation fait de plus valoir que [traduction] « même si [...] la bande avait reçu des terres suffisantes pour les 209 personnes apparaissant sur la liste en 1876, le Canada aurait tout de même commis un manquement au traité et à ses obligations fiduciaires envers la bande parce qu'il était en mesure de déterminer le nombre correct ([y compris] les 15 bénéficiaires d'arrérages et les 3 absents) et s'était engagé à le faire à l'égard des requérants eux-mêmes⁵⁹. »

De plus, puisque le Service des terres du Dominion avait déjà arpenté les townships dans la région de la bande de Long Plain au moment où Reid et Short Bear se sont rencontrés pour choisir les terres de réserve, le conseiller juridique de la Première Nation affirme qu'on n'a jamais vraiment arpenté la réserve de Long Plain :

[Traduction]

Ce que nous avons à la place – à la place d'un levé cernant une parcelle et l'identifiant et la confirmant, nous avons un arpenteur qui se rend sur place et dit, concernant un arpentage existant des terres du Dominion, ces sections comprendront maintenant la réserve. Il n'y a jamais eu de levé comme tel de la réserve, il n'y a donc pas de date de premier arpentage [DPA]. Voilà un élément qui disparaît en ce qui concerne les faits de la présente revendication. Il n'y a pas de date de premier arpentage. Il y a peut-être une date de localisation ou d'identification de la réserve, mais nous ne pouvons utiliser la terminologie traditionnelle de la DPA. [...]

[...] à l'époque, les seules choses qui ont été faites pour créer la réserve numéro 6 de Long Plain furent que, en 1976, Reid a tracé une ligne sur une carte d'arpentage existante des terres du Dominion⁶⁰; et, deuxièmement, l'adoption de ce décret [CP 2876 daté du 21 novembre 1913]⁶¹.

Le décret en question ne dit même pas qu'il s'agit maintenant d'une réserve. Il faut garder à l'esprit que ce qui est arrivé en 1872, c'est que le système d'arpentage des terres du Dominion a été imposé à notre partie du monde. Un levé des terres du

57 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 19.

58 Mémoire de réfutation de la Première Nation de Long Plain, 8 octobre 1997, p. 15.

59 Mémoire de réfutation de la Première Nation de Long Plain, 8 octobre 1997, p. 17.

60 Bureau des terres du Dominion, *Plan of Township No. 10, Range 8, West of First Meridian*, arpenté par C.J. Bouchelle, mars 1872; approuvé et confirmé par J.S. Dennis, arpenteur général, 1^{er} juin 1873 (Pièce 6 de la CRI).

61 Décret CP 2876, 21 novembre 1913 (Pièce 5 de la CRI).

Dominion a été réalisé et, tout ce que le décret fait, c'est de soustraire les terres de Long Plain, décrites au paragraphe 2, à l'application de la Loi des terres fédérales. C'est tout ce que le décret fait. Il ne déclare pas qu'il y a une réserve. Il n'en crée pas une. Il ne fait pas mention de la Loi sur les Indiens. Tout ce qu'il dit, c'est que les terres, les 17 milles carrés de Long Plain, sont soustraites à l'application de la Loi des terres fédérales. [...]

[...] du point de vue administratif, ce qui arrive dans la création de la réserve numéro 6 de Long Plain, c'est que le gouvernement aborde cette question, aborde le problème de la réserve non pas du point de vue de l'exécution d'une obligation envers la Première Nation, mais simplement un peu comme pour préciser en termes administratifs comment la Loi des terres fédérales traitera ce trou qui vient d'être créé parce que Lestock Reid et Short Bear se sont rendus déterminer où la réserve numéro 6 de Long Plain se trouvera⁶².

À notre avis, la position avancée par le Canada est certainement pertinente pour déterminer la compensation à laquelle la Première Nation a droit, mais elle n'est pas pertinente à la question de savoir si le Canada a manqué au Traité 1 ou s'il a manqué à ses obligations de type fiduciaire envers Long Plain. Autrement dit, à la seconde étape de la présente enquête, s'il faut en tenir une pour déterminer la compensation, le Canada peut faire valoir que les dommages-intérêts d'une certaine ampleur ne découlent pas du fait qu'il n'a pas attribué la superficie convenable de terres, parce que le Canada « ne savait pas » qu'il y avait un droit non respecté. Le Canada pourrait même faire valoir que le droit d'une Première Nation à une compensation pour perte d'usage est limité tant que le Canada ne connaissait pas l'existence d'une revendication plaidable ou jusqu'au moment où il aurait raisonnablement dû en connaître l'existence. Cependant, le fait est que le Canada a manqué aux modalités du Traité 1 parce qu'il n'a pas fourni la bonne superficie de terres – qu'il l'ait su ou non. Le manquement découle du fait que le Canada n'a pas fourni les terres, non pas du fait qu'il ait eu connaissance du manquement. C'est ce dont il s'agit, à notre avis, que la responsabilité vienne du manquement au traité, du manquement à une obligation fiduciaire, ou des deux.

Toutefois, d'après les faits en l'espèce, nous estimons qu'on doit considérer que le Canada ne s'est pas acquitté de ses obligations que ce soit du point de vue actuel ou de celui de 1876. L'analyse des listes de bénéficiaires montre que la population, en 1876, de la Première Nation de Long Plain était de 223 personnes (y compris les absents et les bénéficiaires d'arrérages),

62 Transcriptions de la CRI, 17 octobre 1997, p. 57 et 59-60 (Rhys Jones).

alors que le nombre de bénéficiaires de la liste de base était de 209 personnes. L'« exercice de réduction », auquel Lestock Reid s'est livré pour établir la part de Long Plain des 25 milles carrés prévus au Traité 1 et devant être divisés entre les gens de Yellowquill, de Short Bear et de White Mud, conformément à la révision apportée en 1876 au Traité 1, semble avoir donné une population de 197 pour la bande de Short Bear⁶³ – le chiffre dont, invoque le Canada, disposait Reid lorsqu'il a procédé à l'arpentage. Le chiffre le plus élevé que Reid aurait pu connaître en 1876, selon le Canada, était 205, à savoir la population aux fins des droits fonciers conférés par traité de 223 personnes, moins les 18 absents et bénéficiaires d'arréages, ce dont Reid ne pouvait être au courant. Malgré cela, la superficie attribuée à la bande en 1876 selon la formule du Traité 1 de 32 acres par personne représentait 5 303 acres – *assez de terres pour seulement 165 personnes*. Aucun élément de preuve n'indique pourquoi seule cette superficie limitée a été arpentée ou pourquoi le Canada ne s'est rendu compte que dans les années 1970 qu'il y avait eu déficit. Bien qu'on puisse pardonner à Reid de ne pas avoir attribué de terres de réserve pour les 18 absents et bénéficiaires d'arréages parce qu'il n'en connaissait pas l'existence, cela ne dégage pas le Canada d'avoir à vérifier ses dossiers pour s'assurer que, premièrement, Long Plain avait reçu toutes les terres pour les personnes dont Reid *connaissait* l'existence. Il s'agissait d'un déficit important : ce n'est pas le genre de cas auquel fait allusion Juliet Balfour dans sa lettre du 17 décembre 1992 à l'ancien chef Peter Yellowquill, lorsqu'elle faisait observer que [traduction] « ce n'est que grâce aux développements de la recherche contemporaine que les Premières Nations et les gouvernements peuvent se rendre compte qu'il y a peut-être eu un déficit par rapport à la DPA⁶⁴. »

La seule explication offerte par le conseiller juridique du Canada est l'inadvertance ou « l'erreur honnête » et nous examinerons cette question sous peu. Nous insistons sur le fait que le Canada a toujours le loisir de faire valoir à la deuxième étape de la présente enquête, si nécessaire, que ses actes visant à mettre de côté des terres pour seulement 165 personnes étaient défendables dans les circonstances, au point que la compensation pour manquement au traité puisse être limitée selon les principes dont nous discuterons plus loin.

63 Exposé conjoint des faits admis, Revendication de la Première Nation de Long Plain concernant la perte d'usage de droits fonciers issus de traité, 8 août 1997, p. 2, par. 8 (Pièce 2 de la CRI).

64 Juliet Balfour, négociatrice, Direction générale des droits fonciers issus de traité, Affaires indiennes et du Nord Canada, au chef Peter Yellowquill, Conseil tribal de la Première Nation de Long Plain, 17 décembre 1992, p. 3 (Pièce 2 de la CRI, annexe G).

En ce qui a trait à l'argument de la Première Nation voulant qu'il n'y a pas eu de premier arpentage, mais simplement l'identification de terres de réserve par rapport à un levé déjà existant des terres du Dominion, nous reconnaissons qu'il n'y a pas eu d'arpentage spécifique à Long Plain. Nous reconnaissons en outre que les observations que nous avons faites dans notre rapport sur l'enquête relative aux droits fonciers issus de traité de Kahkewistahaw pourraient être interprétées de manière étroite comme exigeant un arpentage propre à une bande dans le cadre du processus de création d'une réserve⁶⁵. Ce rapport traitait d'une situation où il n'y avait pas eu auparavant d'arpentage des terres du Dominion concernant les terres de la réserve.

Toutefois, nous sommes d'avis que, lorsque pareil arpentage a déjà été effectué, il n'est pas nécessaire de procéder à un autre levé pour que le Canada et la bande puissent identifier les terres désirées par la bande comme réserve et pour que les parties s'entendent sur le fait que les terres ainsi choisies constituent la réserve aux fins du traité. Le Canada considérait clairement que la RI 6 comprenait les terres de réserve de Long Plain aux fins du Traité 1, comme on peut le voir dans le décret soustrayant ces terres à l'application de *la Loi des terres fédérales* :

[Traduction]

ATTENDU QUE le paragraphe a) de l'article 76 de la Loi des terres fédérales de 1908 porte que le gouverneur en conseil peut soustraire à l'application de la Loi, sous réserve des droits existants définis ou créés sous son régime, *les terres réservées ou pouvant être réservées pour les Indiens*.

EN CONSÉQUENCE, il plaît à son excellence le gouverneur en conseil de décréter que *les terres comprises dans les réserves ci-après* sont par les présentes soustraites à l'application de la Loi des terres fédérales⁶⁶. [...]

La RI 6 de Long Plain fait partie des terres énumérées dans le décret. Encore une fois, la Commission n'est saisie d'aucun élément de preuve voulant que la Première Nation ait rejeté la RI 6 comme réserve.

Bien qu'il est improbable que la date du levé des terres du Dominion ait une importance pour ce qui est d'établir pour la bande une date de premier arpentage, ce n'est pas une question sur laquelle nous devons nous pencher dans la présente enquête. Il suffit de dire ici que le fait que le Canada n'a pas

65 Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Kahkewistahaw* [1998] 6 ACRI 21, p. 85.

66 Décret CP 2876, 21 novembre 1913 (Pièce 5 de la CRI).

procédé à un arpentage distinct de la réserve de Long Plain ne devrait pas être considéré, en soi, comme un manquement aux obligations de traité du Canada envers la Première Nation.

La simple inadvertance ou l'erreur honnête ne suffisent pas à prouver un manquement à une obligation

Dans ses arguments oraux devant la Commission, le conseiller juridique du Canada déclarait ce qui suit :

[Traduction]

[É]tant donné que [Lestock] Reid a de toute évidence fait preuve de la diligence voulue dans le cas de Swan Lake et de White Mud et que ses chiffres concordent, nous sommes devant une situation pour Long Plain où il n'y a pas vraiment d'explication pourquoi il a attribué une superficie de terres qui est même inférieure au chiffre de 197 personnes qu'il utilisait manifestement. [...] [A]bsolument rien ne laisse croire à une négligence en soi dans l'exercice de l'obligation. Il semble juste s'agir d'une erreur, et j'estime qu'il y a des conséquences juridiques qui en découlent⁶⁷.

Quelles sont ces conséquences? Le conseiller juridique du Canada prétend que, si la Commission concluait que le Canada a, par erreur ou par inadvertance, omis de fournir à la Première Nation de Long Plain toutes les terres auxquelles elle avait droit aux termes du traité, cette conclusion ne suffirait peut-être pas à établir le manquement à ses obligations⁶⁸. D'après le conseiller juridique du Canada, selon les principes fiduciaires que l'on dit avoir établi dans *Apsassin*, [traduction] « sauf s'il n'avait pas été exercé toute la diligence, la prudence et l'attention » de la part du Canada, la *simple inadvertance* et le *fait de ne pas savoir* que les intérêts de la Première Nation avaient peut-être été compromis ne peuvent suffire à justifier que l'on conclue qu'il y a eu manquement à une obligation⁶⁹. Le conseiller juridique prétend que le déficit dans les terres dans le présent cas était accidentel et que, parce que le Canada n'a appris ce déficit que dans les années 1970 et s'est alors montré disposé à remplir ses obligations, qu'il n'y a pas eu de manquement du Canada à l'obligation de fournir des terres de réserve⁷⁰. En contrepartie, si le Canada avait refusé de négocier lorsqu'il a pris connaissance du

67 Transcriptions de la CRI, 17 octobre 1997, p. 123 et 125 (Perry Robinson).

68 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 14.

69 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 16.

70 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 16.

déficit, le conseiller juridique concède que ce refus « aurait constitué un manquement⁷¹. »

Long Plain rétorque que, malgré l'affirmation du Canada que le déficit s'est produit par inadvertance, [traduction] « le fait est qu'il n'existe pas de registre écrit expliquant pourquoi Reid a utilisé 197 comme chiffre de population⁷². » Puisque le Canada était obligé par traité de fournir à Long Plain toutes les terres prévues dans les modalités du traité, il ne convient pas, fait valoir le conseiller juridique de la Première Nation, d'affirmer qu'il n'y a pas manquement à moins que la Première Nation découvre le défaut d'exécution et demande au Canada de le rectifier⁷³. En outre, la Première Nation affirme que le Canada a eu un certain nombre de possibilités de déterminer l'exactitude de la superficie des terres de réserve attribuées à Long Plain, et que, ne s'en étant pas acquitté, cela constitue un [traduction] « mépris insouciant ou insensible de ses obligations⁷⁴. »

La Commission remarque dans le mémoire du Canada l'affirmation que, *sauf s'il n'avait pas été exercé toute la diligence, la prudence et l'attention de la part du fiduciaire*, le fait de ne pas savoir que les intérêts de la Première Nation peuvent avoir été compromis ne suffit peut-être pas à justifier que l'on conclut à un manquement à une obligation. Comme nous l'avons déjà fait observer, nous ne disposons d'aucun élément de preuve suggérant que Short Bear ait demandé pour sa bande quoi que ce soit de moins que la pleine mesure de terres de réserve prévues au Traité 1 en 1876. Cela étant, le Canada nous demande de conclure que, parce que les terres attribuées aux deux autres factions de la bande de Portage montrent que Reid a *effectivement* exercé toute la diligence, la prudence et l'attention dans ces cas, le fait de ne pas fournir à Long Plain toutes les terres prévues au traité doit avoir résulté d'une simple inadvertance. Nous en interprétons que le Canada est d'avis que l'erreur de Reid était simplement accidentelle parce qu'il *faisait preuve* de toute la diligence, la prudence et l'attention nécessaire, alors que la même erreur, *en l'absence de* cette diligence, cette prudence et cette attention, pourrait constituer un manquement ouvrant droit à recours.

Toutefois, quelque soit le degré de diligence, de prudence et d'attention de Reid, les arguments du Canada sur ce point ne parviennent tout de même pas à régler le simple fait que, après l'arpentage, Long Plain demeurait aux

71 Transcriptions de la CRI, 17 octobre 1997, p. 126 (Perry Robinson).

72 Mémoire de réfutation de la Première Nation de Long Plain, 8 octobre 1997, p. 12.

73 Transcriptions de la CRI, 17 octobre 1997, p. 159-160 (Rhys Jones).

74 Mémoire de réfutation de la Première Nation de Long Plain, 8 octobre 1997, p. 12-13.

prises avec un déficit dans ses terres conférées par traité. Dans notre esprit, cela constitue un manquement au traité. La conduite en soi n'est pas pertinente à la question de savoir si l'obligation de fournir des terres selon les termes du traité a été satisfaite. Exprimé autrement, nous concluons que le Canada a manqué aux conditions du traité s'il n'a pas fourni la superficie de terres à laquelle une Première Nation a droit, aux termes d'un traité, dans un délai raisonnable après qu'on lui ait demandé de le faire. Le fait que le Canada puisse ne pas être au courant d'un déficit dans les terres attribuées ne peut vicier le fait que le Canada a manqué aux conditions du traité. De même, le fait que le Canada puisse avoir une très bonne explication pourquoi les terres n'ont pas été attribuées ne signifie pas que le Canada n'a pas manqué au traité ou n'est pas passible des dommages-intérêts ou de la compensation découlant du manquement en question. Le manquement réside dans le fait que la quantité appropriée de terres n'a pas été fournie en temps opportun selon les modalités du traité. Nous rejetons donc l'argument du Canada sur ce point.

Cela étant dit, si on nous demandait de statuer en nous basant uniquement sur l'Exposé conjoint des faits admis, nous aurions tendance à conclure qu'une certaine forme de manquement, fondé sur la conduite, du Canada à ses obligations fiduciaires envers la Première Nation se soit produit, en ce qui a trait à l'important déficit dans les terres en l'espèce et à l'absence d'explication. Toutefois, nous ne voyons pas d'élément de preuve pour le moment qui appuie l'argument de Long Plain selon lequel le Canada a commis un mépris insouciant ou insensible des intérêts de la Première Nation. Il est vrai que le Canada n'a peut-être pas exercé toute la compétence et la diligence nécessaire en mettant la réserve de côté, mais la Commission ne dispose pas d'élément de preuve montrant que le défaut de fournir à Long Plain sa pleine mesure de terres prévues au traité ait découlé de l'insouciance ou d'une tentative délibérée de priver la Première Nation de ses droits. Nous voyons une distinction entre Long Plain, qui n'a jamais reçu toutes les terres auxquelles elle avait droit, et d'autres bandes qui ont peut-être reçu toutes les terres leur revenant dès le départ mais qui les ont ensuite perdues à cause des actes malfaisants délibérés des mandataires du Canada, comme nous l'avons vu dans les enquêtes sur les cessions de Kahkewistahaw et de Moosomin.

Néanmoins, nous convenons avec le conseiller juridique du Canada que, si le déficit s'est produit par inadvertance ou à la suite d'une erreur honnête plutôt qu'à cause d'une négligence ou d'une autre forme de mauvaise foi, il

existe alors des conséquences juridiques. Cependant, ces conséquences n'ont pas trait à la question de savoir s'il y a eu *manquement*. L'importance réelle de la distinction entre, d'une part, les manquements fiduciaires fondés sur la conduite et, d'autre part, les manquements fiduciaires au traité ne repose pas dans la question de la *responsabilité*, puisque le Canada sera responsable de toutes façons, mais dans le *niveau de compensation* auquel la Première Nation aura droit, comme nous le verrons plus loin.

À cet égard, nous sommes conscients de la nécessité d'examiner chaque affaire selon ses propres faits, et notre expérience a démontré que chaque cas de droits fonciers issus de traité doit être étudié de près, en tenant compte particulièrement de la conduite tant du Canada que de la bande lorsque des terres de réserve sont mises de côté. Ainsi, par exemple, la compensation pour perte d'usage pourra varier considérablement entre, d'une part, les cas où le déficit dans les terres attribuées découle d'une conduite délibérée ou insouciante du Canada et, d'autre part, les cas de revendications axées purement sur la recherche – les situations où le Canada semble avoir fourni suffisamment de terres pour les membres d'une bande d'après la liste de bénéficiaires de l'année du premier arpentage, mais où la recherche ultérieure a révélé qu'il y avait des absents ou d'autres personnes dont le Canada ne pouvait connaître l'existence au moment de l'arpentage et pour qui aucune terre n'a jamais été mise de côté. Au milieu de tout cela, on trouve une zone grise, dans laquelle la présente affaire pourrait fort bien se retrouver, où le Canada ne s'est peut-être pas rendu compte qu'il y avait déficit, mais aurait peut-être dû.

Pour le moment, la Commission conclut simplement que, parce que le Canada ne s'est pas acquitté de ses obligations aux termes du traité, Long Plain a subi un déficit dans les terres que lui conférait le traité. À notre avis, la Première Nation dispose d'une revendication valide, non seulement en ce qui a trait au montant des terres prévues au traité, mais aussi pour les dommages-intérêts compensatoires ou pour la compensation aux fins de restitution à la suite du déficit en question. Le calcul du droit foncier demeure toutefois au coeur du litige. Pour le moment, nous nous limiterons à conclure que le manquement du Canada au traité et à son obligation fiduciaire donne naissance à une obligation légale permettant le recours aux dispositions de la Politique des revendications particulières en matière de compensation, et que la perte d'usage est dans une certaine mesure possible dans le cadre de cette obligation légale.

La perte d'usage comme chef de dommages plutôt que comme revendication distincte

Une autre position avancée par le Canada nécessite que l'on s'y arrête à ce moment-ci. Lorsqu'il négociait l'Entente de règlement et, dans une moins grande mesure, au cours de la présente enquête, le Canada a pris pour position que la revendication pour perte d'usage de Long Plain est séparée et distincte de la revendication de droits fonciers issus de traité qui a été acceptée aux fins de négociations en 1982. Autrement dit, le Canada a cherché à imposer à la Première Nation l'exigence de présenter cette revendication pour perte d'usage par l'entremise du processus des revendications particulières à titre de nouvelle affaire devant être acceptée séparément pour négociations. Cette position a été exprimée clairement dans la lettre de Juliet Balfour datée du 17 décembre 1992 :

[Traduction]

Premièrement, la perte d'usage ne sera pas considérée comme un chef distinct de dommages ou de compensation dans la négociation et la conclusion d'une revendication de DFIT. *Si une Première Nation croit qu'elle est motivée de présenter une revendication pour perte d'usage, il faut qu'elle le face de manière distincte.* Il s'agit de la position de principes de la Direction générale des revendications particulières/des droits fonciers issus de traité qui a été suivie uniformément dans tout l'Ouest. On ne dérogera pas de cette politique dans le cas de votre revendication [...] ⁷⁵.

De même, Al Gross disait ce qui suit le 23 février 1993 :

[Traduction]

Lors de nos dernières négociations sur les DFIT, vous avez soulevé la question de la compensation pour perte d'usage des superficies manquantes. Nous avons répondu en indiquant que le Canada, après avoir examiné le droit applicable à une revendication de DFIT, est d'avis que *la perte d'usage n'est pas un point ouvert à la négociation dans le contexte de la revendication de DFIT.* Nous nous conformons à la position que nous avons adoptée dans l'accord-cadre conclu récemment en Saskatchewan ⁷⁶.

La même position est réitérée par Bruce Hilchey le 18 mars 1993 :

⁷⁵ Juliet Balfour, négociatrice, Direction générale des droits fonciers issus de traité, Affaires indiennes et du Nord Canada, au chef Peter YellowQuill, Conseil tribal de la Première Nation de Long Plain, 17 décembre 1992, p. 1 (Pièce 2 de la CRI, annexe G). Italiques ajoutés.

⁷⁶ Al Gross, directeur général, Droits fonciers issus de traité, Affaires indiennes et du Nord Canada, au chef Peter YellowQuill, Conseil tribal de la Première Nation de Long Plain, 23 février 1993, p. 1 (Pièce 2 de la CRI, annexe H). Italiques ajoutés.

[Traduction]

À notre réunion avec vous le 20 janvier 1993, l'équipe de négociation fédérale des DFIT a fourni verbalement à la bande le projet de règlement que notre équipe était disposée à recommander à notre Ministre en vue de satisfaire pleinement et définitivement les DFIT existants de la bande. Cependant, à cette réunion, vous avez fait valoir qu'un règlement éventuel devrait tenir compte de la perte d'usage. En réponse, nous avons expliqué notre position relative à la perte d'usage d'après l'avis juridique que nous avons obtenu. *Notre position était et demeure que la perte d'usage doit être vraiment établie en se fondant sur des principes juridiques, et que cela doit se faire séparément de la revendication de DFIT⁷⁷.*

De l'avis de la Commission, la perte d'usage est un *chef de dommages* qui doit être examiné dans le contexte de la revendication de droits fonciers issus de traité dont il découle. En termes généraux, *ce n'est pas* une revendication ou une obligation légale distincte. Elle ressort des mêmes circonstances de fait qu'une revendication de droits fonciers issus de traité et ne devrait pas exiger une acceptation séparée par le Canada aux fins de négociation. En l'espèce, le Canada a reconnu les droits fonciers issus de traité existants de la Première Nation de Long Plain dans la lettre adressée à cette dernière par le Ministre John Munro en 1982, et il ne devrait pas y avoir d'autre exigence pour que la perte d'usage soit incluse dans les négociations. Nous considérons qu'il n'est pas convenable que le Canada exige de la Première Nation de présenter une nouvelle revendication pour examen indépendant et acceptation aux fins de négociation en pareille circonstance. Si, après avoir confirmé qu'une Première Nation possède des droits fonciers issus de traité existants, le Canada adopte comme position qu'une perte d'usage n'ouvre pas droit à compensation selon les faits d'une affaire donnée, la Première Nation devrait pouvoir s'adresser directement à la Commission des revendications des Indiens en invoquant le fait qu'elle « n'est pas d'accord avec la décision du Ministre concernant les critères de compensation applicables dans la négociation d'un règlement ».

PRINCIPES DE LA COMPENSATION

La Commission a conclu que, jusqu'à ce que le l'Accord de règlement de 1994 règle la question des droits fonciers issus de traité, le Canada commettait un manquement aux modalités du Traité 1 envers la Première Nation de

77 Bruce Hilchey, négociateur, Direction générale des droits fonciers issus de traité, Affaires indiennes et du Nord Canada, au chef Peter YellowQuill, Conseil tribal de la Première Nation de Long Plain, 18 mars 1993, p. 1 (Pièce 2 de la CRI, annexe I). Italiques ajoutés.

Long Plain parce qu'il ne lui avait pas attribué toutes les terres prévues dans les modalités du traité en question. Il se peut aussi que le Canada ait manqué à son obligation de fiduciaire d'« honorer ses obligations en vertu du traité ». À notre avis, le Canada avait l'obligation, au minimum, de remplir les conditions du Traité 1 en fournissant la pleine mesure de terres à laquelle la Première Nation avait droit. La question essentielle qui s'ensuit est de savoir à quelle compensation a droit la Première Nation à la suite du retard du Canada à s'exécuter. On ne nous a pas demandé dans le cadre de la présente enquête de déterminer le montant de la compensation payable, le cas échéant, mais plutôt d'examiner les principes généraux qui s'appliquent à cet exercice.

Notre analyse doit, par définition, commencer par la Politique des revendications particulières qui fixe la règle générale suivante :

En règle générale, une bande requérante reçoit compensation *pour les pertes et les dommages qu'elle a subis par suite d'un manquement* du gouvernement fédéral à son obligation légale. Cette compensation obéit aux *principes du droit*⁷⁸.

En l'espèce, la perte que les requérants prétendent avoir subie est une perte d'usage, et la Commission a déjà conclu que la Première Nation a établi la validité de sa revendication en ce qui a trait à la responsabilité. Pour ce qui est de savoir si la perte d'usage peut être indemnisée en droit, on peut, à cet égard, consulter dès le départ l'énoncé de principe suivant de S.M. Waddams dans *The Law of Damages* :

[Traduction]

Bien des fautes en droit peuvent occasionner pour le demandeur la perte de biens. Les cas les plus fréquents sont la négligence, la destruction de marchandises, la conversion, la non-livraison par le vendeur, et la perte par le transporteur ou le dépositaire. Classés comme des fautes en droit, ces cas semblent avoir peu de choses en commun, se situant à cheval entre le contrat et le délit civil, la négligence et l'atteinte, et entre les contrats de vente et de service. Toutefois, du point de vue de l'indemnisation, elles soulèvent toutes un même problème : *comment offrir en argent un substitut pour le bien que le demandeur n'a pas, mais qu'il aurait eu n'eut été de la faute du défendeur.*

Il arrive communément qu'en pareil cas, le demandeur se plaint non seulement de la perte du bien, mais aussi de la perte d'usage. Si la faute n'avait pas été commise, le demandeur aurait eu, au moment de la plainte, non seulement la richesse en capital représentée par le bien, mais un accroissement de richesse

78 *Dossier en souffrance*, 30 (réimpression [1994] I ACRI 187, p. 200). Italiques ajoutés.

représenté par l'utilisation profitable du bien. Il est souvent difficile, comme l'analyse qui suit le démontrera, de tracer une démarcation claire entre ces deux demandes, car la valeur en capital du bien tient compte de la valeur de son utilisation anticipée. Donc, si on pouvait réparer instantanément la perte du demandeur, et qu'un substitut parfait pouvait être acquis sur-le-champs, il n'y aurait jamais de demande en perte d'usage. Mais la réparation des fautes en droit n'est jamais instantanée, et les substituts sont rarement parfaits. En conséquence, *l'indemnisation peut à toutes fins utiles être considérée comme comportant deux éléments : un substitut pour la perte de la valeur du bien et un substitut pour la perte de la possibilité de l'utiliser*⁷⁹.

