

A-329-19  
2022 FCA 20

A-329-19  
2022 CAF 20

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: CANADA v. JIM SHOT BOTH SIDES**

**RÉPERTORIÉ : CANADA C. JIM SHOT BOTH SIDES**

Federal Court of Appeal, Boivin, Rennie and Woods J.J.A.—By videoconference, April 13 and 14, 2021; Ottawa, February 10, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Boivin, Rennie et Woods, J.C.A.—Par vidéoconférence; 13 et 14 avril 2021; Ottawa, 10 février 2022.

*Indigenous Peoples — Lands — Appeal from Federal Court decision allowing in part action in which Blood Tribe (respondents) asserted that Canada (appellant) breached its obligations both under terms of Treaty No. 7 and as fiduciary — Respondents long claiming that size of reserve not according with that promised by Treaty — Sought declarations to that effect, order directing that Canada procure lands from province of Alberta for addition to Reserve, monetary compensation for lost use, mineral royalties, rents since 1877 — Blackfoot Confederacy, Crown executed Treaty 7 on September 22, 1877 — Treaty established Blood Tribe Reserve No. 148 — Appeal raised single question whether terms of Treaty No. 7 were enforceable in Canadian court prior to coming into force of Constitution Act, 1982, s. 35 — Entitlement, or not, of Blood Tribe to 162.5 square miles of land in south-western Alberta pivoted on answer to this question — While Federal Court finding that appellant in breach of commitment, in the result, found that treaty land entitlement (TLE) claim was barred by Alberta's Limitation of Actions Act, ss. 5(1)(e),(g), Federal Courts Act, s. 39(1) — Combined, these provisions required respondents to bring their claim within six years of its discoverability date — Since claim discoverable in 1971, action commenced in 1980, appellants barred by prescription period — Federal Court also holding that action for breach of treaty commitment could not be pursued in Canadian court before 1982; that treaties not contracts and since action pled in contract, no cause of action existed — Federal Court also adopted act of state doctrine — Determined that since Treaty No. 7 not incorporated*

*Peuples autochtones — Terres — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale accueillant en partie une action par laquelle la tribu des Blood (intimés) soutenait que le Canada (l'appellant) avait manqué à ses obligations issues du Traité n° 7 ainsi qu'à ses obligations de fiduciaire — Les intimés allèguent depuis longtemps que la taille de la réserve ne correspond pas à celle promise par le Traité — Ils ont demandé des jugements déclaratoires le confirmant, une ordonnance enjoignant au Canada d'acquérir des terres de la province de l'Alberta pour les ajouter à la réserve et une indemnité financière pour la perte de jouissance et la perte des redevances minières et des loyers depuis 1877 — Le 22 septembre 1877, la Confédération des Pieds-Noirs et la Couronne ont signé le Traité n° 7 — Le Traité a établi la réserve n° 148 de la tribu des Blood — L'appel a soulevé une seule question, soit celle de savoir si l'application des modalités du Traité n° 7 pouvait être exigée par les tribunaux canadiens avant l'entrée en vigueur de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le droit, ou non, de la tribu des Blood à 162,5 milles carrés de terres dans le sud-ouest de l'Alberta dépendait de la réponse à cette question — Bien que la Cour fédérale ait conclu que l'appellant avait violé son engagement, il a finalement été conclu que la revendication de droits fonciers issus de traités (DFIT) était prescrite par les alinéas 5(1)e) et g) de la Limitation of Actions Act de l'Alberta et par le paragraphe 39(1) de la Loi sur les cours fédérales — Ensemble, ces dispositions avaient pour effet d'obliger les intimés à présenter leur revendication dans un délai de six ans à compter de la date à laquelle la violation*

into Canadian law, was not enforceable in Canadian courts — However, Federal Court went on to find this changed with advent of Constitution Act, 1982, s. 35, that time only began to run in 1982, action not barred — Whether Federal Court right in concluding as it did — Federal Court erred in deciding whether treaties enforceable through lens of public international law principles, applying act of state doctrine — No support in case law on either side of expiry of limitation period for proposition that historic treaties engage act of state doctrine, require incorporation into domestic law to be enforceable — Federal Court's conclusion that no cause of action could be brought in respect of breach of treaty right prior to 1982 was inconsistent with established case law, academic commentary — Also inconsistent with honour of Crown, basic tenant of Aboriginal law in Canada — Canadian case law recognizing enforceability of treaty terms — Federal Court judge erred in concluding that because treaties not contracts, they were not enforceable — Treaties more than contracts — Judge erred in not distinguishing between Aboriginal, treaty rights; in conflating, merging two streams of law — Specific obligation in Treaty No. 7 at issue here not governed by political trust doctrine — Fact that concept of Aboriginal title achieved recognition at common law by 1983 reinforced conclusion that choate, precise treaty rights such as TLE claim in issue were enforceable on expiry of limitation period — Federal Court also erring in finding that Indian Act statutory impediment to suit to enforce treaty — Political trust doctrine applicable to Aboriginal rights could not be transposed into law of treaties; not applying to question whether treaty right enforceable — Enforceability of treaty rights not depending on discretionary political trust — Respondents' argument before Federal Court that there exists discretion to waive limitation rejected and correctly so — While reconciliation is over-arching objective, it does not allow court to disregard law expressed by Legislatures or Parliament — Result in present case not foreclosing remedies to respondents — Alternative effective recourse existing for giving effect to honour of Crown, advancing goal of reconciliation — Appeal allowed.

pouvait être découverte — Comme la violation aurait pu être découverte en 1971 et que l'action a été entamée en 1980, les appelants étaient visés par une période de prescription — La Cour fédérale a également conclu qu'une action pour violation d'engagements pris par traité ne pouvait être intentée devant un tribunal canadien avant 1982; et que les traités ne sont pas des contrats, et que comme l'action intentée reposait sur le droit contractuel, il n'existait aucune cause d'action — La Cour fédérale a également adopté la théorie de l'acte de gouvernement — Il a été déterminé que comme le Traité n° 7 n'avait pas été incorporé dans le droit canadien, les tribunaux canadiens n'avaient pas le pouvoir de le faire exécuter — Cependant, la Cour fédérale a estimé que cette situation avait changé avec l'entrée en vigueur de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, et que le délai de prescription commençait à courir en 1982 et que l'action n'était pas prescrite — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait eu raison d'en conclure ainsi — La Cour fédérale a commis une erreur en tranchant la question de savoir si les traités sont exécutoires à travers le prisme des principes du droit international public et en appliquant la théorie de l'acte de gouvernement — Rien dans la jurisprudence, de part et d'autre de l'expiration du délai de prescription, n'étaye l'idée que les traités historiques engagent la théorie de l'acte de gouvernement et nécessitent une incorporation dans le droit national pour être exécutoires — La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle il n'existait aucune cause d'action à l'égard d'une violation d'un droit issu de traités avant 1982 était incompatible avec la jurisprudence établie et la doctrine — Elle était également incompatible avec l'honneur de la Couronne et les principes fondamentaux qui sous-tendent le droit autochtone au Canada — La jurisprudence canadienne reconnaît le caractère exécutoire des modalités des traités — Le juge de la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que, comme les traités ne sont pas des contrats, ils ne sont pas exécutoires — Les traités sont plus que des contrats — Le juge a commis une erreur en ne faisant pas la distinction entre les droits ancestraux et les droits issus de traités; en confondant ou en fusionnant les deux courants de droit — L'obligation particulière issue du Traité n° 7 en cause en l'espèce n'était pas régie par la théorie de la fiducie politique — Le fait que le concept de titre autochtone ait été reconnu en common law en 1983 renforçait la conclusion selon laquelle les droits issus de traités circonscrits et précis, comme la revendication relative aux DFIT en l'espèce, étaient exécutoires à l'expiration du délai de prescription — La Cour fédérale a également commis une erreur en concluant que la Loi sur les Indiens constituait un obstacle légal visant à faire respecter un traité — La théorie de la fiducie politique, applicable aux droits ancestraux, ne pouvait pas être transposée dans le droit des traités; et ne s'appliquait pas à la question de savoir si un droit issu d'un traité est exécutoire — Le caractère exécutoire des droits issus de traités ne dépend pas d'une fiducie politique discrétionnaire — L'argument des intimés présenté devant la Cour fédérale, selon lequel il existe un pouvoir discrétionnaire de suspendre

*Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Appeal from Federal Court decision allowing in part action in which Blood Tribe (respondents) asserted that Canada (appellant) breached its obligations both under terms of Treaty No. 7 and as fiduciary — Respondents long claiming that size of reserve not according with that promised by Treaty — Sought declarations to that effect, order directing that Canada procure lands from province of Alberta for addition to Reserve, monetary compensation for lost use, mineral royalties, rents since 1877 — Appeal raised single question whether terms of Treaty No. 7 enforceable in Canadian court prior to coming into force of Constitution Act, 1982, s. 35 — Federal Court found that appellant was in breach of its Treaty commitment — Constitution Act, 1982, s. 35 recognizing prior occupation of Canada by organized, autonomous societies; seeks to reconcile their modern-day existence with Crown's sovereignty over them — Section 35 must be read with Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 25(a) which guarantees that Charter will not abrogate or derogate from any "aboriginal, treaty or other rights" — Subsection 35(1) not source of treaty rights — Treaty rights flow from treaty, not Constitution — Scope of s. 35 requires, in each case, inquiry into whether treaty right was existing as of April 17, 1982 — Also, s. 35 not resuscitating previously barred actions — Respondents had cause of action prior to enactment of s. 35(1), limitation period for breach of Treaty No. 7 began to run before enactment of s. 35. — Also, limitation periods have been consistently applied to treaty claims regardless of whether they arose before or after 1982 — Federal Court's understanding of s. 35 could not be reconciled with relevant case law.*

*Practice — Preliminary Determination of Question of Law — Appeals, cross-appeals — Motion for leave to file reply memorandum — Appeal from Federal Court decision allowing in part action in which Blood Tribe (respondents) asserted that Canada (appellant) breached its obligations both under terms*

*l'application du délai de prescription, a été rejeté à juste titre — Bien que la réconciliation soit un objectif primordial, elle ne permet pas à un tribunal de faire abstraction du droit exprimé par le législateur provincial ou fédéral — Le résultat, en l'espèce, n'excluait pas que les intimés puissent obtenir des mesures de redressement — Il existe un autre recours efficace pour faire jouer l'honneur de la Couronne et faire progresser l'objectif de réconciliation — Appel accueilli.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale accueillant en partie une action par laquelle la tribu des Blood (intimés) soutenait que le Canada (l'appellant) avait manqué à ses obligations issues du Traité n° 7 ainsi qu'à ses obligations de fiduciaire — Les intimés allèguent depuis longtemps que la taille de la réserve ne correspond pas à celle promise par le Traité — Ils ont demandé des jugements déclaratoires le confirmant, une ordonnance enjoignant au Canada d'acquiescer des terres de la province de l'Alberta pour les ajouter à la réserve et une indemnité financière pour la perte de jouissance et la perte des redevances minières et des loyers depuis 1877 — L'appel a soulevé une seule question, soit celle de savoir si l'application des modalités du Traité n° 7 pouvait être exigée par les tribunaux canadiens avant l'entrée en vigueur de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — La Cour fédérale a conclu que l'appellant avait manqué aux engagements qu'il avait pris aux termes du Traité — L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 reconnaît l'occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes; et cherche à concilier leur existence moderne avec la souveraineté de la Couronne sur elles — L'article 35 doit être interprété en conjonction avec l'alinéa 25a) de la Charte canadienne des droits et libertés, qui garantit que la Charte ne portera pas atteinte aux droits « ancestraux, issus de traités ou autres » — Le paragraphe 35(1) n'est pas la source de droits issus de traités — Les droits issus de traités découlent des traités, et non de la Constitution — La portée de l'article 35 exige, dans chaque affaire, que soit menée une enquête pour déterminer si le droit issu de traités existait le 17 avril 1982 — En outre, l'article 35 ne ressuscite pas des actions précédemment prescrites — Les intimés avaient une cause d'action avant l'entrée en vigueur du paragraphe 35(1) et le délai de prescription pour la violation du Traité n° 7 a commencé à courir avant l'édiction de l'article 35. — En outre, les délais de prescription ont toujours été appliqués aux revendications relatives aux traités, qu'elles soient nées avant ou après 1982 — L'interprétation qu'a faite la Cour fédérale de l'article 35 n'a pas pu être conciliée avec cette jurisprudence.*

*Pratique — Décision préliminaire sur un point de droit — Appels, appels incidents — Requête en autorisation de déposer un mémoire en réponse — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale accueillant en partie une action par laquelle la tribu des Blood (intimés) soutenait que le Canada (l'appellant)*

*of Treaty No. 7 and as fiduciary — Respondents claimed that size of reserve not according with that promised by Treaty — Sought declarations to that effect, order directing that Canada procure lands from province of Alberta for addition to Reserve, monetary compensation for lost use, mineral royalties, rents since 1877 — Preliminary issue arising as to whether to accept appellant's motion for leave to file reply memorandum — Appellant's motion prompted by what appellant asserted was respondents' attempt to raise new issues that were not considered by trial judge, to reverse judgment of Federal Court respecting separate, legally distinct issues from those raised by notice of appeal — Appellant asserted that respondents were recasting their case, that notice of cross-appeal required; respondents contended that no cross-appeal required since not seeking different disposition or judgment than that under appeal — Notice of cross-appeal must be filed when different disposition of decision under appeal sought — Arguments that respondents advanced were alternative arguments — Notice of cross-appeal required where alternative argument is made in support not of judgment appealed from but of claim for different judgment or where alternative argument or new angle would result in different judgment — General rule is that Court will not hear ground of appeal that was not raised in notice of appeal or cross-appeal — Respondents were advancing alternative argument as basis for upholding judgement; therefore no notice of cross-appeal required — Respondent cannot use discretion to raise any argument in support of decision challenged on appeal as justification to unwind other parts of judgment in which notice of cross-appeal should have been filed — Both respondents' memoranda on appeal, in reply to motion leaving no doubt that there was only one issue on appeal — Respondents' memorandum within guardrails of issues as framed by notice of appeal — Crown's motion for leave to file reply granted but only to extent it responded to political trust issue advanced by respondents.*

*Practice — Limitation of Actions — Appeal from Federal Court decision allowing in part action in which Blood Tribe (respondents) asserted that Canada (appellant) breached its obligations both under terms of Treaty No. 7 and as fiduciary — Crux of respondents' position was that claim for breach of treaty land entitlement (TLE) term of Treaty No. 7 only became actionable with enactment of Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Respondents submitted that in enshrining existing treaty rights into Constitution Act, new cause of action was created, with result that limitation period only began to run with enactment*

*avait manqué à ses obligations issues du Traité n° 7 ainsi qu'à ses obligations de fiduciaire — Les intimés ont allégué que la taille de la réserve ne correspond pas à celle promise par le Traité — Ils ont demandé des jugements déclaratoires le confirmant, une ordonnance enjoignant au Canada d'acquérir des terres de la province de l'Alberta pour les ajouter à la réserve et une indemnité financière pour la perte de jouissance et la perte des redevances minières et des loyers depuis 1877 — Une question préliminaire a été soulevée pour savoir si la requête en autorisation de déposer un mémoire en réponse de l'appellant devait être accueillie — La requête était motivée par ce que l'appellant avait appelé une tentative de soulever de nouvelles questions n'ayant pas été prises en compte par le juge de première instance et d'infirmier le jugement de la Cour fédérale à l'égard de questions différentes et juridiquement distinctes de celles soulevées dans l'avis d'appel — L'appellant a soutenu que les intimés modifiaient leur affaire et qu'un avis d'appel incident était nécessaire; les intimés ont soutenu qu'aucun appel incident n'était nécessaire, car ils ne demandaient pas de dispositif ou de jugement différent de celui dont il était fait appel — Une partie doit déposer un avis d'appel incident lorsqu'elle entend demander la réformation de la décision portée en appel — La thèse avancée par les intimés était une thèse subsidiaire — L'avis d'appel incident est requis lorsque l'argument subsidiaire est invoqué à l'appui non pas du jugement porté en appel mais d'un autre jugement ou, lorsque la thèse subsidiaire ou la nouvelle approche entraînerait un jugement différent — La règle générale est que la Cour n'entend pas les motifs d'appel qui n'ont pas été soulevés dans l'avis d'appel ou d'appel incident — Les intimés ont fait valoir une thèse subsidiaire pour justifier le maintien du jugement; par conséquent, aucun avis d'appel incident n'était requis — Les intimés ne pouvaient pas utiliser leur pouvoir discrétionnaire de soulever tout argument à l'appui d'une décision frappée d'appel dans le but de justifier l'infirmité d'autres parties du jugement qui auraient plutôt dû faire l'objet d'un avis d'appel incident — Les deux mémoires déposés par les intimés en appel et en réponse à la requête ne laissaient aucun doute sur le fait qu'il n'y avait qu'une seule question à trancher en appel — Le mémoire des intimés ne dépassait pas les limites des questions telles qu'elles étaient formulées dans l'avis d'appel — La requête de la Couronne en autorisation de déposer un mémoire en réponse a été accueillie, mais seulement sur la question de la fiducie politique.*

*Pratique — Prescription — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale accueillant en partie une action par laquelle la tribu des Blood (intimés) soutenait que le Canada (l'appellant) avait manqué à ses obligations issues du Traité n° 7 ainsi qu'à ses obligations de fiduciaire — L'essentiel de la thèse des intimés était que la revendication pour violation des clauses du Traité n° 7 relatives aux droits fonciers issus de traités (DFIT) n'était devenue recevable qu'avec l'édiction du paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — Les intimés ont soutenu qu'en inscrivant les droits issus de traités existants*



*of s. 35(1) — Such argument found favour with Federal Court judge — However, this reasoning was flawed — Limitation periods have been consistently applied to treaty claims regardless of whether they arose before or after 1982 — Also, respondents' argument before Federal Court that there exists discretion to waive limitation period rejected, correctly so — Court would be on very uncertain, if not arbitrary ground, if it appropriated to itself authority to override clear choice of Parliament in respect of prescription legislation — While reconciliation is over-arching objective, it does not allow court to disregard law expressed by Legislatures or Parliament.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing in part an action in which the Blood Tribe (respondents) asserted that Canada (appellant) breached its obligations both under the terms of Treaty No. 7 and as a fiduciary. The respondents have long claimed that the size of the reserve did not accord with that promised by the Treaty. They sought declarations to that effect, an order directing that Canada procure lands from the province of Alberta for addition to the Reserve and monetary compensation for lost use, mineral royalties and rents since 1877.

The Blackfoot Confederacy and the Crown executed Treaty No. 7 on September 22, 1877. The Treaty established Blood Tribe Reserve No. 148. Encompassing 547.5 square miles, it is the largest reserve in Canada and home of the Kainai, or Blood Tribe. The appeal raised the single question whether the terms of Treaty No. 7 were enforceable in a Canadian court prior to the coming into force of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The entitlement or not of the Blood Tribe to 162.5 square miles of land in south-western Alberta pivoted on the answer to this question. Treaty No. 7 established the size of the reserve through a formula promising “one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families”.