Il importe de remarquer que les tribunaux d'*equity* possèdent depuis longtemps la compétence nécessaire pour ordonner l'exécution en nature et pour accorder des dommages-intérêts, soit en surplus ou à la place de l'exécution en nature. Dans le contexte stricte d'un défaut de remettre un bien-fonds, cette compétence permettant d'accorder des dommages-intérêts s'étend à la fois aux dommages découlant d'un déficit dans la superficie des terres fournies et aux dommages découlant des retards d'exécution. Le concept qui opère ici ne diffère pas en importance de celui auquel il est fait allusion dans les revendications de droits fonciers issus de traité lorsqu'on utilise l'expression « perte d'usage ».

Il est aussi important de remarquer que l'arrêt-clé lui-même en matière d'obligations fiduciaires – *Guerin* – révèle que les tribunaux sont disposés à accorder une compensation pour la perte d'usage ou la perte d'une occasion. Dans l'affaire en question, le juge Collier a accordé en première instance à la bande Musqueam une compensation de 10 millions de dollars, dispositif qui reçoit l'approbation des juges Dickson et Wilson en appel final à la Cour suprême du Canada. La juge Wilson déclare :

Après avoir rejeté la valeur d'un bail de club de golf (soit celui que la bande avait autorisé ou celui qu'on peut objectivement qualifier de « raisonnable ») comme norme servant à établir l'étendue de la perte de la bande, le juge de première instance a, me semble-t-il, déterminé la valeur, à la date du procès, de *l'occasion ratée* par la bande d'aménager les terres à des fins résidentielles et évalué les dommages subis par la bande en fonction de la différence entre ce chiffre et la valeur du bail consenti au club de golf. Est-ce une façon appropriée d'aborder l'indemnisation pour manquement aux obligations de fiduciaire?

[...]

79 S.M. Waddams, *The Law of Damages*, 2^e édition (Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1991), ¶ 1.10 et 1.20. Italiques ajoutés.

Puisque le bail autorisé par la bande était impossible à obtenir, le manquement de Sa Majesté à ses obligations en l'espèce n'est pas de ne pas avoir loué les terres, mais de les avoir louées alors qu'elles ne pouvait pas le faire aux conditions approuvées par la bande. La bande a ainsi été privée de ses terres et de toute utilisation qu'elle aurait pu vouloir en faire. Tout comme il faut présumer qu'un bénéficiaire aurait voulu vendre ses valeurs mobilières au meilleur prix possible pendant la période où le fiduciaire les détenait illégitimement (voir *McNeil v. Fultz* (1906), 38 S.C.R. 198) de même il faut présumer que la bande aurait voulu aménager ses terres de la façon la plus avantageuse possible pendant la période visée par le bail non autorisé. À cet égard aussi, les principes applicables à la détermination des dommages-intérêts pour le manquement à des obligations de fiduciaire doivent être différenciés de ceux applicables à détermination des dommages-intérêts pour l'inexécution d'un contrat. En droit des contrats, la bande aurait dû prouver qu'elle aurait aménagé les terres; en *equity*, il y a présomption qu'elle l'aurait fait : voir Waters, *Law of Trusts in Canada*, à la p. 845.

Je ne puis conclure que le savant juge de première instance a commis une erreur de principe quelconque en abordant la question des dommages-intérêts en fonction de la perte de la possibilité de procéder à un aménagement résidentiel⁸⁰.

Le juge Dickson est lui aussi d'avis que la décision du juge Collier n'est entachée d'aucune erreur de principe⁸¹.

La décision de la juge Wilson d'appliquer les principes de la restitution pour indemniser la bande pour l'occasion ratée est décrite dans les termes suivants par la juge McLachlin dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Company* :

En appliquant le raisonnement de la restitution, le juge Wilson a conclu que Sa Majesté, en omettant de consulter la bande pour obtenir d'autres directives au sujet du bail, avait commis un manquement aux obligations du fiduciaire. *Sa Majesté était tenue d'indemniser la bande pour la valeur de ce qu'elle avait perdu en raison du manquement, à savoir la possibilité de conclure un arrangement plus favorable. La valeur de cette possibilité perdue était fondée non pas sur le montant qui aurait pu être raisonnablement prévu à l'époque, suivant la common law en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle, mais sur la méthode d'equity qui consiste à examiner ce qui est vraiment arrivé aux valeurs au cours des années ultérieures*⁸².

80 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, p. 359, 362-363; [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 96, [1985] 1 CNLR 120 (juge Wilson). Italiques ajoutés.

81 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, p. 391; [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 96, [1985] 1 CNLR 120 (juge Dickson).

82 *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Company*, [1991] 3 RCS 534, p. 551 (juge McLachlin). Italiques ajoutés.

On peut donc voir que nous sommes solidement fondés de conclure que, du point de vue du principe de droit, il est possible de demander une indemnisation pour les occasions perdues ou la perte d'usage dans les cas où le Canada a privé une bande de la réserve à laquelle elle avait droit pendant une longue période de temps.

Cela étant dit, le Canada fait valoir qu'il existe plusieurs aspects par lesquels l'arrêt *Guerin* se distingue de la présente enquête, ce avec quoi nous sommes en désaccord. Premièrement, comme nous l'avons vu, le conseiller juridique du Canada fait valoir qu'il est important pour la Première Nation de qualifier l'obligation du Canada dans cette cause d'obligation « fiduciaire », comme ce fut le cas dans l'arrêt *Guerin*, pour faire ressortir « l'évidence » d'un manquement à une obligation et pour faire jouer les principes applicables en *equity* pour ce qui est de l'évaluation des dommages⁸³. Ce que le mémoire du Canada laisse entendre, c'est qu'il existe des règles de conduite et des principes de compensation différents selon qu'on a affaire à un « simple » manquement aux dispositions du traité plutôt qu'à un manquement à une obligation de fiduciaire. Étant donné que la Commission a déjà conclu que, dans le cas qui nous occupe, le manquement du Canada était à la fois un manquement au traité *et* un manquement à son obligation de fiduciaire, cette prétendue distinction ne tient plus. Toutefois, comme nous l'expliquerons plus loin, même si nous faisons fausse route de conclure que le manquement aux dispositions du traité dans cette affaire équivalait aussi à un manquement à l'obligation de fiduciaire, nous n'en considérons pas moins que les manquements à un traité relèvent aussi de la compétence en *equity* des tribunaux.

Deuxièmement, l'affaire *Guerin* abordait la question de la perte d'usage dans le contexte d'une *cession* et non dans celui d'un manquement à fournir la totalité des *terres conférées par traité*. Les terres de réserve qui avaient été spécifiquement attribuées à la bande de Musqueam furent *cédées* aux fins de conclure un bail à long terme pour le club de golf, alors que dans la présente affaire, Long Plain *n'a jamais reçu* les terres manquantes, au point de départ. Pour sa part, le Canada accorde énormément d'importance à cette distinction, comme nous le verrons plus loin. Toutefois, nous estimons qu'il n'existe pas de différence conceptuelle entre un manquement à honorer des droits fonciers conférés par traité et une cession pour ce qui est des prin-

83 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 10-11.

cipes qui s'appliquent, en ce qui touche la compensation, à l'égard d'une demande relative à une perte d'usage.

Troisièmement, les tribunaux qui ont instruit l'affaire *Guerin* ont considéré qu'il y avait responsabilité en raison du fait que les représentants de la Couronne ont omis de retourner voir la bande de Musqueam pour discuter des modalités de la contre-proposition de location, lesquelles étaient moins avantageuses que les dispositions préalablement approuvées par la bande; les mêmes représentants ont au contraire conclu, à tort, qu'il était laissé à la discrétion de la Couronne de décider ce qui était dans le meilleur intérêt de la bande - *sans* consulter les membres de la bande, tout en *sachant* que la bande n'avait pas approuvé les modalités de la contre-proposition. Il y a donc eu dans l'affaire *Guerin* faute morale de la part des représentants de la Couronne, conclusion qu'il nous est interdit de tirer dans la présente affaire, faute de preuves suffisantes. En fait, le conseiller juridique du Canada fait valoir, comme nous le verrons, que son manquement à fournir à Long Plain la totalité des terres qui lui étaient conférées par traité a été le fruit d'une erreur malencontreuse et non délibérée, inconsiderée ou malicieuse de la part des mandataires du Canada. Selon la Commission, les différences en cette matière, s'il se trouve qu'elles sont fondées au terme d'un examen complet des faits, ont leur place dans l'évaluation des « *dommages-intérêts* » qui devront être accordés en compensation, mais n'ont pas à être pris en compte pour ce qui est de décider, au premier chef, si la perte d'usage *donne droit à une compensation*.

Nous examinerons maintenant ces points plus en détail.

La qualification du manquement en évaluant la compensation

Comme nous l'avons vu, selon le conseiller juridique du Canada, les raisons pour lesquelles il est important pour la Première Nation de qualifier l'obligation qui incombe au Canada dans cette affaire, en sa qualité de fiduciaire sont, premièrement, de montrer que le manquement à l'obligation est « évident », puisque, le cas échéant, l'obligation que l'on imposera au fiduciaire sera alors plus élevée, et deuxièmement, pour pouvoir faire jouer les principes du droit fiduciaire, pour ce qui est d'évaluer les dommages⁸⁴. Si on s'arrête au premier de ces arguments, nous admettons que, d'un point de vue conceptuel, un fiduciaire puisse être astreint à un degré plus élevé de

84 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 10-11.

responsabilité qu'un particulier qui, bien qu'astreint à un devoir, ne porte pas le titre de fiduciaire.

Toutefois, en ce qui concerne le manquement à fournir les terres prévues par le traité, l'obligation à cet égard est clairement énoncée dans les modalités du traité. Dire de ce devoir qu'il en est un de « fiduciaire » ne change rien à la nature de l'obligation, savoir de fournir à une bande toutes les terres que lui confère le traité, en temps opportun. On peut faire valoir que le degré d'obligation exigé du Canada dans le respect de ses traités est plus élevé que le degré d'obligation exigé du Canada comme fiduciaire — l'obligation définie dans le traité est absolue, alors que le devoir auquel est astreint un fiduciaire est souvent décrit comme un devoir qui exige tout au plus fidélité, honnêteté et diligence.

Pour ce qui est de l'argument selon lequel il est nécessaire de décrire l'obligation du Canada comme étant une obligation de fiduciaire pour que la Commission puisse faire intervenir les principes de compensation en *equity* dans l'évaluation des dommages, nous sommes profondément en désaccord. Selon nous, les recours disponibles dans des situations où les droits fonciers issus d'un traité n'ont pas été pleinement respectés — peu importe d'ailleurs que le déficit soit qualifié de manquement au traité ou de manquement à une obligation fiduciaire — doivent refléter la pleine compétence en *equity* que l'on reconnaît aux tribunaux supérieurs de ce pays.

Nous avons déjà précisé par le passé que la Cour Suprême du Canada avait maintes fois reconnu le caractère *sui generis* ou « la nature unique à la fois du droit des indiens sur leurs terres et de leurs rapports historiques avec Sa Majesté »⁸⁵. Dans ce contexte, il apparaît clair qu'une revendication valide soumise par une bande indienne à l'égard d'un manquement dans l'attribution de ses terres de réserve constitue une obligation *sui generis* exécutoire. Nous estimons qu'en droit, une revendication de ce genre se situe à un palier supérieur à celui qu'occupe une obligation contractuelle, mais que même si l'objet de la revendication équivaut tout au plus à une obligation contractuelle, elle mérite l'intervention des tribunaux en *equity*. Il ne fait aucun doute dans notre esprit que ce type d'obligation, qui par nature relève de l'*equity*, peut être exécutée par les tribunaux, qui pourront imposer l'exécution spécifique de l'obligation ou, dans des circonstances où ils ne pourraient pas imposer son exécution spécifique, accorder en premier lieu, des dommages-intérêts à titre de compensation pour les terres manquantes

85 *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 RCS 335, p. 387; [1984] 6 WWR 481, 13 DLR (4th) 96, [1985] 1 CNLR 120, (juge Dickson).

et, deuxièmement, des dommages-intérêts de nature compensatoire, au titre de l'exécution tardive de l'obligation. L'une des façons – bien que ce ne soit pas la seule – de mesurer la deuxième forme de dommages-intérêts mentionnée consiste à procéder à une analyse de la perte d'usage. En fin de compte, et peu importe que nous concluions que la perte subie dans la présente affaire résulte d'un manquement au traité ou d'un manquement à une obligation fiduciaire, l'obligation légale du Canada sera mesurée comme étant la compensation ou les dommages-intérêts qu'un tribunal peut accorder, en application des principes généraux du droit et de l'*equity*.

L'arrêt le plus pertinent de la Cour Suprême du Canada à cet égard – l'arrêt *Canson Enterprises* – fournit des indications très claires sur la façon de calculer la compensation à accorder en pareil cas. Il démontre en outre comment le droit touchant la compensation en *equity* a évolué depuis *Guerin*. Dans *Canson Enterprises*, la Cour s'est penchée sur la question de la compensation qu'un avocat serait tenu de verser lorsque, dans l'établissement d'un acte de transfert pour les besoins d'une transaction, celui-ci a omis d'informer les acheteurs d'un profit secret réalisé sur la « revente précipitée » de la propriété, à la faveur d'une transaction intermédiaire. Les preuves montraient que les acheteurs n'auraient pas acheté la propriété s'ils avaient été pleinement informés de la situation. Après l'achat, les acheteurs ont entrepris de mettre la propriété en valeur, mais ont subi des pertes substantielles lorsque les pilotis supportant un entrepôt qui faisait partie des aménagements installés ont commencé à s'enfoncer, ce qui a entraîné des dommages importants à l'immeuble. Lorsque les ingénieurs-mécaniciens des sols et la compagnie qui avait installé les pilotis se sont révélés incapables de couvrir les pertes des acheteurs, ces derniers, incapables de payer leur hypothèque, ont vu leurs créanciers saisir leur biens-fonds. Les acheteurs ont alors intenté des poursuites contre l'avocat, alléguant que le manquement à divulguer le bénéfice secret était passible d'une poursuite pour tromperie ou pour manquement à une obligation de fiduciaire, et demandé à ce que l'avocat soit contraint de les compenser pour la totalité des pertes subies, y compris pour les pertes résultant des fautes commises par les ingénieurs-mécaniciens des sols et par l'entrepreneur chargé d'installer les pilotis. Toutefois, en ce qui concerne les manquements de la part des tiers concernés, les tribunaux de tous les paliers se sont montrés hésitants à attribuer des dommages-intérêts au titre du manquement de la part de l'avocat chargé de la transaction à informer les acheteurs du profit réalisé lors de la « revente précipitée » (revente à un tiers).

À la Cour suprême du Canada, le juge La Forest rédigea l'arrêt rendu à la majorité au nom de quatre des huit juges ayant participé à la décision, le juge Stevenson souscrivant au jugement dans des motifs distincts. Le juge La Forest estima que le manquement de l'avocat à son obligation de fiduciaire était assimilable à un délit de tromperie, et conclut en conséquence que les acheteurs seraient convenablement dédommagés en calculant la compensation en conformité avec les principes applicables aux délits civils - qui dans le cas d'une tromperie, [traduction] « sont beaucoup plus généreux que peuvent l'être les dommages-intérêts prévus pour des délits civils ou les manquements à des contrats, dans la mesure où des dommages-intérêts au titre du préjudice *imprévisible et prévisible* sont accordés »⁸⁶. Le juge a notamment écrit :

[I]l s'agit d'un domaine où la common law et l'*equity* suivent depuis longtemps la même voie et il importe peu qu'on adopte la méthode de l'*equity* en se servant avec souplesse du redressement relativement peu développé de l'indemnisation ou qu'on ait recours au redressement de common law plus développé que représentent les dommages-intérêts. *Lorsque [TRADUCTION] « la portée de l'obligation est identique », la même règle devrait s'appliquer... Seule l'existence de différents objectifs de principe devrait permettre le recours à la souplesse bien connue de l'equity afin d'obtenir un résultat différent et plus équitable*⁸⁷.

Le juge La Forest a clairement souligné la différence qui existe entre la souplesse de l'*equity*, et la facilité avec laquelle elle permet de concevoir des recours aboutissant à la remise en état et [traduction] « les objectifs plus restrictifs de la common law pour ce qui de l'attribution de dommages-intérêts au titre de délits civils ou de bris de contrat »⁸⁸. Toutefois, il estimait qu'il existe des situations dans lesquelles la politique exige l'application de redressements en *equity* :

Si une situation nécessite la poursuite de différents objectifs de principes, on peut alors chercher le redressement dans le système qui paraît convenir le mieux. Souvent, ce sera l'*equity*. Ces redressements souples, tels que les fiducies par interprétation, la reddition de compte, le droit de suite et l'indemnisation, doivent donc continuer à

86 Alan Pratt, «Fiduciary Principles and the Compensation Guidelines of Outstanding Business», non publié, Toronto, janvier 1992, p. 13.

87 *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Company*, [1991] 3 RCS 534, p. 586-587 (juge La Forest). Italiques ajoutés.

88 Alan Pratt, «Fiduciary Principles and the Compensation Guidelines of Outstanding Business», non publié, Toronto, janvier 1992, p. 15.

être façonnés de manière à satisfaire aux exigences de l'équité et de la justice dans des situations précises⁸⁹.

Plus tard, dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, le juge La Forest a ajouté un complément d'explication à ses observations de l'arrêt *Canson Enterprises* :

Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu'il est loisible à un tribunal qui exerce sa compétence d'*equity* d'examiner les principes de l'éloignement du dommage, de la causalité et de l'acte intermédiaire lorsque cela est nécessaire pour arriver à un résultat juste et équitable. Cet arrêt ne constitue pas cependant une indication de l'abandon du principe de la restitution intégrale; il reconnaît plutôt qu'un manquement à une obligation fiduciaire peut revêtir plusieurs formes et que divers redressements peuvent convenir. [...]

En d'autres termes, l'*equity* n'est pas rigide au point de pouvoir être utilisée pour imposer à des défendeurs de lourds dommages-intérêts disproportionnés à leur conduite véritable. Au contraire, dans les cas où la common law a conçu un principe modéré et juste pour répondre à un type particulier de tort, l'*equity* est suffisamment souple pour emprunter à la common law. Comme je le fais remarquer aux pp. 587 et 588 dans l'arrêt *Canson*, ce point de vue est compatible avec la fusion de la common law et de l'*equity* qui a eu lieu au tournant du siècle en vertu des anciennes *Judicature Acts*... En conséquence, l'arrêt *Canson* signifie que les tribunaux devraient s'efforcer de traiter de façon similaire les torts similaires, quelle que soit la cause d'action invoquée⁹⁰.

Dans l'arrêt *Canson Enterprises*, la juge McLachlin (appuyée en cela par les juges Lamer et L'Heureux-Dubé) était d'accord sur le dispositif, mais pour des motifs différents. Elle en venait à la conclusion que, comme les obligations fiduciaires découlent des principes de la fiducie, des considérations fort différentes s'appliquent dans l'attribution d'une compensation à l'égard de manquements au principe de l'*equity*, par opposition à des dommages-intérêts pour des manquements à des principes en common law. Comme l'indiquait la juge McLachlin dans cet arrêt :

Ma première préoccupation en ce qui concerne la façon de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle tient au fait qu'elle fait abstraction du fondement et des objectifs uniques de l'*equity*. Le fondement de l'obligation fiduciaire et la raison d'être de l'indemnité fondée sur l'*equity* se distinguent du délit civil de négligence et du domaine contractuel. Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties sont considérées comme des acteurs égaux et indé-

89 *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Company*, [1991] 3 RCS 534, p. 586-587 (juge La Forest). Italiques ajoutées.

90 *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 RCS 377, p. 443-444 (juge La Forest).

pendants, soucieux principalement de leurs propres intérêts personnels. Par conséquent, la loi recherche l'équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité et préserver une liberté optimale pour ceux qui sont impliqués dans le rapport en question, qu'il soit collectif ou autre. Par contre, le rapport fiduciaire réside essentiellement dans le fait que l'une des parties s'engage à agir dans le meilleur intérêt de l'autre. Le rapport fiduciaire repose sur la confiance et non sur l'intérêt personnel, et lorsqu'il y a manquement, la balance penche en faveur de la personne lésée. La personne soumise à une obligation fiduciaire voit sa liberté restreinte par la nature de l'obligation qu'elle a assumée, savoir une obligation qui « commande [...] la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflits d'intérêts et d'obligations » : *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] RCS 592, à la p. 606. En résumé, l'*equity* se préoccupe non seulement d'indemniser le demandeur, mais encore de faire respecter la confiance qui est au coeur de ce système⁹¹.

Dans l'esprit de la juge McLachlin, l'objectif supplémentaire en *equity* de veiller à ce que les fiduciaires « respectent leurs obligations » signifie que les tentatives faites pour obtenir restitution par une compensation en *equity* imposent une approche différente de celle qui s'applique pour des dommages résultant d'un délit civil ou d'un bris de contrat, qui consiste à chercher tout au plus à obtenir un dédommagement à l'égard des pertes réelles et raisonnablement prévisibles⁹². Et la juge concluait :

[L]a meilleure méthode, à mon avis, est de considérer le principe qui sous-tend l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire et de déterminer quels redressements vont le mieux favoriser l'application de ce principe. Dans la mesure où le délit civil et le manquement à une obligation fiduciaire partagent les mêmes objectifs, les redressements peuvent coïncider. Mais ils peuvent également différer⁹³.

À la lumière des précédents que nous venons de voir, la Commission en arrive au principe selon lequel, que le point de départ se situe en droit ou en *equity*, il est nécessaire de tenir compte de la politique dont on doit s'inspirer pour accorder compensation à Long Plain à l'égard du manquement au traité par le Canada et de déterminer quels types de redressements contribueraient le mieux à promouvoir cette politique. Même si les juges McLachlin et La Forest, dans les arrêts *Canson Enterprises* et *Hodgkinson*, étaient en désaccord quand à savoir si le point de départ à considérer devrait être le droit ou l'*equity*, ils étaient néanmoins en accord sur le fait que

91 *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Company*, [1991] 3 RCS 534, p. 542-543 (juge McLachlin).

92 Alan Pratt, « Fiduciary Principles and the Compensation Guidelines of Outstanding Business », non publié, Toronto, janvier 1992, p. 17.

93 *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Company*, [1991] 3 RCS 534, p. 545 (juge McLachlin).

lorsque les objectifs de la politique l'exigent, on peut recourir à des redressements en *equity* et les modeler pour qu'ils répondent aux exigences de justice, dans une situation donnée.

Selon le juge La Forest, dans le cas d'une relation fondée sur la fiducie, l'obligation du fiduciaire est de détenir la *res*, c'est-à-dire l'objet de la fiducie pour le compte du bénéficiaire. Lorsqu'il y a manquement, la préoccupation en *equity* est de veiller à ce que la *res* soit restituée au bénéficiaire ou, à défaut, d'attribuer une compensation en fonction de ce que l'objet vaudrait. De la même manière, dans le cas d'un manquement au devoir de fiduciaire, il existe un bien ou un droit de propriété spécifique qui peut être rétabli, des principes de restitution et des redressements en cette matière, notamment la fiducie par interprétation qui peut être appliquée pour obliger le fiduciaire à restituer la propriété ou le droit à son bénéficiaire et pour tenir compte des profits indûment obtenus par le fiduciaire. Lorsque le fiduciaire a bénéficié d'un certain avantage, cet avantage peut lui être retiré⁹⁴. Nous ne voyons nulle raison pour laquelle les mêmes principes d'*equity* ne devraient pas s'appliquer dans un cas de manquement aux dispositions d'un traité.

Toutefois, lorsqu'il n'y a pas de bien spécifique qui puisse être restitué, mais qu'*il y a eu* manquement à un devoir, le souci en *equity* est de faire en sorte de déterminer avec exactitude la nature ou l'ampleur de la perte qui en résulte. Un tribunal, exerçant en cela ses compétences en *equity*, peut, faute d'une restitution, accorder quand même une compensation qui remédiera à la perte. Ce qui est perdu par suite du manquement peut inclure non seulement la valeur du bien, mais aussi la valeur que représente *la possibilité perdue* d'utiliser le bien de manière profitable pendant que son bénéficiaire en a été privé. Selon la Commission, rien ne justifie qu'on établisse une dis-

94 La Première Nation de Long Plain fait valoir que le Canada a bénéficié de son manquement pour n'avoir pas soustrait les terres qui ne lui ont pas été attribuées à l'application de la *Loi des terres fédérales* :

En ne les soustrayant pas, le Canada en a tiré avantage en les enregistrant et en les vendant ou en les transférant au Manitoba, sous le régime des ATRN [*Accords de transfert des ressources naturelles*] et conséquemment, la Couronne, à ce double titre, a acquis l'avantage découlant de toutes les formes de taxes, à savoir municipales, foncières et sur le revenu. Des acheteurs de bonne foi ont par la suite, à titre onéreux et sans connaissance préalable, bénéficié des terres qui, selon le requérant, auraient dû lui être réservées depuis 1876.

Nous ne considérons pas cet argument comme une demande visant à ce que les « profits » soient retirés; nous le considérons plutôt à la lumière du contexte dans lequel cette déclaration a été faite; nous estimons que Long Plain s'efforçait d'apporter des preuves additionnelles du manquement du Canada à ses obligations de fiduciaire envers elle. Le véritable redressement demandé par Long Plain est une compensation pour la perte d'utilisation des terres qui ne lui ont pas été attribuées, sur la base de la meilleure utilisation de ces terres depuis 1876, et par conséquent, nous ne comptons pas commenter davantage la question du redressement qui consisterait en un retrait des profits, à moins que cette question ne soit soulevée à la deuxième étape de la présente enquête, s'il y en a une, et dont l'objet serait d'examiner le montant de la compensation que le Canada devrait verser à la Première Nation.

inction conceptuelle entre « la possibilité perdue » examinée par les juges Wilson et Dickson dans l'arrêt *Guerin* et par la juge McLachlin dans l'arrêt *Canson Enterprises* du type de perte d'usage dont il est question à l'alinéa 1.1f) de l'Entente de règlement conclue en 1994 entre les parties. Par conséquent, nous concluons qu'une compensation en *equity* au titre de la perte d'usage peut être attribuée, selon les principes du droit, lorsque la Couronne a une obligation légale à remplir envers une bande indienne pour n'avoir pu fournir à cette bande la totalité des terres de réserve auxquelles le traité lui donnait droit.

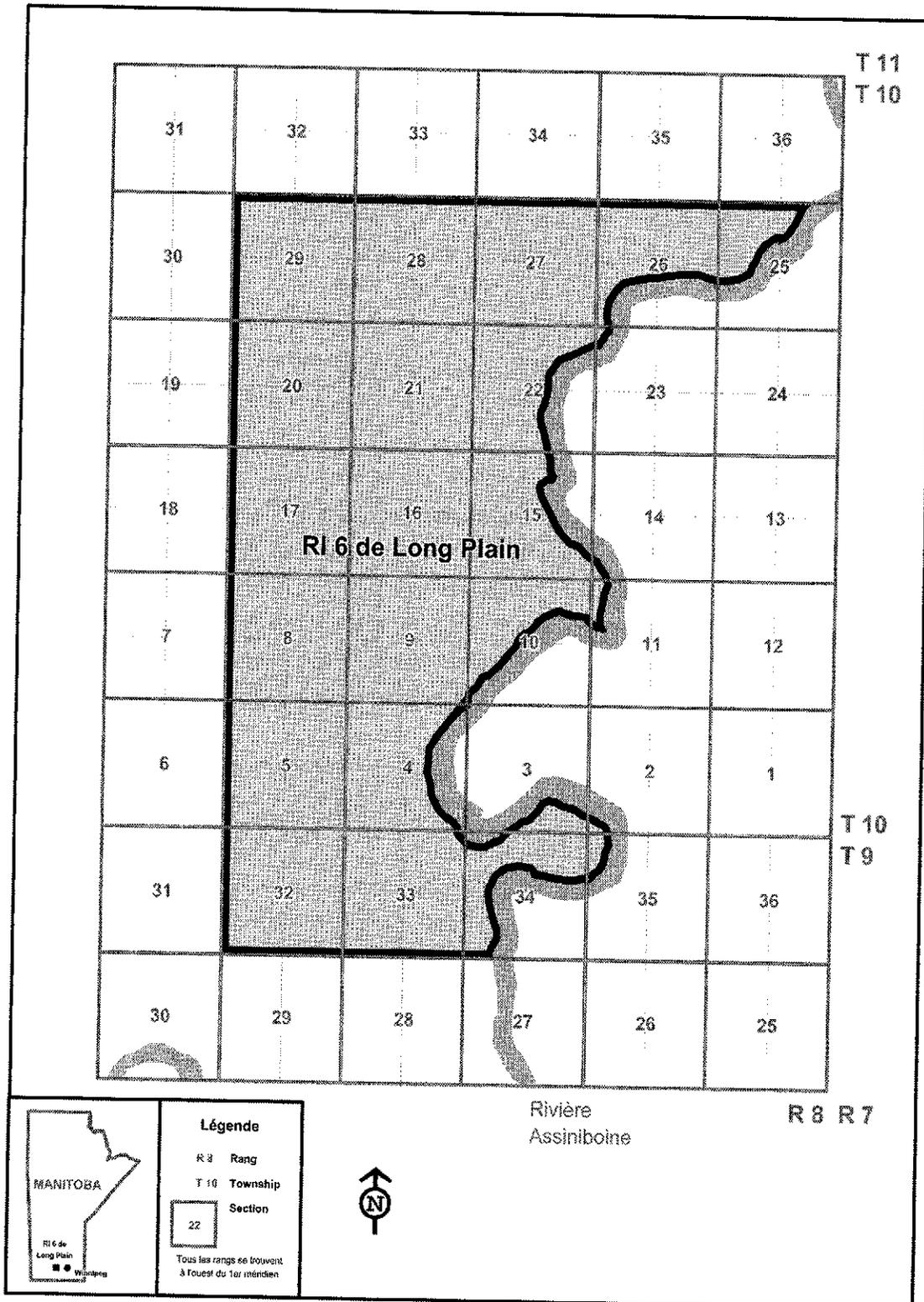
Passons maintenant au deuxième motif invoqué par le Canada pour établir une distinction en regard de l'arrêt *Guerin*.

La nécessité d'une parcelle de terre bien définie

Comme nous l'avons vu, l'un des principaux arguments du Canada dans la présente enquête consiste à faire valoir que la perte d'usage n'est pas payable lorsqu'il n'existe pas de parcelle de terre spécifique en regard de laquelle on pourrait mesurer la valeur de la perte d'usage. D'après le conseiller juridique du Canada, tenter de calculer pareille perte en se basant sur une hypothétique parcelle de terre revêt un caractère à ce point spéculatif qu'un tribunal hésiterait à s'y livrer.

En réponse à cet argument, Long Plain dit que les terres qui ne lui ont pas été attribuées sont non seulement identifiables, mais qu'il s'agit spécifiquement de parcelles situées dans les townships 9 et 10, rang 8, ouest du méridien principal. En fait, dans son mémoire de réfutation, la Première Nation fait valoir que les terres dont il est vraisemblablement question en l'occurrence sont les sections 28 et 29 situées à l'ouest de la rivière Assiniboine et voisines de la limite sud de la réserve originale, de même que la section 27 adjacente, *de part et d'autre* de la rivière (voir la carte, page 73).

En toute déférence à l'égard du conseiller juridique de la Première Nation, sur la foi des preuves qui nous ont été soumises, nous ne pouvons conclure que les sections 27, 28 et 29 ont plus ou moins pu être vraisemblablement choisies comme terres de réserve additionnelles que n'importe quelle autre des 11 sections de terres voisines des limites nord et ouest de la RI 6. En fait, nous croyons pouvoir dire avec assez de certitude que la partie de la section 27 qui s'étend de l'autre côté de la rivière Assiniboine vers l'est était fort assurément *moins* susceptible d'être incluse dans la réserve que les terres bordant la réserve, à ses limites nord, ouest et sud. La preuve dont



Préparé par Public History Inc. Cartographie par GIS Mapping

nous disposons ne permet nullement de penser qu'une partie quelconque de la RI 6 ait pu être située du côté est de la rivière Assiniboine. En conséquence, laisser supposer que des terres de réserve additionnelles auraient pu être mises de côté à cet endroit n'est guère plausible.

Nous considérons plus probable que les 1 877 acres en question, qu'il s'agisse de sections ou de quarts de sections, auraient été pris à même les 8 640 acres que renferment les quelques 13,5 sections de terres adjacentes aux limites intérieures de la réserve, et peut-être même parmi les 1 280 acres de plus qui se trouvent dans les limites des deux sections additionnelles qui s'étendent à la diagonale par rapport aux limites nord-ouest et sud-ouest de la réserve. Le choix qui aurait été fait parmi ces terres aurait dépendu des caractéristiques même des diverses parcelles en cause ainsi que des besoins et des attentes de la bande en 1876.

Cela étant dit, nous pensons, en posant des hypothèses raisonnables quant à la nature des terres de réserves additionnelles qui auraient été choisies, qu'il est possible d'en arriver à une estimation juste et réaliste de la compensation à laquelle la Première Nation a droit suite à la perte d'usage des terres qui ne lui ont pas été attribuées. Comme le dit Waddams dans *The Law of Damages* :

[Traduction]

Dans l'ensemble, c'est au demandeur qu'il incombe de plaider sa cause et de prouver la perte pour laquelle il réclame compensation. *Bien souvent, la perte revendiquée par le demandeur repose sur des incertitudes; ces dernières sont de deux types : en premier lieu, la connaissance imparfaite des faits qui pourraient, en théorie, être connus, et deuxièmement, l'incertitude qu'il y a à tenter d'évaluer la situation dans laquelle le requérant se serait trouvé dans des circonstances hypothétiques, c'est-à-dire à supposer qu'il n'ait pas subi le tort faisant l'objet de sa plainte.*

Le droit américain a toujours eu beaucoup de mal à composer avec ce deuxième type d'incertitude. Les tribunaux ont imposé l'exigence de la certitude pour écarter ou du moins atténuer ce qu'ils considèrent comme étant des montants excessifs de dommages-intérêts accordés par les jurys, au moyen de normes rigoureuses qui ont été édifiées au fil de nombreuses causes. La conséquence en est que lorsque la compensation réclamée est considérée comme étant justifiée, les tribunaux doivent s'efforcer de concilier les résultats souhaités avec les réserves imposées antérieurement.

En droit anglo-canadien, par contre, peut-être en raison d'un recours moins marqué au jury, les tribunaux ont presque toujours maintenu que si le demandeur établit avoir probablement été victime d'une perte, la difficulté d'en déterminer l'ampleur ne parviendra jamais à éviter au fautif d'assumer le paiement de dommages-intérêts. S'il est difficile d'en estimer le montant, le tribunal doit simplement faire de son mieux, à partir des documents et preuves disponibles,

encore que, bien entendu, si le demandeur n'a pas réuni les preuves qu'on se serait attendu qu'il puisse réunir si sa revendication est fondée et solide, l'insuffisance de preuve plaidera alors contre lui [...]

Le demandeur doit faire tout ce qu'il peut pour prouver ce qu'il allègue, dans la mesure où les circonstances le lui permettent raisonnablement, sans plus⁹⁵.

L'application pratique de cette méthode par le juge de première instance dans *Guerin* a été décrite par la juge McLachlin dans les termes suivants, dans l'arrêt *Canson Enterprises* :

Le juge de première instance, dans l'affaire *Guerin*, n'a pas calculé le montant des dommages-intérêts comme étant la différence entre le bail qui a été signé et ce que la bande était disposée à autoriser, parce que le club de golf aurait refusé de signer le bail aux conditions demandées par la bande, et on ne pouvait donc pas dire que le manquement avait fait perdre à la bande la possibilité de signer un bail aux conditions autorisées. Le juge de première instance n'a pas non plus évalué le montant des dommages-intérêts comme étant simplement la différence entre la valeur du bail réellement signé et la valeur du terrain au moment du procès, ce qui serait le cas si le lien de causalité n'était pas pertinent. Il a plutôt conclu que, s'il n'y avait pas eu de manquement, la bande aurait éventuellement cédé le terrain à bail à des fins d'aménagement résidentiel. Il a tenu compte du temps qui aurait été requis pour la planification, les appels d'offre et les négociations, et il a également tenu compte du fait qu'une partie de la valeur des aménagements environnants à l'époque était attribuable à l'existence du terrain de golf. *En d'autres mots, il a évalué, du mieux qu'il pouvait, la valeur de la possibilité réellement perdue en raison du manquement*⁹⁶.

Nous avons déjà relevé l'argument selon lequel *Guerin* devrait être distingué de la présente affaire, parce qu'il ne fait pas de doute que les terres visées dans *Guerin* constituaient le sujet même du bail passé avec le club de golf et qu'elles étaient conséquemment facilement identifiables. Toutefois, nous ne voyons nulle raison pour laquelle, en matière de droit ou de politique, le principe de la perte d'usage ou de la possibilité économique perdue, mentionné dans *Guerin* et dont a abondamment traité la juge McLachlin dans *Canson Enterprises*, ne saurait s'appliquer lorsque les terres visées, sans être précisément identifiables, sont à tout le moins situées dans une région délimitée qu'il est aisément possible d'évaluer.

95 S.M. Waddams, *The Law of Damages*, 2nd edition (Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1991), ¶ 13.10-13.40. Italiques ajoutés.

96 *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Company*, [1991] 3 RCS 534, p. 551-552 (juge McLachlin). Italiques ajoutés.

Dans les cas auxquels nous avons fait référence, l'importance d'être en mesure d'identifier spécifiquement les biens formant la *res* ou l'objet de l'obligation en *equity* réside dans *la nature* des mesures de redressement en *equity* qui sont à la disposition du bénéficiaire et non de savoir *s'il existe ou non* des possibilités de redressement. Lorsqu'il *existe* un bien particulier, il existe des redressements comme la fiducie par interprétation, le privilège en *equity* et le droit de suite auxquels il est possible de recourir, dans les circonstances appropriées, pour permettre que le bien soit rendu *in specie* au bénéficiaire. Lorsqu'il *n'existe pas* de bien particulier, les mêmes redressements ne sont pas disponibles, la compensation en *equity* est remplacée par un redressement fondé sur la restitution, dans la mesure où cela peut se réaliser par des moyens financiers. La vraie question est donc de savoir quel redressement – et, dans le cas d'une compensation, quel montant de compensation – convient le mieux pour rendre à la Première Nation ce qui a été perdu suite au manquement, et si des facteurs concourent à limiter l'étendue du redressement.

En toute justice pour le Canada, nous comprenons que les 16,5 millions de dollars versés à Long Plain en vertu de l'Entente de règlement correspondent à bien davantage que la juste valeur marchande actuelle des terres manquantes. Ce montant de compensation, s'il a été attribué exclusivement à la valeur de ces 1 877 acres, équivaldrait à une valeur à l'acre d'environ 8 800 \$, somme qui, nous le supposons, ne serait ni un prix attrayant ni économique du point de vue d'un acheteur de terres agricoles du Manitoba rural. Toutefois, aucun des conseillers juridiques auprès de la Commission dans la présente enquête n'a agi pour le compte de son client pendant la négociation de l'Entente de règlement, si bien que ni l'un ni l'autre n'a été en mesure d'expliquer comment il fallait ventiler la somme de 16,5 millions de dollars attribuée, entre la valeur marchande des terres manquantes et les autres motifs de compensation. Quoi qu'il en soit, toute compensation accordée pour perte d'usage devrait, en droit, être déduite de la partie, s'il y a lieu, des 16,5 millions de dollars attribuables à cette perte. En fait, les parties ont également fait de cette affaire une question contractuelle, comme on peut le voir dans les dispositions suivantes de l'article 4 de l'Entente de règlement :

[Traduction]

ARTICLE 4 : DÉDUCTION PAR LE CANADA

- 4.1 Si la Première Nation et le Canada règlent la revendication de la Première Nation relative à la perte d'usage, en application du processus décrit à l'article 3 et si, conséquemment, il est décidé que le Canada doit payer une compensation à la Première Nation, pour la perte d'usage, dont le montant :
- a) est supérieur à 16,5 millions de dollars, le Canada aura le droit de déduire de ce montant la somme de 13 500 000 dollars; ou
 - b) est inférieur ou égal à 16,5 millions de dollars, le Canada aura le droit de déduire de ce montant la somme de 16 millions de dollars, à condition que jamais la Première Nation ne soit tenue de rembourser quelque somme que ce soit au Canada.
- 4.2 Si la revendication de la Première Nation est examinée dans le cadre d'un processus autre que le processus décrit à l'article 3 et si, conséquemment, une ordonnance est rendue en faveur de la Première Nation et à l'encontre du Canada :
- a) et si, en outre, le Canada n'a remis à la Première Nation que le premier versement du paiement fédéral, le Canada aura le droit de déduire la somme de 5,65 millions de dollars de tout montant que le Canada se verra ordonner de payer à la Première Nation; ou
 - b) si le Canada a remis à la Première Nation les deux versements du paiement fédéral, le Canada aura le droit de déduire la somme de 13,5 millions de dollars de tout montant que le Canada se verra ordonner de payer à la Première Nation⁹⁷.

Comme les parties ont déjà prévu le mode de calcul de la déduction, s'il y a lieu, dans l'Entente de règlement, il n'y a rien de plus à ajouter ici sur cette question.

Éléments dont il convient de tenir compte pour déterminer la compensation

Long Plain soutient, sur la base des principes d'*equity*, que dans la mesure de la compensation pour une perte d'usage, les critères de causalité, de prévisibilité et d'éloignement du dommage n'ont rien à voir. Cet argument a pour conséquence que la compensation doit être fondée sur la possibilité perdue par la Première Nation d'utiliser les terres de façon optimale, en tirant pleinement partie des connaissances acquises avec le recul pour éva-

97 Entente de règlement, 3 août 1994 (Documents de la CRI, p. 540-541).

luer cette compensation⁹⁸. En conséquence, étant donné que [traduction] « l'agriculture représente l'utilisation optimale [des terres manquantes]... la juste évaluation ne saurait être obtenue que par référence à la valeur de la terre, année par année, comme propriété locative ou encore que par l'analyse détaillée de chaque campagne agricole depuis 1876, afin de mesurer de façon certaine le profit net qu'aurait généré la récolte la plus productive ou la plus payante cette même année et chaque année suivante, pendant toute la période qu'a duré la perte »⁹⁹.

En réponse à ces dernières affirmations, le Canada fait valoir que la perte d'usage ne représente pas une façon appropriée de mesurer la compensation, à l'égard d'un manquement qui est [traduction] « le fruit d'une erreur de bonne foi commise par inadvertance, sans la moindre connotation de mauvaise foi »¹⁰⁰. Puisque, selon le conseiller juridique, [traduction] « il ne peut être démontré que le Canada a agi autrement qu'avec honnêteté, un 'tribunal moderne' n'accorderait pas de dommages-intérêts dont le montant serait supérieur à la restitution du montant principal originel »¹⁰¹.

Sur ce point, nous ne saurions être en accord avec aucune des deux parties. Les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Canson Enterprises* et dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms* démontrent amplement que, par souci d'équité et de justice, tout tribunal doit nécessairement tenir soigneusement compte des circonstances en cause pour pouvoir définir un redressement qui, en droit ou en *equity*, soit adapté aux circonstances en question. Dans le contexte précis d'une revendication pour perte d'usage, la Commission est disposée à conclure que la compensation pour perte d'usage est *possible*, dans les circonstances appropriées, mais pour déterminer le montant attribué, la Commission doit examiner toutes les variables pertinentes qui découlent des faits, notamment de questions comme la superficie que représentent les terres manquantes, la valeur économique de ces terres, la période pendant laquelle le requérant en a été privé et la conduite des deux parties pendant la même période. Ce n'est qu'en tenant compte de ces variables que la Commission pourra décider si, à la lumière des faits en l'espèce, une compensation pour perte d'usage devrait être attribuée et, le cas échéant, sur quelle base et quel en serait le montant. Il s'ensuit que la compensation payable pour perte d'usage pourra varier considérablement d'une affaire à l'autre. L'ampleur de la compensation à laquelle une bande a droit doit, en dernière analyse, être

98 Mémoire de la Première Nation de Long Plain, 27 août 1997, p. 61.

99 Mémoire de la Première Nation de Long Plain, 27 août 1997, p. 63.

100 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 16.

101 Mémoire du Canada, 26 septembre 1997, p. 17.

proportionnelle à la perte effectivement subie. Aux fins de cet examen, nous considérons qu'on ne peut absolument pas faire abstraction des critères comme la causalité, la prévisibilité, l'éloignement du dommage et l'indemnisation.

L'examen ou la pondération de ces variables nous mène principalement à la question du *montant des dommages-intérêts* à accorder en compensation et, dans le contexte de la présente procédure, devrait selon nous être réservé à la deuxième étape de l'enquête. Pour ce qui est de la première étape, nous recommandons aux parties de tenter de négocier une entente sur la compensation à laquelle la Première Nation a droit du fait de la perte d'usage des terres qui ne lui ont pas été attribuées. Si les parties n'arrivent pas à conclure une entente satisfaisante, il leur est, bien évidemment, possible de revenir devant la Commission pour lui soumettre la question du montant des dommages-intérêts.

PARTIE V

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATION

Il nous a été demandé d'enquêter et de faire rapport sur la question de savoir si le gouvernement du Canada a une obligation légale non respectée envers la Première Nation de Long Plain en ce qui concerne l'insuffisance des terres des réserves qui ont été allouées à la Première Nation. Plus spécifiquement, il nous a été demandé de déterminer si une bande, dont on sait qu'elle a été privée d'une partie de ses droits fonciers conférés par traité, a droit à une compensation pour sa perte d'usage, sous le régime de la Politique des revendications particulières. En l'espèce, Long Plain n'a reçu des fonds en compensation des terres manquantes que 118 ans après que la réserve eut été mise de côté, et la présente revendication en perte d'usage vise à obtenir compensation pour le fait que la Première Nation a perdu l'usage de ces terres pendant les 118 ans en question.

Sur la question de la responsabilité, nous concluons que, sous le régime de la Politique des revendications particulières, une bande dont on sait qu'elle n'a pas reçu toutes les terres auxquelles elle avait droit en vertu du traité peut présenter une revendication en vue d'obtenir une compensation pour sa perte d'usage des terres manquantes. Selon la Commission, la perte d'usage ouvre droit à une compensation, en vertu de l'obligation légale liée à des droits fonciers conférés par traité que le Canada n'a pas pleinement honorés. Il existe trois fondements possibles – et potentiellement complémentaires – à la responsabilité du Canada à cet égard, dont deux apparaissent dans la présente revendication.

Premièrement, on peut affirmer que le manquement du Canada à attribuer la totalité des terres auxquelles une bande avait droit est, effectivement, un manquement aux dispositions du traité comme tel. Nous avons conclu en l'espèce que le Canada avait manqué aux modalités du Traité 1 et que ce manquement donne naissance à une cause d'action en compensation de la perte d'usage.

Deuxièmement, nous croyons aussi qu'un manquement de ce genre constitue une violation par le Canada de la responsabilité de type fiduciaire qu'il a envers les Premières Nations à l'égard des questions touchant le titre indien et qu'il s'agit par conséquent d'un manquement à l'obligation de fiduciaire. Ce n'est toutefois qu'un motif de responsabilité supplémentaire. Notre conclusion de responsabilité repose sur un manquement au traité.

Finalement, indépendamment de cette responsabilité de type fiduciaire ou de l'obligation fiduciaire générale, la conduite du Canada peut, dans certains cas, constituer une cause distincte d'action fondée sur le manquement à l'obligation de fiduciaire. Nous avons refusé de tirer pareille conclusion en l'espèce.

Nous avons fourni des indications très claires à la Première Nation de Long Plain et au Canada en ce qui touche ce que nous estimons être la démarche appropriée pour quantifier l'ampleur de la perte revendiquée. Nous avons conclu qu'une revendication de cette nature, qu'on la considère comme un manquement à un traité ou un manquement à une obligation de fiduciaire, relève de l'*equity*, pour ce qui est de déterminer la nature de la compensation. Par conséquent, il faut tenir compte de tous les facteurs qui seraient pertinents si une affaire de ce genre était entendue par un tribunal d'*equity*, de manière à arriver à un résultat qui soit juste, équitable et conforme au préjudice subi. De façon particulière, le tribunal tiendrait pleinement compte de la conduite et du Canada et de la bande dans le contexte historique approprié, mais également des principes admis en common law que sont la prévisibilité, le caractère lointain ou indirect du dommage, le facteur de causalité et les mesures d'atténuation. La mesure dans laquelle le Canada était au courant de l'existence de la revendication est un facteur pertinent à prendre en considération, au même titre également que toute explication que le Canada pourra proposer pour justifier son manquement à répondre à la revendication à une date antérieure. De toute évidence, la superficie des terres en cause, leur valeur économique et la période de temps pendant laquelle il y a eu manquement à s'acquitter de l'obligation existante sont autant de facteurs tout à fait pertinents. Selon nous, toutes ces questions touchent la *quantification* du droit de la Première Nation à une compensation une fois qu'il a été établi que le Canada a manqué aux modalités du traité. Le fait de qualifier en plus la conduite du Canada comme un manquement à une obligation fiduciaire n'ajoute ou n'enlève rien aux recours possibles au moment d'évaluer la compensation.

En conclusion, nous recommandons que le Canada accepte la revendication pour perte d'usage des terres manquantes soumise par la Première Nation de Long Plain et négocie avec elle une compensation à ce titre. La Commission est tout à fait disposée à venir en aide aux parties dans l'évaluation de la compensation à accorder, si on l'invite à le faire.

Nous recommandons par conséquent aux parties :

Que la revendication de la Première Nation de Long Plain concernant la perte d'usage des terres manquantes auxquelles elle avait droit en vertu du traité soit acceptée aux fins de négociations sous le régime de la Politique des revendications particulières.

POUR LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS



P.E. James Prentice, c.r.
Coprésident de la
Commission



Daniel J. Bellegarde
Coprésident de la
Commission



Carole T. Corcoran
Commissaire

Fait ce 1^{er} mars 2000.

ANNEXE A

Enquête sur la revendication pour perte d'usage de la Première Nation de Long Plain

1. Séances de planification Edwin, Manitoba, 29 août 1995
Ottawa, 9 décembre 1996
Ottawa, 14 février 1997

2. Séances dans les collectivités

D'un commun accord entre les conseillers juridiques des parties, les séances dans la collectivité ont été jugées inutiles à l'examen de la question légale sur laquelle la Commission a été appelée à enquêter.

3. Plaidoyer Winnipeg, 17 octobre 1997

4. Contenu du dossier officiel

Le dossier officiel de l'enquête concernant la perte d'utilisation de terres de la Première Nation de Long Plain renferme les documents suivants :

- le dossier documentaire (4 volumes de documents)
- 8 pièces déposées pendant l'enquête
- transcription des exposés oraux (1 volume)
- mémoire du conseiller juridique du Canada, mémoire et réfutation du conseiller juridique de la Première Nation de Long Plain, le tout accompagné des sources de droit soumises par les conseillers juridiques avec leurs mémoires respectifs.

Le rapport de la Commission et les lettres d'accompagnement destinées aux parties compléteront le dossier officiel de cette enquête.

COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

ENQUÊTE SUR LA REVENDICATION DE LA NATION CRIE DE BIGSTONE RELATIVE À DES DROITS FONCIERS ISSUS DE TRAITÉ

COMITÉ

Daniel J. Bellegarde, coprésident de la Commission
P.E. James Prentice, c.r., coprésident de la Commission
Carole T. Corcoran, commissaire

CONSEILLERS JURIDIQUES

Pour la Nation crie de Bigstone
Jerome N. Slavik

Pour le gouvernement du Canada
Perry Robinson

Auprès de la Commission des revendications des Indiens
David E. Osborn, c.r. / Kathleen Lickers

MARS 2000

1

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I INTRODUCTION 393

Questions en litige 396

Mandat de la Commission des revendications des Indiens 397

Carte du territoire visé par la revendication 399

PARTIE II CONTEXTE HISTORIQUE 400

La Nation crie de Bigstone au XIX^e siècle 400

Les Commissions du traité et des certificats d'argent de 1899 405

Premier arpentage des réserves 410

Adhésions postérieures à l'arpentage 414

Deuxième arpentage 419

Demandes de réserves dans des « collectivités isolées » 422

Expulsions de membres 424

Jean Baptiste Gambler - RI 183 426

Impression que les terres sont toujours insuffisantes 429

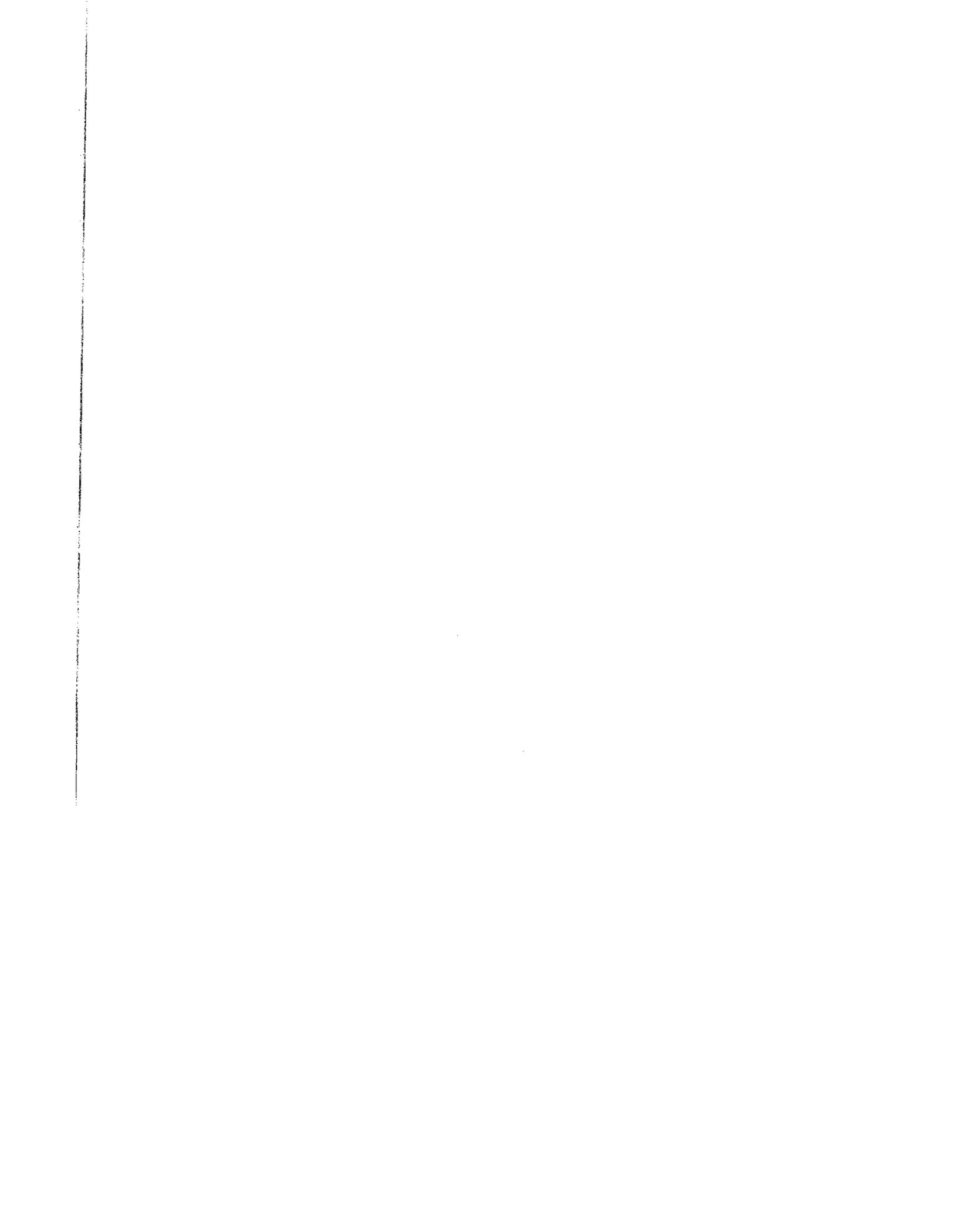
PARTIE III QUESTIONS EN LITIGE 434

PARTIE IV CONCLUSION 437

ANNEXES

A MAINC, Communiqué du 30 avril 1998 438

B Enquête sur les droits fonciers issues de traité de la
Nation crie de Bigstone 440



PARTIE I

INTRODUCTION

Le processus qui a amené la Commission à enquêter sur la revendication de la Nation crie de Bigstone relative à ses droits conférés par traité a commencé en juillet 1989, lorsqu'un exposé de la revendication a été présenté, au nom de la Première Nation, au Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), en vertu de la Politique fédérale des revendications particulières. Dans son exposé, la Première Nation faisait notamment valoir ce qui suit:

[Traduction]

attendu que [...] le gouvernement du Canada a négligé d'agir ou n'a pas agi de manière à honorer les droits de la bande de Bigstone, il subsiste des droits fonciers conférés par le Traité 8 à la bande de Bigstone qui n'ont pas été honorés¹.

En conséquence, les requérants revendiquaient des droits à des terres de réserve prévus au Traité 8, sur la base du nombre de membres que comptait la Nation crie de Bigstone à l'époque². Dans un mémoire un peu plus détaillé soumis en 1991, les mêmes droits étaient revendiqués³.