The Federal Court found that the appellant was in breach of its Treaty commitment. The size of the reserve was understated by 162.5 square miles. The Federal Court also found that the breach of the treaty land entitlement (TLE) was discoverable as early as 1971. It rejected all allegations of concealment, lulling or deception on the part of Canada, finding that they were not established in the evidence. In the result, the TLE claim was barred by paragraphs 5(1)(e) and (g) of Alberta's *Limitation of Actions Act* and subsection 39(1) of the *Federal Courts Act*.

*dans la Loi constitutionnelle de 1982, une nouvelle cause d'action avait été créée, de sorte que le délai de prescription n'avait commencé à courir qu'à l'édition du paragraphe 35(1) — Le juge de la Cour fédérale a souscrit à cet argument — Cependant, ce raisonnement comportait une faille — Les délais de prescription ont toujours été appliqués aux revendications relatives aux traités, qu'elles soient nées avant ou après 1982 — L'argument des intimés présenté devant la Cour fédérale, selon lequel il existe un pouvoir discrétionnaire de suspendre l'application du délai de prescription, a été rejeté à juste titre — Un tribunal s'aventurerait en terrain peu sûr, voire arbitraire, s'il s'appropriait le pouvoir de supplanter le choix clair du législateur en matière de prescription — Bien que la réconciliation soit un objectif primordial, elle ne permet pas à un tribunal de faire abstraction du droit exprimé par le législateur provincial ou fédéral.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale accueillant en partie une action par laquelle la tribu des Blood (intimés) soutenait que le Canada (l'appellant) avait manqué à ses obligations issues du Traité n° 7 ainsi qu'à ses obligations de fiduciaire. Les intimés ont longtemps soutenu que la taille de la réserve ne correspondait pas à celle promise par le Traité. Ils ont demandé des jugements déclaratoires le confirmant, une ordonnance enjoignant au Canada d'acquérir des terres de la province de l'Alberta pour les ajouter à la réserve et une indemnité financière pour la perte de jouissance et la perte des redevances minières et des loyers depuis 1877.

La Confédération des Pieds-Noirs et la Couronne ont signé le Traité n° 7 le 22 septembre 1877. Le Traité a établi la réserve n° 148 de la tribu des Blood. S'étendant sur 547,5 milles carrés, c'est la plus grande réserve du Canada et le foyer des Kainai, ou la tribu des Blood. L'appel a soulevé une seule question, celle de savoir si les tribunaux canadiens avaient le pouvoir de faire exécuter les modalités du Traité n° 7 avant l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le droit, ou non, de la tribu des Blood à 162,5 milles carrés de terres dans le sud-ouest de l'Alberta dépendait de la réponse à cette question. Dans le Traité n° 7, la taille de la réserve était fixée au moyen d'une formule promettant « un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites »

La Cour fédérale a conclu que l'appellant avait manqué aux engagements qu'il avait pris aux termes du Traité. La réserve était trop petite de 162,5 milles carrés. La Cour fédérale a également conclu que la violation des droits fonciers issus de traités (DFIT) aurait pu être découverte dès 1971. Elle a rejeté toutes les allégations de dissimulation, de leurre ou de tromperie de la part du Canada, estimant qu'elles n'étaient pas étayées par la preuve. Par conséquent, la revendication relative aux DFIT était prescrite du fait des alinéas 5(1)e) et g) de la loi

Combined, these provisions required the respondents to bring their claim within six years of its discoverability date. As the claim was discoverable in 1971 and the action not commenced until 1980, the appellants were barred by the prescription period. The Federal Court also held that an action for breach of a treaty commitment could not be pursued in a Canadian court prior to 1982. It reasoned that as treaties are not contracts and as the 1980 action was pled in contract, no cause of action existed by which the respondents could have enforced the Treaty commitment. The Federal Court adopted the act of state doctrine, a principle of international law that provides that, unless incorporated into a domestic law, treaties are not enforceable in national courts. It reasoned that there is nothing in the *Indian Act* permitting a First Nation to bring an action to enforce the TLE under a Treaty. As Treaty No. 7 was not incorporated into Canadian law, it was not enforceable in Canadian courts. In the judge's opinion, this changed on April 17, 1982, with the advent of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. Therefore, for the purposes of the Alberta *Limitation of Actions Act, 1970*, time only began to run in 1982. In effect, the Federal Court found that the respondents had commenced an action before it had a cause of action. The Attorney General appealed, contending that a cause of action for breach of a treaty right existed at common law prior to 1982 and that the Federal Court misunderstood the law in this regard. The respondents claimed that the Federal Court made no error, that Treaties did not create enforceable obligations and that they were unenforceable in the absence of legislative ratification. They submitted that they had no recourse or remedy for the breach of their treaty until 1982 when section 35 came into force.

A preliminary issue arose as to whether to accept the appellant's motion for leave to file a reply memorandum. The main issue was whether the Federal Court was right in concluding as it did.

*Held*, the appeal should be allowed.

The motion was prompted by what the appellant asserted was an attempt by the respondents to raise new issues that were not considered by the trial judge and to reverse the judgment of the Federal Court with respect to separate and legally distinct issues from those raised by the notice of appeal. The appellant asserted that the respondents were recasting their case, putting it on a different basis than they did at trial and that a notice

albertaine intitulée *Limitation of Actions Act* (Loi sur les délais de prescription) et du paragraphe 39(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ensemble, ces dispositions avaient pour effet d'obliger les intimés à présenter leur revendication dans un délai de six ans à compter de la date à laquelle la violation pouvait être découverte. Comme la violation aurait pu être découverte dès 1971 et que l'action n'a été engagée qu'en 1980, l'action des appellants était prescrite. La Cour fédérale a également conclu qu'une action pour violation d'engagements pris par traité ne pouvait être intentée devant un tribunal canadien avant 1982. Elle a estimé que, puisque les traités ne sont pas des contrats et que l'action intentée en 1980 reposait sur le droit contractuel, il n'existait aucune cause d'action par laquelle les intimés auraient pu faire respecter l'engagement pris par le Traité. La Cour fédérale a adopté la théorie de l'acte de gouvernement, un principe de droit international en vertu duquel, à moins que les traités ne soient incorporés dans une loi nationale, les tribunaux nationaux n'ont pas le pouvoir de les faire exécuter. Selon le juge, rien dans la *Loi sur les Indiens* ne permet à une Première Nation d'intenter une action pour faire appliquer les DFIT aux termes d'un traité. Le Traité n° 7 n'ayant pas été incorporé dans le droit canadien, les tribunaux canadiens n'avaient pas le pouvoir de le faire exécuter. De l'avis du juge, cette situation a changé le 17 avril 1982, avec l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, pour l'application de la *Limitation of Actions Act* de 1970 de l'Alberta, le délai n'a commencé à courir qu'en 1982. En fait, la Cour fédérale a conclu que les intimés avaient intenté une action avant d'avoir une cause d'action. Le procureur général a fait appel, soutenant qu'il existait en common law une cause d'action pour violation de droits issus de traités avant 1982 et que la Cour fédérale a mal compris le droit à cet égard. Les intimés ont soutenu que la Cour fédérale n'avait pas commis d'erreur, que les traités ne créaient pas d'obligations exécutoires et qu'ils ne pouvaient être exécutoires sans loi les ratifiant. Ils ont fait valoir qu'ils n'avaient aucun recours et ne pouvaient obtenir aucune réparation pour la violation de leur traité jusqu'en 1982, lorsque l'article 35 est entré en vigueur.

Une question préliminaire a été soulevée pour savoir si la requête en autorisation de déposer un mémoire en réponse de l'appellant devait être accueillie. La principale question était celle de savoir si la Cour fédérale avait eu raison de tirer la conclusion à laquelle elle était arrivée.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La requête était motivée par ce que l'appellant avait appelé une tentative, par les intimés, de soulever de nouvelles questions n'ayant pas été prises en compte par le juge de première instance et d'infirmer le jugement de la Cour fédérale à l'égard de questions différentes et juridiquement distinctes de celles soulevées dans l'avis d'appel. L'appellant a soutenu que les intimés modifiaient leur affaire, lui donnant un fondement différent

of cross-appeal was required. In response, the respondents contended that no cross-appeal was required, as they were not seeking a different disposition or judgment than that under appeal.

A notice of cross-appeal must be filed when a different disposition of the decision under appeal is sought. The arguments that the respondents advanced were alternative arguments. A notice of cross-appeal is required where the alternative argument is made in support not of the judgment appealed from but of a claim for a different judgment or, where the alternative argument, or the new angle would result in a different judgment, a notice of cross-appeal is required. The general rule is that the Court will not hear a ground of appeal that was not raised in the notice of appeal or cross-appeal. A new issue on appeal is one that is factually and legally distinct from those raised at trial. The test as to whether it should be entertained is stringent and the onus is on the party seeking to raise the issue to establish that the court can hear the issue without prejudice. The respondents were advancing an alternative argument as a basis for upholding the judgment and, therefore, no notice of cross-appeal was required. It had to be determined whether a new argument should be heard on appeal. The political trust doctrine was not advanced at trial and not considered by the Federal Court. It was a new argument and the respondents made no attempt to link the argument to the reasons of the Federal Court. The second argument objected to was whether the *Indian Act* is a complete code, which ousts the common law right of Aboriginal Canadians to sue. This was a new argument, one which required much more than what was put before the Court to be considered. None of this was argued at trial and the argument was not developed in any way here. A respondent cannot use its discretion to raise “any argument” in support of a decision challenged on appeal as justification to unwind other parts of the judgment in respect of which a notice of cross-appeal ought to have been filed. In those circumstances, fairness requires that notice of that intention be signaled early in the form of a notice of cross-appeal. Both the respondents’ memoranda on appeal and in reply to the motion were examined and left no doubt that there was only one issue on appeal. In oral argument, counsel for the respondents did not stray outside the issues as framed by the notice of appeal or seek a different outcome other than the dismissal of the appeal. Therefore, the respondents’ memorandum was within the guardrails of the issues as framed by the notice of appeal. The Crown’s motion to file a reply was granted but only to the extent that it responded to the political trust issue.

The Federal Court concluded that the historic treaties were international treaties. Even if the judge stopped short of finding

de celui défendu au procès et qu’un avis d’appel incident était nécessaire. En réponse, les intimés ont soutenu qu’aucun appel incident n’était nécessaire, car ils ne demandaient pas de dispositif ou de jugement différent de celui dont il était fait appel.

Une partie doit déposer un avis d’appel incident lorsqu’elle entend demander la réformation de la décision portée en appel. La thèse avancée par les intimés était une thèse subsidiaire. L’avis d’appel incident est requis lorsque l’argument subsidiaire est invoqué à l’appui non pas du jugement porté en appel mais d’un autre jugement ou, lorsque la thèse subsidiaire ou la nouvelle approche entraînerait un jugement différent. La règle générale est que notre Cour n’entend pas les motifs d’appel qui n’ont pas été soulevés dans l’avis d’appel ou d’appel incident. Une question est nouvelle lorsque, sur les plans tant juridique que factuel, elle diffère des questions soulevées au procès. Le critère servant à déterminer s’il convient d’examiner une question nouvelle est rigoureux et il incombe à la partie voulant la soulever d’établir que la cour peut l’entendre sans qu’il en résulte de préjudice. Les intimés ont fait valoir une thèse subsidiaire pour justifier le maintien du jugement et, par conséquent, aucun avis d’appel incident n’était requis. Il s’agissait de trancher la question de savoir si une nouvelle thèse devait être entendue en appel. La théorie de la fiducie politique n’avait pas été invoquée au procès et n’avait pas été prise en compte par la Cour fédérale. Il s’agissait d’un nouvel argument et les intimés n’ont pas tenté de lier cet argument aux motifs de la Cour fédérale. Le deuxième argument contesté était celui de savoir si la *Loi sur les Indiens* est un code complet qui annulerait le droit des Canadiens autochtones, issu de la common law, d’intenter des poursuites. Il s’agissait d’un nouvel argument, qui nécessitait l’examen de beaucoup plus d’éléments que ce dont la Cour disposait. Rien de tout cela n’a été discuté au procès et l’argument n’a pas été davantage explicité en l’espèce. Les intimés ne peuvent pas utiliser leur pouvoir discrétionnaire de soulever « tout argument » à l’appui d’une décision frappée d’appel dans le but de justifier l’infirmité d’autres parties du jugement qui devraient plutôt faire l’objet d’un avis d’appel incident. Dans ces circonstances, l’équité exige qu’avis de cette intention soit donné rapidement sous la forme d’un avis d’appel incident. Les deux mémoires déposés par les intimés en appel et en réponse à la requête ont été examinés et ils ne laissaient aucun doute sur le fait qu’il n’y avait qu’une seule question à trancher en appel. Dans les observations orales, l’avocat des intimés ne s’est pas écarté des questions telles que formulées dans l’avis d’appel et n’a pas cherché à obtenir de résultat autre que le rejet de l’appel. Par conséquent, le mémoire des intimés ne dépasse pas les limites des questions telles qu’elles sont formulées dans l’avis d’appel. La requête de la Couronne en autorisation de déposer une réponse a été accueillie, mais seulement sur la question de la fiducie politique.

La Cour fédérale a conclu que les traités historiques étaient des accords internationaux. Même si le juge n’avait pas conclu

that the treaties were international agreements, he erred in deciding the question of whether they were enforceable through the lens of public international law principles and applying the act of state doctrine. The cases relied on did not support the conclusion reached by the Federal Court. The judge adopted substantive principles of international law. To be precise, the judge applied the act of state doctrine, a substantive component of international law, to Treaty No. 7. The doctrine holds that unless domestic legislation provides a right of recourse, municipal or domestic courts do not have the competence to consider treaties between two foreign and sovereign countries. There was no support in the case law on either side of the expiry of the limitation period for the proposition that the historic treaties engage the act of state doctrine and require incorporation into domestic law to be enforceable. Moreover, the policy rationale that underlies the act of state doctrine is incompatible with the fundamental constructs of the Canadian constitutional framework which establishes, through sections 96 and 101 of the *Constitution Act, 1867*, the role of the judiciary in the Canadian federation. Prior to 1982, unless incorporated into law, treaties could not displace or override federal legislation. The judge inverted this principle and established a new one—that a treaty was not enforceable in the absence of parliamentary ratification—and erred in so doing.

The conclusion of the Federal Court that no cause of action could be brought in respect of a breach of treaty right prior to 1982 was inconsistent with established case law and academic commentary. It was also inconsistent with the basic tenant underpinning all Aboriginal law in Canada—the honour of the Crown. Neither were displaced by the fact that the action was framed in contract. Three errors underlied the Federal Court’s conclusion. First, Canadian case law recognizes the enforceability of treaty terms. Although the judge was correct to note the Supreme Court has said that treaties are not contracts, he erred in concluding that, because they are not contracts, they were not enforceable. Treaties are more than contracts, not less. Second, the judge erred in discounting case law that established the enforceability of treaties on the basis that the treaty rights were used defensively and not on a positive basis to assert a treaty right. Third, Aboriginal rights and treaty rights are not the same. While treaty rights are encompassed within the broader concept of Aboriginal rights and now have co-extensive constitutional protection, their provenance and scope are different. Prior to 1982, they were conceptually, historically and jurisprudentially different, and the fact that an action to enforce an Aboriginal right may not have been recognized prior to 1982 does not mean that a treaty right would suffer the same fate. Conflating or merging the two streams of law, one addressing Aboriginal rights, the other addressing treaty rights, is an error. Treaty rights are different

que les traités étaient des accords internationaux, il a commis une erreur en tranchant la question de leur caractère exécutoire à travers le prisme des principes du droit international public et en appliquant la théorie de l’acte de gouvernement. Les cas invoqués n’étaient pas la conclusion qu’avait tirée la Cour fédérale. Le juge a adopté des principes substantiels de droit international. Précisément, le juge a appliqué au Traité n° 7 la théorie de l’acte de gouvernement, une composante substantielle du droit international. Selon cette théorie, à moins que la législation nationale ne prévoit un droit de recours, les tribunaux municipaux ou nationaux n’ont pas compétence pour examiner les traités conclus entre deux pays étrangers et souverains. Rien dans la jurisprudence, de part et d’autre de l’expiration du délai de prescription, n’étaye l’idée que les traités historiques engagent la théorie de l’acte de gouvernement et nécessitent une incorporation dans le droit national pour être exécutoires. En outre, le raisonnement de politique administrative qui sous-tend la théorie de l’acte de gouvernement est incompatible avec les principes fondamentaux du cadre constitutionnel canadien, lequel établit, au moyen des articles 96 et 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, le rôle du pouvoir judiciaire dans la fédération canadienne. Avant 1982, à moins d’être incorporés dans une loi, les traités ne pouvaient pas se substituer à une loi fédérale ou l’emporter sur celle-ci. Le juge a inversé ce principe et en a établi un nouveau — à savoir qu’un traité n’est pas exécutoire à moins qu’il ne soit ratifié par le législateur — et ce faisant, il a commis une erreur.

La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle il n’existait aucune cause d’action à l’égard d’une violation d’un droit issu de traités avant 1982 était incompatible avec la jurisprudence établie et la doctrine. Elle était également incompatible avec le principe fondamental qui sous-tend tout le droit autochtone au Canada : l’honneur de la Couronne. Ni l’honneur de la Couronne ni la jurisprudence ne sont devenus obsolètes du simple fait que l’action était présentée en termes de droit des contrats. La conclusion de la Cour fédérale était fondée sur trois erreurs. Premièrement, la jurisprudence canadienne reconnaît le caractère exécutoire des modalités des traités. Bien que le juge ait eu raison de noter que la Cour suprême a observé que les traités ne sont pas des contrats, il a commis une erreur en concluant que, parce qu’ils ne sont pas des contrats, ils ne sont pas exécutoires. Les traités sont plus que des contrats, ils ne sont pas moindres. Deuxièmement, le juge a commis une erreur en faisant fi de la jurisprudence qui établissait le caractère exécutoire des traités au motif que les droits issus de traités étaient utilisés comme moyen de défense et non de manière active pour faire valoir un droit issu de traités. Troisièmement, les droits ancestraux et les droits issus de traités ne sont pas les mêmes. Si les droits issus de traités sont englobés dans le concept plus large des droits ancestraux et bénéficient désormais d’une protection constitutionnelle coextensive, leur provenance et leur portée sont différentes. Avant 1982, ils étaient différents sur les plans conceptuel, historique et jurisprudentiel, et le fait qu’une



from Aboriginal rights. Furthermore, the specific obligation in Treaty No. 7 that was at issue was not governed by the political trust doctrine. A treaty right, while held by Indigenous peoples, stems from an agreement between Aboriginal Canadians and the Crown. Treaties “are analogous to contracts, albeit of a very solemn and special, public nature”. What had to be determined was whether a court would have given legal effect to Treaty No. 7 on the eve of the expiry of the limitation period pursuant to the Alberta *Limitation of Actions Act*, 1970. To answer that question, a review of the case law both before 1982 and after was made. This review established that a treaty right in the nature of the TLE commitment in Treaty No. 7 would have been enforceable prior to 1982.