Dès 1990, la Première Nation et le Canada invitent l'Alberta à se joindre à des délibérations tripartites au sujet de la revendication, et les représentants de ces trois parties tiennent une série de rencontres dans les années qui suivent. Ces discussions aboutissent à la signature, le 15 septembre 1993, d'un mémoire déclaratif d'intention par les négociateurs qui représentaient respectivement la Nation crie de Bigstone, le Canada et l'Alberta. L'accord en

1 « Statement of Claim for an Unfulfilled Treaty Land Entitlement Claim under Treaty Eight », Mémoire préparé au nom de la bande de Bigstone par le Centre de recherche sur les droits ancestraux et issus de traités, juillet 1989. (Pièce 3 de la CRI, partie IV).

2 « Statement of Claim for an Unfulfilled Treaty Land Entitlement Claim under Treaty Eight », Mémoire préparé au nom de la bande de Bigstone par le Centre de recherche sur les droits ancestraux et issus de traités, juillet 1989. (Pièce 3 de la CRI, partie V).

3 « Bigstone Band Specific Land Claim: Treaty Eight Land Entitlement and Related Obligations », mémoire préparé au nom de la bande de Bigstone par William Gordinsky, 1991 (Pièce 5 de la CRI partie V).

question énonce les procédures devant guider la négociation touchant l'étendue de la revendication de Bigstone au titre de ses droits fonciers conférés par traité, la sélection des terres, la compensation et les autres questions qui sont normalement abordées dans des négociations concernant des droits fonciers conférés par traité, et il établit également un échéancier ayant pour objectif la conclusion, avant le 31 mars 1995, d'une entente de principe pour le règlement de la revendication⁴.

Au début de 1994, des représentants du MAINC informent la Nation crie de Bigstone et l'Alberta que le Ministère de la Justice exprimait des doutes quant au bien-fondé de la revendication de la Nation crie de Bigstone relative à ses droits fonciers issus du traité, à la lumière de l'interprétation que l'on faisait des lignes directrices servant à l'époque à établir les droits fonciers conférés par traité à une Première Nation⁵. Des représentants de la Première Nation et du MAINC collaborent au cours des mois qui suivent à la préparation d'un mémoire conjoint destiné au Ministère de la Justice, processus qui prend fin en juin 1994⁶.

En janvier 1995, des représentants du MAINC et du Ministère de la Justice informent la Nation crie de Bigstone que, d'après le gouvernement, la Première Nation n'avait pas établi le bien-fondé de sa revendication au titre de ses droits fonciers conférés par traité, et la Première Nation est néanmoins invitée à fournir des éléments de preuve additionnels pour étayer une telle revendication. Au cours de l'année 1995, la Première Nation soumet effectivement des preuves généalogiques additionnelles⁷ et des arguments juridiques⁸, mais le 15 mars 1996, A.J. Gross, directeur, Droits fonciers issus de traité pour le MAINC, informe le chef Gordon Auger, de la Nation de Bigstone, que

[Traduction]

la position du Canada concernant cette revendication relative à des DFIT est que la Première Nation n'a pas établi, sous le régime de la Politique des revendications

4 Mémoire déclaratif d'intention de la Nation crie de Bigstone, du Canada et de l'Alberta, 15 septembre 1993 (Pièce 29 de la CRI).

5 La Commission a eu à se pencher sur cette question dans son enquête sur les droits fonciers issus de traité de la Première Nation de Fort McKay. Voir Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Fort McKay*, Ottawa, décembre 1995, publiée dans (1996) 5 ACRI 3, p. 14.

6 Mémoire conjoint de la Nation crie de Bigstone et du MAINC à l'intention du Ministère de la Justice et correspondance connexe, 22 avril au 6 juin 1994 (Pièce 19 de la CRI).

7 Recherches menées par Walter Zuk et Louise Zuk, pour les besoins du mémoire soumis par la bande, au Bureau des revendications des autochtones, 16 mars 1995 (Pièce 21 de la CRI).

8 « Supplementary Brief Submitted to the Department of Justice with Respect to Various Matters Relating to the Treaty Land Entitlement Claim of the Bigstone Cree Band », 14 décembre 1995 (Pièce 30 de la CRI).

particulières, que le Canada avait encore une obligation légale à remplir. En conséquence, nous ne pouvons pas accepter la revendication, aux fins de négociation⁹.

Le 9 avril 1996, le regretté W. S. Grodinsky¹⁰, conseiller juridique de la Nation crie de Bigstone, écrit à la Commission des revendications des Indiens pour demander à cette dernière d'enquêter au sujet du rejet de la revendication de la Première Nation, par le gouvernement fédéral¹¹. Le 18 avril 1996, la Commission acceptait de mener une enquête et une séance de planification est tenue le 25 juillet 1996.

Au cours de son enquête, la Commission a reçu, parmi les pièces au dossier, un ensemble substantiel de documents généalogiques et historiques amassés au nom de la Nation crie de Bigstone, du Canada et de l'Alberta, entre 1989 et 1995. La Commission a en outre demandé que soit produit un rapport historique et généalogique additionnel, et plus d'une douzaine de pièces supplémentaires ont été obtenues d'autres sources. Au total, la documentation réunie par la Commission couvre plusieurs mètres linéaires.

Au coeur même du processus de collecte d'information de la Commission, se trouve le mandat qui lui incombe de recueillir les témoignages des anciens d'une Première Nation. Au cours de son enquête sur Bigstone, la Commission a tenu trois audiences publiques. La première, qui a eu lieu à Desmarais le 29 octobre 1996, et à Trout Lake le 30, a permis d'entendre des anciens provenant des réserves existantes de Bigstone (RI 166 de Wabasca, voir la carte à la page 399). Une deuxième, tenue également à Desmarais le 3 juillet 1997, a porté sur les témoignages d'anciens provenant des lacs Calling et Chipewyan. Enfin, la dernière audience tenue dans les collectivités, en l'occurrence à lac Peerless le 9 décembre 1997, a permis d'entendre des anciens des lacs Peerless et Trout.

Le conseiller juridique de la Nation crie de Bigstone et celui du Canada devaient déposer leurs arguments juridiques définitifs au printemps de 1998, mais ce dépôt a été reporté, lorsque le MAINC a fait savoir que le rejet, en 1996, de la revendication de Bigstone faisait l'objet d'un examen, à la lumière d'un changement apporté à la politique fédérale concernant la vali-

9 A. J. Gross, directeur, Droits fonciers issus de traité, MAINC, au chef Gordon Auger, Nation crie de Bigstone, 15 mars 1996 (Pièce 26 de la CRI).

10 Comme beaucoup d'autres personnes également, les commissaires et le personnel de la Commission des revendications des Indiens déplorent le décès subit de Bill Grodinsky en 1998. M. Grodinsky était non seulement un grand ami et défenseur des Premières Nations, mais il était un homme d'une grande dignité et d'une immense courtoisie.

11 William S. Grodinsky, Byers Casgrain, avocats et procureurs, à Ron Maurice, conseiller juridique auprès de la Commission des revendications des Indiens, 9 avril 1996 (Pièce 31 de la CRI).

dation des revendications relative à des droits fonciers conférés par traité, modification qui fut annoncée le 30 avril 1998¹². Ce changement de politique venait en partie en réponse aux recommandations faites par la Commission dans son rapport touchant la revendication relative à des droits fonciers issus de traité de la Première Nation de Fort McKay¹³. Le 13 octobre 1998, Jane Stewart, alors Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, écrit au chef de la Nation crie de Bigstone, Melvin Beaver, pour l'informer que le gouvernement fédéral avait accepté la revendication de Bigstone relative à ses droits fonciers issus de traité, aux fins de négociation¹⁴. En conséquence, la Commission a alors interrompu son enquête et entend suivre le déroulement des négociations concernant la revendication. Un sommaire de la documentation contenue au dossier apparaît à l'annexe B du présent rapport.

QUESTIONS EN LITIGE

Les faits essentiels du dossier de la Nation crie de Bigstone ne sont pas contestés. Le Canada a concédé que lorsque les réserves avaient été arpentées au départ pour la Nation crie de Bigstone en 1913, on n'y avait pas inclus suffisamment de terres pour satisfaire aux droits fonciers conférés à la Première Nation dans le Traité 8. Les parties ont aussi convenu qu'un nombre important de membres s'étaient joints tardivement à la Nation crie de Bigstone après la réalisation de cet arpentage et que des terres de réserve additionnelles avaient été mises de côté pour la Nation crie de Bigstone en 1937.

Toutefois, les parties divergent sur les répercussions des terres manquantes à la date du premier arpentage en 1913, des adhérents qui se sont ajoutés à la Nation crie de Bigstone après l'arpentage et de la fourniture de terres de réserve additionnelles en 1937. La Première Nation affirmait dans les mémoires qu'elle a présentés en vertu de la Politique des revendications particulières que, puisqu'elle n'avait pas reçu suffisamment de terres de réserve en 1913 selon la population à cette époque ou en 1937 selon sa population à ce moment, elle avait droit à une réserve fondée sur sa population actuelle. Subsidiairement, la Première Nation faisait valoir que, d'après les principes énoncés dans le rapport sur la revendication de droits fonciers issus de traité de la Première Nation de Fort McKay, il lui manquait des terres

12 MAINC, communiqué, 30 avril 1998 (reproduit à l'annexe A).

13 Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Fort McKay*, Ottawa, décembre 1995, publiée dans (1996) 5 ACRI 3.

14 Jane Stewart, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au chef Melvin Beaver, Nation crie de Bigstone, 13 octobre 1998.

à la suite du défaut du Canada de lui fournir des terres de réserve suffisantes en 1913 et à cause du grand nombre d'adhérents qui se sont joints à la Nation crie de Bigstone après l'arpentage. Le Canada a adopté comme position que la population aux fins des droits fonciers conférés par traité s'est cristallisée lors du premier arpentage des réserves en 1913. Par conséquent, puisque les arpentages de 1913 et de 1937 combinés ont eu pour effet de satisfaire aux droits fonciers issus de traité en fonction de la population de 1913 de la Nation crie de Bigstone, l'obligation de fournir des terres de réserve a été remplie et aucune autre terre de réserve n'est due à la Première Nation pour les adhérents qui se sont joints à la population de la Première Nation après l'arpentage.

Le deuxième arpentage réalisé en 1937 a introduit un élément que la Commission n'avait pas eu à examiner lors de l'enquête de Fort McKay. Cependant, le changement de politique annoncé en avril 1998 et l'acceptation en octobre par le Canada aux fins de négociation de la revendication de la Nation crie de Bigstone constitue un abandon, du moins aux fins de négociation, de la position adoptée par le Canada devant la Commission et, en conséquence, nous n'avons pas à examiner cette question.

MANDAT DE LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS

La Commission a été constituée en 1991 afin d'aider les Premières Nations et le Canada dans la négociation et le règlement équitable des revendications particulières. Le décret CP 1992-1730 confère à la Commission le pouvoir de mener des enquêtes et de faire rapport quant à savoir si le Canada était fondé ou non de rejeter une revendication particulière :

NOUS RECOMMANDONS QUE nos commissaires, se fondant sur la Politique canadienne des revendications particulières publiée en 1982 et sur toute modification ou ajout ultérieur annoncé par le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (ci-après appelé « le Ministre ») dans leur étude des seules questions déjà en litige quand la Commission a été saisie pour la Première fois du différend, fassent enquête et rapport :

- a) sur la validité, en vertu de ladite politique, des revendications présentées par les requérants pour fins de négociations et que le Ministre a déjà rejetées¹⁵;

15 Mandat attribué le 1^{er} septembre 1992, en vertu du décret CP 1992-1730 du 27 juillet 1992, modifiant le mandat confié au commissaire en chef Harry S. Laforme le 21 août 1991, en vertu du décret CP 1991-1329 du 15 juillet 1991.

Si la Commission avait complété son enquête sur la revendication de la Nation crie de Bigstone relative à ses droits fonciers issus de traité, les commissaires auraient évalué la revendication à la lumière de la Politique des revendications particulières du Canada. Le MAINC a exposé cette politique dans une brochure intitulée *Dossier en souffrance – Une politique des revendications des Autochtones*¹⁶. De façon particulière, le gouvernement affirme être disposé à :

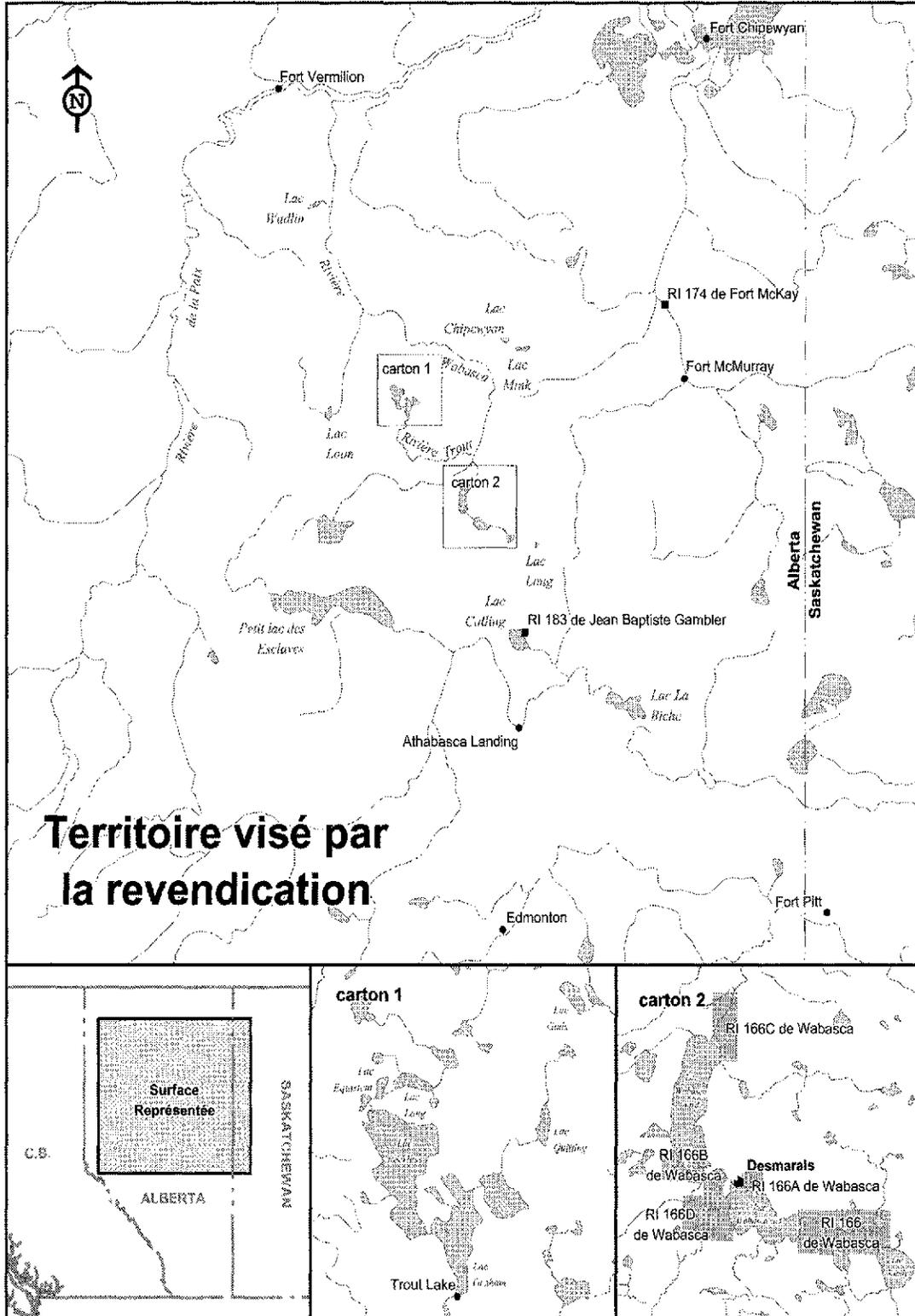
reconnaître les revendications qui révéleront le non-respect d'une « obligation légale », c'est-à-dire une obligation qu'il est tenu en droit de respecter.

Il peut y avoir obligation légale dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

- i) Le non-respect d'un traité ou d'un accord entre les Indiens et la Couronne.

La Commission est autorisée à examiner en profondeur, avec la requérante et le gouvernement, les fondements historiques et juridiques de la revendication et les motifs pour lesquels elle a été rejetée. La *Loi sur les enquêtes* donne à la Commission des pouvoirs étendus lui permettant de tenir pareille enquête, de recueillir de l'information, et même d'assigner des témoins à comparaître le cas échéant. Si, à la fin d'une enquête, la Commission conclut que les faits et le droit justifient de statuer que le Canada a, envers la Première Nation requérante, une obligation légale non respectée, elle peut recommander au Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien d'accepter la revendication aux fins de négociation.

¹⁶ MAINC, *Dossier en souffrance – Une politique des revendications des autochtones* (Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1982).



Territoire visé par la revendication

Préparé par Public History Inc. Cartographie par GIS Mapping

PARTIE II

CONTEXTE HISTORIQUE

LA NATION CRIE DE BIGSTONE AU XIX^E SIÈCLE

Le fait que les six réserves existantes de Bigstone soient concentrées dans le voisinage des extrémités nord et sud des lacs Wabasca, Sandy et Calling pourrait laisser supposer que la population de la Nation crie de Bigstone est et a toujours été concentrée uniquement aux endroits précités. En fait, la preuve soumise par les anciens de Bigstone, aussi bien à l'occasion d'audiences publiques que d'assemblées ou de réunions antérieures, fait état d'une occupation de longue date, à tout le moins sur une base saisonnière, d'une douzaine de lacs et d'autres endroits situés dans une vaste région du nord de l'Alberta.

Les anciens ont parlé non seulement des traditions qu'ils ont apprises, mais aussi de leur expérience personnelle. Parmi les six membres du groupe d'anciens qui ont témoigné devant la Commission, à Desmarais, le 29 octobre 1996, l'un était né au lac Chipewyan, l'un au lac Mink, au nord du lac Chipewyan, et un autre au lac Wadlin¹⁷, à quelque 250 kilomètres au nord de Wabasca et à seulement 80 kilomètres au sud de Fort Vermilion. En dépit des événements qui ont marqué les dernières générations, notamment le déclin de l'économie traditionnelle fondée sur le commerce de la fourrure¹⁸ et la construction d'écoles dans des endroits centraux, événements qui ont entraîné une concentration de la Nation crie de Bigstone, la grande dispersion de sa population tout au long des XIX^e et XX^e siècles a eu des répercussions sur tous les aspects du passé et du présent de la Première Nation.

Cette dispersion donne à penser qu'au XIX^e siècle, l'organisation sociale du peuple qu'on en est venu à reconnaître comme étant la Nation crie de

17 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 13 (Alphonse Auger), p. 30 (Daniel Beaver) et p. 44 (Tommy Auger).

18 G. Neil Reddekopp, « The Treaty Land Entitlement Claim of the Bigstone Cree Nation », rapport préparé pour la Commission des revendications des Indiens, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 17) [ci-après le Rapport Reddekopp].

Bigstone était épars et atomistique. La Commission avait déjà pu constater l'existence d'une situation similaire dans l'enquête qu'elle a menée au sujet des droits fonciers issus de traité de la Première Nation de Fort McKay. Dans ce cas particulier, la Commission avait jugé exacte la description de la société traditionnelle des Cris des bois soumise par feu James G. E. Smith, ancien curateur du volet Ethnologie nord-américaine pour le « Museum of the American Indian » de New York. Les conclusions de M. Smith à ce sujet étaient les suivantes :

[Traduction]

[...] l'élément fondamental de l'organisation sociale est la bande locale ou le groupe de chasseur, qui se compose de plusieurs familles (de deux à cinq) apparentées et regroupe habituellement de dix à trente individus. Ces groupes pratiquent la chasse séparément tout au long de l'automne, de l'hiver et du printemps de chaque année. Pendant un certain temps durant l'été, plusieurs groupes de chasseurs se rassemblent sur les rives de lacs où la pêche et la chasse peuvent assurer leur subsistance. Les bandes régionales formées par ces rassemblements, qui peuvent compter entre cent et deux ou trois cents personnes, constituent les plus importantes unités coopératives de la région. L'appartenance à un groupe de chasseurs ou à une bande régionale est souple, individus et familles pouvant passer librement de l'une à l'autre, soit temporairement soit en permanence¹⁹.

Les anciens de Bigstone ont fourni des preuves incontestables de ce mode de migration saisonnière. Selon l'ancien George Noskiye, du lac Trout :

[Traduction]

les gens n'étaient pas très nombreux au lac Trout à l'époque [si on remonte jusqu'aux années 1930] parce que, vous savez, il faut bien survivre, et que vous ne pouvez donc demeurer toujours dans la même région car chaque fois que les gens découvrent un endroit où ils peuvent, vous savez, nourrir leur famille, ils y vont et y restent, puis ils repartent de nouveau²⁰.

Les anciens qui ont témoigné devant la Commission ont reconnu que les contacts limités entre les diverses « bandes de chasseurs » compliquaient leurs efforts dans le but d'aider les commissaires à comprendre la petite histoire de la vie des communautés de Bigstone, au XIX^e siècle et au début du XX^e. Les témoins ont parlé du vécu vraisemblablement similaire, plutôt que

19 La Commission a aussi été témoin d'une situation semblable dans son enquête sur les droits fonciers issus de traité revendiqués par la Première Nation de Fort McKay; extrait tiré de (1996) 5 ACRI 3, p. 21.

20 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 199 (George Noskiye).

commun, de leurs ancêtres. Pour reprendre les paroles de l'ancien Felix Noskiye, du lac Peerless :

[Traduction]

il faut se rappeler que chacun avait son petit territoire; chacun venait de différents endroits; chaque famille se choisissait un endroit, et espérait bien s'en tirer; chacune avait donc ainsi son petit territoire. Alors les gens étaient très dispersés.

Tout ce dont on entend parler alors, c'est de sa propre famille. Il n'était pas question de rassemblement, comme on en voit aujourd'hui. Les gens étaient trop dispersés un peu partout pour cela²¹.

Près de trois décennies avant que la Commission n'entende le témoignage des anciens de Bigstone, une génération antérieure d'anciens avait fait part de son histoire, à l'occasion d'une autre série de rencontres. Feu Martin Beaver, père et grand-père d'anciens de Bigstone toujours vivants, parla de la fin du XIX^e siècle comme d'une époque où [traduction] « [l]es gens avaient coutume de se déplacer, même en hiver »²².

Quelques-uns seulement des lacs décrits précédemment comme étant des lieux de résidence à tout le moins saisonniers pouvaient servir de lieux de rencontre pour les entités décrites par le professeur Smith comme étant des « bandes régionales ». L'ancien de Bigstone Alphonse Auger se souvient de la partie nord du lac Wabasca (située dans l'actuelle RI 166C) comme d'un lieu correspondant à cette description²³, tandis que d'autres sources ont décrit le lac Sandy, le lac Trout et le lac Chipewyan comme étant aussi des lieux de rassemblement pour des « bandes régionales »²⁴.

Des représentants de la société européenne ont fixé leurs premières racines permanentes dans les collectivités de Bigstone seulement une génération avant la signature du Traité 8, soit de 75 à 100 ans après leur arrivée à Fort Chipewyan, Fort Vermilion, Fort McMurray et au Petit lac des Esclaves. La date précise à laquelle la Compagnie de la Baie d'Hudson établit un poste entre les lacs Wabasca nord et sud est inconnue, mais il a probablement été construit peu après que la chose ait été recommandée en 1880 par l'inspecteur Richard Hardisty de la Compagnie de la Baie d'Hudson, lequel décrivait Wabasca comme [traduction] « un endroit où un grand nombre

21 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 154-155 (Felix Noskiye).

22 « *The Wabasca Tapes* », *Transcripts of 1968 interviews with seven elders of the Bush Cree Nation*, by Ray Yellowknee (Pièce 1 de la CRI, p. 61, entrevue avec Martin Beaver).

23 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 14 (Alphonse Auger).

24 Richard Daniels, « Land Rights of the Isolated Communities of Northern Alberta », rapport préparé pour le Conseil consultatif des collectivités isolées et pour la bande du lac Lubicon, janvier 1975 (Pièce 43 de la CRI, p. 2, 4 et 5).

d'Indiens s'établissent durant l'hiver, pour y pratiquer la chasse et la pêche »²⁵. Les anciens de Bigstone se rappellent que le premier poste de la Compagnie de la Baie d'Hudson à Wabasca fut dirigé par Charles Houle, un Métis originaire de Lac La Biche venu s'établir à Wabasca²⁶. L'établissement de Wabasca ne devient pas un poste indépendant avant 1900, après avoir été un avant-poste de Lac La Biche (jusqu'à 1888) et d'Athabasca Landing²⁷.

Selon toute vraisemblance, les avant-postes de la Compagnie de la Baie d'Hudson au lac Trout et au lac Chipewyan sont antérieurs à l'avant-poste de Wabasca. Un rapport d'inspection de la Compagnie de la Baie d'Hudson datant de 1889 décrivait l'un des quatre bâtiments faisant partie du poste comme étant une « très vieille » échoppe et indiquait que l'avant-poste existait depuis au moins 16 ans²⁸. Bien qu'on ne dispose pas d'information précise concernant l'établissement de l'avant-poste de lac Chipewyan, il a probablement vu le jour à peu près en même temps que celui de lac Trout²⁹. Les anciens de Bigstone originaires de lac Chipewyan³⁰ et de lac Trout³¹ attribuent l'établissement des postes avancés à ces endroits aux deux frères, Jean-Baptiste et Alexis Auger respectivement. Les descendants de Jean-Baptiste et d'Alexis étaient bien représentés parmi les anciens que la Commission a rencontrés pendant son enquête.

Un missionnaire oblat a probablement fait une brève visite à lac Trout dès 1878³², mais la première visite de missionnaire à avoir été relatée remonte à février 1891; un missionnaire oblat, de passage pour plusieurs jours, avait

-
- 25 Richard Hardisty, inspecteur, à James A. Grahame, commissaire en chef, 20 juin 1980, Archives provinciales du Manitoba, Archives de la Compagnie de la baie d'Hudson (ci-après ACBH), D20/16, cité dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (CRI, Pièce 33, p. 5).
- 26 Patricia Sawchuk et Jarvis Gray, *The Isolated Communities of Northern Alberta* (Edmonton : Metis Association of Alberta, 1980), entrevue avec Harry Houle, petit-fils de Charles Houle (Pièce 25 de la CRI, p. 343).
- 27 Richard Hardisty, inspecteur, à James A. Grahame, commissaire en chef, 20 juin 1980. ACBH, D20/16, cité dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 5).
- 28 Rapports d'inspection des postes des districts d'Athabasca, de Peace River et du fleuve Mackenzie, constitués à partir de notes consignées par feu Richard Hardisty, 1889. ACBH, D25/9, p. 45, cité dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 5).
- 29 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 6).
- 30 Diane Mieli, *Those Who Know: Profiles of Alberta Native Elders* (Edmonton: NeWest, 1991), p. 208. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 7).
- 31 Mémoire de Peerless Lake aux Affaires indiennes intitulé « *And We Need Land: A Statement of Grievances by the Cree People of Peerless Lake, Alberta* ». Décembre 1985, entrevue avec Julian Gladue (Pièce 2 de la CRI, p. 49).
- 32 A. Philippot, O.M.I., « *Annales de la Mission Saint-Martin du Wabaska, 1891-1941* », manuscrit inédit, n.d., p. iv. (Pièce 20B de la CRI, document 323 - traduction).

alors célébré 31 baptêmes et six mariages³³. Le mois suivant, le missionnaire se rendit à Wabasca, où il baptisa 38 personnes et célébra six mariages³⁴. Un missionnaire de l'Église d'Angleterre se rendit à Wabasca à peu près à la même époque, mais on ne sait rien de ses activités pastorales à cet endroit³⁵.

La visite missionnaire de 1891 à lac Trout se limita au poste de la Compagnie de la Baie d'Hudson situé à l'extrémité sud du lac Graham (celui que les anciens de Bigstone qualifièrent d'« ancien poste »)³⁶, mais lorsque l'évêque Emile Grouard s'y rendit en 1896, il fut en mesure de se rendre brièvement dans la partie nord du lac Peerless. Son activité à cet endroit se limita à cinq baptêmes³⁷, ce qui, selon l'évêque Grouard, s'expliquait par l'influence inentamée d'une personne qu'il qualifia de « un sorcier fameux »³⁸. Un missionnaire de l'Église d'Angleterre se rendit au lac Peerless en 1897³⁹, la même année où un missionnaire oblat se rendit pour sa part à lac Chipewyan⁴⁰.

Les contacts relativement éloignés dans le temps et intermittents entre les missionnaires et la population des collectivités de Bigstone ont rendu passablement difficile l'estimation exacte de la population de cette région vers la fin du XIX^e siècle. Au début des années 1890, les missionnaires oblats informèrent le commissaire aux Indiens que la population de Wabasca était de 248 âmes, dont 154 Catholiques, 20 Protestants et 74 « païens »⁴¹. Compte tenu de la concurrence intense que se livraient missionnaires catholiques et missionnaires protestants⁴², on ne se surprendra guère que le missionnaire

33 Parmi les 31 baptêmes célébrés, 29 concernaient la famille élargie d'Alexis Auger, négociant de la Compagnie de la Baie d'Hudson, y compris Alexis lui-même, ses quatre enfants et leurs conjoints/conjointes, 19 petits-enfants et un arrière-petit-enfant. Les six mariages concernaient Alexis, ses quatre enfants et un petit-enfant. G. Neil Reddekopp, gestionnaire principal des politiques, Revendications territoriales des Indiens, Affaires autochtones de l'Alberta, à Bruce Hirsche, Bishop and McKenzie, avocats et procureurs, 6 septembre 1994. Mentionné dans Collection of Documents on Peerless Lake, History and Entitlement (Pièce 32 de la CRI).