By 1983, the existence of Aboriginal title rights were unquestionably enforceable. The fact that the concept of Aboriginal title achieved recognition at common law by 1983 reinforced the conclusion that choate, precise treaty rights such as the TLE claim in issue were enforceable on the expiry of the limitation period. Case law that followed the limitation date confirmed the conclusion that treaties create enforceable obligations. The guidance of the Supreme Court has been consistent. Canadian courts have been agnostic to how treaties are legally classified and as to the means or “form” by which their terms are enforced. Treaties have evolved from “solemn agreements” to “contracts”, to instruments protected from provincial encroachment to *sui generis* agreements, to constitutionally protected agreements. Regardless of the label applied, there is a unifying theme that treaty rights are legally enforceable. The Federal Court erred when it concluded that because the Supreme Court has said treaties “are not contracts” that an action pled in contract for breach of the TLE term was not cognizable. Regarding statutory authority to sue, the Federal Court judge offered a third reason for concluding that there was no right of action at common law to sue on a treaty. He found that the *Indian Act* was a statutory impediment to a suit to enforce a treaty. After reviewing section 88 of the *Indian Act*, the judge concluded that it contained nothing that allowed a First Nation to bring an action to enforce the TLE under a Treaty. Absent a legislative authority to sue, there was no ability by a band to enforce a treaty. This conclusion could not be sustained. There has never been a requirement that the *Indian Act* permit or grant an authority to sue to enforce a treaty and this was not the effect of section 88 of the *Indian Act*. The conclusion reached by the Federal Court was also inconsistent with the presumption of statutory interpretation that, absent express language, legislation does not intend to interfere with or displace common law rights. Furthermore, the argument advanced was, presumptively, offensive of section 15 of the *Canadian Charter*

action visant à faire valoir un droit ancestral puisse ne pas avoir été reconnue avant 1982 ne signifie pas qu’un droit issu d’un traité aurait subi le même sort. Confondre ou fusionner les deux courants de droit, l’un traitant des droits ancestraux, l’autre des droits issus de traités, est une erreur. Les droits issus de traités sont différents des droits ancestraux. En outre, l’obligation particulière issue du Traité n° 7 en cause en l’espèce n’était pas régie par la théorie de la fiducie politique. Les droits issus de traités, bien que détenus par les peuples autochtones, naissent d’accords entre les Canadiens autochtones et la Couronne. Les traités « sont comme des contrats, si ce n’est qu’ils ont un caractère public, très solennel et particulier ». Il s’agissait de déterminer si un tribunal aurait donné un effet juridique au Traité n° 7 à la veille de l’expiration du délai de prescription prévu par la *Limitation of Actions Act* de 1970 [de l’Alberta]. Pour répondre à cette question, un examen de la jurisprudence avant et après 1982 a été réalisé. Cet examen a révélé qu’un droit issu de traités de la nature de l’engagement relatif aux DFIT pris dans le Traité n° 7 aurait été exécutoire avant 1982.

En date de 1983, les droits ancestraux étaient incontestablement exécutoires. Le fait que le concept de titre autochtone ait été reconnu en common law en 1983 a renforcé la conclusion selon laquelle les droits issus de traités circonscrits et précis, comme la revendication relative aux DFIT, étaient exécutoires à l’expiration du délai de prescription. La jurisprudence qui suit le délai de prescription a confirmé la conclusion selon laquelle les traités créent des obligations exécutoires. Les enseignements de la Cour suprême n’ont jamais varié. Les tribunaux canadiens se sont montrés agnostiques quant à la manière de catégoriser juridiquement les traités et quant aux moyens ou à la « forme » par lesquels on les fait exécuter. Les traités ont évolué, passant d’« accords solennels » à « contrats », à instruments protégés contre l’empiétement par les provinces, à accords *sui generis*, puis à accords protégés par la Constitution. Quelle que soit l’étiquette qu’on leur appose, il y a un thème unificateur, à savoir que les droits issus de traités sont juridiquement exécutoires. La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que, étant donné que la Cour suprême a déclaré que les traités « ne sont pas des contrats », une action fondée sur les droits des contrats pour violation des DFIT n’était pas recevable. Concernant le fondement législatif de l’action en justice, le juge de la Cour fédérale a présenté un troisième motif pour conclure qu’il n’existait pas en common law de droit d’action pour faire exécuter un traité. Il a conclu que la *Loi sur les Indiens* constituait un obstacle légal aux poursuites visant à faire respecter un traité. Après avoir examiné l’article 88 de la *Loi sur les Indiens*, le juge a conclu que rien dans cette loi ne permettait à une Première Nation d’intenter une action pour faire appliquer les DFIT aux termes d’un traité. Faute de disposition législative conférant le pouvoir d’intenter des poursuites, les bandes n’avaient pas la capacité de faire respecter un traité. Cette conclusion ne pouvait pas être retenue. Il n’a jamais été nécessaire que la *Loi sur les Indiens* autorise les poursuites ou

of *Rights and Freedoms*. Courts are to eschew interpretations that offend the Charter.

The respondents bolstered the judge's conclusion that treaties were unenforceable by reference to "the political trust" doctrine, a view for a period of time in the evolution of Crown/Indigenous case law that the Crown's obligations in respect of Indigenous Canadians were viewed as political and not legal obligations. The doctrine, they submitted, supported the conclusion that treaty rights, as opposed to Aboriginal rights, were unenforceable as of the expiry of the limitation period. However, this was not so. The doctrine, applicable to Aboriginal rights, could not be transported into the law of treaties. The political trust doctrine does not apply to the question of whether a treaty right is enforceable. Where the political rights doctrine is applicable, however, is in respect of Aboriginal rights. The enforceability of treaty rights does not depend on a discretionary political trust. The application of the political trust doctrine in the context of a treaty claim was previously rejected by the Federal Court of Appeal.

Section 35 of the *Constitution Act, 1982*, recognizes the prior occupation of Canada by organized, autonomous societies and seeks to reconcile their modern-day existence with the Crown's sovereignty over them. Section 35 must be read with paragraph 25(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees that the Charter will not abrogate or derogate from any "aboriginal, treaty or other rights", including "any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763." The crux of the respondents' position was that the claim for breach of the TLE term of Treaty No. 7 only became actionable with the enactment of subsection 35(1). They submitted that in enshrining existing treaty rights into the *Constitution Act, 1982*, a new cause of action was created, with the result that the limitation period only began to run with the enactment of subsection 35(1). This argument found favour with the Federal Court judge. However, this reasoning was flawed. Limitation periods have been consistently applied to treaty claims regardless of whether they arose before or after 1982. Subsection 35(1) is not the source of treaty rights. Treaty rights flow from the treaty, not the Constitution. By its express and unambiguous terms, the scope of section 35 requires, in each case, an inquiry into whether the treaty right was existing as of April 17, 1982. Not all treaty rights were

accordé le pouvoir d'intenter des poursuites pour faire respecter un traité, et ce n'est pas l'effet de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*. La conclusion à laquelle est parvenue la Cour fédérale est également incompatible avec la présomption d'interprétation des lois voulant que, sans langage exprès en ce sens, la législation n'est pas censée interférer avec les droits issus de la common law ni les supplanter. En outre, la thèse défendue est, par présomption, contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les tribunaux doivent s'abstenir de faire des interprétations qui vont à l'encontre de la Charte.

Les intimés ont soutenu la conclusion du juge selon laquelle les traités n'étaient pas exécutoires en invoquant la théorie de la « fiducie politique », un point de vue qui a eu cours pendant un certain temps dans la jurisprudence concernant la Couronne et les Autochtones et qui faisait des obligations de la Couronne à l'égard des Canadiens autochtones des obligations politiques, et non juridiques. La doctrine, ont-ils fait valoir, était la conclusion selon laquelle les droits issus de traités, par opposition aux droits ancestraux, n'étaient pas exécutoires à l'expiration du délai de prescription. Toutefois, ce n'était pas le cas. La doctrine, applicable aux droits ancestraux, ne pouvait pas être transposée dans le droit des traités. La théorie de la fiducie politique ne s'applique pas à la question de savoir si un droit issu d'un traité est exécutoire. La théorie des droits politiques s'applique toutefois aux droits ancestraux. Le caractère exécutoire des droits issus de traités ne dépend pas d'une fiducie politique discrétionnaire. L'application de la théorie de la fiducie politique dans le contexte d'une revendication relative à un traité a déjà été rejetée par la Cour d'appel fédérale.

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît l'occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes et cherche à concilier leur existence moderne avec la souveraineté de la Couronne sur elles. L'article 35 doit être interprété en conjonction avec l'alinéa 25a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit que la Charte ne portera pas atteinte aux droits « ancestraux, issus de traités ou autres », y compris aux « droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763 ». L'essentiel de la thèse des intimés était que la revendication pour violation des clauses du Traité n° 7 relatives aux droits fonciers issus de traités n'est devenue recevable qu'avec l'édiction du paragraphe 35(1). Ils ont soutenu qu'en inscrivant les droits issus de traités existants dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, une nouvelle cause d'action avait été créée, de sorte que le délai de prescription ne commençait à courir qu'à l'édiction du paragraphe 35(1). Le juge de la Cour fédérale a souscrit à cet argument. Cependant, ce raisonnement comportait une faille. Les délais de prescription ont toujours été appliqués aux revendications relatives aux traités, qu'elles soient nées avant ou après 1982. Le paragraphe 35(1) n'est pas la source des droits issus de traités. Les droits issus de traités découlent des traités, et non de la Constitution. Du fait de son libellé exprès et non ambigu, la portée de l'article 35

given protection as of that date. Also, section 35 did not resuscitate previously barred actions. The respondents had a cause of action prior to the enactment of subsection 35(1) and the limitation period for breach of Treaty No. 7 began to run before the enactment of section 35. The Federal Court's understanding of section 35 could not be reconciled with the relevant case law.

The respondents' argument before the Federal Court that there exists a discretion to waive the limitation was rejected and correctly so. A court would be on very uncertain, if not arbitrary ground, if it appropriated to itself the authority to override the clear choice of Parliament in respect of prescription legislation. While reconciliation is the over-arching objective, it does not allow a court to disregard the law expressed by the Legislatures or Parliament.

In conclusion, the honour of the Crown is the motivating principle of Aboriginal case law and compels the conclusion that the treaties were intended to create enforceable legal obligations. While the honour of the Crown is not a cause of action in and of itself, the doctrine frames, and largely answers the question of whether treaties created legally enforceable obligations. There are circumstances, and this was one of them, where the law itself cannot provide the needed reconciliation. A court does not have a discretion to deem treaty rights enforceable or not depending on how it perceives the equities of a case. The result, in this case, did not foreclose remedies to the respondents. There existed an alternative effective recourse for giving effect to the honour of the Crown and advancing the goal of reconciliation. Parliament established the Specific Claims Tribunal through the *Specific Claims Tribunal Act*. This Tribunal is designed to address historical treaty grievances. The respondents' claim for the TLE would not face a limitations issue in that Tribunal.

exige, dans chaque affaire, que soit menée une enquête pour déterminer si le droit issu de traités existait le 17 avril 1982. Ce ne sont pas tous les droits issus de traités qui étaient protégés à cette date. En outre, l'article 35 n'a pas ressuscité d'actions précédemment prescrites. Les intimés avaient une cause d'action avant l'entrée en vigueur du paragraphe 35(1) et le délai de prescription pour la violation du Traité n° 7 a commencé à courir avant l'édiction de l'article 35. L'interprétation qu'a faite la Cour fédérale de l'article 35 n'a pas pu être conciliée avec cette jurisprudence.

L'argument des intimés présenté devant la Cour fédérale, selon lequel il existe un pouvoir discrétionnaire de suspendre l'application du délai de prescription, a été rejeté à juste titre. Un tribunal s'aventurerait en terrain peu sûr, voire arbitraire, s'il s'appropriait le pouvoir de supplanter le choix clair du législateur en matière de prescription. Bien que la réconciliation soit un objectif primordial et soit le prisme à travers lequel les juges doivent voir le droit, elle ne permet pas à un tribunal de faire abstraction du droit exprimé par le législateur provincial ou fédéral.

En conclusion, l'honneur de la Couronne est le principe qui motive la jurisprudence en droit autochtone et il commande la conclusion portant que les traités visaient à créer des obligations juridiques exécutoires. Bien que l'honneur de la Couronne ne soit pas une cause d'action en soi, ce principe encadre la question de savoir si les traités créent des obligations juridiquement exécutoires et y répond largement. Il existe des circonstances, comme en l'espèce, où le droit seul ne peut mener à la réconciliation voulue. Les cours n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider que les droits issus de traités sont exécutoires ou non selon qu'elles perçoivent qu'une affaire est équitable ou non. Le résultat, en l'espèce, n'excluait pas que les intimés puissent obtenir des mesures de redressement. Il existait un autre recours efficace pour faire jouer l'honneur de la Couronne et faire progresser l'objectif de réconciliation. Le législateur a créé le Tribunal des revendications particulières par la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*. Ce tribunal a été conçu pour se pencher sur les griefs historiques liés aux traités. Devant ce tribunal, la revendication des intimés à l'égard des DFIT ne se serait pas butée à une question de délai de prescription.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 12 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 20], s. 16.  
*British North America Act, 1867 (The)*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*,

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte concernant les cours Suprême et de l'Échiquier*, S.R.C. 1886, ch. 135, art. 73(2).  
*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, art. 58.  
*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].  
*Acte des Pétitions de Droit, 1875*, S.C. 1875, ch. 12.

- 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 15, 25(a).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(24), 109, 146.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35, 96, 101.
- Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39(1).
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 31(3), 88.
- Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150(1).
- Limitation of Actions Act (The)*, R.S.A. 1970, c. 209, ss. 3(1)(j), 5(1)(e),(g).
- Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3 (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 2) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8], s. 31.
- North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, s. 11.
- Ontario Fishery Regulations*, SOR/2007-237.
- Petition of Right Act, 1875 (The)*, S.C. 1875, c. 12.
- Petition of Right Act, 1876 (The)*, S.C. 1876, c. 27, ss. 2, 3, 19(3), 21.
- Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
- Rupert's Land and North-Western Territory Order*, June 23, 1870, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9.
- Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22, s. 19.
- Supreme Court and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11, s. 58.
- Supreme Court and Exchequer Court Act*, R.S.C. 1886, c. 135, s. 73(2).
- The Exchequer Court Act*, c. 16, s. 15.
- Treaty of Waitangi Act 1975* (1975 No. 114) (N.Z.).
- Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1.
- Acte des Pétitions de Droit, 1876*, S.C. 1876, ch. 27, art. 2, 3, 19(3), 21.
- Acte des Territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 11.
- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15, 25a).
- Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, 23 juin 1870, L.R.C. (1985), appendice II, n° 9.
- Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, ch. 163, art. 150(1).
- Limitation of Actions Act (The)*, R.S.A. 1970, ch. 209, art. 3(1)(j), 5(1)(e),(g).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24), 109, 146.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35, 96, 101.
- Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3 (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 2) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 8], art. 31.
- Loi de la Cour de l'Échiquier*, ch. 16, art. 15.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1.
- Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3 (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 12 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 20], art. 16.
- Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22, art. 19.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39(1).
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 31(3), 88.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.
- Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1.
- Règlement de pêche de l'Ontario*, DORS/2007-237.
- Treaty of Waitangi Act 1975* (1975 No. 114) (N.Z.).
- Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Convention between His Britannic Majesty and the United States of America*, signed at London, October 20, 1818, Art. II.
- Jay Treaty (1794).
- Natural Resources Transfer Agreement (Alberta)*, confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26].
- Robinson-Huron Treaty (1850).

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention entre Sa Majesté britannique et les États-Unis d'Amérique*, signée à Londres, le 20 octobre 1818, art. II.
- Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta)*, confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].
- Traité Jay (1794).
- Traité n° 3 (1873).
- Traité n° 6 (1876).

Treaty No. 3 (1873).  
 Treaty No. 6 (1876).  
 Treaty No. 7 (1877).  
 Treaty No. 8 (1899).  
 Treaty No. 20 (1818).  
 Treaty of Waitangi (1840).

Traité n° 7 (1877).  
 Traité n° 8 (1899).  
 Traité n° 20 (1818).  
 Traité Robinson-Huron (1850).  
 Treaty of Waitangi (1840).

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372.

## NOT FOLLOWED:

*Rex v. Syliboy*, 1928 CanLII 352, [1929] 1 D.L.R. 307 (N.S. Co. Ct.).

## APPLIED:

*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, 70 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, 133 D.L.R. (4th) 324; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, 1996 CanLII 216; *The Province of Ontario v. The Dominion of Canada and the Province of Quebec* (1895), 25 S.C.R. 434, 1895 CanLII 112, affd *Canada (Attorney General) v. Ontario (Attorney General)*, [1897] A.C. 199, 1896 CarswellNat 44 (WL Can.); *Henry v. The King* (1905), 9 Ex. C.R. 417, 1905 CarswellNat 19 (WL Can.); *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, 52 W.W.R. 193, affd [1965] S.C.R. vi (note), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, 177 D.L.R. (4th) 513; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245.

## DISTINGUISHED:

*Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board (New Zealand)*, [1941] UKPC 6 (BAILII), [1941] A.C. 308; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, 1956 CanLII 79; *Nayak Vajesingji Joravarsingji and others v. The Secretary of State for India in Council*, [1924] UKPC 51 (BAILII), (1924) L.R. 51 Ind. App. 357.

## CONSIDERED:

*R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, [1999] 2 C.N.L.R. 289; *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576; *Miller Thomson LLP v. Hilton Worldwide Holding LLP*, 2019 FCA 156, 166 C.P.R. (4th) 185; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Agawa*, 1988 CanLII 148, 65 O.R. (2d) 505, 53 D.L.R. (4th) 101 (C.A.); *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, 1985 CanLII 11; *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, 1988 CanLII

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372.

## DÉCISION NON SUIVIE :

*Rex v. Syliboy*, 1928 CanLII 352, [1929] 1 D.L.R. 307 (C. de comté N.-É.).

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 1996 CanLII 216; *The Province of Ontario v. The Dominion of Canada and the Province of Quebec* (1895), 25 S.C.R. 434, 1895 CanLII 112, conf. par *Canada (Attorney General) v. Ontario (Attorney General)*, [1897] A.C. 199, 1896 CarswellNat 44; *Henry v. The King* (1905), 9 Ex. C.R. 417, 1905 CarswellNat 19; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, 52 W.W.R. 193, conf. par [1965] R.C.S. vi (note), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, 1999 CanLII 665; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board (New Zealand)*, [1941] UKPC 6 (BAILII), [1941] A.C. 308; *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, 1956 CanLII 79; *Nayak Vajesingji Joravarsingji and others v. The Secretary of State for India in Council*, [1924] UKPC 51 (BAILII), (1924) L.R. 51 Ind. App. 357.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, 1999 CanLII 673; *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576; *Miller Thomson LLP c. Hilton Worldwide Holding LLP*, 2019 CAF 156; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. v. Agawa*, 1988 CanLII 148, 65 O.R. (2d) 505, 53 D.L.R. (4th) 101 (C.A.); *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, 1985 CanLII 11; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, 1988 CanLII 91; *R. v. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Calder et*



91; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, 70 D.L.R. (4th) 427; *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, 34 D.L.R. (3d) 145; *Pawis v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 18 (T.D.); *Hay River (Town of) v. The Queen* (1979), [1980] 1 F.C. 262, 101 D.L.R. (3d) 184 (T.D.); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118, 1982 WL 221742 (C.A.); *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, 456 D.L.R. (4th) 1; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, 13 D.L.R. (4th) 321, revg [1983] 2 F.C. 656, 143 D.L.R. (3d) 416 (C.A.); *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, 1981 CarswellOnt 641 (WL Can.) (C.A.); *Dreaver v. The King* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (Ex. Ct.); *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs & Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518, 107 D.L.R. (3d) 513 (T.D.); *St. Catharines Milling & Lumber Co. v. R.*, [1888] UKPC 70, 1888 CarswellOnt 22 (WL Can.), affg (1887), 13 S.C.R. 577, 13 O.A.R. 148; *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774, 1932 CanLII 269 (Alb. C.A.); *R. v. Dennis* (1974), 56 D.L.R. (3d) 379, 1974 CanLII 1185 (B.C. Prov. Ct.); *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, 1989 CanLII 122; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48, 1998 CarswellNat 2201 (WL Can.) (T.D.); *Apassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20, 1987 CarswellNat 229 (WL Can.) (T.D.); *Peepeekisis First Nation v. Canada*, 2013 FCA 191, 448 N.R. 202, [2014] 1 F.C.R. D-2; *Samson First Nation v. Canada*, 2015 FC 836, affd *sub nom. Buffalo v. Canada*, 2016 FCA 223, leave to appeal to S.C.C. refused, [2017] 1 S.C.R. viii; *Goodswimmer v. Canada (Attorney General)*, 2017 ABCA 365, 418 D.L.R. (4th) 157; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533.

## REFERRED TO:

*The Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 (BAILII), [1859] E.R. 836; *Les Plastiques Algar (Canada) Ltée v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FCA 152, *sub nom. Kligman v. M.N.R.*, 2004 FCA 152, [2004] 4 F.C.R. 477; *Smith v. St. Albert (City)*, 2014 ABCA 76, 569 A.R. 363, 370 D.L.R. (4th) 514; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Eli Lilly Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2018 FCA 53; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *Cook v. Sprigg*, [1899] UKPC 61, [1899] A.C. 572; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, 133 D.L.R. (4th) 658; *R. v. Moses* (1969), [1970] 3 O.R. 314, 13 D.L.R. (3d) 50 (Dist. Ct.); *Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655, 365 A.R. 1, [2004] 4 C.N.L.R. 110; *Re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 1123, 189 D.L.R. (4th) 333; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, 1997 CanLII 302; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1

*al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 1973 CanLII 4; *Pawis c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 18 (1<sup>re</sup> inst.); *Hay River (Ville de) c. La Reine* (1979), [1980] 1 C.F. 262 (1<sup>re</sup> inst.); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118, 1982 WL 221742 (C.A.); *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 1984 CanLII 25, infirmant [1983] 2 C.F. 656, 1982 CanLII 5272 (C.A.); *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, 1981 CarswellOnt 641 (C.A.); *Dreaver v. The King* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (C. de l'É.); *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1<sup>re</sup> inst.); *St. Catharines Milling & Lumber Co. v. R.*, [1888] U.K.P.C. 70, 1888 CarswellOnt 22, confirmant (1887), 13 S.C.R. 577, 13 O.A.R. 148; *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774, 1932 CanLII 269 (C.A. de l'Alb.); *R. v. Dennis* (1974), 56 D.L.R. (3d) 379, 1974 CanLII 1185 (C. prov. C.-B.); *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 1989 CanLII 122; *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1<sup>re</sup> inst.); *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20, 1987 CarswellNat 229 (1<sup>re</sup> inst.); *Bande de Peepeekisis c. Canada*, 2013 CAF 191, [2014] 1 R.C.F. F-5; *Première nation Samson c. Canada*, 2015 CF 836, conf. par *sub nom. Buffalo c. Canada*, 2016 CAF 223, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 1 R.C.S. viii; *Goodswimmer v. Canada (Attorney General)*, 2017 ABCA 365, 418 D.L.R. (4th) 157; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*The Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 (BAILII), [1859] E.R. 836; *Les Plastiques Algar (Canada) Ltée c. Canada (Ministre du revenu national)*, 2004 CAF 152, *sub nom. Kligman c. M.R.N.*, 2004 CAF 152, [2004] 4 R.C.F. 477; *Smith v. St. Albert (City)*, 2014 ABCA 76, 569 A.R. 363, 370 D.L.R. (4th) 514; *Quan v. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Eli Lilly Canada Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2018 CAF 53; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *Cook v. Sprigg*, [1899] UKPC 61, [1899] A.C. 572; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. v. Moses* (1969), [1970] 3 O.R. 314, 13 D.L.R. (3d) 50 (C. dist.); *Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655, 365 A.R. 1, [2004] 4 C.N.L.R. 110; *Re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461; *Ontario (Procureur Général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 1123, 189 D.L.R. (4th) 333 (C.S. C.-B.); *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1997 CanLII 302; *R. c. Sharpe*, 2001

S.C.R. 45; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2021] 1 F.C.R. 53, 448 D.L.R. (4th) 714; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3, 148 D.L.R. (4th) 523 (C.A.); *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Utah*, 2020 FCA 224, 455 D.L.R. (4th) 714.

CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CAF 130, [2021] 1 R.C.F. 53; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3, 1997 CanLII 6347 (C.A.); *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Utah*, 2020 CAF 224.

## AUTHORS CITED

Borrows, John and Leonard Rotman. “The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights : Does it Make a Difference” (1997), 1997 CanLIIDocs 142 36:1 *Alta. L. Rev.* 9.

Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *Statement of the Government of Canada on Indian Policy, 1969*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.

Grammond, Sébastien. *Terms of Coexistence: Indigenous People and Canadian Law*, Toronto: Carswell, 2013.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Vol. 2, Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

Hudson's Bay Company. *The Royal Charter for Incorporating the Hudson's Bay Company: Granted by His Majesty the King Charles the Second, in the Twenty-Second Year of His Reign, A.D. 1670*. London: H.K. Causton, 1865.

MacKenzie, N. A. M. “Indians and Treaties in Law” (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561.

Mainville, Robert. *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*. Saskatoon: Purich Publishing, 2001.

Oliver, Peter, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*. New York: Oxford University Press, 2017.

Pentney, William F. *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Center, 1987.

Sanders, Douglas. “Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada” in Gerald-A. Beaudoin and Ed Ratushy, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Slattery, Brian. “Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law 2016.

APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 789, [2020] 1 F.C.R. 22) allowing in part an action in which the Blood Tribe asserted that Canada breached its obligations both under the terms of Treaty No. 7 and as a fiduciary. Appeal allowed.

## DOCTRINE CITÉE

Borrows, John et Leonard Rotman. « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights : Does it Make a Difference » (1997), 1997 CanLIIDocs 142 36:1 *Alta. L. Rev.* 9.

Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.

Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien*, Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2003.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 2, Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

Hudson's Bay Company. *The Royal Charter for Incorporating the Hudson's Bay Company : Granted by His Majesty the King Charles the Second, in the Twenty-Second Year of His Reign, A.D. 1670*. London : H.K. Causton, 1865.

MacKenzie, N. A. M. « Indians and Treaties in Law » (1929), 7 *Rev. du B. can.* 561.

Mainville, Robert. *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*. Saskatoon : Purich Publishing, 2001.

Oliver, Peter, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, éd., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*. New York : Oxford University Press, 2017.

Pentney, William F. *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982*. Saskatoon : University of Saskatchewan Native Law Center, 1987.

Sanders, Douglas. « Pre-existing Rights : The Aboriginal Peoples of Canada » dans Gerald-A. Beaudoin et Ed Ratushy, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson et Lafleur, 1989.

Slattery, Brian. « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000), 79 *Rev. du B. can.* 196.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2016.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 789, [2020] 1 R.C.F. 22) accueillant en partie une action par laquelle la tribu des Blood soutenait que le Canada avait manqué à ses obligations issues du Traité n° 7 ainsi qu'à ses obligations de fiduciaire. Appel accueilli.

## APPEARANCES

*Bruce Hughson, Amy Martin-LeBlanc and Marianne Panenka* for appellant.  
*Eugene Meehan, Q.C., Thomas Slade, Gary A. Befus, Joanne F. Crook, Paul Reid and Brendan M. Miller* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Supreme Advocacy LLP, Ottawa, Walsh LLP, Calgary, and Foster LLP, Calgary,* for respondents.

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

RENNIE J.A.:

Table of Contents

	<u>Paragraph</u>
I. Introduction.....	1
Overview .....	1
The historical context.....	20
Preliminary issue.....	37
II. Treaties and the act of state doctrine.....	60
Supreme Court of Canada decisions....	66
Jurisprudence prevailing on the expiry of the limitation period.....	71
Decisions relied on by the Federal Court.....	79
(1) <i>R. v. Agawa</i> .....	80
(2) <i>Francis v. The Queen</i> .....	87
(3) <i>Vajesingji</i> .....	89
(4) <i>Hoani</i> .....	92
III. Whether the terms of Treaty No. 7 were enforceable at common law .....	98
Overview .....	98
Treaty rights and Aboriginal rights.....	106
Governing law .....	112
Jurisprudence prior to 1982.....	116

## ONT COMPARU :

*Bruce Hughson, Amy Martin-LeBlanc et Marianne Panenka* pour l'appelant.  
*Eugene Meehan, c.r., Thomas Slade, Gary A. Befus, Joanne F. Crook, Pau Reid et Brendan M. Miller* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Supreme Advocacy LLP, Ottawa, Walsh LLP, Calgary, et Foster LLP, Calgary* pour les intimés

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

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

Table des matières

	<u>Paragraphe</u>
I. Introduction.....	1
Aperçu .....	1
Le contexte historique.....	20
Question préliminaire.....	37
II. Les traités et la théorie de l'acte de gouvernement.....	60
Arrêts de la Cour suprême du Canada....	66
La jurisprudence en vigueur sur l'expiration du délai de prescription.....	71
Les décisions sur lesquelles se fonde la Cour fédérale .....	79
1) <i>R. v. Agawa</i> .....	80
2) <i>Francis v. The Queen</i> .....	87
3) <i>Vajesingji</i> .....	89
4) <i>Hoani</i> .....	92
III. La question de savoir si les modalités du Traité n° 7 étaient exécutoires en common law.....	98
Aperçu .....	98
Les droits issus de traités et les droits ancestraux .....	106
Le droit applicable.....	112
La jurisprudence avant 1982 .....	116

Post section 35 jurisprudence.....	166	La jurisprudence après l’article 35 .....	166
Academic commentary.....	176	La doctrine.....	176
Statutory authority to sue .....	183	Le fondement législatif de l’action en justice .....	183
The political trust doctrine .....	191	La théorie de la fiducie politique.....	191
IV. Subsection 35(1) of the <i>Constitution Act, 1982</i> .....	200	IV. Le paragraphe 35(1) de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> .....	200
V. Section 35 of the <i>Constitution Act, 1982</i> and limitations legislation.....	210	V. L’article 35 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> et les dispositions sur la prescription .....	210
Supreme Court of Canada guidance....	213	Les enseignements de la Cour suprême du Canada.....	213
Application of <i>Lameman</i> and <i>Wewaykum</i> in other courts.....	218	L’application des arrêts <i>Lameman</i> et <i>Wewaykum</i> par d’autres tribunaux.....	218
Discretion to waive.....	225	Le pouvoir discrétionnaire de suspendre l’application de la prescription .....	225
VI. Conclusion .....	230	VI. Conclusion .....	230

## I. Introduction

*Overview*

[1] This appeal raises the single question whether the terms of Treaty No. 7 were enforceable in a Canadian court prior to the coming into force of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (*Constitution Act, 1982*). The entitlement, or not, of the Blood Tribe to 162.5 square miles of land in south-western Alberta pivots on the answer to this question.

[2] The Blackfoot Confederacy and the Crown executed Treaty No. 7 on September 22, 1877. The Treaty established Blood Tribe Reserve No. 148. Encompassing 547.5 square miles, it is the largest reserve in Canada and home of the Kainai, or Blood Tribe.

[3] Treaty No. 7 established the size of the reserve through a formula promising “one square mile for each family of five persons, or in that proportion for larger and smaller families” (Treaty and Supplementary Treaty No. 7, September 22 and December 4, 1877, at page 4, Appendix D of the Decision under appeal, 2019 FC 789, *per* Zinn J. [Reasons]). The Blood Tribe has long claimed that the size of the reserve did not accord with that

## I. Introduction

*Aperçu*

[1] Le présent appel soulève une seule question, celle de savoir si les tribunaux canadiens avaient le pouvoir de faire exécuter les modalités du Traité n° 7 avant l’entrée en vigueur de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (*Loi constitutionnelle de 1982*). Le droit, ou non, de la tribu des Blood à 162,5 milles carrés de terres dans le sud-ouest de l’Alberta dépend de la réponse à cette question.

[2] La Confédération des Pieds-Noirs et la Couronne ont signé le Traité n° 7 le 22 septembre 1877. Le Traité a établi la réserve n° 148 de la tribu des Blood. S’étendant sur 547,5 milles carrés, c’est la plus grande réserve du Canada et le foyer des Kainai, ou la tribu des Blood.

[3] Dans le Traité n° 7, la taille de la réserve était fixée au moyen d’une formule promettant « un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites » (Traité n° 7 et son supplément, 22 septembre et 4 décembre 1877, à la page 4, annexe D de la décision frappée d’appel, 2019 CF 789, motifs du juge Zinn [les motifs de la C.F.]). La tribu des Blood a longtemps soutenu que la

promised by the Treaty and, in 1980, commenced an action in the Federal Court. The statement of claim asserted that in establishing a reserve less than that provided for by the Treaty, Canada breached its obligations both under the terms of the Treaty and as a fiduciary. The Blood Tribe sought declarations to that effect, an order directing that Canada procure lands from the province of Alberta for addition to the Reserve and monetary compensation for lost use, mineral royalties and rents since 1877.

[4] For decades the action for the breach of treaty land entitlement (the TLE claim) sat in abeyance. What transpired during the 40 years before the 1980 action came to trial in the Federal Court in 2019 is not pertinent to the disposition of this appeal; it does, however, provide necessary context and will be discussed later in these reasons.

[5] The Federal Court found that Canada was in breach of its Treaty commitment. The size of the reserve was understated by 162.5 square miles.

[6] The Federal Court also found that the breach of the treaty land entitlement was discoverable as early as 1971. It rejected all allegations of concealment, lulling or deception on the part of Canada, finding that they were not established in the evidence. In the result, the TLE claim was barred by paragraphs 5(1)(e) and (g) of *The Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1970, c. 209 (*The Limitation of Actions Act*, 1970) and subsection 39(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Combined, these provisions required the Blood Tribe to bring its claim within six years of its discoverability date. As the claim was discoverable in 1971 and the action not commenced until 1980, it was barred by the prescription period.

[7] The judge also held, however, that an action for breach of a treaty commitment could not be pursued in a Canadian court prior to 1982. Relying on *R. v. Sundown*,

taille de la réserve ne correspondait pas à celle promise par le traité et, en 1980, elle a intenté une action devant la Cour fédérale. Selon la déclaration déposée, en établissant une réserve plus petite que celle prévue par le traité, le Canada a manqué à ses obligations issues du traité ainsi qu'à ses obligations de fiduciaire. La tribu des Blood a demandé des jugements déclaratoires le confirmant, une ordonnance enjoignant au Canada d'acquérir des terres de la province de l'Alberta pour les ajouter à la réserve et une indemnité financière pour la perte de jouissance et la perte des redevances minières et des loyers depuis 1877.

[4] Pendant des décennies, l'action pour violation des droits fonciers issus de traités (la revendication relative aux DFIT) est restée en suspens. Ce qui s'est passé au cours des 40 années entre l'introduction de l'action en 1980 et son examen par la Cour fédérale en 2019 est sans importance sur l'issue du présent appel; il s'agit toutefois du contexte, dont il ne peut être fait abstraction, et il en sera discuté plus loin dans les présents motifs.

[5] La Cour fédérale a conclu que le Canada avait manqué aux engagements qu'il avait pris aux termes du traité. La taille de la réserve était trop petite de 162,5 milles carrés.

[6] La Cour fédérale a également conclu que la violation des droits fonciers issus de traités aurait pu être découverte dès 1971. Elle a rejeté toutes les allégations de dissimulation, de leurre ou de tromperie de la part du Canada, estimant qu'elles n'étaient pas étayées par la preuve. Par conséquent, la revendication relative aux DFIT était prescrite du fait des alinéas 5(1)e) et g) de la loi albertaine intitulée *The Limitation of Actions Act* (Loi sur les délais de prescription), R.S.A. 1970, ch. 209 (la *Limitation of Actions Act* de 1970) et le paragraphe 39(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Ensemble, ces dispositions avaient pour effet d'obliger la tribu des Blood à présenter sa revendication dans un délai de six ans à compter de la date à laquelle la violation pouvait être découverte. Comme la violation aurait pu être découverte dès 1971 et que l'action n'a été engagée qu'en 1980, l'action était prescrite.

[7] Toutefois, le juge a également conclu qu'une action pour violation d'engagements pris par traité ne pouvait être intentée devant un tribunal canadien avant 1982.



[1999] 1 S.C.R. 393, [1999] 2 C.N.L.R. 289 (*Sundown*), at paragraph 24 and *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576, at paragraph 37 (*First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*), the judge reasoned that as treaties are not contracts and as the 1980 action was pled in contract, no cause of action existed by which the Blood Tribe could have enforced the Treaty commitment.

[8] After reviewing decisions of the Judicial Committee of the Privy Council (J.C.P.C.) in 1899 (*Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 (BAILII), [1859] E.R. 836) and 1941 (*Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board (New Zealand)*, [1941] UKPC 6 (BAILII), [1941] A.C. 308 (P.C.) [*Hoani*]), the judge adopted the act of state doctrine, a principle of international law that provides that unless incorporated into a domestic law which confers a right of action, treaties are not enforceable in national courts. The judge reasoned that “[t]here is nothing in the *Indian Act* permitting a First Nation to bring an action to enforce the TLE under a Treaty” (Reasons, at paragraph 500). As Treaty No. 7 was not incorporated into Canadian law, it was not enforceable in Canadian courts.

[9] In the judge’s opinion, this changed on April 17, 1982, with the advent of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 created a right to sue: “Canada is the one who created the new cause of action when it enshrined existing treaty rights into the Canadian constitution” (Reasons, at paragraph 475). Therefore, for the purposes of the Alberta *Limitation of Actions Act*, 1970, time only began to run in 1982. In effect, the judge found that the Blood Tribe had commenced an action before it had a cause of action.