34 *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 323, p. 1).

35 *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 323, p. 12-13).

36 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 64-65 (Tommy Auger).

37 L'un des enfants baptisés par l'évêque Grouard était Thomas (Toma) Noskiye. Plus de cent ans après, la Commission a entendu le témoignage de George Noskiye, âgé de 92 ans, le fils de Thomas Noskiye. Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 189, 193 (George Noskiye).

38 E. Grouard, O.M.I., « Un Journal de voyage de Mgr. E. Grouard, *Missions de la Congrégation des Oblats de Marie-Immaculée* », décembre 1896, p. 425, Provincial Archives of Alberta (ci-après PAA), accession 71.220. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 268).

39 Révérend Charles R. Weaver à l'évêque Richard Young, 4 décembre 1897. PAA, accession 70.387. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 252).

40 *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 323, p. 18).

41 A. Forget, commissaire des Affaires indiennes, Territoires du Nord-Ouest, au très révérend Richard Young, évêque d'Athabasca, 21 juin 1894. PAA, accession 70.387. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 12).

42 L'ancien de Bigstone Martin Beaver, maintenant décédé, qui à différentes époques de sa vie avait appartenu à la fois à l'Église catholique romaine et à l'Église d'Angleterre à Wabasca, rappela en 1968 l'intense rivalité entre les missionnaires, allant même jusqu'à préciser que l'un des missionnaires fut décrit par un autre comme étant « le disciple du diable ». *The Wabasca Tapes, Transcripts of 1968 Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation*, by Ray Yellowknee, entrevue avec Martin Beaver (Pièce 1 de la CRI, p. 75-76).

de l'Église d'Angleterre, sans contester l'estimation de la population totale, laissa toutefois entendre que la répartition des membres de la bande entre les deux confessions était approximativement l'inverse de ce que son rival avait indiqué⁴³. Le missionnaire de l'Église d'Angleterre ne fit aucune mention d'une population qui aurait vécu à lac Trout au début des années 1890, mais les missionnaires catholiques estimèrent que 74 personnes vivaient à lac Trout et à lac God, et que les personnes qui y vivaient étaient divisées à parts à peu près égales entre Catholiques et « païens »⁴⁴.

Plusieurs mois avant que les commissions du Traité 8 et des certificats de l'Athabasca n'entament leurs travaux au cours de l'été 1899, la Police à cheval du Nord-Ouest entreprit un recensement des endroits que les commissaires comptaient visiter. Les commissaires ne purent visiter Wabasca, en raison de la crue des eaux, mais sont en mesure de se rendre à lac Trout⁴⁵, où ils dénombrent 86 personnes⁴⁶.

LES COMMISSIONS DU TRAITÉ ET DES CERTIFICATS D'ARGENT DE 1899

Wabasca était la dernière étape prévue à la tournée des Commissions du traité et des certificats d'argent (scrip) en 1899, le commissaire aux traités, J.H. Ross ayant alors rencontré la population qui s'étaient réunie à cet endroit le 14 août 1899⁴⁷. Après de brefs pourparlers, une adhésion au Traité 8 fut signée par le chef Joseph Bigstone (Kapusekonew) et les conseil-

43 Statistiques concernant Wabasca, 25 novembre 1894. PAA, accession 70.387, mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 6-7).

44 *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 12).

45 Le nom de « lac Trout » a eu plusieurs significations à différents époques. De nos jours, le nom désigne une collectivité qui vit dans la partie sud du lac Graham, laquelle est occupée principalement mais non exclusivement par des membres de la Nation crie de Bigstone. Au sens historique que revêt ce nom, celui-ci peut désigner le poste de la Compagnie de la Baie d'Hudson qui était situé à l'emplacement où vit la collectivité crie actuelle ou désigner le nom collectif de deux lacs maintenant connus sous les noms de lac Peerless et de lac Graham, et le cours d'eau réunissant ces deux lacs étant désigné du nom de « passages du lac Trout ». Lettre du 6 septembre 1994, mentionnée dans *Collection of Documents on Peerless Lake, History and Entitlement* (Pièce 32 de la CRI).

46 Police à cheval du Nord-Ouest, Recensement des Indiens et des Métis du district de Peace River, 5 avril 1899, Archives nationales (ci-après AN), RG18, vol. 1435, dossier 76, partie 2. *Historical Documents from 1850-1989* (Pièce 20B de la CRI, document 27).

47 La pluie et la crue des eaux font en sorte que les commissaires aux traités et aux certificats ont pris deux semaines de retard sur leur calendrier lorsqu'ils arrivent au Petit lac des Esclaves, qui était leur première étape; ils doivent donc se séparer et voyager en deux groupes pour rattraper le temps perdu. Initialement, le commissaire en chef David Laird voyage seul, et les deux autres commissaires, James Ross et J. A. J. McKenna, font le trajet ensemble. Par la suite, Ross et McKenna furent contraints de voyager séparément pour pouvoir se rendre à Wabasca et à Fort McMurray. « *Rapport des commissaires sur le Traité N° 8* », 22 septembre 1899 dans *Traité N° 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports et autres documents annexés*, réédité, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1981. Le Traité 8 est repris dans (1995) 3 ACRI 91.

lers Joseph et Michel Auger (écrit Ansey dans le document du traité), Wapoose et Louison (Louisa dans le document du traité) Beaver⁴⁸.

Les anciens de Bigstone n'ont guère pu fournir de détails sur la signature de l'adhésion, mais Alphonse Auger indiqua néanmoins que la possibilité d'obtenir la « possession » permanente d'une réserve fut le facteur qui conduisit son grand-père Martin Beaver à adhérer au traité⁴⁹. Vers la fin des années 1960, Martin Beaver lui-même fut interrogé à propos de ses souvenirs relatifs à la rencontre avec le commissaire Ross. D'après Martin, qui était un jeune adulte en 1899⁵⁰,

[Traduction]

il [l'Indien visé par le traité] pouvait chasser où il voulait, puisque aucune limite n'était imposée à cet égard, il était passablement libre de faire ce qu'il fallait pour survivre...

Et au bout d'un certain temps, il finirait par avoir des maisons...

Les gens qui choisissaient d'adhérer au traité se voyaient initialement remettre la somme de 10 \$ et 5 \$ pour conclure la transaction, par une poignée de main.

Chaque année, aussi longtemps que le soleil brillerait et que les rivières couleraient, la même chose allait se produire; chaque personne allait recevoir 5 \$⁵¹.

En ce qui concerne la promesse de terres de réserve proprement dite, Martin Beaver a rappelé que le commissaire aux traités avait indiqué que [traduction] « les limites de la réserve allaient être fixées dans l'avenir »⁵².

Des anciens, d'aujourd'hui et d'hier, ont également relaté des histoires concernant le choix d'adhérer au traité ou d'accepter des certificats d'argent en 1899. Presque tous indiquent que les conséquences du choix qui devait être fait entre la réception d'un certificat et l'adhésion au traité ont été expliquées à tous ceux qui étaient présents en 1899, et que ces derniers les comprenaient. Feue Catherine Auger, qui reçut son certificat à Wabasca en 1899 avec son premier mari, se souvenait, près de 70 ans plus tard, qu'elle-même et d'autres bénéficiaires de certificats [traduction] « s'étaient fait dire que les

48 *Traité n° 8, 21 juin 1999, et adhésions, etc.*, réédité, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1981. Le Traité 8 est repris dans (1995) 3 ACRI 91.

49 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 16 (Alphonse Auger).

50 Des preuves documentaires obtenues par la Commission, auprès de diverses sources, indiquent que Martin est né vers 1878 et qu'il avait donc 21 ans en 1899. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, Tableau 1, numéro 82 (Pièce 33 de la CRI). À l'époque de l'entrevue avec Martin, c'est-à-dire en 1968, on avait indiqué qu'il était au début de la trentaine en 1899. *The Wabasca Tapes, Transcripts of 1968 Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation*, by Ray Yellowknee, entrevue avec Martin Beaver (Pièce 1 de la CRI, p. 60).

51 *The Wabasca Tapes, Transcripts of 1968 Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation*, by Ray Yellowknee, entrevue avec Martin Beaver (Pièce 1 de la CRI, p. 61).

52 *The Wabasca Tapes, Transcripts of 1968 Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation*, by Ray Yellowknee, entrevue avec Martin Beaver (Pièce 1 de la CRI, p. 61).

terres qui leur avaient été données pouvaient être vendues, mais qu'elles n'auraient plus alors aucun droit »⁵³. Selon feu Martin Beaver, le commissaire aux traités a demandé à ceux qui souhaitaient demander un certificat de bien écouter l'exposé du commissaire en faveur de l'adhésion au traité pour que, une fois que le choix allait être fait, [traduction] « vous ne puissiez blâmer personne d'autre que vous-même »⁵⁴.

L'ancien Alphonse Auger a indiqué à la Commission que l'un de ceux qui opta pour le certificat d'argent plutôt que pour l'adhésion au traité était Julien Beaver (identifié par Alphonse comme étant Joseph Beaver), le frère de Martin. Selon Alphonse, une réserve était une perspective peu réjouissante pour son grand-oncle, étant donné que ce dernier ne [traduction] « voulait voir personne avoir prise sur lui, pas plus qu'il ne voulait posséder de terre »⁵⁵. Toutes les personnes qui avaient au moins 20 ans pouvaient librement choisir entre obtenir un certificat et adhérer au traité, sans égard au choix que pouvaient faire d'autres membres de la même famille⁵⁶, et en 1968, feu Noel Boskoyous, lui-même bénéficiaire d'un certificat, se souvenait qu'il avait eu la possibilité d'exercer ce choix à l'âge de 18 ans, étant donné qu'il n'avait pas de parents en vie⁵⁷.

Des preuves indiquent toutefois que dans certains cas, le choix entre l'adhésion au traité et le certificat n'était pas entièrement libre. L'ancienne Louise Auger a déclaré à la Commission qu'une femme s'était vue refuser le droit d'adhérer au traité parce qu'elle « avait le teint clair, comme une blanche »⁵⁸. En conséquence, cette dame et son mari furent contraints de demander un certificat, même s'ils étaient des Indiens de lac Trout⁵⁹.

En 1899, 196 personnes se voient remettre des sommes à titre gracieux et des annuités à titre de membres de la bande de Bigstone⁶⁰, tandis que 106 autres reçoivent des certificats à Wabasca et à deux autres endroits non

53 *The Wabasca Tapes, Transcripts of 1968 Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation, by Ray Yellowknee*, entrevue avec Catherine [Gallifer] Auger (Pièce 1 de la CRI, p. 61).

54 *The Wabasca Tapes, Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation, by Ray Yellowknee*, entrevue avec Martin Beaver (Pièce 1 de la CRI, p. 63).

55 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 16 (Alphonse Auger).

56 *The Wabasca Tapes, Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation, by Ray Yellowknee*, entrevue avec Martin Beaver (Pièce 1 de la CRI, p. 63).

57 *The Wabasca Tapes, Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation, by Ray Yellowknee*, entrevue avec Noel Boskoyous (Pièce 1 de la CRI, p. 135).

58 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 22 (Louise Auger).

59 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 23-24 (Louise Auger).

60 Bande crie de Wabasca, Liste des bénéficiaires des annuités, 14 août 1899. AN, RG 10, vol. 9432 (Pièce 20B de la CRI, document 33).

loin de là⁶¹. L'année suivante, 39 autres personnes se joignent à la bande de Bigstone⁶², tandis que 25 autres personnes adhèrent au traité en 1901, la plupart d'entre elles ayant par la suite tenté sans succès d'obtenir un certificat⁶³.

Il ne fait aucun doute que la population qui a adhéré au traité en 1901 était considérablement moins importante que celle des collectivités de Bigstone. Les anciens ont informé la Commission qu'il y avait même quelques personnes ayant passé une partie de l'année à Wabasca qui étaient parties à la chasse lors du passage du commissaire Ross, étant donné qu'elles [traduction] « devaient s'en aller dans la prairie afin d'y gagner leur vie pour survivre »⁶⁴. Une autre raison encore plus importante expliquant la participation moins que complète à l'assemblée tenue à Wabasca en 1899 était la dispersion de la population de Bigstone sur un vaste territoire du nord de l'Alberta. D'après les anciens, la participation à l'assemblée convoquée par le commissaire au traité à Wabasca en 1899 s'était faite un peu au hasard, les personnes qui y assistèrent étant celles qui s'y trouvaient aussi pour d'autres raisons, notamment pour y négocier des fourrures⁶⁵. Alphonse Auger a indiqué à la Commission que seulement deux des quatre frères de son grand-père paternel avaient adhéré au traité en 1899, les deux autres se trouvaient soit à lac Trout ou à lac Loon⁶⁶.

Des historiens des « collectivités isolées » du nord de Wabasca ont conclu que peu de résidents de ces collectivités ont adhéré au Traité 8 au cours de ses premières années d'application⁶⁷, une conclusion confirmée par les témoignages des anciens et d'autres sources documentaires. Aucun habitant de lac Trout n'a adhéré au traité lors de la signature à Wabasca en 1899 (toutefois, l'homme dont les anciens disent qu'il fut contraint de demander un certificat lorsque sa femme se vit refuser le droit d'adhérer au traité était le petit-fils d'Alexis Auger, qui dirigeait l'avant-poste de la Compagnie de la

61 En 1899, 64 personnes reçurent leur certificat à Wabasca, 36 au confluent des rivières Athabasca et Calling (portage de la rivière Calling) et six à Portage Pelican sur la rivière Athabasca. James Walker et Arthur Côté, commissaires aux certificats de Métis à Clifford Sifton, Ministre de l'Intérieur, 30 septembre 1899, AN, RG 15, vol. 771, dossier 518,158. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 8).

62 Bande crie de Wabasca, Liste des bénéficiaires d'annuités, 27 août 1900, AN, RG 10, vol. 9433, Historical Documents from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 36).

63 Bande crie de Wabasca, Liste des bénéficiaires d'annuités, août 1901, AN, RG 10, vol. 9434, Historical Documents from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 43).

64 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 22 (Louise Auger).

65 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 18 (Alphonse Auger).

66 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 16-17 (Alphonse Auger).

67 Patricia Sawchuk et Jarvis Gray, *The Isolated Communities of Northern Alberta* (Edmonton: Metis Association of Alberta, 1980) (Pièce 25 de la CRI, p. 273).

Baie d'Hudson de lac Trout)⁶⁸. Deux descendants d'Alexis Auger ont adhéré au traité en 1900, l'un des fils devenant ainsi le numéro 62 de la bande de Bigstone⁶⁹ et un petit-fils devenant alors le premier (et seul) membre de la « bande de lac Trout »⁷⁰, qui disparut l'année suivante. Un autre petit-fils d'Alexis Auger est inscrit au nombre des bénéficiaires du traité en 1901, après que sa demande de certificat eut été refusée⁷¹. Des anciens interrogés à lac Chipewyan en 1980 ont rappelé que seulement deux familles de leur collectivité avaient été inscrites au nombre des bénéficiaires du traité pendant les premières années du XX^e siècle⁷², bien qu'une étude menée dans les années 70 indique que cinq des familles inscrites parmi les bénéficiaires du traité en 1901 après que leurs demandes de certificat eurent été refusées étaient originaires de lac Chipewyan⁷³.

Le rayonnement limité des travaux des Commissions aux traités et aux certificats sur la population des « collectivités isolées » n'était pas inconnu des commissaires eux-mêmes. En 1900, J.A. Macrae est nommé seul commissaire chargé de compléter les travaux entrepris en 1899, et lorsqu'il produit son rapport, le commissaire Macrae fit remarquer ceci :

Il y a encore un certain nombre de personnes qui vivent à la manière sauvage, dans le pays situé au nord du Petit Lac des Esclaves, et qui n'ont pas donné leur adhésion au traité en qualité de sauvages, ni reçu de scrip [certificat d'argent] en qualité de Métis, mais ceci n'est pas tant dû à leur refus qu'à cause de leur éloignement des endroits qui ont été visités et du fait qu'ils n'y sont pas poussés par le besoin. Les sauvages de toutes les parties du territoire qui n'ont pas encore reçu de rentes sont au nombre de 500, abstraction faite de ceux qui habitent l'extrême Nord-Ouest, mais comme la plupart, sinon tous, appartiennent à des tribus déjà soumises au traité, le titre indigène à l'étendue de terres dans le traité peut être raisonnablement considéré comme éteint⁷⁴.

68 Dominique Auger était le fils de Jean-Baptiste Auger, ce dernier étant lui-même le fils aîné d'Alexis Auger. Arbres généalogiques de ces personnes dans les catégories A-G (Pièce 34B de la CRI).

69 Historical Documents from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 36).

70 Bande crie de lac Trout, liste des bénéficiaires d'annuités, 27 août 1900, AN, RG 10, vol. 9433. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 9).

71 Historical Documents from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 43).

72 Patricia Sawchuk et Jarvis Gray, *The Isolated Communities of Northern Alberta* (Edmonton: Metis Association of Alberta, 1980), entrevue avec George Beaver et Bella Cutwing (Pièce 25 de la CRI, p. 371).

73 Collection of Documents on Peerless Lake, History and Entitlement (Pièce 32 de la CRI, p. 3). Cette conclusion n'est pas sans concorder avec les souvenirs relatés par les anciens, puisque trois des demandes qui furent refusées en 1901 furent soumises par des membres de la famille des Papanes/Yellowknee, deux de ces demandes ayant été soumises par des membres de la famille Oar.

74 *Traité No 8, conclu le 21 juin 1899, et adhésions, rapports, etc.*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1981, p. 25-26.

Au cours de la décennie qui suit le rapport fourni par le commissaire Macrae, peu de gens provenant de « collectivités isolées » adhèrent au traité avec la bande de Bigstone. La seule adhésion provenant de ces collectivités se fait en 1905, lorsque quatre familles de lac Chipewyan comptant 15 personnes adhèrent au traité⁷⁵.

PREMIER ARPENTAGE DES RÉSERVES

Lorsque les commissaires aux traités rendent compte des résultats de leurs travaux au cours de l'été 1899, ils soulignent la réticence d'un grand nombre des Premières Nations qu'ils avaient rencontrées à la notion même de réserves à des fins résidentielles :

les sauvages s'opposaient en général à être placés sur les réserves. Il eût été impossible de faire un traité si nous ne les avions pas assuré que nous n'avions aucune intention de les confiner dans des réserves. Nous avons dû leur expliquer que la disposition relative aux réserves et à la répartition des terres était faite pour les protéger et pour leur assurer à perpétuité une portion raisonnable de la terre cédée, dans le cas où la colonisation avancerait⁷⁶.

À Wabasca, les échanges concernant les réserves se limitent à une déclaration selon laquelle les limites de la réserve [traduction] « seraient définies dans l'avenir »⁷⁷.

Pourtant, Wabasca était l'un de ces endroits visés par le Traité 8 où, dès le début du XX^e siècle, la « colonisation progressait », même si cette progression se limitait au départ aux grandes plaines, à l'angle formé par les lacs Wabasca nord et sud⁷⁸. Peu après la signature du Traité 8, cette parcelle de terre est arpentée et subdivisée en 28 lots riverains, lesquels prennent bientôt le nom d'« établissement de Wabasca ». Les déclarations accompagnant les demandes concernant des « octrois gratuits » de terres, en tenant compte de l'occupation des parcelles proprement dites et des améliorations qui s'y trouvaient avant la signature du Traité 8, ont permis d'établir que huit de ces lots étaient occupés par des églises, par des négociants en fourrure ou par des

75 Bande crie de Wabasca, liste des bénéficiaires d'annuités, 2 septembre 1905, AN, RG 10, vol. 9438.

76 Traité No 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésion, rapports, etc., Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1981. Le Traité 8 est repris dans (1995) 3 ACRI 91.

77 *The Wabasca Tapes, Transcripts of 1968 Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation, by Ray Yellowknee*, entrevue avec Martin Beaver, p. 61, entrevue avec Martin Beaver, p. 63 (Pièce 1 de la CRI).

78 L'histoire des collectivités permet de penser que cette plaine couverte de grandes herbes paraissait presque blanche, par contraste avec le vert de la forêt avoisinante, d'où le nom de la région [*Wapascow* étant un mot cri qui signifie « herbes blanches »]. « *Kitaskeenow : Cultural Land Use and Occupancy Study* », rapport préparé par l'Arctic Institute of North America, 1997 (Pièce 42 de la CRI, p. 71).

Métis en 1899, et dans les années qui suivirent, trois autres lots sont pris et des demandes sont déposées en vue d'acquérir la propriété de terres à foin supplémentaires⁷⁹.

Afin de « s'assurer d'obtenir » pour eux-mêmes une « superficie raisonnable » de terres non loin de Wabasca, des membres de la Nation crie de Bigstone jalonnent deux réserves en 1909 et demandent que les terres en question soient arpentées au plus tôt. Leur demande reçoit l'appui de l'inspecteur chargé de l'application du Traité 8, celui-ci confirmant la position de la Première Nation selon laquelle ils s'exposaient au risque de perdre l'accès aux « meilleures terres » de la région. Toutefois, une note en marge du document, faite par le destinataire du rapport de l'inspecteur, indique que l'étude de la question serait reportée à 1911 ou 1912⁸⁰.

Au cours des trois années qui suivent, des Métis de l'endroit demandent à obtenir la propriété de trois lots additionnels situés dans l'établissement de Wabasca⁸¹ et lorsque l'agent des Indiens pour l'agence du Petit lac des Esclaves se rend à Wabasca en 1912 pour le paiement des annuités, il constate une tension considérable entre la Première Nation, d'une part, et les Métis locaux et les négociants en fourrure, d'autre part, quant à la propriété des terres jalonnées par la Première Nation en 1909, mais considérées par les autres intéressés comme des terres à foin communautaires⁸². La même année, le chef Bigstone et son conseil écrivent aux Affaires indiennes, réitérant leur demande, à savoir que l'on procède à un arpentage au plus tôt⁸³.

En août 1912, un arpenteur des Affaires indiennes d'expérience, J.K. McLean (AGF), reçoit pour mandat de se rendre à Wabasca et de procéder dès lors à un arpentage⁸⁴, mais les instructions parviennent trop tard pour qu'il puisse exécuter les travaux pendant la saison de 1912⁸⁵. Les instructions concernant les arpentages à Wabasca pour 1913 sont données à

79 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 10).

80 H. A. Conroy, inspecteur, Traité 8, à Frank Pedley, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, 30 décembre 1909, AN, RG 10, vol. 3979, dossier 156710-31, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 48).

81 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 11).

82 Harold Laird, agent des Indiens adjoint, agence du Petit lac des Esclaves, au secrétaire, Ministère des Affaires indiennes, 30 octobre 1912, AN, RG10, vol. 3979, dossier 156710-31, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 58).

83 Chef et conseillers de la bande de Bigstone au surintendant général adjoint des Affaires indiennes, 27 mars 1912, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 50).

84 J.D. McLean, sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, à J.K. McLean, AGF, 19 août 1912, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 57).

85 J.K. McLean, AGF, à Frank Pedley, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, 5 mars 1913, AN, RG10, vol. 4019, dossier 279393-8, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 59).

l'arpenteur McLean le 1^{er} avril 1913⁸⁶, mais l'arpenteur meurt subitement moins de deux mois plus tard, avant de se rendre à Wabasca⁸⁷. En remplacement de McLean, I.J. Steele se voit confier les arpentages concernant Bigstone par les Affaires indiennes⁸⁸. Contrairement à son prédécesseur McLean, un homme expérimenté, Steele n'avait aucun antécédent en matière d'arpentage de réserves indiennes, et est embauché principalement parce qu'il était disponible; en 1913, il procédait à des arpentages de comtés, sur la rive nord du Petit lac des Esclaves⁸⁹.

Après avoir consulté l'agent des Indiens local, Steele rencontre le chef Bigstone et son conseil le 9 juillet 1913 et à cette occasion, devait indiquer l'arpenteur, il est convenu qu'il mettrait de côté quatre réserves situées le long des rives des deux lacs Wabasca⁹⁰. Il semble que le chef Bigstone et son conseil aient pris une part importante au processus de sélection des terres. Encore aujourd'hui, lorsqu'ils parlent de la vaste parcelle de terres qui s'étend à l'est à partir du lac Wabasca sud jusqu'au lac Sandy (RI 166), les anciens parlent de la « réserve du chef »⁹¹, et l'un des conseillers est même réputé avoir choisi les terres qui ont été mises de côté et sont ensuite devenues la RI 166A⁹². Même s'il n'est pas encore conseiller à l'époque⁹³, Martin Beaver était le chef reconnu des membres de la bande de Bigstone qui vivaient à proximité de l'extrémité nord du lac Wabasca nord, et c'est ce même Beaver qui a donné à Steele des instructions concernant l'arpentage des terres à cet endroit (RI 166C)⁹⁴. Cette dernière réserve semble avoir été l'une des parcelles qui avaient été jalonnées par les membres de Bigstone en 1909,

86 J.D. McLean, sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, à J.K. McLean, AGF, 1^{er} avril 1913, AN, RG10, vol. 4019, dossier 279393-8, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 60).

87 H.W. Fairchild à Frank Pedley, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, 25 mai 1913, AN, RG 10, vol. 4019, dossier 279 393-8, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 62).

88 J.D. McLean, sous-Ministre adjoint et secrétaire, Affaires indiennes, à I.J. Steele, AGF, 11 juin 1913, AN, RG 10, vol. 4019, dossier 279 393-8, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 65).

89 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 12).

90 I.J. Steele, AGF, Journal d'arpentage, du 6 juillet au 28 septembre 1913, AN, RG 10, vol. 4019, dossier 279 393-8, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 68).

91 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 47 (Louise Auger).

92 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 26 (Louise Auger).

93 La lettre de 1912 aux Affaires indiennes confirmait que, parmi les quatre conseillers qui signèrent l'adhésion à Wabasca en 1899, deux (Hilaire Wapoose et Louison Beaver) conservèrent leur poste. Les deux conseillers qui étaient décédés depuis 1899 avaient été remplacés respectivement par Philippe Capotvert [Young] et Barthélemy Capotvert [Crow], *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 50).

94 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 14 (Alphonse Auger). Il convient de relever qu'Alphonse, petit-fils de Martin Beaver, a dit à la Commission que son grand-père avait donné pour instruction à Steele d'inclure une partie des eaux du lac Wabasca nord dans la RI 166C. L'eau en question était une étendue qui se trouvait au nord d'une ligne reliant les coins sud-ouest et sud-est de la réserve. Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 15-16 (Alphonse Auger).

mais l'autre parcelle datant de la même époque, située au sud et au sud-ouest de Wabasca⁹⁵, ne fut incluse dans aucune des quatre réserves.

Les intérêts des tierces parties jouent un rôle important dans l'établissement des limites des réserves arpentées par Steele en 1913. Des anciens se souviennent ainsi d'enclaves qui sont introduites dans le plan de la RI 166C de manière à exclure les terres détenues par deux colons métis le long de la rivière Wabasca et le long d'autres terres situées non loin de l'endroit à partir duquel le lac Wabasca nord alimente la rivière Wabasca⁹⁶. Les améliorations apportées à des terres par des tierces parties semblent avoir influé sur la décision de diviser les terres de réserve, de façon à les arpenter en quatre blocs, puisque Steele indique ultérieurement que la politique des Affaires indiennes consistant à exclure les améliorations des tierces parties des réserves faisait en sorte qu'il n'était pas possible pour lui d'inclure la totalité des terres occupées par les membres de Bigstone en un seul bloc⁹⁷.

Il est difficile de déterminer si l'arpenteur a tenu compte des droits fonciers nominaux de la Nation crie de Bigstone, en vertu des dispositions du Traité 8 concernant les réserves, et le cas échéant, dans quelle mesure⁹⁸. Les anciens ont toujours nié que quoi que ce soit ait été dit à propos de cette question, à l'époque où se firent les arpentages en 1913. Selon Alphonse Auger, [traduction] « les arpenteurs ne lui ont pas dit [à Martin Beaver] qu'ils ne pouvaient prendre des terres que pour un nombre donné de personnes » et « ils [les arpenteurs] n'ont jamais fait mention d'un nombre d'acres donné⁹⁹. » Daniel Beaver a en outre ajouté que, [traduction] « lorsque les arpenteurs sont venus ... personne ne m'a jamais demandé [citant Martin Beaver] que [sic] cette réserve était censée être d'une superficie basée sur le nombre de personnes (qui y vivent) »¹⁰⁰.