[10] The Attorney General appeals, contending that a cause of action for breach of a treaty right existed at common law prior to 1982, and that the judge misunderstood the law in this regard. The Attorney General contends that the judge erred in construing the Treaty as an international agreement and relying on the act of state doctrine

Fondant son raisonnement sur l’arrêt *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, 1999 CanLII 673, au paragraphe 24, et sur l’arrêt *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576, au paragraphe 37, le juge a estimé que, puisque les traités ne sont pas des contrats et que l’action intentée en 1980 reposait sur le droit contractuel, il n’existait aucune cause d’action par laquelle la tribu des Blood aurait pu faire respecter l’engagement pris par le traité.

[8] Après avoir examiné des arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé (C.J.C.P.) de 1899 (*Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 (BAILII), [1859] E.R. 836) et de 1941 (*Hoani Te Heuheu Tukino v. The Aotea District Maori Land Board (New Zealand)*, [1941] UKPC 6 (BAILII), [1941] A.C. 308 [*Hoani*]), le juge a adopté la théorie de l’acte de gouvernement, un principe de droit international en vertu duquel, à moins que les traités ne soient incorporés dans une loi nationale qui confère un droit d’action, les tribunaux nationaux n’ont pas le pouvoir de les faire exécuter. Selon le juge, « rien dans [la *Loi sur les Indiens*] ne permet à une Première Nation d’intenter une action pour faire appliquer les DFIT aux termes d’un Traité » (motifs de la C.F., au paragraphe 500). Le Traité n° 7 n’ayant pas été incorporé dans le droit canadien, les tribunaux canadiens n’avaient pas le pouvoir de le faire exécuter.

[9] De l’avis du juge, cette situation a changé le 17 avril 1982, avec l’entrée en vigueur de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L’article 35 a créé un droit d’action : « [c]’est le Canada qui a donné naissance à cette nouvelle cause d’action en inscrivant les droits issus de traités existants dans la constitution canadienne » (motifs de la CF, au paragraphe 475). Par conséquent, pour l’application de la *Limitation of Actions Act* de 1970 de l’Alberta, le délai n’a commencé à courir qu’en 1982. En fait, le juge a conclu que la tribu des Blood avait intenté une action avant d’avoir une cause d’action.

[10] Le procureur général fait appel, soutenant qu’il existait en common law une cause d’action pour violation de droits issus de traités avant 1982 et que le juge a mal compris le droit à cet égard. Le procureur général soutient que le juge a commis une erreur en interprétant le traité comme s’il s’agissait d’un accord international et en se

to require that Treaty No. 7 be ratified by Parliament to be enforceable. Finally, the Attorney General contends that the judge misunderstood the effect of section 35, arguing that section 35 did not create a new cause of action, but gave constitutional protection to existing treaty rights.

[11] The response of the Blood Tribe, at the highest level, is the judge made no error. Treaties did not create enforceable obligations. Like international treaties, they were unenforceable in the absence of legislative ratification. Treaties were simply political commitments dependent on the good grace and will of the Sovereign to respect as it chose. The Blood Tribe had no recourse or remedy for the breach of its treaty until 1982 when section 35 came into force. The Blood Tribe also relies on the political trust doctrine, a concept in the jurisprudence which holds that Aboriginal rights were not justiciable.

[12] I have concluded that there were reversible errors in the reasons given by the Federal Court and that the appeal should be allowed. I reach this conclusion for three reasons.

[13] First, the reasons are not consistent with the guidance of the Supreme Court of Canada. The Supreme Court has rejected the characterization of treaties as international agreements, as well as the application of international law principles to Canadian law. The Federal Court erred in characterizing Treaty No. 7 as if it were an international treaty and applying the act of state doctrine to conclude that its terms were unenforceable in a Canadian court. It was only by ignoring the governing jurisprudence that holds that treaties are enforceable agreements under Canadian law that the judge was able to open the door to the act of state doctrine, a principle of public international law.

[14] Second, there is an unbroken line of decisions over 120 years recognizing the enforceability of the commitments made in the numbered treaties. This jurisprudence has consistently taught that the numbered treaties

fondant sur la théorie de l'acte de gouvernement pour exiger que le Traité n° 7 soit ratifié par le législateur pour être exécutoire. Enfin, le procureur général soutient que le juge a mal compris l'effet de l'article 35, faisant valoir que l'article 35 n'a pas créé de nouvelle cause d'action, mais a donné une protection constitutionnelle aux droits existants issus de traités.

[11] La réponse de la tribu des Blood, au plus haut niveau, est que le juge n'a pas commis d'erreur. Les traités ne créaient pas d'obligations exécutoires. Comme les traités internationaux, ils ne pouvaient être exécutoires sans loi les ratifiant. Les traités n'étaient que des engagements politiques qui dépendaient de la bonne grâce et du bon vouloir du souverain de les respecter comme il l'entendait. La tribu des Blood n'avait aucun recours et ne pouvait obtenir aucune réparation pour la violation du traité jusqu'en 1982, lorsque l'article 35 est entré en vigueur. La tribu des Blood s'appuie également sur la théorie de la fiducia politique, un concept issu de la jurisprudence selon lequel les droits ancestraux ne sont pas justiciables.

[12] Je conclus qu'il y a des erreurs susceptibles de révision dans les motifs exposés par la Cour fédérale et que l'appel devrait être accueilli. Je tire cette conclusion pour trois motifs.

[13] Premièrement, les motifs ne sont pas conformes aux enseignements de la Cour suprême du Canada. La Cour suprême a rejeté l'idée que les traités constituent des accords internationaux et a fait de même pour l'application des principes du droit international au droit canadien. La Cour fédérale a commis une erreur en considérant le Traité n° 7 comme s'agissant d'un traité international et en appliquant la théorie de l'acte de gouvernement pour conclure que les tribunaux canadiens ne pouvaient pas en faire exécuter les modalités. Ce n'est qu'en faisant fi de la jurisprudence applicable selon laquelle les traités sont des accords exécutoires en droit canadien que le juge a pu ouvrir la porte à la théorie de l'acte de gouvernement, un principe de droit international public.

[14] Deuxièmement, il existe une série ininterrompue de décisions rendues depuis 120 ans reconnaissant le caractère exécutoire des engagements pris dans les traités numérotés. Cette jurisprudence enseigne invariablement

created binding obligations, both legal and moral, on the Crown. Their terms were enforceable in Canadian courts because a foundational, robust legal principle compelled compliance—the honour of the Crown. The conclusion of the Federal Court renders that principle empty and hollow.

[15] The Supreme Court, indeed all courts, have eschewed pigeon-holing treaties and the breach of the commitments made therein, into a particular cause of action. Indeed, there are two unifying themes across a century of jurisprudence: the first is that the treaties created binding legal obligations, and the second is the studied indifference or agnosticism of the courts to the form in which, or the manner by which, a breach of a treaty commitment is framed or pled.

[16] The question before the Federal Court was not whether the treaties were contracts—it is clear that they are not—rather the question before the Court was whether a court, having found that the land entitlement term of Treaty No. 7 had been breached, could have provided a remedy. The evolution in the language used to describe the nature of treaty obligations or the means of their enforcement; whether through declaratory actions, breach of contract, breach of treaty or breach of a constitutional obligation, does not change the question of whether a cause of action exists. While the legal characterization of the treaties has changed, the readiness of the courts to provide a remedy has not.

[17] Third, the judge misunderstood the effect of section 35 in relation to treaties. Section 35 did not create new treaty rights—the Supreme Court has settled that question—rather, section 35 gave constitutional protection to existing treaty rights. The inquiry that ought to have been undertaken by the Federal Court was to determine whether, as of the eve of the expiry of the limitation period, a Canadian court would have provided a remedy at common law for breach of the TLE term. As I will explain, the reasoning of the Federal Court with respect to section 35 also circumvents and nullifies unequivocal

que les traités numérotés ont créé des obligations, tant juridiques que morales, opposables à la Couronne. Les tribunaux canadiens avaient le pouvoir d'en faire exécuter les modalités parce qu'un principe juridique fondamental et solide commandait le respect de ces traités : l'honneur de la Couronne. La conclusion de la Cour fédérale vide ce principe de tout son sens.

[15] La Cour suprême, comme d'ailleurs toutes les cours, s'est abstenue de confiner les traités et les violations des engagements qui y sont pris à une cause d'action particulière. En effet, il existe deux thèmes unificateurs ressortant d'un siècle de jurisprudence : le premier est que les traités ont créé des obligations juridiques contraignantes, et le second est l'indifférence ou l'agnosticisme délibérés des tribunaux quant à la forme ou à la manière dont la violation d'un engagement découlant d'un traité est formulée ou plaidée.

[16] La question dont la Cour fédérale était saisie n'était pas de savoir si les traités étaient des contrats — il est clair qu'ils n'en sont pas —, mais plutôt de savoir si un tribunal, après avoir conclu à la violation de la clause du Traité n° 7 relative aux droits fonciers, aurait pu offrir une mesure de redressement. L'évolution du langage utilisé pour définir la nature des obligations issues de traités ou les moyens de les faire exécuter, qu'il s'agisse d'actions en jugement déclaratoire ou que l'on plaide l'inexécution de contrat, la violation d'un traité ou le manquement à une obligation constitutionnelle, ne change rien à la question de l'existence d'une cause d'action. Si la manière dont les traités sont catégorisés par les tribunaux a changé, la volonté des tribunaux d'offrir des mesures de redressement n'a pas changé.

[17] Troisièmement, le juge a mal compris l'effet de l'article 35 en ce qui concerne les traités. L'article 35 n'a pas créé de nouveaux droits issus de traités — la Cour suprême a réglé cette question —, mais a plutôt conféré une protection constitutionnelle aux droits issus de traités existants. La question qu'aurait dû examiner la Cour fédérale consistait à déterminer si, à la veille de l'expiration du délai de prescription, un tribunal canadien aurait offert un recours en common law pour la violation de la clause relative aux DFIT. Comme je l'explique plus loin, le raisonnement de la Cour fédérale concernant

jurisprudence of the Supreme Court with respect to limitations legislation and section 35.

[18] Much of the argument before this Court failed to distinguish between Aboriginal rights and treaty rights. Treaty rights and Aboriginal rights are not the same; they differ in provenance and scope, and, importantly for the disposition of the issue in this appeal, when they first came to be recognized in Canadian courts. Any conclusion as to whether a treaty right was enforceable at common law as opposed to whether an Aboriginal right was enforceable at common law must proceed on an understanding of the distinction, prior to 1982, between the two. The Federal Court erred in conflating the two.

[19] The answer to the question as to the enforceability or not of Treaty No. 7 lies much closer to home than an 1859 decision of the J.C.P.C. concerning a dispute under an international treaty between Britain and the Raja of Tanjore, then an independent, sovereign state. It is not necessary to look so far afield in circumstances where Canadian courts have considered the question that was before the Federal Court. This jurisprudence, rooted in the common law, the Canadian constitutional framework and now reoriented to the north star of reconciliation, supplies the answer to the question raised in this appeal.

#### *The historical context*

[20] In the ordinary course, I would not trace the procedural history of a case where the issue with which the Court is seized is a question of law. Here, however, an understanding of how the issues between Canada and the Blood Tribe came before the Federal Court provides context and is pertinent to the over-arching objective of reconciliation.

[21] In 1882, five years after execution of the Treaty, surveyors set the boundaries of the Blood Reserve. The survey described the Blood Reserve as an area of roughly 650 square miles in south-western Alberta, extending

l'article 35 contourne et rend nulle la jurisprudence non équivoque de la Cour suprême concernant la législation sur la prescription et l'article 35.

[18] Une grande partie des observations devant notre Cour ne font pas de distinction entre les droits ancestraux et les droits issus de traités. Les droits issus de traités et les droits ancestraux ne sont pas les mêmes; ils diffèrent par leur provenance et leur portée et, ce qui est important pour la question à trancher dans le présent appel, par le moment où ils ont été reconnus pour la première fois par les tribunaux canadiens. Toute conclusion sur la question de savoir si un droit issu de traités était opposable en common law par opposition à celle de savoir si un droit ancestral était opposable en common law doit reposer sur une compréhension de la distinction, avant 1982, entre les deux. La Cour fédérale a commis une erreur en confondant les deux types de droits.

[19] La réponse à la question du caractère opposable ou non du Traité n° 7 se trouve beaucoup plus près de nous qu'une décision de 1859 du C.J.C.P. sur un différend concernant un traité international entre la Grande-Bretagne et le Raja de Tanjore, alors un État indépendant et souverain. Il n'est pas nécessaire de chercher si profondément des affaires où les tribunaux canadiens ont examiné la question dont la Cour fédérale était saisie. Cette jurisprudence, fondée sur la common law et le cadre constitutionnel canadien et maintenant guidée par l'étoile Polaire de la réconciliation, fournit la réponse à la question soulevée dans le présent appel.

#### *Le contexte historique*

[20] Je n'ai pas l'habitude de rappeler le cheminement procédural des affaires où notre Cour est saisie d'une question de droit. En l'espèce, cependant, le fait de comprendre la façon dont les questions entre le Canada et la tribu des Blood ont été portées devant la Cour fédérale met l'affaire en contexte et est utile à l'objectif primordial de la réconciliation.

[21] En 1882, cinq ans après la signature du Traité, des arpenteurs ont fixé les frontières de la réserve des Blood. Le levé décrit la réserve des Blood comme une zone d'environ 650 milles carrés dans le sud-ouest de l'Alberta,

north from an east-west line 9 miles north of the Canada-U.S. border. Also in 1882, the Canadian government, by Order in Council, granted two grazing leases on lands south of the reserve. The northern boundaries of the grazing leases extended 3 miles north of the southern boundary of the reserve lands described in the 1882 survey, overlapping the Blood Tribe's lands (Reasons, at paragraph 193; see also Appendix G).

[22] The discrepancy in the boundaries between the 1882 survey of Blood Tribe lands and the grazing leases was quickly recognized by Canadian officials. Although the Surveyor General advised the leases would have to be amended to avoid encroaching on the Blood Tribe lands, the Lieutenant Governor of the North-West Territories, Edgar Dewdney, instead instructed John Nelson, the surveyor who conducted the 1882 survey, to change the boundaries of the Blood Reserve. The terms of Treaty No. 7 provided that the boundaries could be revised by agreement of the Blood Tribe and Canada, and the Blood Tribe was asked to agree to the new boundary.

[23] In 1883 the new boundary agreement was signed by members of the Blood Tribe and the Lieutenant Governor. It defined the southern boundary of the reserve by a latitudinal description, 49°12'16". Under the agreement, the southern boundary of the reserve was moved north of the boundaries of the grazing leases, a distance of approximately 5–6 miles. The southern boundary of the reserve was now 14–15 miles north of the international boundary and the overlap with the leases was eliminated. This change in the southern boundary reduced the size of the Blood Reserve from 650 square miles to its current size of 547.5 square miles.

[24] Five years later, in 1888, members of the Blood Tribe, including its Chief, Red Crow, met with officials of the Indian Department. The Tribe members expressed their view that the size of the reserve was not as large as they had thought it would be when they signed Treaty No. 7. They also expressed uncertainty and confusion as to the precise location of the southern boundary.

s'étendant vers le nord à partir d'une ligne est-ouest située à 9 milles au nord de la frontière canado-américaine. Toujours en 1882, le gouvernement canadien, par décret, a accordé deux baux de pâturage sur des terres situées au sud de la réserve. Les limites septentrionales des terres visées par ces baux de pâturage se situaient 3 milles au nord de la frontière sud des terres de la réserve décrites dans le levé de 1882, de sorte que les terres visées par les baux chevauchaient les terres de la tribu des Blood (motifs de la C.F., au paragraphe 193; voir également l'annexe G).

[22] Les autorités canadiennes ont rapidement reconnu les divergences de frontières entre le levé des terres de la tribu des Blood de 1882 et les baux de pâturage. Bien que l'arpenteur général ait indiqué que les baux devaient être modifiés pour éviter qu'ils empiètent sur les terres de la tribu des Blood, le lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest, Edgar Dewdney, a plutôt ordonné à John Nelson, l'arpenteur qui avait fait le levé de 1882, de modifier les frontières de la réserve des Blood. Les modalités du Traité n° 7 prévoyaient que les frontières pouvaient être révisées par accord entre la tribu des Blood et le Canada, et on a demandé à la tribu des Blood d'accepter la nouvelle frontière.

[23] En 1883, l'accord sur la nouvelle frontière a été signé par les membres de la tribu des Blood et le lieutenant-gouverneur. Il définissait la frontière sud de la réserve en précisant la latitude, soit 49° 12' 16". Aux termes de l'accord, la frontière sud de la réserve a été déplacée au nord des limites des baux de pâturage, à environ 5–6 milles de distance. La frontière sud de la réserve se situait désormais de 14 à 15 milles au nord de la frontière internationale et le chevauchement avec les baux était éliminé. Cette modification de la frontière sud a réduit la taille de la réserve des Blood de 650 milles carrés à sa taille actuelle de 547,5 milles carrés.

[24] Cinq ans plus tard, en 1888, des membres de la tribu des Blood, dont son chef, Red Crow, ont rencontré des fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes. Les membres de la tribu ont exprimé leur point de vue selon lequel la réserve n'était pas aussi grande qu'ils l'avaient pensé lorsqu'ils ont signé le Traité n° 7. Ils ont également fait part de leur incertitude et de leur confusion quant à l'emplacement précis de la frontière sud.



[25] As a result of these discussions, John Nelson, along with Red Crow and other members of the Tribe, travelled to the southern boundary of the Blood Reserve as described in the 1883 agreement. Nelson showed Red Crow and other members of the Blood Tribe the location of the new southern boundary. This was the first time that the members of the Tribe had seen the location of the new boundary. Nelson placed iron posts along the southern boundary of the Blood Reserve, from the south-east corner to south-west corner. In his report of the visit, Nelson recorded that “Red Crow was asked if he was satisfied, and he answered in the affirmative.”

[26] Nearly a century passed.

[27] On August 5, 1969, Leroy Little Bear, a Blackfoot researcher, presented the Blood Tribe Council a report on the 1882 and 1883 surveys. The report detailed the differences between the 1882 and 1883 surveys and the reduction in the size of the reserve. The report was made available to all members of the Blood Tribe on November 4, 1969.

[28] Leroy Little Bear then travelled to Ottawa in August 1971 to gather information from the Department of Indian and Northern Affairs as to the total number of people in the Blood Tribe for the years 1879 to 1884. The Department responded within a few days, providing Little Bear information extracted from the yearly annuity payments made to the members of the Tribe for the years 1881 and 1882. Based on this information, Little Bear confirmed the discrepancy between the size of the reserve owed under the original TLE calculation and existing reserve boundaries.

[29] On February 27, 1976, the Blood Tribe tabled its position that the Treaty had been breached with the Minister of Indian Affairs. In addition to the TLE claim, the Tribe submitted what came to be known as “the Big Claim”, an entitlement to the lands extending south to the U.S. border, west to include Waterton National Park and north to the confluence of the Belly and Waterton Rivers. Two years later, on June 20, 1978, the Minister rejected both claims.