Le rapport remis par Steele lui-même ne nous éclaire pas davantage sur la situation. Ce dernier indiqua que sa principale préoccupation était d'inclure toutes les maisons des membres de Bigstone qui vivaient sur les terres qu'il

95 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 58).

96 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 28-29 (Alphonse Auger).

97 I.J. Steele, AGF, à J.D. McLean, sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 31 octobre 1913, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17, *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 69).

98 Cette disposition dit notamment ceci :

Et Sa Majesté la Reine par les présentes convient et s'oblige de mettre à part des réserves pour les bandes qui en désireront, pourvu que ces réserves n'excèdent pas en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes pour tel nombre de familles qui désireront habiter sur des réserves, ou dans la même proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites.

99 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 15 et 21 (Alphonse Auger).

100 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 28 (Daniel Beaver).

avait arpentées, et que la seule référence à la superficie figurait dans un avis indiquant qu'il avait arpenté « environ 60 milles carrés » dans les quatre réserves¹⁰¹. En fait, les quatre blocs totalisaient 37 352 acres, une superficie qui suffisait, en vertu de la disposition du Traité 8 concernant les réserves, pour honorer les droits fonciers de 291 personnes¹⁰². Lorsque les annuités sont payées aux membres de la Nation crie de Bigstone, c'est-à-dire environ un mois avant que Steele ne commence son arpentage, celles-ci sont payées à 281 personnes¹⁰³, et dans les années subséquentes, 50 personnes touchent des arrérages pour 1913¹⁰⁴.

En raison du relatif isolement de la région de Wabasca et de la politique du Ministère de l'Intérieur consistant à ne pas confirmer les réserves tant que ces dernières n'étaient pas reliées à la base géodésique la plus proche¹⁰⁵, il n'était pas possible pour le Ministère de répondre immédiatement à la demande soumise par les Affaires indiennes, demande voulant que l'on adopte des décrets pour confirmer les arpentages de Steele¹⁰⁶. Finalement, la RI 166B est confirmée en 1924, la RI 166 et la RI 166A en 1925, et la superficie de la RI 166C n'est pas confirmée avant le 15 mai 1930¹⁰⁷.

ADHÉSIONS POSTÉRIEURES À L'ARPENTAGE

Après avoir effectué le paiement des annuités à Wabasca à l'automne de 1911, l'agent des Indiens adjoint Harold Laird, probablement parce que la saison était passablement avancée, choisit de faire route directement vers le nord, jusqu'à Fort Vermilion, plutôt que d'emprunter un trajet beaucoup plus indirect, s'il était passé par Rivière-à-la-Paix?. En conséquence, il descend la rivière Wabasca jusqu'à l'embouchure de la rivière Trout, puis entreprend l'ascension du cours de cette dernière vers l'avant-poste de la Compagnie de

101 I.J. Steele, AGF à J.D. McLean, sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 20 septembre 1913, AN, RG 10, vol. 4019, dossier 279 393-9, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 66).

102 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 13).

103 Bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 4 juin 1913, AN, RG 10, vol. 9450, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 64).

104 En 1914, 44 personnes reçoivent des arrérages pour 1913, tandis que les arrérages pour 1913 sont payés à deux personnes en 1915, et à quatre personnes en 1925. Bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 14 septembre 1914, AN, RG10, vol. 9452; bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 10 août 1915, AN, RG10, vol. 9454; bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 15 juin 1925, AN, RG10, vol. 9474, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, documents 78, 79 et 103).

105 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 13-14).

106 J.D. McLean, sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes au secrétaire, Ministère de l'Intérieur, 24 avril 1914, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 73).

107 Décrets CP 332, 3 mars 1924, CP 955, 22 juin 1925 et CP 1025, 15 mai 1930, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, documents 100, 104 et 112).

la Baie d'Hudson à lac Trout, afin d'aller payer le petit nombre de membres de Bigstone qui résidaient à cet endroit¹⁰⁸. Laird poursuit ensuite sa route vers le nord, empruntant une piste qui longeait la rive ouest des lacs Graham et Peerless¹⁰⁹. Deux jours après avoir quitté lac Trout, Laird atteint lac Equistem, à plusieurs milles au nord de lac Peerless¹¹⁰, où :

[Traduction]

il y avait là un campement d'Indiens cris, dirigé par le chef Everlasting Voice. J'ai compté 11 tipis et j'estime que la bande comptait entre 45 et 50 personnes, aucune de ces personnes n'ayant adhéré au traité. J'ai parlé avec le chef, et il ne fait aucun doute dans mon esprit que ce dernier et sa bande pourraient en venir à adhérer au traité, si tel était le souhait du Ministère¹¹¹.

Il s'avère que le Ministère n'était pas du même avis que Laird, et une note inscrite en marge sur sa lettre indique [traduction] « attendez que les Indiens aient adhéré au traité »¹¹².

Une décennie s'écoule avant qu'une autre proposition soit faite en vue d'intégrer la population des « collectivités isolées » de la Nation crie de Bigstone. En avril 1922, le père Y.M. Floc'h, un missionnaire oblat qui relevait de Grouard et avait effectué au moins une tournée annuelle de la vaste région située plus au nord, écrit au Ministre de l'Intérieur pour lui recommander que les « Indiens purs » qu'il avait rencontrés pendant ses voyages puissent bénéficier du traité¹¹³. Les Affaires indiennes reconnaissent que si les personnes décrites par le père Floc'h n'avaient effectivement pas reçu de certificat, elles avaient le droit d'adhérer au Traité 8, et l'agent Laird reçoit instruction d'enquêter sur la question¹¹⁴. Après que Laird eut confirmé que l'affirmation du père Floc'h était bien exacte¹¹⁵, l'agent est autorisé à étendre

108 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 11).

109 Harold Laird, agent des Indiens adjoint, au secrétaire, Ministère des Affaires indiennes, 30 octobre 1911, AN, RG 10, vol. 3979, dossier 156710-31, *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 48).

110 Journal, agence des Indiens du Petit lac des Esclaves, 1911. Glenbow-Alberta Institute Archives, Accession M2218. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 11).

111 *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 48).

112 *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 48).

113 Y. M. Floc'h, O.M.I., à Charles Stewart, Ministre de l'Intérieur et surintendant général des Affaires indiennes, 5 avril 1922, AN, RG 10, vol. 7972, dossier 62-131, partie 1. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 96).

114 J.D. McLean, surintendant général adjoint par intérim des Affaires indiennes, à Harold Laird, agent des Indiens par intérim, 2 mai 1922, AN, RG 10, vol. 7972, dossier 62-131, partie 1. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 97).

115 De façon particulière, Laird identifia la partie nord du lac Peerless comme étant un endroit où l'on trouverait un certain nombre d'adhérents potentiels. Harold Laird, agent des Indiens par intérim, agence du Petit lac des Esclaves, au sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 9 mai 1922, AN, RG 10, vol. 7972, dossier 62-131, partie 1. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 98).

le bénéficiaire du traité aux [traduction] « Indiens vivant au nord de Grouard qui n'avaient pas encore adhéré au traité, et qui ne s'étaient pas vu attribuer de certificat de Métis »¹¹⁶. L'ancien de Bigstone Alphonse Auger se souvient des années qui ont suivi comme d'une époque où [traduction] « la Nation crie de Bigstone était ouverte »¹¹⁷.

Au cours des cinq années qui suivent la décision d'admettre des adhérents à titre de membres de la Nation crie de Bigstone, le nombre des personnes qui profitent de cet avantage est limité¹¹⁸. L'une des raisons à cela est relevée par le commissaire aux traités Macrae, lorsque ce dernier aborde pour la première fois la question de la population des « collectivités isolées », en 1900. Il signale alors que les Indiens qui n'avaient pas adhéré au traité en 1899 et en 1900 « n'y sont pas encore poussés par le besoin »¹¹⁹. La situation demeure inchangée jusqu'au milieu des années 1920, une longue période pendant laquelle le commerce de la fourrure est presque invariablement avantageux pour toutes les personnes concernées¹²⁰. Et cela a été particulièrement vrai dans la région entourant le lac Peerless. Pour reprendre les paroles de l'ancien de Bigstone Tommy Auger :

[Traduction]

Les gens avaient vécu à Peerless et dans toute la région qui l'entourait parce que l'endroit était riche en fourrures, et parce qu'ils n'avaient pas à chercher d'endroits où vendre leurs fourrures. Les gens venaient à eux et commerçaient ou achetaient des fourrures¹²¹.

Le même ancien a décrit lac Chipewyan comme étant un [traduction] « excellent endroit pour le piégeage »¹²². La concurrence maintenait les prix élevés, étant donné que la compagnie française de négociants en fourrures *Revillon Frères* et des négociants indépendants ouvrent des postes qui faisai-

116 J.D. McLean, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, à Harold Laird, agent des Indiens par intérim, agence du Petit lac des Esclaves, 25 juin 1922, AN, RG 10, vol. 7972, dossier 62-131, partie 1. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 98).

117 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 102 (Alphonse Auger).

118 Les listes des bénéficiaires de Bigstone pour 1923 et 1925 indiquent effectivement que 60 personnes de lac Long et de lac Chipewyan ont adhéré au traité ces deux années-là. Toutefois, des recherches menées au nom de la Commission tendent à indiquer qu'un nombre substantiel de ces présumées adhésions n'auraient pas eu lieu. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 16, 31-33 et annexe A, p. 8-10).

119 *Traité N° 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports, etc.*, p. 25.

120 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 16-17).

121 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 67 (Tommy Auger).

122 « *Kitaskeenow: Cultural Land Use and Occupancy Study* », Rapport préparé par l'Arctic Institute of North America, 1997 (Pièce 42 de la CRI, p. 79).

ent concurrence à la Compagnie de la Baie d'Hudson à lac Long, à lac Trout et à lac Chipewyan¹²³.

En 1900, le commissaire Macrae minimise l'hostilité ouverte à l'égard du traité, faisant valoir que ceux qui continuaient de ne pas y adhérer n'étaient pas motivés dans ce sens par quelque « indisposition » que ce soit¹²⁴. Toutefois, les souvenirs des anciens d'aujourd'hui et les observations des contemporains fournissent, à l'évidence, des preuves anecdotiques de l'hostilité de certaines personnes, hostilité qui a pu avoir une incidence considérable attribuable à l'influence des personnes concernées.

Vers la fin des années 1960, l'ancien August Auger a relaté un voyage qu'il avait fait dans la région de lac Chipewyan en 1907, en compagnie d'un missionnaire oblat. Les anciens se rappellent très clairement l'opposition de Cutwing, un résident local influent, aux activités du missionnaire et, par extension, à la société que ce dernier représentait. Cutwing refuse d'assister au baptême de la fille de 15 ans d'un ami, allant jusqu'à dire à la fille que [traduction] « le gouvernement et l'Église tentent de te contrôler »¹²⁵. En 1980, la fille octogénaire de Cutwing a rappelé combien son père [traduction] « s'en était voulu longtemps d'avoir adhéré au traité »¹²⁶. À lac Peerless, l'attitude d'Okemow n'était pas sans rappeler celle de Cutwing. En 1944, un missionnaire oblat décrivit Okemow comme étant [traduction] « un sauvage » qui « ne voulait voir personne »¹²⁷.

La traite des fourrures dans le nord de l'Alberta connaît un ralentissement d'environ 30 % en 1925-1926 et 1926-1927 et elle ne reprend pas son essor dans les années qui suivent¹²⁸. Il n'est pas surprenant, maintenant qu'ils sont « dans le besoin », que des résidents des « collectivités isolées » aient choisi de se prévaloir des avantages du traité. En 1928, 40 personnes, dont 23 provenaient de lac Long et 17 (y compris Cutwing) provenaient de lac Chipewyan adhérent au Traité 8¹²⁹, et qu'entre 1929 et 1937 inclusivement, 50 autres personnes de lac Chipewyan, de lac Long et de lac Trout devien-

123 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 17).

124 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 37).

125 *The Wabasca Tapes, Transcripts of 1968 Interviews with Seven Elders of the Bush Cree Nation*, by Ray Yellowknee, entrevue avec Martin Beaver (Pièce 1 de la CRI, p. 61). Entrevue avec August Auger (Pièce 1 de la CRI, p. 54).

126 Pièce 25 de la CRI, p. 375 (Entrevue avec George et Bella Beaver).

127 Notes afférentes à des témoignages relatifs au décret CP 744 et à une enquête sur la question de l'appartenance de certaines personnes à des bandes indiennes de l'agence du Petit lac des Esclaves, 1944, MAINC, vol. 6811, dossier 470-3-6, p. 206 (Témoignage du père Giroux).

128 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 17).

129 Bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 19 juin 1928, AN, RG 10, vol. 9480. Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 18, 19).

ment bénéficiaires du traité, à titre de membres de la Nation crie de Bigstone¹³⁰.

Bien que l'agent des Indiens rattaché à l'agence du Petit lac des Esclaves ait descendu la rivière Wabasca, pour se rendre de Wabasca à Fort Vermilion à plusieurs occasions après avoir été autorisé à accepter des adhésions parmi la population habitant le territoire parcouru par la rivière¹³¹, les adhésions ont eu lieu à Wabasca entre 1928 et 1937. Des anciens des « collectivités isolées » se souviennent que leurs pères se rendaient à Wabasca pour y recevoir leurs annuités¹³². En raison de la distance qu'il fallait parcourir pour s'y rendre, les collectivités déléguaient à plusieurs personnes la responsabilité de se rendre à Wabasca afin d'y percevoir les annuités pour l'ensemble de la collectivité¹³³. Être choisi pour cette occasion devait être considéré comme un honneur, comme en témoigne le fait que l'ancien Solomon Noskiye se rappelle que son père revêtait ses plus beaux vêtements avant de se rendre à Wabasca¹³⁴. Un autre ancien se rappelle que les résidents des « collectivités isolées » étaient souvent enregistrés comme absents, étant donné qu'ils n'étaient pas toujours informés de la date du paiement des annuités à temps pour pouvoir se rendre à Wabasca dans les délais prévus¹³⁵.

L'ère des adhésions prend fin en 1938, lorsque l'agent des Indiens se rend à lac Long et accepte l'adhésion au traité de 25 personnes¹³⁶. Exception faite des femmes qui obtiennent le statut d'Indienne par mariage à des membres de la Nation crie de Bigstone, seul un petit nombre de personnes se joignent à la Première Nation de 1913 à 1940. En 1941, cependant, l'agent des Indiens N.P. L'Heureux accepte 39 personnes à titre de membres de la Nation crie de Bigstone¹³⁷. Huit de ces personnes étaient des hommes qui avaient auparavant été considérés comme n'étant pas des Indiens, mais qui s'étaient mariés à des membres de la bande de Bigstone. Les 31 autres étaient des enfants issus de ces mariages¹³⁸. Lorsque les Affaires indiennes

130 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 19).

131 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 16).

132 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 8, (Solomon Noskiye); 3 juillet 1997, p. 100 (Arnold O'rr).

133 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 9, (Johnny Noskiye).

134 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 182, (Solomon Noskiye).

135 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 101-02, (Arnold O'rr).

136 N. p. L'Heureux, Agent des Indiens, rapport pour juin, juillet et août 1938, 16 septembre 1938, AN, RG 10, vol. 7972, dossier 62-131, partie 2. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 150).

137 Bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 12-17 juin 1941, AN, RG 10, vol. 9257. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 35)

138 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 35)

demandent à l'Heureux de justifier ces mesures¹³⁹, ce dernier explique qu'en plus d'être mariés à des femmes indiennes, les huit hommes vivaient tous [traduction] « un mode de vie à l'indienne »¹⁴⁰.

DEUXIÈME ARPENTAGE

Dès 1925, des missionnaires locaux faisaient parvenir au Ministère des Affaires indiennes une demande, soumise au nom de la Première Nation de Bigstone, pour que des terres de réserve additionnelles soient attribuées à Wabasca¹⁴¹. En endossant la demande, l'agent des Indiens par intérim Laird précisait [traduction] « qu'un grand nombre d'Indiens avaient été intégrés à la bande de Wabasca depuis que l'arpentage avait été fait en 1913, et que la bande avait droit à davantage de terres¹⁴². » Les Affaires indiennes examinent cette question, et déterminent, après avoir tenu compte de la croissance naturelle, que 109 personnes s'étaient jointes à la Nation crie de Bigstone par voie de mariage ou d'adhésion, entre 1913 et 1925 inclusivement¹⁴³.

Aucune mesure n'est prise en 1926, et la question se pose de nouveau en 1931, lorsqu'il est proposé d'ajouter sept sections de réserve à l'assise territoriale de la Nation crie de Bigstone. Cette proposition était fondée sur un examen des droits fonciers issus de traité de la Première Nation, prenant strictement pour base la date du premier arpentage, et cet examen aboutit à la conclusion que, d'après la superficie de terres arpentée en 1913 et d'après le nombre de membres de Bigstone qui bénéficiaient d'annuités ou d'arrérages pour cette année-là, la Première Nation avait droit à 4 480 acres de réserve additionnels. Toutefois, une note manuscrite en marge de la note de service énonçant la proposition indiquait que des terres additionnelles étaient nécessaires pour [traduction] « des Indiens non assujettis au traité qui avaient été admis dans la bande depuis [1913] »¹⁴⁴. Des plans prévoyant

139 T. R. L. MacInnes, secrétaire, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, à N. p. L'Heureux, agent des Indiens, agence du Petit lac des Esclaves, 10 octobre 1941, AN, RG 10, vol. 8062, dossier 777/28-5, partie 5. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 35)

140 N. p. L'Heureux, agent des Indiens, agence du Petit lac des Esclaves, au secrétaire, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 21 février 1942, AN, RG 10, vol. 8062, dossier 777/28-3, partie 5. Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 35)

141 Alfred Rault, *O.M.I.* à p. J. Guy, *O.M.I.*, 30 juillet 1925, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 105).

142 Harold Laird, agent des Indiens par intérim, au sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, 26 décembre 1925, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 108).

143 D. Robertson, arpenteur en chef, Affaires indiennes, à M. Awrey, 4 février 1926, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 109).

144 H W Fairchild à l'arpenteur en chef, Affaires indiennes, 5 février 1931, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 116).

l'arpentage de terres additionnelles pour la Nation crie de Bigstone sont reportés pendant un certain nombre d'années, pour toutes sortes de raisons, allant de l'absence de fonds¹⁴⁵ au mauvais temps, en passant par la crue des eaux¹⁴⁶.

Lorsque les conditions se révèlent favorables à l'exécution d'un arpentage à Wabasca en 1937, l'arpenteur en chef propose que la superficie totale des terres de réserve additionnelles à laquelle la Nation crie de Bigstone avait droit soit calculée¹⁴⁷. Ce calcul fut fait et la Direction générale des Affaires indiennes conclut qu'en plus des 4 480 acres qui manquaient à l'époque de l'arpentage de 1913, la Nation crie de Bigstone avait droit à des terres de réserve additionnelles pour les 213 personnes qui s'étaient jointes à la Première Nation depuis 1913. En conséquence, le Ministère détermina que la Nation crie de Bigstone avait droit à 31 744 acres de terres de réserve de plus, en vertu du Traité 8¹⁴⁸. Sans égard à ce calcul des terres manquantes auxquelles avait droit la Nation crie de Bigstone, les Affaires indiennes n'approchent l'Alberta qu'au sujet de la mise de côté d'une superficie de 6 000 à 10 000 acres de terres supplémentaires¹⁴⁹. Les instructions concernant l'arpentage ne se limitent pas à cette superficie, même si l'arpenteur se voit demander de communiquer avec le Ministère, pour le cas où il trouverait plus de 10 000 acres de terres convenables, pour que des consultations en bonne et due forme puissent se tenir avec l'Alberta¹⁵⁰.

Il ressort clairement des premières demandes de terres additionnelles soumises pour Wabasca que la Nation crie de Bigstone avait avant tout besoin de terres à foin additionnelles¹⁵¹. Des anciens de Bigstone ont effectivement indiqué que des terres étaient nécessaires à cette fin¹⁵², mais ils se souvenai-

145 Donald Robertson, arpenteur en chef, au sous-Ministre des Affaires indiennes, 15 août 1936, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 20).

146 Journal de l'agent des Indiens, 16 janvier 1934. Glenbow-Alberta Institute Archives, Accession M2218. (Pièce 20 de la CRI, document 123); Donald Robertson, arpenteur en chef, au sous-Ministre des Affaires indiennes, 20 juillet 1935, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 127).

147 F. H. Peters, arpenteur général et chef, Service d'hydrographie, à TRL MacInnes, secrétaire, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Minéraux, 22 mars 1937, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 132).

148 HW McGill, directeur des Affaires indiennes, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, à J. Harvie, sous-Ministre des Terres et des Mines [de l'Alberta], 23 avril 1937, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 135).

149 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 135).

150 F. H. Peters, arpenteur général et chef, Service d'hydrographie, Ministère des Mines et des Ressources, à B. F. Mitchell, arpenteur adjoint, 5 juin 1937, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 138).

151 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, documents 105 et 108).

152 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 43-44 (Tommy Auger).

ent aussi de l'état de surpeuplement des réserves existantes¹⁵³. Depuis 1925, on supposait qu'il serait possible de trouver des terres additionnelles pour la Nation crie de Bigstone au nord du lac Wabasca sud, à proximité de l'une des réserves existantes¹⁵⁴, mais le commissaire aux Indiens indiquait, dès 1932, que des colons prenaient des terres disponibles dans cette région¹⁵⁵.

Lorsqu'un arpenteur se rend à Wabasca, il ne peut trouver que 1 000 acres de terres convenables, dans le secteur mentionné dans les instructions qu'il avait reçues; aussi propose-t-il d'arpenter des terres additionnelles au sud-ouest de Wabasca¹⁵⁶. Pour procéder à la sélection de ces terres, l'arpenteur consulte l'agent des Indiens local¹⁵⁷ et, d'après les souvenirs des anciens, le chef et le conseil de Bigstone¹⁵⁸. L'agent des Indiens décrit les terres arpentées comme étant [traduction] « de bonnes terres agricoles »¹⁵⁹ et les anciens de Bigstone ont confirmé le potentiel agricole de ces terres¹⁶⁰.

Bien qu'il ne soit pas confirmé avant 1958 que les terres arpentées en 1937 et constituant la RI 166D avaient une superficie de 14 432,7 acres¹⁶¹, des membres de Bigstone commencent dès lors à utiliser ces terres. La réinstallation vers la parcelle arpentée commence en 1938¹⁶², et l'année suivante, elle est la plus peuplée des réserves de Bigstone¹⁶³.

L'une des questions qui subsiste est celle de savoir pourquoi les terres additionnelles n'ont pas été arpentées en 1937, bien que des documents d'époque et les souvenirs des anciens nous fournissent tout de même certains éléments de réponse. D'après les anciens Rita et Alphonse Auger, l'arpenteur a été contraint de mettre fin à ses travaux, lorsqu'il rencontre sur

153 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 33 (Rita Auger).

154 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 108).

155 WM Graham, commissaire aux Indiens, au secrétaire, Ministère des Affaires indiennes, 5 janvier 1932, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 121).

156 Cecil Donnelly, AGF, à l'arpenteur général du Canada, Ministère des Mines et des Ressources, 25 juillet 1937, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 140).

157 N. p. L'Heureux, agent des Indiens, agence du Petit lac des Esclaves, Report on Wabasca Lake Band, 9 août 1937, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 143).

158 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 26-27 (Louise Auger).

159 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 143).

160 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 33 (Rita Auger); p. 43-44 (Tommy Auger). Toutefois, Rita Auger a aussi indiqué que dans les décennies qui ont suivi l'arpentage, une bonne partie de la réserve avait été inondée en raison de la présence de digues de castors. Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 35 (Rita Auger).

161 Décret C.P. 1058-931, 4 juillet 1958. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 218).

162 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 32 (Rita Auger); p. 60 (Alphonse Auger).

163 Un recensement mené en 1939 révèle que 83 membres de Bigstone vivaient dans la RI 166C, 82 dans la RI 166A, 52 dans la RI 166B et 44 dans la RI 166, alors qu'on notait que 141 membres de Bigstone avaient élu domicile dans la « nouvelle réserve ». Bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 13-19 juin 1939, AN, RG 10, vol. 9251. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 154).

son passage des fermes et des exploitations à foin de tierces parties¹⁶⁴. La volonté de ne pas nuire aux intérêts de tierces parties a apparemment conduit aussi à la décision de ne pas arpenter des terres additionnelles voisines de la RI 166A et de la RI 166B¹⁶⁵, et l'isolement a fait en sorte qu'on s'est montré hésitant à arpenter des terres à foin réclamées par le conseiller Martin Beaver, à environ 20 kilomètres au nord de la RI 166C¹⁶⁶.

DEMANDES DE RÉSERVES DANS DES « COLLECTIVITÉS ISOLÉES »

Lorsque l'agent des Indiens Napoleon L'Heureux se rend à lac Long en 1938, il se voit soumettre une demande de réserve pour des membres de la Nation crie de Bigstone qui résident dans la région entourant les lacs Peerless et Trout¹⁶⁷, demande qui est endossée par l'agent. L'Heureux est en mesure de confirmer que deux parcelles distinctes avaient été sélectionnées (l'une du côté est du lac Graham, et qui est choisie à des fins résidentielles, et l'autre, autour du lac Quitting [alors connu sous le nom de Skunk], et devant servir de terres à foin)¹⁶⁸, et la demande est suffisamment précise pour permettre à l'agent de repérer la description officielle (et même les sections théoriques) des terres sélectionnées¹⁶⁹.

Les anciens affirment depuis longtemps que des mesures additionnelles ont été prises pour donner suite à la demande qui avait été faite d'obtenir des terres de réserve. Feu Colin Trindle, nommé conseiller de Bigstone pour la région en 1937¹⁷⁰, a prétendu jusqu'à sa mort qu'un fonctionnaire fédéral [traduction] « avait arpenté les terres et nous avait attribué ces terres »¹⁷¹. Encore aujourd'hui, des anciens répètent la même chose que Trindle, à savoir que les terres choisies avaient été « jalonnées »¹⁷², tout en précisant que Trindle s'était vu remettre des jalons d'arpentage et qu'il s'était fait dire de les disposer lui-même¹⁷³. Cette pratique n'avait rien d'inhabituel, puisque la même chose avait été faite à l'époque où la Nation crie de Bigstone avait

164 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 34 (Rita Auger)

165 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 43 (Tommy Auger)

166 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 143).

167 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 143).

168 Conversation entre le personnel de la Commission et les anciens George Cardinal, Louis Cardinal et Louise Smith de lac Peerless, lac Peerless, 30 octobre 1996.

169 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 143).

170 Bande de Bigstone, liste des bénéficiaires des annuités, 1-3 juillet 1937, AN, RG 10, vol. 9245. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 139).

171 Mémoire de lac Peerless aux Affaires indiennes, « *And We Need Land: A Statement of Grievances by the Cree People of Peerless Lake, Alberta* ». Décembre 1985, entrevue avec Colin Trindle (Pièce 2 de la CRI, p. 53).

172 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 152 (Felix Noskiye).

173 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 42 (Alphonse Auger).

voulu sélectionner des terres près de Wabasca en 1909¹⁷⁴. Certains anciens ont indiqué à la Commission que Colin avait exécuté cette tâche¹⁷⁵ tandis que d'autres laissent entendre que Colin avait commencé à planter les jalons, qu'il en avait manqué avant de finir ce travail et qu'il n'avait pu en obtenir d'autres¹⁷⁶. D'autres anciens disent que Colin s'était vu promettre des jalons d'arpentage, mais qu'il ne les avait pas reçus¹⁷⁷, ou qu'on lui avait promis que les terres demandées seraient arpentées dans l'avenir¹⁷⁸.

En dépit des différences que l'on peut constater dans les souvenirs que les anciens ont gardés quant à la réponse donnée à la demande présentée en 1938 en vue d'obtenir des terres de réserve, les témoignages concordent à propos d'une chose, à savoir que même si Colin Trindle a rencontré un arpenteur en 1938, ce dernier est parti après la rencontre et [traduction] « n'est jamais revenu »¹⁷⁹. Mais la question était loin d'être résolue, du moins en ce qui concerne les Affaires indiennes. En 1940, l'inspecteur des agences des Indiens de l'Alberta recommande que des mesures soient prises « sans délai » pour mettre de côté des terres de réserve de façon définitive autour du lac Long, même si l'inspecteur n'a pas donné d'explication au sujet de sa recommandation de mettre de côté des terres dans un endroit autre que celui où des parcelles avaient été choisies en 1938¹⁸⁰.

Même si la question des terres de réserve à lac Chipewyan ne suscite pas autant d'attention, la question n'est pas non plus complètement mise de côté. Les anciens se souviennent des demandes répétées qui ont été présentées en vue d'obtenir une réserve [traduction] « directement dans l'établissement de lac Chipewyan¹⁸¹ » et que des terres de réserve avaient été promises dans les environs¹⁸². En 1940, l'inspecteur recommande que des terres soient acquises auprès de l'Alberta pour l'établissement d'une réserve qui entourerait complètement le lac Chipewyan¹⁸³.

174 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 46).

175 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 42 (Alphonse Auger).

176 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 190-192 (George Noskiye).