[25] À la suite de ces discussions, John Nelson, Red Crow et d'autres membres de la tribu, se sont rendus à la frontière sud de la réserve des Blood, telle qu'elle était fixée dans l'accord de 1883. M. Nelson a montré à Red Crow et aux autres membres de la tribu des Blood l'emplacement de la nouvelle frontière sud. C'était la première fois que les membres de la tribu voyaient l'emplacement de la nouvelle frontière. M. Nelson a placé des poteaux en fer le long de la frontière sud de la réserve des Blood, du coin sud-est au coin sud-ouest. Dans son rapport de la visite, M. Nelson a noté que [TRADUCTION] « Red Crow s'est alors fait demander s'il était satisfait et il a donné une réponse affirmative ».

[26] Près d'un siècle s'est écoulé.

[27] Le 5 août 1969, Leroy Little Bear, un chercheur pied-noir, a présenté au conseil de la tribu des Blood un rapport sur les levés de 1882 et 1883. Le rapport détaillait les différences entre les levés de 1882 et de 1883 et la réduction de la taille de la réserve. Le rapport a été mis à la disposition de tous les membres de la tribu des Blood le 4 novembre 1969.

[28] Leroy Little Bear s'est ensuite rendu à Ottawa en août 1971 pour obtenir du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien des renseignements sur le nombre total de membres que comptait la tribu des Blood durant les années 1879 à 1884. Le Ministère a répondu en quelques jours, fournissant à Leroy Little Bear des renseignements tirés des paiements d'annuités versés aux membres de la tribu en 1881 et 1882. Sur la base de ces renseignements, Leroy Little Bear a confirmé l'écart entre la taille que devrait avoir la réserve selon le calcul initial des DFIT et les frontières existantes de la réserve.

[29] Le 27 février 1976, la tribu des Blood a fait savoir au ministre des Affaires indiennes que, selon elle, le traité avait été violé. En plus de la revendication relative aux DFIT, la tribu a présenté ce qu'on a appelé [TRADUCTION] « la grande revendication », un droit sur les terres s'étendant au sud jusqu'à la frontière américaine, à l'ouest jusqu'au parc national de Waterton et au nord jusqu'au confluent des rivières Belly et Waterton. Deux ans plus tard, le 20 juin 1978, le ministre a rejeté les deux revendications.

[30] Having been unsuccessful in their negotiations with the Minister, the Blood Tribe commenced an action in the Federal Court on January 10, 1980.

[31] The statement of claim alleged breaches of Canada's fiduciary duty arising from the 1883 survey, fraudulent concealment, and negligence. Importantly, it sought a declaration and damages for breach of contract arising from the failure to fulfill the treaty land entitlement (TLE) according to the formulae prescribed by section 7 of Treaty No. 7:

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

[32] With the agreement of both the Blood Tribe and Canada, the Federal Court action was put into abeyance pending an assessment under the Specific Claims Policy of the Department of Indian Affairs and Northern Development. Given the glacial speed with which the Specific Claim was being addressed by the Department, on August 7, 1996 the Blood Tribe moved to reactivate the Federal Court action, confirming that the action would continue at the same time the Blood Tribe advanced the TLE claim under the Specific Claims Policy.

[33] Three years later, on February 24, 1999, the Blood Tribe amended the 1980 statement of claim to include section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The amendment

[30] Ayant été déboutés dans leurs négociations avec le ministre, la tribu des Blood a intenté une action en justice devant la Cour fédérale le 10 janvier 1980.

[31] Dans la déclaration, on soulevait des allégations de manquements à l'obligation de fiduciaire du Canada découlant du levé de 1883, de dissimulation frauduleuse et de négligence. Fait important, il y était demandé un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts pour violation de contrat découlant du non-respect des droits fonciers issus de traités établis selon les formules figurant à l'article 7 du Traité n° 7 :

[TRADUCTION]

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

[32] Avec l'accord de la tribu des Blood et du Canada, l'action intentée devant la Cour fédérale a été mise en suspens en attendant le résultat de l'examen fait au titre de la Politique sur les revendications particulières du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Étant donné la vitesse de tortue qu'a mise le ministère à s'occuper de la revendication particulière, le 7 août 1996, la tribu des Blood a présenté une requête pour que soit réactivée l'action devant la Cour fédérale, confirmant que l'action continuerait son cheminement en même temps que la tribu des Blood défendrait sa revendication relative aux DFIT sous le régime de la Politique sur les revendications particulières.

[33] Trois ans plus tard, le 24 février 1999, la tribu des Blood a modifié sa déclaration de 1980 pour y inclure l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La

read in part as follows: “[t]he members of the Blood Tribe have Aboriginal and Treaty rights which are constitutionally protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*” and, “Treaty Number 7 was made between the Blood Tribe and the Defendant as a sacred peace agreement between two Nations.”

[34] In November 2003, the TLE claim was rejected under the Specific Claims Policy on the basis that Canada had no outstanding legal obligation. The Blood Tribe then requested that the Indian Claims Commission (ICC) conduct an inquiry into the claims advanced in the Federal Court action. The ICC issued its recommendations to the Minister on March 30, 2007; that the Big Claim not be accepted, and, secondly, that as the effect of the 1883 boundary change was to remove lands from a reserve, a surrender was required. It recommended that the Minister negotiate a resolution.

[35] Canada declined to negotiate, and the action proceeded to trial.

[36] The case-managed action was divided into three phases. Phase I was heard on the Blood Reserve in May 2016 for the purpose of receiving oral history evidence from members of the Blood Tribe. Phase II, dealing with liability, fact and expert witness evidence, was held at the Federal Court in Calgary, 2018. Phase III was to address remedy.

#### *Preliminary issue*

[37] Well prior to the hearing of this appeal, the Attorney General filed a motion for leave to file a reply memorandum. The motion was prompted by what the Attorney General asserted was an attempt by the Blood Tribe to raise new issues that were not considered by the trial judge and to reverse the judgment of the Federal Court with respect to separate and legally distinct issues (and in respect of which the Blood Tribe was unsuccessful) from those raised by the notice of appeal. The Attorney General asserts that the Blood Tribe is recasting

modification comportait les passages suivants : [TRADUCTION] « [l]es membres de la tribu des Blood ont des droits ancestraux et issus de traités qui sont protégés par la Constitution, conformément à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » et [TRADUCTION] « le Traité n° 7 a été conclu entre la tribu des Blood et le défendeur comme un accord de paix sacré entre deux nations ».

[34] En novembre 2003, la revendication relative aux DFIT a été rejetée en application de la Politique sur les revendications particulières, au motif que le Canada n’avait aucune obligation juridique en souffrance. La tribu des Blood a ensuite demandé à la Commission des revendications des Indiens (CRI) de mener une enquête sur les revendications présentées dans l’action intentée devant la Cour fédérale. La CRI a formulé ses recommandations au ministre le 30 mars 2007 : que la grande revendication ne soit pas accueillie et, ensuite, étant donné que la modification des frontières en 1883 avait eu pour effet de retirer des terres d’une réserve, une cession était nécessaire. Elle a recommandé au ministre de négocier un règlement.

[35] Le Canada a refusé de négocier, donc l’action est passée à l’étape de la tenue du procès.

[36] L’action, faisant l’objet d’une gestion d’instance, a été divisée en trois phases. La phase I a eu lieu dans la réserve des Blood en mai 2016, pour que soient entendus des récits oraux de membres de la tribu des Blood. La phase II, portant sur la responsabilité, les faits et les témoignages d’experts, s’est tenue à la Cour fédérale à Calgary, en 2018. La phase III devait porter sur la question des mesures de redressement.

#### *Question préliminaire*

[37] Bien avant l’audience du présent appel, le procureur général a déposé une requête en autorisation de déposer un mémoire en réponse. La requête était motivée par ce que le procureur général a appelé une tentative, par la tribu des Blood, de soulever de nouvelles questions n’ayant pas été prises en compte par le juge de première instance et d’infirmier le jugement de la Cour fédérale à l’égard de questions différentes et juridiquement distinctes (et à l’égard desquelles la tribu des Blood n’a pas eu gain de cause) de celles soulevées dans l’avis d’appel.

its case, putting it on a different basis than it did at trial and that a notice of cross-appeal was required.

[38] In response, the Blood Tribe contends that no cross-appeal was required, as it does not seek a different disposition or judgment than that under appeal. It argues that a party may offer any reasons in support of the judgment under appeal (*Les Plastiques Algar (Canada) Ltée v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2004 FCA 152, *sub nom. Kligman v. M.N.R.*, [2004] 4 F.C.R. 477) and may provide “a new angle” on the existing issues (*Smith v. St. Albert (City)*, 2014 ABCA 76, 569 A.R. 363, 370 D.L.R. (4th) 514, at paragraph 18). It points to portions of the trial record that allude to the arguments which the Blood Tribe now further develops in its memorandum, and says that it is offering additional reasons why the judgment should be maintained. The Blood Tribe states that its arguments are “closely related” to the issue on appeal which is whether a remedy for breach of a treaty existed prior to 1982. Its defence to the limitation period has not changed, namely as no cause of action existed at common law, the prescription period did not run. Its position, simply put, is that “treaties were not actionable” (Blood Tribe’s reply memorandum on Attorney General’s motion for leave, at paragraphs 21 and 30).

[39] This motion raises both procedural and substantive considerations.

[40] A notice of cross-appeal must be filed when a different disposition of the decision under appeal is sought (*Miller Thomson LLP v. Hilton Worldwide Holding LLP*, 2019 FCA 156, 166 C.P.R. (4th) 185 (*Hilton*)). As I will explain, the arguments that the Blood Tribe advance are alternative arguments. A notice of cross-appeal is required “where the alternative argument is made in support not of the judgment appealed from but of a claim for a different judgment” (*Hilton*, at paragraph 12), or, where the alternative argument, or the new angle would result in a different judgment, a notice of cross-appeal is

Le procureur général soutient que la tribu des Blood modifie son affaire, lui donnant un fondement différent de celui défendu au procès et qu’un avis d’appel incident est nécessaire.

[38] En réponse, la tribu des Blood soutient qu’aucun appel incident n’est nécessaire, car elle ne demande pas de dispositif ou de jugement différent de celui dont il est fait appel. Elle ajoute qu’une partie peut invoquer tout motif à l’appui du jugement frappé d’appel (*Les Plastiques Algar (Canada) Ltée c. Canada (Ministre du revenu national)*, 2004 CAF 152, *sub nom. Kligman c. M.R.N.*, [2004] 4 R.C.F. 477) et peut faire valoir [TRADUCTION] « une nouvelle perspective » sur les questions existantes (*Smith v. St. Albert (City)*, 2014 ABCA 76, 569 A.R. 363, 370 D.L.R. (4th) 514, au paragraphe 18). Elle renvoie à des parties du dossier du procès qui font allusion aux observations que la tribu des Blood développe maintenant dans son mémoire et soutient qu’elle propose des motifs supplémentaires pour lesquels le jugement devrait être maintenu. La tribu des Blood affirme que ses observations sont [TRADUCTION] « étroitement liées » à la question en litige, qui est de savoir s’il existait un recours pour violation de traité avant 1982. Sa défense contre le délai de prescription n’a pas changé, à savoir qu’étant donné qu’il n’existait aucune cause d’action en common law, le délai de prescription n’a pas couru. Sa position, en termes simples, est que [TRADUCTION] « les traités n’étaient pas susceptibles de donner lieu à une action » (mémoire de la tribu des Blood en réponse à la requête en autorisation du procureur général, aux paragraphes 21 et 30).

[39] Cette requête soulève des considérations de procédure et de fond.

[40] Une partie doit déposer un avis d’appel incident lorsqu’elle entend demander la réformation de la décision portée en appel (*Miller Thomson LLP c. Hilton Worldwide Holding LLP*, 2019 CAF 156 (*Hilton*)). Comme je l’explique plus loin, la thèse que la tribu des Blood avance est une thèse subsidiaire. L’avis d’appel incident est requis « lorsque l’argument subsidiaire est invoqué à l’appui non pas du jugement porté en appel mais d’un autre jugement » (*Hilton*, au paragraphe 12) ou, lorsque la thèse subsidiaire ou la nouvelle approche entraînerait un jugement différent, un avis d’appel incident est requis. La

required. The general rule is that the Court will not hear a ground of appeal that was not raised in the notice of appeal or cross-appeal. This ensures that the parties know at an early stage of the appeal what is in issue and can make legal, tactical and policy decisions accordingly.

[41] A new issue on appeal is one that is factually and legally distinct from those raised at trial (*Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712 (*Quan*)). The test as to whether it should be entertained is stringent and the onus is on the party seeking to raise the issue to establish that the court can hear the issue without prejudice (*Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 22–23). The discretion is to be exercised sparingly and is an exception to the general rule that the Court will not hear grounds of appeal that were not raised in the notice of appeal or cross-appeal.

[42] The Federal Court judge, in thoughtful and thorough reasons, held that limitation periods apply to claims for breach of treaty. In a separate section of the reasons for judgment, entitled “Application of Provincial Limitation Acts to Treaty and Aboriginal Rights” he concluded, “I reject the submission of the Blood Tribe that provincial limitations legislation can have no application to the claims in this action” (Reasons, at paragraph 392). I note, parenthetically, that the provincial limitation period applies by reason of section 39 of the *Federal Courts Act*.

[43] Then, after an exhaustive and detailed review of the evidence, the judge concluded that the Big Claim was discoverable or discovered by 1890, the 1882 reserve claim by 1969 and the TLE claim by 1971. He found that the assertions of lulling, concealment or abuse of process were not made out on the evidence. He then considered, and rejected, the argument that he could, on the basis of *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623 (*Manitoba Metis*) and in furtherance of the objective of reconciliation, waive the limitation period. Consequently, paragraphs 2 and 3 of the judgment read:

règle générale est que notre Cour n’entend pas les motifs d’appel qui n’ont pas été soulevés dans l’avis d’appel ou d’appel incident. Ainsi, les parties peuvent savoir, très tôt dans la procédure d’appel, ce qui est mis en question et prendre des décisions juridiques, stratégiques et administratives en conséquence.

[41] Une question est nouvelle lorsque, sur les plans tant juridique que factuel, elle diffère des questions soulevées au procès (*Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712 (*Quan*)). Le critère servant à déterminer s’il convient d’examiner une question nouvelle est rigoureux et il incombe à la partie voulant la soulever d’établir que la cour peut l’entendre sans qu’il en résulte de préjudice (*Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 22–23). Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec parcimonie et constitue une exception à la règle générale selon laquelle notre Cour n’entend pas les motifs d’appel qui n’ont pas été soulevés dans l’avis d’appel ou d’appel incident.

[42] Le juge de la Cour fédérale, dans des motifs réfléchis et minutieux, a conclu que les délais de prescription s’appliquent aux revendications pour violation de traités. Dans une section précise des motifs du jugement, intitulée « Application des lois provinciales sur la prescription au Traité et aux droits ancestraux », il conclut : « [j]e rejette l’observation de la tribu des Blood selon laquelle les lois provinciales sur la prescription ne peuvent pas s’appliquer aux revendications en l’espèce » (motifs de la C.F., au paragraphe 392). Je note, entre parenthèses, que le délai de prescription provincial s’applique en raison de l’article 39 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[43] Puis, après un examen exhaustif et détaillé de la preuve, le juge a conclu que la grande revendication était susceptible d’être découverte ou était découverte depuis 1890, qu’il en était ainsi de la revendication concernant les frontières de la réserve établies en 1882 depuis 1969 et de la revendication relative aux DFIT depuis 1971. Il a conclu que les allégations de leurre, de dissimulation ou d’abus de procédure n’étaient pas fondées sur la preuve. Il a ensuite examiné, et rejeté, la thèse selon laquelle il pouvait, sur le fondement de l’arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623 (*Manitoba Metis*), et pour la réalisation de



Canada, having provided the Blood Tribe with a Reserve of 547.5 square miles in area, is in breach of the Treaty Land Entitlement provisions of Treaty No. 7;

All claims of the Blood Tribe, other than the Treaty Land Entitlement claim arising from Canada's breach of Treaty No. 7, are time-barred by operation of *The Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1970, c. 209, made applicable to this action by section 38 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

[44] All claims were statute barred, subject only to the singular question whether an action for breach of treaty could be pursued in a Canadian court prior to 1982.

[45] The Blood Tribe is advancing an alternative argument on a basis for upholding the judgment and, therefore, no notice of cross-appeal is required (*Hilton*, at paragraph 12). What is engaged, however, is whether a new argument should be heard on appeal (*Eli Lilly Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2018 FCA 53; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689).

[46] I turn to the new issues and arguments said to be outside the scope of the appeal.

[47] The political trust doctrine was not advanced at trial and not considered by the Federal Court. It is a new argument and, as the Attorney General points out, the Blood Tribe makes no attempt to link the argument to the reasons of the Federal Court. The Attorney General contends, and I believe is right to do so, that the assertion of a political rights doctrine is an attempt to argue that the judge reached the right conclusion, but on a basis that the judge did not consider. The Attorney General says that he has not had an opportunity to state his position on the issue.

l'objectif de réconciliation, suspendre l'application du délai de prescription. En conséquence, les paragraphes 2 et 3 du jugement sont rédigés ainsi :

Le Canada a donné à la tribu des Blood une réserve d'une superficie de 547,5 milles carrés, et contrevient donc aux dispositions du Traité n° 7 concernant les droits fonciers issus de traités.

En dehors de la revendication concernant les droits fonciers issus de traités découlant du manquement, par le Canada, au Traité n° 7, toutes les revendications de la tribu des Blood sont frappées de prescription en raison de la *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1970, ch. 209, rendue applicable à cette action par l'article 38 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

[44] Toutes les revendications étaient prescrites, sous réserve uniquement de la question de savoir si une action pour manquement à un traité pouvait être intentée devant un tribunal canadien avant 1982.

[45] La tribu des Blood fait valoir une thèse subsidiaire pour justifier le maintien du jugement et, par conséquent, aucun avis d'appel incident n'est requis (*Hilton*, au paragraphe 12). Ce qui est en cause, cependant, c'est la question de savoir si la nouvelle thèse doit être entendue en appel (*Eli Lilly Canada Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2018 CAF 53; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689).

[46] J'examine maintenant les nouvelles questions et les nouveaux arguments qui outrepasseraient la portée de l'appel.

[47] La théorie de la fiducie politique n'a pas été invoquée au procès et n'a pas été prise en compte par la Cour fédérale. Il s'agit d'un nouvel argument et, comme le fait remarquer le procureur général, la tribu des Blood ne tente pas de lier cet argument aux motifs de la Cour fédérale. Le procureur général soutient, et j'estime qu'il a raison, que le recours à cette théorie concernant des droits politiques est une tentative de faire valoir que le juge est arrivé à la bonne conclusion, mais pour des motifs que le juge n'a pas examinés. Le procureur général affirme qu'il n'a pas eu l'occasion d'exprimer sa position sur la question.

[48] The second argument objected to is whether the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] is a complete code, which ousts the common law right of Aboriginal Canadians to sue.

[49] The argument made at trial and which found favour with the judge was that as Treaty No. 7 had not been incorporated into legislation, and, as there was nothing in the *Indian Act* that permitted the Blood Tribe to sue on the treaty, the terms of Treaty No. 7 were unenforceable. This argument has been recast by the Blood Tribe to say that the *Indian Act* is a complete code which displaced all common law right of action. It is made on the necessary admission that there was, in fact, a right to sue at common law—otherwise there would be nothing to displace.

[50] This is a new argument, one which would require much more than has been put before this Court to be considered—the text, the context and purpose of the various provisions would have to be assessed as would the legislative history of the *Indian Act* and how it stood prior to 1982. None of this was argued at trial and the argument is not developed in any way in this Court—provisions of the Act are neither identified nor explained and there is no legislative history. It would be impossible for a court to conduct the statutory interpretation analysis necessary to conclude that the *Indian Act* prohibited the right of Aboriginal Canadians to sue.

[51] The Attorney General also objects to language in the Blood Tribe’s memorandum of fact and law [RMFL] which raises whether there were practical and legal obstacles that prevented it from bringing its claim. He contends that this is a covert attempt to challenge the judge’s factual findings with respect to discoverability.

[52] The Blood Tribe denies that it seeks to reverse the findings with respect to discoverability. Paragraph 12 of the Blood Tribe’s memorandum in reply to the motion makes clear that the argument which underlies the Attorney General’s concerns is simply a reprise of the argument that there was no cause of action until 1982,

[48] Le deuxième argument contesté est celui de savoir si la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] est un code complet qui annulerait le droit des Canadiens autochtones, issu de la common law, d’intenter des poursuites.

[49] L’argument avancé lors du procès et auquel a souscrit le juge était que, comme le Traité n° 7 n’avait pas été incorporé dans la législation et que rien dans la *Loi sur les Indiens* ne permettait à la tribu des Blood d’intenter une action en justice fondée sur le traité, les modalités du Traité n° 7 n’étaient pas exécutoires. Cet argument a été reformulé par la tribu des Blood pour dire que la *Loi sur les Indiens* est un code complet qui a supplanté tous les droits d’action issus de la common law. Il est fondé sur l’admission par défaut qu’il existait, en fait, un droit de poursuite en common law — sinon il n’y aurait rien à supplanter.

[50] Il s’agit d’un nouvel argument, qui nécessiterait l’examen de beaucoup plus d’éléments que ce dont notre Cour dispose — le texte, le contexte et l’objet des diverses dispositions devraient être examinés, tout comme l’évolution législative de la *Loi sur les Indiens* et sa situation avant 1982. Rien de tout cela n’a été discuté au procès et l’argument n’est pas davantage explicité devant notre Cour — les dispositions de cette loi ne sont ni précisées ni expliquées et il n’y a rien sur son évolution législative. Il serait impossible pour une cour de procéder à l’analyse d’interprétation des lois nécessaire pour conclure que la *Loi sur les Indiens* retire aux Canadiens autochtones le droit d’intenter des poursuites.

[51] Le procureur général s’oppose également à des passages du mémoire des faits et du droit de la tribu des Blood qui soulèvent la question de savoir si des obstacles pratiques et juridiques l’avaient empêchée de présenter sa revendication. Il soutient qu’il s’agit d’une tentative déguisée d’attaquer les conclusions de fait du juge en ce qui concerne la possibilité de découverte.

[52] La tribu des Blood nie qu’elle cherche à faire infirmer les conclusions relatives à la possibilité de découverte. Le paragraphe 12 de son mémoire en réponse à la requête indique clairement que l’argument qui fait l’objet des doutes du procureur général ne fait que reprendre l’argument selon lequel il n’y avait pas de cause d’action

relying again on *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181 (*Ravndahl*) and the judge’s reasons, at paragraphs 499–501.

[53] If successful, challenges to the discoverability and limitations findings, whether factual or legal, would fundamentally alter the scope of the appeal and the terms of the judgment itself. Put otherwise, these arguments, if successful, would have consequences for other factually and legally discrete elements of the reasons and would, of necessity, require the variation of other parts of the judgment of the Federal Court (*Quan*, at paragraph 39).

[54] A respondent cannot use its discretion to raise “any argument” in support of a decision challenged on appeal as justification to unwind other parts of the judgment in respect of which a notice of cross-appeal ought to have been filed. In those circumstances, fairness requires that notice of that intention be signaled early in the form of a notice of cross-appeal. Memoranda of fact and law on the cross-appeal would be exchanged and the legal and factual record before this Court would look much different than that currently before the Court.

[55] The fourth argument pertains to the limitation period. At trial the Blood Tribe argued that the Court had a discretion to waive the limitation period, an argument rejected by the judge. While the Blood Tribe uses, in its memorandum, language which may suggest an attempt to undo the judge’s findings of fact on discoverability, at paragraphs 41–42 of the reply memorandum, again, allay that concern. The Blood Tribe is simply re-arguing that *Manitoba Metis* allows a court to waive a limitation period. Again, while not expressed as such, the argument that the judge has a discretion to waive the limitation period is an alternative argument. It is only applicable if there is a cause of action.

[56] I appreciate the concern that language in the Blood Tribe memorandum can be read as an impermissible

avant 1982, dont le fondement encore une fois est l’arrêt *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181 (*Ravndahl*), et les motifs du juge, aux paragraphes 499 à 501.

[53] Si on y faisait droit, les attaques contre les conclusions sur la possibilité de découverte et la prescription, qu’elles soient de fait ou de droit, modifieraient fondamentalement la portée de l’appel et les modalités du jugement lui-même. Autrement dit, ces arguments, si on y faisait droit, auraient des conséquences sur d’autres éléments de fait et de droit distincts des motifs et nécessiteraient, inévitablement, la modification d’autres parties du jugement de la Cour fédérale (*Quan*, au paragraphe 39).

[54] Les intimés ne peuvent pas utiliser leur pouvoir discrétionnaire de soulever « tout argument » à l’appui d’une décision frappée d’appel dans le but de justifier l’infirmité d’autres parties du jugement qui devraient plutôt faire l’objet d’un avis d’appel incident. Dans ces circonstances, l’équité exige qu’un avis de cette intention soit donné rapidement sous la forme d’un avis d’appel incident. Des mémoires des faits et du droit sur l’appel incident seraient échangés et le dossier juridique et factuel dont serait saisie notre Cour serait très différent de celui dont elle est actuellement saisie.

[55] Le quatrième argument porte sur le délai de prescription. Au procès, la tribu des Blood a fait valoir que la Cour avait le pouvoir discrétionnaire de suspendre l’application du délai de prescription, un argument rejeté par le juge. Bien que la tribu des Blood utilise, dans son mémoire, des termes qui peuvent donner à penser qu’elle tente de mettre en question les conclusions de fait du juge sur la possibilité de découverte, les paragraphes 41 à 42 du mémoire en réponse dissipent une nouvelle fois cette crainte. La tribu des Blood ne fait que répéter que l’arrêt *Manitoba Metis* permet aux cours de suspendre l’application des délais de prescription. Encore une fois, bien qu’il ne soit pas exprimé comme tel, l’argument selon lequel le juge a le pouvoir discrétionnaire de suspendre l’application du délai de prescription est un argument subsidiaire. Il n’est applicable que s’il existe une cause d’action.

[56] Je comprends que le langage utilisé dans le mémoire de la tribu des Blood peut être interprété comme

effort to vary the judgment and to collaterally challenge findings of fact and determinations of law in respect of which a notice of cross-appeal ought to have been filed. This concern however, is put to rest when both the Blood Tribe's memoranda on appeal and in reply to the motion are read. They leave no doubt that there is only one issue on appeal:

- Paragraph 1 of the Blood Tribe's appeal memorandum states that the trial judge correctly understood and interpreted limitation periods in the Aboriginal context;
- Paragraph 5 of the memorandum, confirms that the issue on appeal is narrow:

[W]hether treaty land entitlements under treaties between Canada and Indigenous Tribes were civilly actionable for a claim of 'breach of treaty' in Canadian courts before the advent of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* on April 17, 1982. As the Trial Judge correctly held, they were not and therefore no statutory limitation period for a cause of action in breach of treaty under s. 35(1) could begin to run until 1982.

- Paragraph 4 of the memorandum reinforces that the appeal only concerns "the one claim which was allowed";
- Paragraph 35 acknowledges that paragraph 5(1)(g) of the Alberta *Limitation of Actions Act, 1970* applies and "would capture 'breach of treaty'";
- Paragraph 37 acknowledges the adverse finding of discoverability, but flags that this is of no consequence as there was no cause of action;
- Paragraph 106, in its claim for relief, simply asks that "the appeal be dismissed in its entirety".

une tentative inadmissible de modifier le jugement et de contester collatéralement des conclusions de fait et des conclusions de droit qui devraient faire l'objet d'un avis d'appel. Toutefois, cette inquiétude se dissipe si on lit conjointement le mémoire que la tribu des Blood a déposé en appel et celui qu'elle a déposé en réponse à la requête. Ils ne laissent aucun doute sur le fait qu'il n'y a qu'une seule question à trancher en appel :

- Au paragraphe 1 du mémoire déposé en appel par la tribu des Blood, on indique que le juge de première instance a correctement compris et interprété les délais de prescription dans le contexte autochtone;
- Au paragraphe 5 de ce mémoire, on confirme que la question en litige est étroite :

[TRADUCTION]

[L]es droits fonciers issus de traités entre le Canada et les tribus autochtones pouvaient-ils faire l'objet d'une action civile pour violation d'un traité devant les tribunaux canadiens avant l'entrée en vigueur du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* le 17 avril 1982? Comme l'a conclu à juste titre le juge de première instance, ils ne l'étaient pas et, par conséquent, il était impossible qu'un délai de prescription visant une cause d'action fondée sur la violation d'un traité visé au paragraphe 35(1) commence à courir avant 1982.

- Au paragraphe 4 du mémoire, il est répété que l'appel se limite à [TRADUCTION] « la seule revendication qui a été accueillie »;
- Au paragraphe 35, on reconnaît que l'alinéa 5(1)(g) de la *Limitation of Actions Act* de 1970 de l'Alberta s'applique et [TRADUCTION] « viserait la "violation de traité" »;
- Au paragraphe 37, on reconnaît la conclusion défavorable quant à la possibilité de découverte, mais on souligne que cela n'a aucune conséquence puisqu'il n'y avait pas de cause d'action;
- Au paragraphe 106, dans la section sur la réparation demandée, il est simplement demandé que [TRADUCTION] « l'appel soit rejeté dans son intégralité ».

[57] Turning to the Blood Tribe’s reply to the Crown motion to file a reply memorandum:

- Paragraph 22 states that “[t]he Respondents are not seeking to overturn any parts of the judgment under appeal and are not seeking a different disposition of the case” [emphasis added].
- Paragraphs 21 and 30 indicate that its defence to the limitations period, simply put, is that treaties are not actionable.

[58] In oral argument before this Court, counsel for the Blood Tribe did not stray outside the issues as framed by the notice of appeal or seek a different outcome other than the dismissal of the appeal.

[59] I therefore conclude that the Blood Tribe’s memorandum is within the guardrails of the issues as framed by the notice of appeal. I would grant the Crown’s motion to file a reply, but only to the extent that it responds to the political trust issue. Whether breaches of treaty could not be pursued because they were non-justiciable, political issues is a legal question which bears directly on the question in issue and requires no further evidence or fact finding.

## II. Treaties and the act of state doctrine

[60] The parties read the reasons of the Federal Court judge differently. They do not agree as to whether the judge, in fact, concluded that the historic treaties are international agreements. The Attorney General argues that it is the only reasonable inference to be drawn from the judge’s silence as to how treaties were to be characterized, his heavy reliance on international treaty cases and his application of the act of state doctrine. The Blood Tribe, for its part, notes that the judge recognized that the Supreme Court has consistently rejected the application of international law principles to the historic treaties.

[57] En ce qui concerne la réponse de la tribu des Blood à la requête de la Couronne en autorisation de déposer un mémoire en réponse :

- Au paragraphe 22, il est indiqué que [TRADUCTION] « [L]es intimés ne cherchent pas à faire annuler une quelconque partie du jugement faisant l’objet de l’appel et ne demandent pas la réformation du jugement » [non souligné dans l’original].
- Aux paragraphes 21 et 30, il est indiqué que son moyen de défense concernant le délai de prescription, en termes simples, est que les traités ne peuvent pas faire l’objet d’une action.

[58] Dans les observations orales présentées devant notre Cour, l’avocat de la tribu des Blood ne s’est pas écarté des questions telles que formulées dans l’avis d’appel et n’a pas cherché à obtenir de résultat autre que le rejet de l’appel.

[59] Je conclus donc que le mémoire de la tribu des Blood ne dépasse pas les limites des questions telles qu’elles sont formulées dans l’avis d’appel. J’accueillerais la requête de la Couronne en autorisation de déposer une réponse, mais seulement sur la question de la fiducie politique. La question de savoir si les violations de traités échappaient à toute poursuite parce qu’il s’agissait de questions politiques non justiciables est une question de droit qui porte directement sur la question en litige et ne nécessite aucune autre preuve ni recherche de fait.

## II. Les traités et la théorie de l’acte de gouvernement

[60] Les parties interprètent différemment les motifs du juge de la Cour fédérale. Elles ne s’entendent pas pour dire si le juge a oui ou non conclu que les traités historiques sont des accords internationaux. Le procureur général soutient que c’est la seule chose que l’on peut raisonnablement déduire du silence du juge quant à la nature des traités, de l’importance considérable qu’il a accordée à la jurisprudence concernant des traités internationaux et de son application de la théorie de l’acte de gouvernement. La tribu des Blood, pour sa part, note que le juge a reconnu que la Cour suprême s’est toujours opposée à l’application des principes du droit international aux traités historiques.



[61] Reading the reasons as a whole and having regard to the extensive reliance on international law cases to support the conclusion that treaties were not enforceable, my view is that the judge, in fact, concluded that the historic treaties were international treaties. That said, I agree that the reasons are ambiguous, but it is an ambiguity that need not be resolved. It is a debate of no consequence.

[62] Even if the judge stopped short of finding that the treaties were international agreements, he erred in deciding the question of whether they were enforceable through the lens of public international law principles and applying the act of state doctrine. The Federal Court decision pivots on the conclusion that the historical treaties were either international treaties or analogous to international treaties and, as such, were unenforceable unless incorporated into Canadian law. This conclusion is contrary to established Supreme Court guidance on the legal characterization of treaties and the rejection of the application of international law principles into Canadian law.

[63] The judge supported his conclusion by noting that the Supreme Court of Canada adopted the act of state doctrine in *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at page 621, 1956 CanLII 79 (*Francis*). There, the Supreme Court stated that “it is clear that in Canada such rights and privileges as were here advanced of subjects of a contracting party to a treaty are enforceable by the Courts only where the treaty has been implemented or sanctioned by legislation” (Reasons, at paragraph 497). The judge also observed that the principle expressed in *Francis* was restated in the Ontario Court of Appeal decision of *R. v. Agawa*, 1988 CanLII 148, 65 O.R. (2d) 505, at page 509, 53 D.L.R. (4th) 101 (*Agawa*) (Reasons, at paragraph 498). There, Blair J.A. wrote:

.... Indian treaties are, however, similar in one respect to Canada’s international treaties. They are not self-executing and can acquire the force of law in Canada only to the extent that they are protected by the Constitution or by statute. [Emphasis added by Federal Court judge]

[61] Vu les motifs pris dans leur ensemble et étant donné qu’ils se fondent largement sur des affaires de droit international pour étayer la conclusion que les traités n’étaient pas exécutoires, je pense que le juge a, en fait, conclu que les traités historiques étaient des traités internationaux. Cela dit, je conviens que les motifs sont ambigus, mais c’est une ambiguïté qui n’a pas besoin d’être résolue. C’est un débat sans conséquence.

[62] Même si le juge n’avait pas conclu que les traités étaient des accords internationaux, il a commis une erreur en tranchant la question de leur caractère exécutoire à travers le prisme des principes du droit international public et en appliquant la théorie de l’acte de gouvernement. La décision de la Cour fédérale repose sur la conclusion que les traités historiques étaient soit des traités internationaux, soit des traités analogues à des traités internationaux et, à ce titre, on ne pouvait en obliger l’exécution à moins qu’ils ne soient incorporés dans le droit canadien. Cette conclusion est contraire aux principes établis par la Cour suprême sur la nature juridique des traités et sur la non-application des principes du droit international en droit canadien.

[63] Le juge a étayé sa conclusion en notant que la Cour suprême du Canada a adopté la théorie de l’acte de gouvernement dans l’arrêt *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, à la page 621, 1956 CanLII 79 (*Francis*). Dans cet arrêt, la Cour suprême a observé « [TRADUCTION] [qu’]il est évident qu’au Canada, les droits et privilèges ici défendus de personnes assujetties à une partie contractante à un traité ne sont exécutoires en justice que lorsque [le] traité a été mis en œuvre ou sanctionné par la loi » (motifs de la C.F., au paragraphe 497). Le juge a également noté que le principe exprimé dans l’arrêt *Francis* a été réaffirmé dans l’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario *R. v. Agawa*, 1988 CanLII 148, 65 O.R. (2d) 505, à la page 509, 53 D.L.R. (4th) 101 (*Agawa*) (motifs de la C.F., au paragraphe 498). Voici ce que le juge Blair, J.C.A., a écrit :

[TRADUCTION]

[...] Les traités indiens, toutefois, sont semblables à un égard aux traités internationaux signés par le Canada. Ils ne sont pas automatiquement exécutoires et peuvent avoir force exécutoire au Canada seulement dans la mesure où ils sont protégés par la Constitution ou par une loi. [Souligné par le juge de la Cour fédérale.]

[64] I will address these cases later in these reasons, but it is sufficient to say at this point that these cases do not support the conclusion reached by the Federal Court.

[65] The judge did much more than look to international law by analogy, he adopted substantive principles of international law. To be precise, the judge applied the act of state doctrine, a substantive component of international law to Treaty No. 7. The doctrine holds that unless domestic legislation provides a right of recourse, municipal or domestic courts do not have the competence to consider treaties between two foreign and sovereign countries. This conclusion comes as a surprise, given the extent to which Canadian courts recognized the enforceability of treaties since Confederation and the consistent and unequivocal jurisprudence of the Supreme Court that treaties are not international agreements.

#### *Supreme Court of Canada decisions*

[66] In the 1985 decision of *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387 [at page 404], 1985 CanLII 11 (*Simon*), at paragraph 33, the Court considered a pre-Confederation friendship treaty and concluded:

In considering the impact of subsequent hostilities on the peace Treaty of 1752, the parties looked to international law on treaty termination. While it may be helpful in some instances to analogize the principles of international treaty law to Indian treaties, these principles are not determinative. An Indian treaty is unique; it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law. *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at pp. 617-18, aff'd [1965] S.C.R. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 631; *Pawis v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602, at p. 607.

[67] A year later, in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, 1988 CanLII 91 (*Horse*), at paragraphs 35–37 [pages 201–202], the Court reiterated the conclusion in *Simon*. The question in *Horse* was whether a pre-Confederation friendship agreement was a formal treaty for the purposes of the *Indian Act*. The Court rejected the proposition that it should have regard to principles of international law in deciding that question.