177 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 42 (Rita Auger).

178 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 46 (Louise Auger); transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 9-10 (Johnny Noskiye).

179 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 42 (Alphonse Auger).

180 C. Pant Schmidt, inspecteur des Agences des Indiens, Inspectorat de l'Alberta, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 29 mars 1940, MAINC, dossier 777/30-1. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 161).

181 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 96 (Arnold O'rr).

182 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 92 (Arnold O'rr).

183 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 161).

EXPULSION DE MEMBRES

Malgré le grand nombre de personnes qui sont devenues bénéficiaires du traité dans les années 1920 et 1930 et qui provenaient des « collectivités isolées » dans les années 1920 et 1930, l'événement qui provoqua un effet de ressac de la part des Affaires indiennes fut l'admission de huit hommes et de leurs enfants à Wabasca en 1941¹⁸⁴. Peu de temps après avoir pris connaissance des mesures prises par l'agent des Indiens à cet égard, le Ministère informe L'Heureux que Malcolm McCrimmon, greffier principal des services des réserves et des fiducies, avait été désigné pour accompagner l'agent à l'occasion des déplacements de ce dernier pour le paiement des annuités, en 1942¹⁸⁵.

S'étant formé une opinion, même avant son arrivée à Wabasca, selon laquelle au cours des décennies précédentes « un grand nombre de Métis » avaient été admis à bénéficier du traité¹⁸⁶, il n'est guère surprenant que McCrimmon ait expulsé les huit familles admises l'année précédente¹⁸⁷, mais McCrimmon n'allait pas en rester là. Après ses visites à Wabasca, à lac Chipewyan et à lac Long, McCrimmon avait écarté 256 personnes des listes de bénéficiaires de Bigstone, justifiant les mesures prises par le fait que les personnes écartées étaient des « non-Indiens »¹⁸⁸.

Les anciens ont témoigné, devant la Commission, du désarroi qu'avaient vécu les personnes ayant été écartées. George Cardinal, qui avait six ans à l'époque où lui, son père et ses frères et soeurs se voient privés de leurs annuités, se souvient : [traduction] « j'ai pleuré, parce que 5 \$ à l'époque, c'était beaucoup d'argent »¹⁸⁹. Être en position d'autorité ne garantissait aucune protection contre le retrait. Elzear O'rr a pour sa part parlé du traitement infligé à Joseph Cardinal, l'homme principal de Bigstone à lac Chipewyan :

184 Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997, (Pièce 33 de la CRI, p. 35).

185 T. R. L. MacInnes, secrétaire, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des ressources, à N.P. L'Heureux, agent des Indiens, agence du Petit lac des Esclaves, 10 octobre 1941, AN, RG 10, vol. 8062, dossier 777/28-3, partie 5. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 296).

186 Malcolm McCrimmon à D.J. Allen, surintendant des réserves et des fiducies, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 2 juin 1942, AN, RG 10, vol. 8062, dossier 777/28-3, partie 5. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 36).

187 Bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 12 et 13 juin 1942, AN, RG 10, vol. 9260. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 167).

188 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 36).

189 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 172 (George Cardinal).

[Traduction]

Alors, à l'époque, Joe Cardinal était le représentant de la bande. Alors il m'a dit qu'il y avait un rassemblement au sujet du traité dans notre maison et Joe traduisait pour les gens de lac Chipewyan ce jour-là, lorsque ces gens se présentèrent et c'est là qu'il se fit expulser. Joe Cardinal a été expulsé. Il a dû retirer son uniforme de conseiller de la bande de Bigstone, et il a été retiré de la liste des bénéficiaires du traité¹⁹⁰.

Même l'intervention personnelle du chef Bigstone ne peut empêcher les expulsions décrétées par McCrimmon d'atteindre la propre famille du chef. En dépit des preuves selon lesquelles le chef Bigstone avait élevé son fils adoptif Aristide, peu après la naissance de celui-ci¹⁹¹, Aristide Bigstone perd le titre de bénéficiaire du traité, au motif que ses parents naturels n'étaient pas des Indiens¹⁹². L'ancienne Rita Auger se souvient aussi de l'événement :

[Traduction]

Hé bien, il [Aristide] bénéficiait du traité parce qu'il avait été adopté selon la coutume indienne. Je pense qu'il [le chef Bigstone] avait épousé cette femme, et que cette dernière avait déjà un garçon. Par la suite il [le chef] a adopté ce garçon, Aristide Bigstone... Il a figuré sur la liste de bande pendant un certain temps, et c'est alors que son nom a été rayé de la liste... et ils étaient connus pour ne pas être bénéficiaires du traité parce que... peut-être qu'il [McCrimmon] ne reconnaissait pas la coutume indienne. Mais il l'était – parce que la liste précise que le chef l'avait adopté, et il avait un numéro, et au début c'était le numéro du chef¹⁹³.

Certaines des familles expulsées en 1942 font parvenir des pétitions ou écrivirent personnellement à Ottawa, afin de demander que les expulsions décrétées par McCrimmon soient reconsidérées¹⁹⁴. Leurs démarches sont appuyées par des lettres du chef Bigstone, par les députés d'Athabasca et de Peace River, de même que par un missionnaire de la région¹⁹⁵.

190 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 90 (Elzear O'rr).

191 Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, annexe E, p. 1).

192 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 167).

193 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 41 (Rita Auger).

194 Pétition de Joseph Houle, Bernard Houle *et al.*, 24 juillet 1942; Daniel Houle au surintendant général des Affaires indiennes, 14 août 1942. MAINC, vol. 8062, dossier 777/28-3, partie 6. Mentionné dans le Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 37).

195 Chef Joseph Bigstone au surintendant général des Affaires indiennes, 17 juin 1942, AN, RG 10, vol. 8062, dossier 777/28-3, partie 5, *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 169); J. M. Dechene, député fédéral d'Athabasca, à T. A. Crerar, Ministre des Mines et des Ressources, 25 août 1942, et J.H. Sissons, député de Peace River, à T.A. Crerar, Ministre des Mines et des Ressources, 15 décembre 1943, AN, RG 10, Accession 83-84/066, boîte 21, dossier 777/1-1, partie 1. Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 37, 39-40). L. Beuglet, *O.M.I.*, à H.W. McGill, directeur, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 30 juin 1942, AN, RG 10, vol. 8062, dossier 777/28-3, partie 5, *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 170).

Devant le tollé de protestations, le Ministre des Mines et des Ressources nomme le juge W.A. MacDonald, de la Cour suprême de l'Alberta, et lui confie le mandat d'enquêter afin de déterminer [traduction] « qui est membre de quelle bande d'Indiens et qui ne l'est pas »¹⁹⁶. Le juge MacDonald consacre six jours à réunir des preuves à Wabasca, à entendre les témoignages du chef Bigstone, de conseillers et d'anciens, d'un grand nombre de personnes expulsées et de leur parenté, de missionnaires et d'autres témoins. Après être retourné à Edmonton et avoir entendu les arguments du conseiller juridique du Ministère des Affaires indiennes et d'un avocat nommé pour représenter les personnes dont le nom avait été rayé de la liste des bénéficiaires du traité dans l'ensemble de l'agence du Petit lac des Esclaves, le juge MacDonald remet son rapport en août 1944¹⁹⁷.

Le juge MacDonald recommande que 143 personnes dépouillées de leur statut de membres de la Nation crie de Bigstone soient rétablies dans leurs droits¹⁹⁸. Après examen des recommandations, la Direction générale des Affaires indiennes rétablit dans leur statut de membre 119 des personnes dont le juge MacDonald avait recommandé le rétablissement¹⁹⁹. Les cas examinés par le juge MacDonald et les différences entre ses recommandations et les décisions prises par la Direction générale des Affaires indiennes ont fait l'objet d'un examen dans un rapport historique préparé pour la Commission²⁰⁰, mais cette question n'avait pas encore été examinée lorsque l'enquête a été suspendue.

JEAN BAPTISTE GAMBLER – RI 183

Le dernier ajout apporté à l'assise territoriale de la Nation crie de Bigstone est une parcelle de terres de 507,5 acres située à lac Calling, qui a été mise de côté pour la Première Nation en 1966²⁰¹. Même si selon eux, cette réserve « appartient à Bigstone », des anciens ont confirmé qu'initialement, cette

196 Décret C.P. 1944-3744, 19 mai 1944. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 311).

197 Juge W. A. MacDonald à T. A. Crerar, Ministre des Mines et des Ressources, 7 août 1944, MAINC, dossier 777/28-3, vol. 7. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 173).

198 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 173).

199 Ministre des Mines et des Ressources, arrêtés ministériels, 17 avril 1945, MAINC, dossier 777/28-3, partie 7. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, documents 316-319). Ministre des Mines et des Ressources, arrêté ministériel, 30 novembre 1945, MAINC, dossier 777/28-3, partie 8. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 321).

200 Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 35-48 et annexes C, D et E).

201 Décret C.P. 1966-2392, 22 décembre 1966. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 225).

réserve avait été constituée « pour une famille », celle de Jean Baptiste Gambler²⁰².

Les filles de Jean Baptiste Gambler ont informé la Commission que leur père était né à lac La Biche²⁰³, et que son père, Louison Matchemuttaw, avait été signataire du Traité 6 en qualité de conseiller de la bande de Peeyaysis (Lac La Biche), à Fort Pitt, le 9 septembre 1876²⁰⁴. Jean Baptiste Gambler déménage à lac Calling, quelque temps avant la naissance de la plupart de ses enfants²⁰⁵, et, en fait, probablement avant 1899. La famille Matchemuttaw/Gambler était absente de Lac La Biche, de façon courante, dès les années 1880²⁰⁶, et les listes des bénéficiaires d'annuités pour la bande de Peeyaysis indiquent que la famille vivait dans les limites du territoire visé par le Traité 8, dès 1883²⁰⁷. Dans une déclaration solennelle assermentée en 1915, Jean Baptiste Gambler indiqua qu'il passait l'hiver dans la région de lac Calling depuis 1885²⁰⁸.

Les membres de la famille Matchemuttaw/Gambler étaient pour ainsi dire les seuls membres de la bande de Peeyaysis qui ne se sont pas soustraits à l'application du traité afin de demander un certificat en 1886, et en 1911, Louison Matchemuttaw et Jean Baptiste Gambler passent à la Nation crie de Bigstone, dont ils deviennent les membres 104 et 105 respectivement²⁰⁹. Les deux familles étaient absentes en 1913, l'année où les réserves ont été arpentées pour la première fois à Wabasca²¹⁰.

En septembre 1915, Jean Baptiste Gambler demande à ce que lui soit octroyé gratuitement une parcelle de terres de deux milles carrés à lac Calling, faisant valoir dans sa requête qu'il avait déjà eu en sa possession les terres ainsi réclamées auxquelles il avait apporté des améliorations, avant la signature du Traité 8. Bien que le mode de demande qu'il présente ait été le même que celui auquel on recourrait habituellement pour demander un

202 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 42-43 (Rita Auger).

203 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 110 (Mary Jane Pichie).

204 Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 26). La position de Louison Matchemuttaw, en tant que membre de la bande de Peeyaysis, explique vraisemblablement la médaille du traité que les filles de Jean Baptiste Gambler ont montrée à la Commission, à l'occasion d'une audience publique tenue le 3 juillet 1997. Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 115-117 (Mary Jane Pichie).

205 La Commission a entendu des témoignages selon lesquels Jean Baptiste Gambler s'était marié deux fois et avait eu plus de 20 enfants, dont 17 étaient nés de son second mariage. Tous les enfants du deuxième lit étaient nés à lac Calling. Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 110, 118 (Mary Jane Pichie).

206 Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 26).

207 Bande de Lac La Biche, liste des bénéficiaires d'annuités, 3 octobre 1888, AN, RG 10, vol. 9421. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 7).

208 Jean Baptiste Gambler, déclaration solennelle, 2 septembre 1915. PAA, accession 74.32, dossier 3505385. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 80).

209 Bande de Bigstone, liste des bénéficiaires d'annuités, 5 septembre 1911, AN, RG 10, vol. 9446. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 47).

210 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 64).

homestead, Jean Baptiste Gambler précise dans sa déclaration solennelle qu'après des consultations avec l'inspecteur du Traité 8, il réclamait les terres en question à titre de « réserve » pour sa famille²¹¹.

Les Affaires indiennes appuient la demande de Jean Baptiste Gambler; toutefois, ce qui est quelque peu surprenant à la lumière du fait que la demande est faite au nom de la famille Gambler, les fonctionnaires des Affaires indiennes calculent les terres auxquelles la famille avait droit, en vertu de la disposition du Traité 8 relative aux réserves plutôt qu'en vertu de la disposition du Traité 8 concernant les terres attribuées à titre individuel²¹². Pour des raisons qui n'ont pas été exposées, les Affaires indiennes ont informé le Ministère de l'Intérieur, en janvier 1919, que 11 membres de la famille Gambler²¹³ avaient besoin d'une réserve de seulement un mille carré²¹⁴. Lorsque la parcelle de terres spécifiée par les Affaires indiennes a été arpentée, on a découvert qu'une partie de celle-ci était submergée par les eaux du lac Calling, et le décret mettant de côté la RI 183, à titre individuel, pour la famille de Jean Baptiste Gambler, précisait que la taille de la réserve était de 507,5 acres²¹⁵.

Jean Baptiste Gambler a vécu dans la RI 183 jusqu'à sa mort et, puisque sa famille grandissait (un recensement de 1939 a montré que 24 membres de la Nation crie de Bigstone vivaient dans la réserve)²¹⁶, il présente plusieurs fois, mais sans succès, des demandes pour obtenir des terres additionnelles²¹⁷. En 1966, soit une dizaine d'années après son décès, la Nation crie de Bigstone adoptait une résolution du conseil de bande demandant que la RI 183 soit mise de côté pour la Première Nation²¹⁸. Le surintendant de l'agence du Petit lac des Esclaves appuie la proposition, relevant la longue affiliation de Jean Baptiste Gambler avec la Nation crie de Bigstone et souli-

211 *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 80).

212 J.D. McLean, sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, à N. O. Coté, contrôleur, Direction générale des lettres patentes, Ministère de l'Intérieur, 2 mai 1916, MAINC, dossier 777/30-17-183. Pièce 20B de la CRI, document 287. En vertu du Traité 8, la taille des réserves détenues collectivement est calculée sur la base de 128 acres par personne, tandis que les terres attribuées à titre individuel sont attribuées sur la base de 160 acres par personne. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 31).

213 N. O. Coté, contrôleur, Direction générale des lettres patentes, à H. B. Perrin, Direction générale des terres du Dominion, Ministère de l'Intérieur, 22 avril 1918, PAA, accession 74.32, dossier 3505385. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 88).

214 J.D. McLean, sous-Ministre adjoint et secrétaire des Affaires indiennes, à N. O. Coté, contrôleur, Direction générale des lettres patentes, Ministère de l'Intérieur, 14 janvier 1919, PAA, accession 74.32, dossier 3505385. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 89).

215 Décret C.P. 201897, 29 avril 1919. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 90).

216 *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 154).

217 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 118, 119 (Mary Jane Pichie).

218 Résolution du Conseil de bande de Bigstone, 2 février 1966. *Historical Documents from 1850 - 1989* (Pièce 20B de la CRI, document 223).

gnant l'appui unanime des descendants de Gambler à la proposition²¹⁹. En conséquence, un décret adopté le 22 décembre 1966 consacre la mise de côté de la réserve de Jean Baptiste Gambler à l'usage et au profit de la « Bande des Indiens de Wabasca (Bigstone) »²²⁰.

Plusieurs enfants de Jean Baptiste Gambler se souviennent des événements des années 1960 quelque peu différemment. Ils ont indiqué à la Commission que leur père était affilié à Bigstone seulement aux fins du paiement des annuités, et qu'ils n'avaient nul souvenir d'avoir signé des documents qui auraient confirmé un consentement au décret pris en 1966²²¹.

IMPRESSION QUE LES TERRES SONT TOUJOURS INSUFFISANTES

Les anciens de Bigstone ont presque tous exprimé le même avis, à savoir que l'arpentage de terres additionnelles à Wabasca en 1937 avait eu pour effet de laisser en plan un certain nombre de questions qui ne sont toujours pas résolues en ce qui concerne les droits fonciers issus de traité de la Nation crie de Bigstone. Selon Rita Auger, un arpenteur devait revenir en 1938 pour mettre de côté des terres additionnelles²²², mais cela ne s'est jamais fait. Louise Auger, pour sa part, a fait état de demandes répétées de terres de réserve additionnelles²²³, et Alphonse Auger a parlé d'une réunion en particulier pendant laquelle le conseiller Martin Beaver s'était fait dire par un fonctionnaire du gouvernement que la Nation crie de Bigstone avait droit à 20 000 acres de terres supplémentaires²²⁴.

La documentation montre que pendant plusieurs décennies, la Nation crie de Bigstone estimait avoir droit à des terres de réserve additionnelles, point de vue que partageaient certains représentants des Affaires indiennes. L'arpentage de 1937 incluait moins de la moitié des terres auxquelles les fonctionnaires fédéraux avaient établi que la Première Nation avait droit²²⁵. Au début de 1949, l'agent des Indiens adjoint résidant à Wabasca²²⁶, ainsi

219 J. R. Wild, surintendant, agence du Petit lac des Esclaves, à la Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 29 octobre 1965, MAINC, dossier 777/30-17-183. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 221).

220 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 225).

221 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 113 (Mary Jane Pichie).

222 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 57 (Rita Auger).

223 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 56 (Louise Auger).

224 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 58-59 (Alphonse Auger).

225 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 138).

226 L. Basler, agent des Indiens adjoint, réserve de Wabasca, à G. S. Lapp, surintendant, agence du Petit lac des Esclaves, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 10 février 1949, MAINC, dossier 777/30-17, vol. 2. Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 28).

que le surintendant de l'agence du Petit lac des Esclaves²²⁷, recommandent qu'une superficie additionnelle de 14 000 acres soit ajoutée à la RI 166C et, plus tard au cours de la même année, l'agent des Indiens adjoint réitère sa recommandation, proposant cette fois qu'une superficie de 15 360 acres soit ajoutée à la RI 166C²²⁸. À l'appui de cette proposition, le superviseur régional des agences des Indiens exprime l'espoir que l'arpentage pourrait être inscrit au budget du prochain exercice²²⁹.

L'agent des Indiens adjoint fait une recommandation encore plus précise concernant l'arpentage de terres additionnelles à Wabasca en 1953, lorsqu'il envoie au surintendant de l'agence du Petit lac des Esclaves un croquis montrant l'ajout de 24 sections (15 360 acres), à la RI 166C²³⁰. Le superviseur régional endosse également la recommandation, faisant référence à la conclusion à laquelle on en était venu en 1937, à savoir que des terres additionnelles devaient être remises à la Nation crie de Bigstone, après exécution de l'arpentage, la même année²³¹.

En 1970, un fonctionnaire régional, sans passer par Ottawa, s'adresse au Ministère des Terres et des Forêts de l'Alberta pour prévenir ce dernier que [traduction] « la bande de Wabasca semble avoir droit à d'autres terres, d'une superficie indéterminée²³². » Informé de cette mesure, Ottawa informe cet agent régional que la question de la superficie, si superficie il y a, de terres qu'il fallait encore attribuer à la Nation crie de Bigstone, était en cours

227 G. S. Lapp, surintendant, agence du Petit lac des Esclaves, à G. H. Gooderham, superviseur régional des agences des Indiens, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 5 mars 1949, MAINC, dossier 777/30-17, vol. 2. Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 28).

228 L. Basler, agent des Indiens adjoint, réserve de Wabasca, à G. S. Lapp, surintendant, agence du Petit lac des Esclaves, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 7 septembre 1949, MAINC, dossier 777/30-17, vol. 2. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 183).

229 G. H. Gooderham, superviseur régional des agences des Indiens, à D. J. Allen, surintendant des réserves et des fiducies, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 28 septembre 1949, MAINC, dossier 777/30-17, vol. 2. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 185).

230 James L. Ingram, agent des Indiens adjoint, à G. S. Lapp, surintendant, agence du Petit lac des Esclaves, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, 9 janvier 1953, MAINC, dossier 777/30-17, vol. 2. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 187). Il est probable que les terres auxquelles l'agent des Indiens adjoint Ingram faisait référence dans sa recommandation en 1953 [Sections 1 à 24 du comté 82, rang 1, ouest du 5^e méridien] étaient les mêmes terres que son prédécesseur L. Basler avait mentionnées dans sa recommandation de septembre 1949. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 183).

231 G. H. Gooderham, superviseur régional des agences des Indiens, au directeur, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, 20 janvier 1954, MAINC, dossier 777/30-17, vol. 2. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 192).

232 W. H. Thrall, agent régional d'administration des terres, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien - Alberta à J. Paley, Direction générale de la gestion des forêts (Ministère des Terres et forêts) [Alberta], 27 novembre 1970, MAINC, vol. 777/30-1. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 232).

d'examen²³³. Il faut plusieurs années pour compléter cet examen, mais en 1974, la région de l'Alberta est informée qu'un examen préliminaire faisait ressortir que la Nation crie de Bigstone avait reçu toutes les terres auxquelles elle avait droit en vertu du Traité 8²³⁴. Pour arriver à cette conclusion, les fonctionnaires des Affaires indiennes avaient calculé les droits fonciers de la Première Nation lors du premier arpentage sur la base de sa population de 1909, année au cours de laquelle la première demande de réserve avait été faite²³⁵. Le fait que des terres additionnelles avaient été remises en 1937 est expliqué comme étant un cas dans lequel des terres de réserve avaient été attribuées à titre gracieux afin de compenser la *croissance* de la population après le recensement, sans égard au fait que les droits fonciers de la Première Nation en vertu du traité avaient déjà été honorés²³⁶. Lorsque l'examen entrepris en 1971 est achevé, le Ministre des Affaires indiennes de l'époque informe l'Alberta que la Nation crie de Bigstone était l'une des Premières Nations de l'Alberta auxquelles aucune terre de réserve additionnelle n'était due²³⁷.

Les résidents des « collectivités isolées » ont vécu des déconvenues similaires. Colin Trindle persiste, pratiquement sans aide, dans ses tentatives en vue d'obtenir une réserve aux lacs Peerless et Trout²³⁸, et des anciens qui ont rencontré la Commission ont dit regretter que les résidents des collectivités n'aient pas accordé plus d'attention à sa lutte²³⁹.

Il est possible que les efforts déployés dans le but d'obtenir des terres dans les « collectivités isolées » et que les tentatives déployées par Jean Baptiste Gambler en vue d'agrandir la réserve de lac Calling sont demeurées vaines notamment en raison d'une mésentente quant au caractère permanent de ces collectivités. En 1939, l'inspecteur des agences des Indiens de l'Alberta recommande qu'une superficie de 15 000 ou même 30 000 acres

233 H. R. Phillips, chef par intérim, Section des titres de biens-fonds, à W. H. Thrall, agent régional d'administration des terres, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien - Alberta, 9 février 1971, MAINC, Dossier 777/30-1. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 234).

234 G. A. Poupore, gestionnaire, Terres indiennes à W. H. Thrall, administrateur régional des terres, région de l'Alberta, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 15 novembre 1974, MAINC, dossier 777/30-17, vol. 2. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 245).

235 *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 46).

236 G.A. Poupore, gestionnaire, Terres indiennes, à W. Fox, Direction générale de l'exploitation, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 6 février 1975, MAINC, dossier 777/28-3, partie 6. Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 30).

237 Judd Buchanan, Ministre des Affaires indiennes du Nord canadien, à Lou Hyndman, Ministre des Affaires fédérales et intergouvernementales [Alberta], 20 juin 1975, MAINC, dossier 777/28-3, partie 6. Mentionné dans Rapport Reddekopp, janvier 1997 (Pièce 33 de la CRI, p. 30).

238 Mémoire de lac Peerless aux Affaires indiennes, « *And We Need Land: A Statement of Grievances by the Cree People of Peerless Lake, Alberta* ». Décembre 1985, entrevue avec Colin Trindle (Pièce 2 de la CRI, p. 54-56); Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 188 (Solomon Noskiye).

239 Transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 170, 174 (George Cardinal).

supplémentaires soit arpentée à Wabasca, en prévision du jour où des [traduction] « errants de lac Chipewyan, de lac Long et de lac Calling iraient s'établir à Wabasca²⁴⁰. »

À une époque plus récente, des tentatives ont été faites pour obtenir des réserves aux lacs Peerless et Trout, en dépit de la conclusion à laquelle en étaient venues les Affaires indiennes dans les années 70, à savoir que la Nation crie de Bigstone avait reçu toutes les terres auxquelles le Traité 8 lui donnait droit. En 1973, un député demanda au Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien la raison pour laquelle la recommandation de 1938 concernant des réserves aux lacs Peerless et Trout n'avait pas débouché sur la création de réserves²⁴¹. Le Ministre avait alors répondu que même s'il y avait eu des échanges de correspondance au sujet du projet de réserve, il n'existait nulle preuve attestant d'un engagement à en fournir une. En outre, le Ministre était convaincu que les terres mises de côté dans le passé « répondaient de façon plus que satisfaisante aux droits de la bande [de Bigstone] », et que, par conséquent, des terres seraient fournies exclusivement aux « collectivités isolées », à condition qu'une quantité équivalente de terres « excédentaires » soit cédée à Wabasca²⁴².

Des témoins entendus par la Commission ont exprimé l'avis qu'il n'existe pas de terres de réserve « excédentaires » à Wabasca, que ce soit pour un échange ou quoi que ce soit d'autre. La croissance de la population, et en particulier au lendemain de la modification apportée en 1985 à la *Loi sur les Indiens*²⁴³, projet mieux connu sous le nom de « C-31 », n'a fait que renforcer la perception selon laquelle la Nation crie de Bigstone ne possédait pas assez des terres pour répondre à ses besoins actuels et futurs²⁴⁴. Louise Auger a fait part du mécontentement grandissant ressenti par les anciens, en ces termes :

240 C. Pant Schmidt, inspecteur des agences des Indiens, Inspectorat de l'Alberta, au secrétaire, Direction générale des Affaires indiennes, Ministère des Mines et des Ressources, 16 août 1939, AN, RG 10, vol. 7778, dossier 27131-17. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 155). Fait intéressant, l'inspecteur a soumis cette recommandation à peu près en même temps qu'il a recommandé l'arpentage des réserves entourant complètement les lacs Long et Chipewyan. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 61).

241 Paul Yewchuk, député, Athabasca, à Jean Chretien, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 26 février 1973. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 239).

242 Jean Chretien, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, à Paul Yewchuk, député, Athabasca, 29 mai 1973. MAINC, dossier 777/30-1. *Historical Documents* from 1850 - 1989 (Pièce 20B de la CRI, document 244).

243 L.C. 1985, chapitre 27.

244 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 46 et 128 (Louise Auger); transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 128 (Rita Auger); transcription de la CRI, 3 juillet 1997, p. 130 (George Yellowknee).

[Traduction]

Je m'intéresse aux revendications territoriales ici même depuis longtemps. Ce que j'ai ressenti, c'est que tout cela semble devoir durer à jamais et que nous n'obtiendrons jamais de réponse; mais je me suis dit, s'ils ont l'intention de prendre leur temps, je vais demander au Seigneur de me garder ici un certain temps encore, afin d'apporter mon aide en vue d'obtenir les terres que nous voulons. Nous avons besoin de terres²⁴⁵.

245 Transcription de la CRI, 29 octobre 1996, p. 26 (Louise Auger).

PARTIE III

QUESTIONS EN LITIGE

La liste des questions en litige sur lesquelles les parties se sont entendues, avant que la revendication soit acceptée par le Canada aux fins de négociation, était la suivante :

- (1) Sans préjudicier les autres positions de la Nation crie de Bigstone (NCB) concernant l'utilisation de la population actuelle aux fins d'établir ses droits fonciers conférés par le Traité 8, et aux fins de la présente enquête dans le contexte des rapports de la Commission des revendications des Indiens, laquelle des approches suivantes devrait-on adopter pour trancher la revendication de DFIIT de la NCB?
 - i) Devrait-on considérer 1913 comme la « date du premier arpentage »?
 - ii) Devrait-on considérer d'autres dates de premier arpentage ou d'autres critères fondés sur les faits historiques et contemporains particuliers à la NCB?
 - iii) Devrait-on considérer qu'il y a des dates de premier arpentage distinctes pour chaque collectivité de la NCB isolée au point de vue géographique?
- (2) De quelles catégories de personnes doit-on tenir compte pour établir les droits fonciers issus de traité?
 - i) Les personnes visées par les Lignes directrices de 1983 du BRA et d'autres critères semblables, y compris les absents, les adhérents en retard et nouveaux, les sujets transférés sans assise foncière et les femmes indiennes non-assujetties au traité qui marient un membre assujetti?
 - ii) Les personnes rayées des listes de bénéficiaires à la suite des enquêtes de McCrimmon et McKeen, plus particulièrement :
 - a) les personnes rayées des listes de bénéficiaires à la suite des enquêtes, mais qui n'ont pas été rétablies malgré les recommandations faites par le juge MacDonald;

- b) les personnes rayées des listes de bénéficiaires à la suite des enquêtes et dont le rétablissement n'a pas été recommandé par le juge MacDonald?
- iii) les personnes identifiées comme faisant partie de la Nation crie de Bigstone à la date pertinente aux fins du calcul, mais qui n'était pas incluses à cette époque ou qui n'ont pas été incluses ultérieurement dans les listes de bénéficiaires du traité de la NCB?
- (3) Appliquant les principes en matière de droits fonciers issus de traité décrits ci-dessus dans le contexte des faits historiques et contemporains particuliers à la NCB, le Canada doit-il des terres additionnelles à la NCB aux termes du Traité 8?
- (4) Le Canada a-t-il manqué à une obligation fiduciaire, légale, en *equity* ou autre envers la NCB dans l'exécution de son obligation de fournir à la Première Nation les droits fonciers prévues au Traité 8? Plus particulièrement, ces manquements, le cas échéant, découlent-ils des arguments ou des faits soulevés dans les paragraphes suivants du « Mémoire supplémentaire présenté au Ministère de la Justice concernant diverses questions liées à la revendication de DFIT de la bande crie de Bigstone le 14 décembre 1995 » :

[Traduction]

- « 5.1 Il est pertinent aux travaux effectués par le Ministère de la Justice que les obligations fiduciaires de la Couronne concernant la mise en application des obligations prévues au Traité soient au centre de tout examen.
- 5.2 Le point qui précède est de la plus grande importance en ce qui a trait au changement unilatéral dans les orientations du gouvernement illustrés par les modifications unilatérales apportées aux lignes directrices de 1983 et, de façon plus particulière, le niveau de confiance et d'attentes présenté par la lettre adressée par l'ancien sous-Ministre adjoint Richard Van Loon.
- 5.3 L'obligation de la Couronne de s'acquitter de ses obligations aux termes du Traité bénéficie de la protection de la *Loi constitutionnelle de 1982* et est confirmée par les Tribunaux comme une obligation de fiduciaire qui doit être respectée.
- 5.4 L'analyse énoncée par la Commission des revendications des Indiens dans son *Rapport relatif à la Première Nation de Fort McKay* s'applique directement à la présente situation et la Nation crie de Bigstone accepte et appuie l'analyse en ce qui concerne le changement apportée entre les Lignes directrices de 1983 et celles de 1993.
- 5.5 La requérante affirme en outre que, en ce qui concerne la situation particulière de la Nation crie de Bigstone, la signature par le Canada de la Déclaration d'intention en 1993 (annexe A) en même temps qu'il procé-

duit au changement des critères de détermination des droits et faisait parvenir une lettre signée par le sous-Ministre adjoint de l'époque Richard Van Loon, met d'autant plus en doute les obligations de fiduciaire de la Couronne et soulève d'autres questions appuyant l'affirmation qu'en fait les Lignes directrices du BRA de 1983 devraient s'appliquer. »

PARTIE IV

CONCLUSION

Le 13 octobre 1998, la Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien informait le chef de la Nation crie de Bigstone que, puisqu'il y avait un déficit dans ses DFIT, le gouvernement fédéral acceptait, aux fins de négociation, la revendication de droits fonciers issus de traité de la Première Nation. Cette décision d'accepter la revendication découlait de la nouvelle politique en matière de DFIT approuvée par le Cabinet en avril 1998; cette politique faisait suite en partie aux recommandations de la Commission dans son rapport sur la revendication de droits fonciers issus de traité de la Première Nation de Fort McKay²⁴⁶.

En conséquence, la Commission a suspendu son enquête et souhaite aux parties que leurs négociations les mènent à un règlement. La Commission demeure disposée à aider les parties, si elles ont besoin de ses services aux cours des négociations.

POUR LA COMMISSION DES REVENDICATIONS DES INDIENS



Daniel J. Bellegarde
Coprésident



P.E. James Prentice, c.r.
Coprésident



Carole T. Corcoran
Commissaire

Fait le 20 mars 2000.

²⁴⁶ Commission des revendications des Indiens, *Enquête relative à la revendication de droits fonciers issus d'un traité de la Première Nation de Fort McKay* (1996) 5 ACRI 3.

ANNEXE A

LE GOUVERNEMENT DU CANADA ÉLARGIT SA DÉMARCHE ENVERS LES DROITS FONCIERS ISSUS DES TRAITÉS HISTORIQUES

OTTAWA, ONTARIO (le 30 avril 1998) – Madame Jane Stewart, Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, a annoncé aujourd'hui que le gouvernement du Canada avait modifié sa façon de calculer la superficie de terre pouvant être acquise en vertu des droits fonciers issus des traités historiques. Cette modification découle des recommandations faites par la Commission des revendications des Indiens.

La nouvelle démarche envers les droits fonciers issus des traités est conforme à l'engagement du gouvernement d'améliorer le processus de négociation des revendications particulières. « La négociation d'ententes touchant les droits fonciers issus des traités donne aux Premières nations des terres et des capitaux qui leur permettent de lancer des initiatives de développement économique renforçant leur économie et leurs collectivités », a déclaré la Ministre Stewart. « Conformément à l'engagement que nous avons récemment pris par le biais du document *Rassembler nos forces : le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*, il s'agit d'un grand pas vers la réconciliation dans le cadre de notre relation avec les Premières nations. »

Les traités qu'ont conclu les peuples autochtones avec la Couronne servaient à définir leurs relations. L'importance de ces traités a été confirmée par la reconnaissance, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, du titre ancestral et des droits fonciers issus des traités, tant historiques que modernes. Lors des négociations des traités numérotés au cours des XIXe et XXe siècles, les modalités prévoyaient que la Couronne fournirait une certaine superficie de terre par personne. On parle de lacune relative à la répartition de terres en vertu des droits fonciers issus des traités lorsqu'une bande indienne n'a pas reçu toute la superficie de terre qu'elle aurait dû recevoir dans le cadre d'un traité historique.

Si les traités nos 1 à 11 sont précis quant à la superficie de terre à allouer à chaque personne, ils ne précisent pas quelles personnes doivent être incluses dans le calcul, ni à quel moment le recensement doit avoir lieu. Lorsque les réserves ont été créées, la population des bandes indiennes n'était pas stable. Certaines bandes ont connu une croissance démographique après que les gouvernements coloniaux aient effectué leur recensement, en raison de

l'arrivée de nouveaux membres au sein de la bande ou encore de mouvements entre les bandes.

Lorsque les calculs ont été effectués, certaines bandes se sont retrouvées avec moins de terres que prévu. Auparavant, les lacunes relatives aux droits historiques étaient dues au fait qu'on se fondait sur les recensements originaux. La nouvelle démarche envers les droits fonciers issus des traités prendra en considération non seulement les chiffres de ces recensements, mais également les personnes qui ont adhéré à la bande peu de temps après et qui n'avaient pas été incluses dans d'autres règlements de traités. Le fait de compter ces « ajouts tardifs » permet de mieux refléter la dynamique démographique des populations des bandes de l'époque.

La nouvelle démarche découle d'un examen des revendications effectué par la Commission des revendications des Indiens, en vertu des droits fonciers issus des traités des Premières nations de Fort McKay et Kawacatoose, qui avaient toutes deux été rejetées par le Canada. Cette démarche reflète l'une des principales recommandations de la Commission de compter les « ajouts tardifs » dans les revendications fondées sur les droits fonciers issus des traités. Cela permettra au Canada d'accepter de renégocier les revendications de ces deux Premières nations. La Commission, créée en 1991, remplit le mandat qui lui a été confié en vertu de la *Loi sur les enquêtes* fédérale d'examiner les revendications particulières rejetées par le Canada, et de faire des recommandations.

Pour obtenir plus de renseignements, veuillez communiquer avec:

Lynne Boyer
Communications
(819) 997-8404

ANNEXE B

Enquête sur les droits fonciers issus de traité de la Nation crie de Bigstone

1 Séance de planification 25 juillet 1996

2 Audiences publiques

La Commission a tenu trois audiences publiques :

1^{ère} audience publique : Desmarais, le 29 octobre 1996 : témoignages du chef Mel Beaver, et de Alphonse Auger, Louise Auger, Daniel Beaver, Rita Auger, Tommy Auger et de Veronique Gladu.

Trout Lake, le 30 octobre 1996 : témoignages de Harry Houle, Solomon Noskiye, Johnny Noskiy, Peter Letendre et Johnny Ossimeemas.

2^e audience publique : Desmarais, 3 juillet 1997 : témoignages de Alphonse Auger, Tommy Auger, George A. Yellowknee, Elzear O'rr, Arnold O'rr, Louise Yellowknee, Rita Auger, Mary Jane Pichie, Freddie Gambler, Margaret Gambler, Agatha Gambler et Barbara Nenamahoo.

3^e audience publique : Peerless Lake, 9 décembre 1997 : témoignages de Felix Noskiye, Louis Cardinal, George Cardinal, Solomon Noskiye, George Noskiye, Peter Letendre, Emil Burnttail, Wilfred Cardinal et Victor Cardinal.

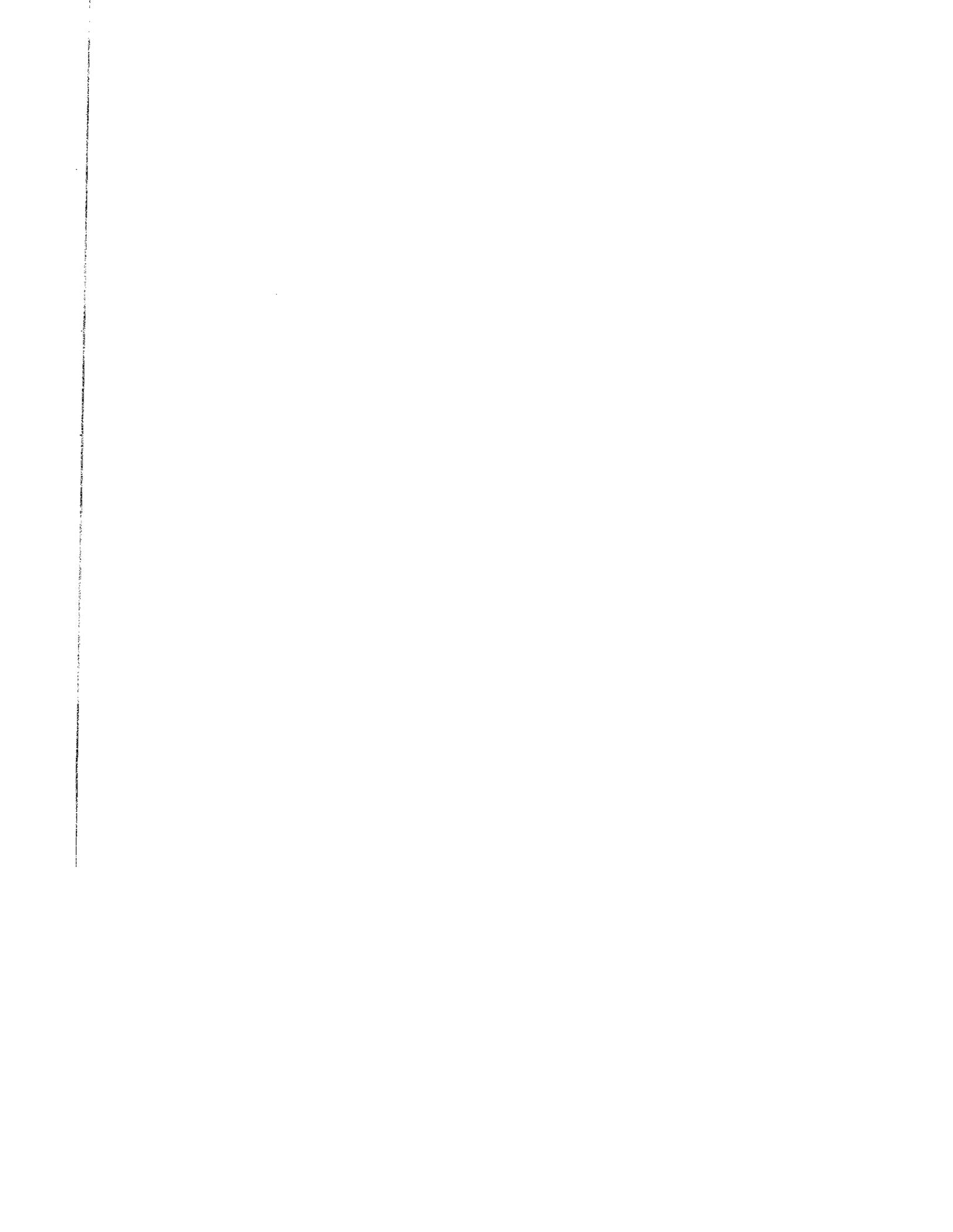
3 Conférences préparatoires 22 janvier 1997
17 février 1997

4 Contenu du dossier officiel

Le dossier officiel de l'enquête relative aux droits fonciers issus de traité de la Nation crie de Bigstone se compose des documents suivants :

- 46 pièces déposées au cours de l'enquête
- les transcription des audiences publiques

Le rapport de la Commission et les lettres de transmission à l'intention des parties seront les dernières pièces versées au dossier de la présente enquête.



RÉPONSES

Réponses du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien

à

l'enquête sur les demandes présentées par la bande
des Mamaleleqalas Qwe'Qwa'Sot'Enox
à la Commission McKenna-McBride

445

et à

l'enquête sur les demandes présentées par la Première Nation de 'Namgis
à la Commission McKenna-McBride

447

1. The first part of the document is a list of names and titles, including 'The Hon. Mr. Justice G. D. C. ...' and 'The Hon. Mr. Justice ...'.

8 décembre 1999

Chef Robert Sewid
Bande des Mamaleleqalas-Qwe'Qwa'Sot'Enox
1411A Old Island Highway
CAMPBELL RIVER (C.-B.) V9W 2E4

Monsieur,

Comme vous le savez, j'ai reçu le rapport publié en février 1997 par la Commission des revendications des Indiens (CRI) sur la revendication particulière de votre Première Nation, sous le titre *Enquête sur la revendication de la bande des Mamaleleqalas Qwe'Qwa'Sot'Enox à l'égard des demandes présentées à la Commission McKenna-McBride*. Veuillez accepter toutes mes excuses pour le retard du Canada à répondre aux recommandations de la CRI.

Dans son rapport, la CRI abordait trois questions : (1) la présumée obligation de fiduciaire du Canada de représenter les intérêts de la bande des Mamaleleqalas Qwe'Qwa'Sot'Enox devant la Commission McKenna-McBride; (2) la présumée obligation de fiduciaire du Canada de protéger les terres d'établissement des Indiens; et (3) la portée de la Politique des revendications particulières du Canada.

Comme vous le savez, la CRI a recommandé qu'une partie de votre revendication soit acceptée aux fins de négociations : un minimum de 5 acres à Lull Bay, 2,83 acres à Shoal Harbour et les terres de Knight Inlet revendiquées par votre bande comme terres d'établissement. Selon la CRI, la Couronne avait une responsabilité découlant de la clause d'« obligation légale » contenue dans *Dossier en souffrance*, dans lequel est exposée la Politique des revendications particulières du Canada. La CRI se fonde sur trois conclusions : (1) que les présumées obligations fiduciaires des agents des Indiens du Canada sont des « obligations légales » au sens de la Politique des revendications particulières et, en conséquence, qu'un présumé manquement à ces obligations tombe sous le coup de la politique; (2) que l'agent des Indiens en poste à l'agence de Kwawkw'w'ath en 1914 au moment des audiences de la Commission McKenna-McBride avait, envers les membres de la bande des Mamaleleqalas Qwe'Qwa'Sot'Enox, une obligation de fiduciaire à laquelle il a manqué en n'aidant pas la bande à se préparer aux audiences de la Commission McKenna-McBride; et (3) que le Canada avait l'obligation de fiduciaire de protéger les terres d'établissement traditionnelles de la bande des Mamaleleqalas Qwe'Qwa'Sot'Enox contre les empiétements des permis provinciaux d'exploitation forestière.

Après avoir soigneusement examiné le rapport de la Commission des revendications des Indiens, je regrette d'avoir à vous annoncer que je ne peux accueillir la recommandation de la CRI d'accepter la revendication sur les fondements exposés ci-dessus. Voici la réponse du Canada sur chacune des conclusions de la CRI :

- (1) Le Canada rejette la conclusion de la CRI voulant que les exemples d'« obligation légale » énumérés dans *Dossier en souffrance* n'étaient pas sensés être exhaustifs. Le

Canada est d'avis qu'en dehors des situations exposées dans les paragraphes « L'obligation légale » et

« Au-delà de l'obligation légale » de *Dossier en souffrance* (savoir, une obligation issue de traité, une exigence de la loi ou la responsabilité de la gestion des terres ou des biens des Indiens), les obligations de fiduciaire ne sont pas des « obligations légales » au sens de la Politique des revendications particulières. Seules les obligations de fiduciaire prenant naissance dans le contexte des obligations légales (telles que définies dans la Politique) peuvent être du ressort de *Dossier en souffrance*.

- (2) Le Canada prend pour position : (a) qu'il n'existe pas d'obligation fiduciaire générale concernant les droits autochtones sur des terres non réservées; et (b) que les éléments nécessaires pour constituer une obligation de fiduciaire (savoir, une loi, un accord ou un engagement unilatéral à agir au nom ou dans l'intérêt de la Première Nation; le pouvoir unilatéral d'affecter les intérêts de la Première Nation; ou la vulnérabilité de la Première Nation face à l'exercice de ce pouvoir) n'étaient pas présents dans les faits entourant la revendication.
- (3) La position du Canada demeure, comme il l'a exposé en réponse à d'autres revendications particulières en Colombie-Britannique touchant la question des terres d'établissement des Indiens, qu'il n'existe pas d'obligation fiduciaire générale de protéger les terres d'établissement traditionnelles des Indiens contre les actes d'autres personnes ou des gouvernements.

Je sais que cette revendication est importante pour vous et pour les autres membres de la Première Nation des Mamaleleqalas Qwe'Qwa'Sot'Enox. Si vous désirez davantage de précisions sur la position du Canada, des représentants de la Direction générale des revendications particulières et du ministère de la Justice pourront vous rencontrer. Vous pouvez prendre des dispositions en ce sens en communiquant avec M^{me} Deborah McIntosh, de la Direction générale des revendications particulières, au (604) 775-8139.

Je regrette sincèrement de ne pouvoir régler votre revendication sous le régime de la Politique des revendications particulières.

Je vous prie de recevoir, Monsieur, mes salutations les plus respectueuses.

[Original signé par]

Robert D. Nault, député, C.P.

c.c. : M. Daniel J. Bellegarde
M. James Prentice
M. Stan H. Ashcroft

8 décembre 1999

Conseiller en chef William Cranmer
Première Nation de 'Namgis
C.P. 210
ALERT BAY (C.-B.) VON 1A0

Monsieur,

Comme vous le savez, j'ai reçu le rapport publié en février 1997 par la Commission des revendications des Indiens (CRI) sur la revendication particulière de votre Première Nation, sous le titre *Enquête sur la revendication soumise par la Première Nation de 'Namgis à l'égard des demandes faites à la Commission McKenna-McBride*. Veuillez accepter toutes mes excuses pour le retard du Canada à répondre aux recommandations de la CRI.

Dans son rapport, la CRI abordait deux questions : (1) la présumée obligation de fiduciaire du Canada de représenter les intérêts de la Première Nation de 'Namgis devant la Commission McKenna-McBride; et (2) la portée de la Politique des revendications particulières du Canada.

Comme vous le savez, la CRI a recommandé que la partie de votre revendication touchant l'île Plumper soit acceptée aux fins de négociations et, en outre, que le Canada et la Première Nation de 'Namgis effectuent d'autres recherches afin de déterminer si d'autres terres non aliénées étaient disponibles pour votre Première Nation à l'époque des audiences de la Commission McKenna-McBride. Selon la CRI, la Couronne avait une responsabilité découlant de la clause d'« obligation légale » contenue dans *Dossier en souffrance*, dans lequel est exposée la Politique des revendications particulières du Canada. La CRI se fonde sur deux conclusions : (1) que les présumées obligations fiduciaires des agents des Indiens du Canada sont des « obligations légales » au sens de la Politique des revendications particulières et, en conséquence, qu'un présumé manquement à ces obligations tombe sous le coup de la politique; et (2) que l'agent des Indiens en poste à l'agence de Kwawkwalth en 1914 au moment des audiences de la Commission McKenna-McBride avait, envers les membres de la Première Nation de 'Namgis, une obligation de fiduciaire à laquelle il a manqué en n'aidant pas la bande à se préparer aux audiences de la Commission McKenna-McBride et en ne représentant pas les intérêts de la bande devant la Commission.

Après avoir soigneusement examiné le rapport de la Commission des revendications des Indiens, je regrette d'avoir à vous annoncer que je ne peux accueillir la recommandation de la CRI d'accepter la revendication sur les fondements exposés ci-dessus. Voici la réponse du Canada sur chacune des conclusions de la CRI :

- (1) Le Canada rejette la conclusion de la CRI voulant que les exemples d'« obligation légale » énumérés dans *Dossier en souffrance* n'étaient pas sensés être exhaustifs. Le Canada est d'avis qu'en dehors des situations exposées dans les paragraphes « L'obligation légale » et « Au-delà de l'obligation légale » de *Dossier en souffrance* (savoir, une obligation issue de traité, une exigence de la loi ou la responsabilité de la gestion des terres ou des biens des Indiens), les obligations de fiduciaire ne sont pas des « obligations légales » au sens de la Politique des revendications particulières. Seules les obligations de fiduciaire prenant naissance dans le contexte des obligations légales (telles que définies dans la Politique) peuvent être du ressort de *Dossier en souffrance*.
- (2) Le Canada prend pour position : (a) que la Couronne fédérale n'avait pas d'obligation fiduciaire générale de protéger ou de promouvoir les intérêts de la Première Nation de 'Nanngis devant la Commission McKenna-McBride; et (b) que les éléments nécessaires pour constituer une obligation de fiduciaire dans le présent contexte (savoir, une loi, un accord ou un engagement unilatéral à agir au nom ou dans l'intérêt de la Première Nation; le pouvoir unilatéral d'affecter les intérêts de la Première Nation; et la dépendance ou la vulnérabilité de la Première Nation face à ces éléments) n'étaient pas présents dans les faits entourant la revendication.

Je sais que cette revendication est importante pour vous et pour les autres membres de la Première Nation de 'Nanngis. Si vous désirez davantage de précisions sur la position du Canada, des représentants de la Direction générale des revendications particulières et du ministère de la Justice pourront vous rencontrer. Vous pouvez prendre des dispositions en ce sens en communiquant avec M^{me} Deborah McIntosh, de la Direction générale des revendications particulières, au (604) 775-8139.

Je regrette sincèrement de ne pouvoir régler votre revendication sous le régime de la Politique des revendications particulières.

Je vous prie de recevoir, Monsieur, mes salutations les plus respectueuses.

[Original signé par]

Robert D. Nault, député, C.P.

c.c. : M. Daniel J. Bellegarde
M. James Prentice
M. Stan H. Ashcroft

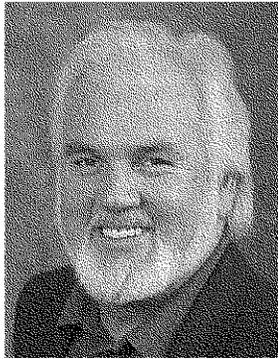
LES COMMISSAIRES



Assiniboine-cri de la Première Nation de Little Black Bear, dans le sud de la Saskatchewan, le coprésident **Daniel J. Bellegarde** a participé, de 1981 à 1984, au projet conjoint des chefs du district de Meadow Lake en tant que planificateur socio-économique. Président du Saskatchewan Indian Institute of Technologies de 1984 à 1987, il est élu vice-chef de la Federation of Saskatchewan Indian Nations en 1988, poste qu'il occupe jusqu'en 1997. Il est actuellement président de Dan Bellegarde & Associates, une société d'experts-conseils qui se spécialise dans les domaines de la planification stratégique, de la gestion et du développement des qualités de chef, de l'autonomie gouvernementale et du développement des ressources humaines en général. M Bellegarde a été nommé commissaire en juillet 1992, puis coprésident de la Commission des revendications des Indiens en avril 1994.



Attaché au cabinet Rooney Prentice de Calgary, le coprésident **P.E. James Prentice**, c.r., possède une vaste expérience des revendications territoriales des Autochtones et du droit administratif, qu'il a acquise en qualité de conseiller juridique et de négociateur pour le gouvernement de l'Alberta lors de la négociation tripartite qui devait aboutir, en 1989, au règlement de la revendication soumise par la bande de Sturgeon Lake. Depuis, M^e Prentice a participé à des enquêtes ou des médiations concernant quelque 70 revendications de droits fonciers issus de traité et de cession partout Canada. M^e Prentice a été nommé conseil de la Reine en 1992. Il agit en outre depuis 1994 comme animateur au programme annuel du Banff Centre for Management sur les revendications particulières. M^e Prentice a été nommé commissaire en juillet 1992, puis coprésident de la Commission des revendications des Indiens en avril 1994.



Mi'kmaq natif d'Eel Ground (Nouveau-Brunswick), **Roger J. Augustine** y a exercé les fonctions de chef de 1980 à 1996. Il a été élu président de l'Union of NB-PEI First Nations en 1988 et a terminé son mandat en janvier 1994. Il a reçu la prestigieuse médaille de distinction du Centre canadien de lutte contre l'alcoolisme et les toxicomanies en 1993 et 1994 en reconnaissance de son travail concernant la fondation et le soutien du Eel Ground Drug and Alcohol Education Centre et de la Native Alcohol and Drug Abuse Rehabilitation Association. En juin 1996, il a été nommé entrepreneur de l'année par la Miramichi Regional Development Corporation. Il a été nommé commissaire en juillet 1992.



D'origine dénée, **Carole T. Corcoran** est originaire de la réserve indienne de Fort Nelson, dans le nord de la Colombie-Britannique. Avocate de profession, elle possède une vaste expérience des questions liées aux gouvernements et aux politiques autochtones, que ce soit à l'échelle locale, régionale ou provinciale. En 1990-1991, elle a été membre de la Commission royale sur l'avenir du Canada puis, de 1993 à 1995, de la Commission des traités de la Colombie-Britannique. Elle a été nommée commissaire en juillet 1992.



Elijah Harper est un ojibwa-cri qui est né à Red Sucker Lake (Manitoba) où il a exercé les fonctions de chef de 1978 à 1981. M^e Harper est peut-être surtout connu pour le rôle qu'il a joué dans le débat entourant l'Accord du lac Meech. En effet, pendant ce débat, en tant que membre de l'opposition et député du comté de Rupertsland à l'Assemblée législative du Manitoba (1981 à 1992), il s'est tenu silencieux, tenant une plume d'aigle sacré dans un geste symbolique contre l'Accord, et invoquant le manque de participation suffisante et de reconnaissance des Autochtones dans le processus d'amendement constitutionnel. En 1986, M^e Harper a été nommé ministre sans portefeuille responsable des Affaires autochtones et, en 1987, il a été ministre des Affaires du Nord. Il a contribué à la mise sur pied de l'enquête publique sur l'administration de la justice et les populations autochtones au Manitoba. De 1993 à 1997, il a siégé au Parlement comme député libéral de la circonscription de Churchill (Manitoba). En 1995, pour favoriser la réconciliation et la guérison spirituelles entre les Autochtones et les non-Autochtones du Canada, il a organisé une assemblée sacrée qui a réuni des gens de toutes les croyances et de toutes les parties du pays. En 1996, M^e Harper a reçu le prix national d'excellence décerné aux Autochtones pour l'exercice de fonctions publiques. Il a été nommé commissaire en janvier 1999.



Récemment encore, **Sheila G. Purdy** conseillait le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest sur la justice et les autres aspects dont il fallait tenir compte dans la division du territoire et la création du Nunavut. De 1993 à 1996, elle est conseillère principale en politiques auprès du ministre de la Justice et Procureur général du Canada pour divers dossiers: justice autochtone, Loi canadienne sur les droits de la personne, violence faite aux femmes, etc. De 1991 à 1993, elle est analyste de politiques pour le bureau de recherche du Caucus libéral national, où elle couvre les domaines suivants: Constitution, justice, affaires autochtones, condition féminine, droits de la personne, Solliciteur général. En 1992-1993, elle occupe le poste de conseillère spéciale (affaires autochtones) au bureau du leader de l'Opposition, et de 1989 à 1991, elle est juriste-conseil auprès d'Environnement Canada dans le domaine de l'environnement. Dénonçant vivement la violence faite aux personnes âgées, elle est coauteur d'un ouvrage intitulé *Elder Abuse: The Hidden Crime*. Elle reçoit en 1988 un prix d'excellence (Award of Merit from Concerned Friends) pour son travail dans ce dossier. Titulaire d'un diplôme en droit de l'Université d'Ottawa (1980), elle travaille comme avocate dans un cabinet privé de 1982 à 1985. Elle a été nommée commissaire en mai 1999.