[64] Je me penche sur ces arrêts plus loin dans les présents motifs, mais il suffit de dire à ce stade qu'ils n'étaient pas la conclusion à laquelle est parvenue la Cour fédérale.

[65] Le juge a fait bien plus que se référer au droit international par analogie, il a adopté des principes substantiels de droit international. Précisément, le juge a appliqué au Traité n° 7 la théorie de l'acte de gouvernement, une composante substantielle du droit international. Selon cette théorie, à moins que la législation nationale ne prévoit un droit de recours, les tribunaux municipaux ou nationaux n'ont pas compétence pour examiner les traités conclus entre deux pays étrangers et souverains. Cette conclusion est étonnante, étant donné la mesure dans laquelle les tribunaux canadiens ont reconnu le caractère exécutoire des traités depuis la Confédération et la jurisprudence constante et sans équivoque de la Cour suprême selon laquelle les traités ne sont pas des accords internationaux.

#### *Arrêts de la Cour suprême du Canada*

[66] Dans l'arrêt de 1985 *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387 [à la page 404], 1985 CanLII 11 (*Simon*), au paragraphe 33, la Cour suprême a examiné un traité d'amitié antérieur à la Confédération et a conclu ce qui suit :

Dans l'étude de l'effet des hostilités subséquentes sur le Traité de paix de 1752, les parties ont examiné le droit international applicable à l'extinction des traités. Bien qu'il puisse être utile dans certains cas de faire une analogie entre les principes du droit international des traités et les traités avec les Indiens, ces principes ne sont pas déterminants. Un traité avec les Indiens est unique; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international. *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), aux pp. 617 et 618, confirmé par [1965] R.C.S. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 631; *Pawis c. La Reine* [1980] 2 C.F. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602, à la p. 607.

[67] Un an plus tard, dans l'arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, 1988 CanLII 91 (*Horse*), aux paragraphes 35 à 37 [pages 201 et 202], la Cour suprême a réitéré la conclusion de l'arrêt *Simon*. Dans l'arrêt *Horse*, il s'agissait de déterminer si un accord d'amitié conclu avant la Confédération constituait un traité officiel pour l'application de la *Loi sur les Indiens*. La Cour a rejeté la proposition selon laquelle elle devrait tenir compte des principes du droit international pour trancher cette question.

[68] In *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, 70 D.L.R. (4th) 427 (*Sioui*), the Supreme Court again considered whether a pre-Confederation treaty was a treaty within the meaning of section 88 of the *Indian Act*. The appellant argued that the British Crown could not validly enter a treaty with the Hurons as it was not sovereign in Canada in 1760. The appellant based this argument on international law, as stated by eighteenth and nineteenth century jurists, which required that a state should be sovereign in a territory before it could alienate that territory.

[69] The Court rejected the argument, noting that it was not even necessary to consider the substance of the point of international law. It noted that at the time with which the Court was concerned “relations with Indian tribes fell somewhere between the kind of relations conducted between sovereign states and the relations that such states had with their own citizens” (*Sioui*, at page 1038). In concluding that the 1760 treaty between Governor Murray and the Hurons was a treaty within the meaning of the *Indian Act*, the Court noted the *Simon* decision was clear that “an Indian treaty is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law” (*Sioui*, at page 1038).

[70] I will return to *Sioui* later in these reasons when I consider whether the numbered treaties were enforceable, but pause here to note that the Supreme Court considered a treaty entered into in 1760 to create binding legal obligations. Consequently, the treaty was given legal effect and the right to cut wood, fish and hunt was protected from provincial regulatory restrictions. This raises the obvious question as to why a treaty executed 117 years later did not create binding obligations.

*Jurisprudence prevailing on the expiry of the limitation period*

[71] The trilogy of Supreme Court cases in the 1990’s, *Simon*, *Horse* and *Sioui*, did not change the law. They are consistent with the jurisprudence governing the legal

[68] Dans l’arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1990 CanLII 103 (*Sioui*), la Cour suprême s’est une nouvelle fois penchée sur la question de savoir si un traité antérieur à la Confédération était un traité au sens de l’article 88 de la *Loi sur les Indiens*. L’appelant faisait valoir que la Couronne britannique ne pouvait pas valablement conclure un traité avec les Hurons puisqu’elle n’était pas souveraine au Canada en 1760. L’appelant fondait cet argument sur le droit international, tel qu’il était énoncé par les juristes des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, qui exige qu’un État soit souverain sur un territoire avant de pouvoir aliéner ce territoire.

[69] La Cour suprême a rejeté l’argument, notant qu’il n’était même pas nécessaire d’examiner le fond de ce point de droit international. Elle a noté qu’à l’époque qui intéressait la Cour, « [l]es relations avec les tribus indiennes se situaient [...] quelque part entre le genre de relations qu’entretenaient des États souverains et les relations que de tels États entretenaient avec leurs propres citoyens » (*Sioui*, à la page 1038). En concluant que le traité de 1760 entre le gouverneur Murray et les Hurons était un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*, la Cour a noté que l’arrêt *Simon* était clair à cet égard : « un traité avec les Indiens est un accord *sui generis* qui n’est ni créé ni éteint selon les règles du droit international » (*Sioui*, à la page 1038).

[70] Je reviens sur l’arrêt *Sioui* plus loin dans les présents motifs, lorsque j’examine la question de savoir si les traités numérotés étaient exécutoires, mais je prends ici le temps d’observer que la Cour suprême a considéré qu’un traité conclu en 1760 créait des obligations juridiques contraignantes. Par conséquent, le traité avait un effet juridique et les droits de couper du bois, de pêcher et de chasser étaient protégés contre les restrictions réglementaires provinciales. La question manifeste qui s’ensuit est de savoir pourquoi un traité signé 117 ans plus tard n’aurait pas créé d’obligations contraignantes.

*La jurisprudence en vigueur sur l’expiration du délai de prescription*

[71] La trilogie d’arrêts rendus par la Cour suprême dans les années 1990, *Simon*, *Horse* et *Sioui*, n’a pas changé le droit. Ces arrêts suivent la jurisprudence régissant la nature

characterization of treaties prevailing at the expiry of the limitation period in 1978.

[72] In *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, 34 D.L.R. (3d) 145 (*Calder*), Hall J., dissenting in the result but not on this point, discussed, and rejected, the application of the act of state doctrine as a bar to recognizing Aboriginal title (at pages 404–406 [of the S.C.R.]). The act of state doctrine only applies where the sovereign has acquired land from another sovereign, which can only be done through a treaty of cession.

[73] In *Pawis v. R.*, [1980] 2 F.C. 18, at pages 24–25, 102 D.L.R. (3d) 602 (T.D.) (*Pawis*), Marceau J. wrote:

(i) It is obvious that the Lake-Huron Treaty, like all Indian treaties, was not a treaty in the international law sense. The Ojibways did not then constitute an “independent power”, they were subjects of the Queen. Although very special in nature and difficult to precisely define, the Treaty has to be taken as an agreement entered into by the Sovereign and a group of her subjects with the intention to create special legal relations between them. The promises made therein by Robinson on behalf of Her Majesty and the “principal men of the Ojibeway Indians” were undoubtedly designed and intended to have effect in a legal sense and a legal context. The agreement can therefore be said to be tantamount to a contract, and it may be admitted that a breach of the promises contained therein may give rise to an action in the nature of an action for breach of contract. [Emphasis added.]

[74] So too, in *Hay River (Town of) v. R.* (1979), [1980] 1 F.C. 262, at page 265, 101 D.L.R. (3d) 184 (T.D.) (*Hay River*), was the proposition that a treaty was an international agreement rejected:

It is not necessary, for this purpose, to attempt a comprehensive definition of the legal nature of Treaty No. 8. Clearly, it is not a concurrent executive act of two or more sovereign states. Neither, however, is it simply a contract between those who actually subscribed to it. It does impose and confer continuing obligations and rights on the successors of the Indians who entered into it, provided those successors are themselves Indians, as well as on Her Majesty in right of Canada.

juridique des traités qui s’appliquait lors de l’expiration du délai de prescription en 1978.

[72] Dans l’arrêt *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, 1973 CanLII 4 (*Calder*), le juge Hall, dissident quant au résultat, mais pas sur ce point, a discuté, puis rejeté, l’application de la théorie de l’acte de gouvernement comme faisant obstacle à la reconnaissance du titre aborigène (aux pages 404 à 406 [du R.C.S.]). La théorie de l’acte de gouvernement ne s’applique que lorsque le souverain a acquis des terres d’un autre souverain, ce qui ne peut se faire que par un traité de cession.

[73] Dans la décision *Pawis c. R.*, [1980] 2 C.F. 18 (1<sup>re</sup> inst.) (*Pawis*), aux pages 24 à 25, le juge Marceau a écrit :

(i) Il est évident que le Traité du lac Huron, au même titre que tous les traités conclus avec les Indiens, n’était pas un traité au sens du droit international. Les Ojibways, à l’époque, ne constituaient pas un « pouvoir indépendant » mais étaient des sujets de la Reine. Bien que d’une nature toute spéciale et difficile à définir avec précision, le Traité doit être considéré comme un accord conclu par la Souveraine avec un groupe de ses sujets, en vue d’établir entre eux des rapports juridiques spéciaux. Les promesses faites dans ce Traité par Robinson au nom de Sa Majesté et par les chefs de la tribu des Ojibways, visaient indéniablement à produire des effets de droit dans un contexte légal. On peut donc dire que cet accord équivalait à un contrat, et admettre q[u]’un manquement aux engagements qui y sont consignés peut donner lieu à une action en rupture de contrat. [Non souligné dans l’original.]

[74] De même, dans la décision *Hay River (Ville de) c. R.*, [1980] 1 C.F. 262 (1<sup>re</sup> inst.) (*Hay River*), à la page 265, la Cour n’a pas souscrit à l’idée voulant qu’un traité soit un accord international :

Il n’est pas nécessaire, dans l’espèce, de cerner complètement la nature juridique du traité n° 8. Il est clair qu’il ne s’agit pas d’un acte conjoint des exécutifs de deux ou plusieurs États souverains. Il ne s’agit cependant pas non plus d’un simple contrat entre les parties qui y ont souscrit. Il impose des obligations et confère des droits aux successeurs des Indiens qui l’ont conclu, dans la mesure où ces successeurs sont eux-mêmes des Indiens, ainsi qu’à Sa Majesté du chef du Canada.

[75] On the eve of the enactment of the *Constitution Act, 1982*, the United Kingdom Court of Appeal considered whether the treaties were enforceable against the Crown in the United Kingdom. The Court of Appeal noted that, “although the relevant agreements with the Indian peoples are known as ‘treaties’, they are not treaties in the sense of public international law. They were not treaties between sovereign states” (*R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118, 1982 WL 221742 (C.A.)).

[76] In sum, there is no support in the case law on either side of the expiry of the limitation period for the proposition that the historic treaties engage the act of state doctrine and require incorporation into domestic law to be enforceable.

[77] I would add to this that the policy rationale that underlies the act of state doctrine as a principle of public international law is incompatible with the fundamental constructs of Canadian constitutional framework which establishes, through sections 96 and 101 of the *Constitution Act, 1867*, the role of the judiciary in the Canadian federation.

[78] The doctrine of act of state is premised on the view that national or domestic courts do not have all the information, evidence, or policy context necessary to decide international treaties, let alone the power of enforcing their decisions (*Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 [cited above], at page 529; *Cook v. Sprigg*, [1899] UKPC 61, [1899] A.C. 572, at page 578). The judge, in adopting the act of state doctrine, necessarily accepted its underlying rationale; the Canadian judiciary is not competent to adjudicate disputes arising under the historic treaties. Importing the principle into Canadian law also begs the question as to which forum would be competent if domestic courts are not competent to adjudicate treaties.

[75] À la veille de l’édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour d’appel du Royaume-Uni a examiné si les traités étaient opposables à la Couronne au Royaume-Uni. Elle a noté que, [TRADUCTION] « bien que les accords pertinents avec les peuples indiens soient connus sous le nom de “traités”, ils ne sont pas des traités au sens du droit international public. Il ne s’agissait pas de traités entre États souverains » (*R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118, 1982 WL 221742 (C.A.)).

[76] En résumé, rien dans la jurisprudence, de part et d’autre de l’expiration du délai de prescription, n’étaye l’idée que les traités historiques engagent la théorie de l’acte de gouvernement et nécessitent une incorporation dans le droit national pour être exécutoires.

[77] J’ajouterais à cela que le raisonnement de politique administrative qui sous-tend la théorie de l’acte de gouvernement en tant que principe de droit international public est incompatible avec les principes fondamentaux du cadre constitutionnel canadien, lequel établit, au moyen des articles 96 et 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le rôle du pouvoir judiciaire dans la fédération canadienne.

[78] La théorie de l’acte de gouvernement est fondée sur l’idée que les tribunaux nationaux ou locaux ne disposent pas de tous les renseignements, éléments de preuve et éléments du contexte politiques nécessaires pour se prononcer sur les traités internationaux, et encore moins du pouvoir de faire exécuter leurs décisions (*Secretary of State for India v. Kamachee Baye Sahaba*, [1859] UKPC 19 [précité], à la page 529; *Cook v. Sprigg*, [1899] UKPC 61, [1899] A.C. 572, à la page 578). En adoptant la théorie de l’acte de gouvernement, le juge a inévitablement souscrit à son raisonnement sous-jacent : le pouvoir judiciaire canadien n’a pas compétence pour trancher les litiges découlant des traités historiques. L’importation de ce principe en droit canadien soulève également la question de savoir quel serait le tribunal compétent si les tribunaux nationaux n’ont pas compétence pour statuer sur les traités.



*Decisions relied on by the Federal Court*

[79] Before leaving this point, I will address the four cases that the judge relied on in support of the view that the treaties were akin to international instruments and not enforceable unless incorporated by domestic legislation. Neither *Agawa*, nor *Francis*, *Vajesingji* and *Hoani* support that conclusion.

(1) *R. v. Agawa*

[80] As noted, the judge relied on *Agawa*, at page 106 [of the D.L.R.], and the statement that Indian treaties are not self-executing and can acquire the force of law in Canada only to the extent that they are protected by the Constitution or by statute. In argument, the Blood Tribe points out that *Agawa* was cited with approval by the Supreme Court on three occasions: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pages 1091 and 1107, 70 D.L.R. (4th) 385 (*Sparrow*); *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, 133 D.L.R. (4th) 324 (*Badger*); *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, 133 D.L.R. (4th) 658.

[81] *Agawa* merits a closer reading.

[82] *Agawa* arose in the context of a regulatory prosecution under the *Ontario Fishery Regulations* [SOR/2007-237] [the Regulations], a delegated authority under the federal *Fisheries Act* [R.S.C., 1985, c. F-14]. Section 88 of the *Indian Act* provided that all provincial laws of general application applied to Aboriginal treaties except to the extent that they were inconsistent with federal laws or the terms of treaties. The issue in *Agawa*, therefore, was whether the *Ontario Fishery Regulations*, made by Ontario under a delegated power, fell within section 88 and were provincial law and inconsistent with a right to fish granted by the Robinson-Huron Treaty of 1850.

[83] The Court of Appeal determined that the Regulations prevailed, noting that, unless codified in legislation, “[i]n practical terms, ... the only effective protection of Indian treaty rights until 1982 was provided

*Les décisions sur lesquelles se fonde la Cour fédérale*

[79] Avant de clore ce point, je discute les quatre affaires sur lesquelles le juge de première instance s’est fondé pour étayer l’opinion selon laquelle les traités s’apparentaient à des instruments internationaux et n’étaient pas exécutoires à moins d’être incorporés dans la législation nationale. Les arrêts *Agawa*, *Francis*, *Vajesingji* et *Hoani*, ne soutiennent pas cette conclusion.

1) *R. v. Agawa*

[80] Comme je l’ai mentionné, le juge s’est appuyé sur l’arrêt *Agawa*, à la page 106 [des D.L.R.], et sur l’observation selon laquelle les traités indiens ne sont pas automatiquement exécutoires et peuvent avoir force de loi au Canada seulement s’ils sont protégés par la Constitution ou par une loi. Dans ses observations, la tribu des Blood souligne que l’arrêt *Agawa* a été cité avec approbation par la Cour suprême à trois reprises : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pages 1091 et 1107, 1990 CanLII 104 (*Sparrow*); *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, 1996 CanLII 236 (*Badger*); *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, 1996 CanLII 245.

[81] L’arrêt *Agawa* mérite une lecture attentive.

[82] L’arrêt *Agawa* a été rendu dans le contexte d’une poursuite déposée au titre du *Règlement de pêche de l’Ontario* [DORS/2007-237] [le Règlement], un pouvoir délégué conféré par la *Loi sur les pêches* [L.R.C. (1985), ch. F-14] fédérale. L’article 88 de la *Loi sur les Indiens* disposait que toutes les lois provinciales d’application générale s’appliquaient aux traités autochtones, sauf dans la mesure où elles étaient incompatibles avec les lois fédérales ou les modalités des traités. Dans l’arrêt *Agawa*, il s’agissait donc de déterminer si le *Règlement de pêche de l’Ontario*, pris par l’Ontario en vertu d’un pouvoir délégué, était visé par l’article 88, s’il s’agissait d’une loi provinciale et s’il était incompatible avec le droit de pêche accordé par le traité Robinson-Huron de 1850.

[83] La Cour d’appel a conclu que le Règlement avait préséance, en soulignant que, à moins d’une codification dans la loi, [TRADUCTION] « en pratique, [...] la seule véritable protection des droits indiens issus de traités jusqu’en

by [section 88 of] the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6 ... inserted in the Act in 1951 (S.C. 1951, c. 29, s. 87)” (at page 106 [of the D.L.R.]).

[84] The broad sweep of the statement in *Agawa* attracted the attention of the Federal Court. However, when read in its context, it is simply a statement of an uncontroverted principle, that treaty rights were, prior to 1982, subject to legislative constraint or extinguished by Parliament but not by provincial legislatures.

[85] Professor Grammond, (now Grammond J.), explains in *Terms of Coexistence: Indigenous People and Canadian Law* (Toronto: Carswell, 2013), at page 307 that when a treaty contains provisions incompatible with existing federal legislation, it does not acquire legal force unless it is implemented or protected by legislation. Professor Grammond’s analysis of the interaction between treaty rights and legislation speaks precisely to factual and legal issue considered by the Ontario Court of Appeal in *Agawa*. A treaty right conflicted with legislation and at issue was which was to prevail—the federal *Fisheries Act* or the right to fish accorded by the treaty. In the case of a conflict between a treaty and federal legislation, the federal legislation prevailed.

[86] In sum, prior to 1982, unless incorporated into law, treaties could not displace or override federal legislation (Robert Mainville, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach* (Saskatoon: Purich Publishing, 2001) (Mainville), at page 52). The judge inverted this principle and established a new one—that a treaty was not enforceable in the absence of parliamentary ratification—and in so doing erred.

## (2) *Francis v. The Queen*

[87] As mentioned, the judge relied on *Francis* to support the conclusion that the act of state doctrine applied.

1982 était assurée par [l’article 88 de] la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6 [...] inséré dans la Loi en 1951 (S.C. 1951, ch. 29, art. 87) » (à la page 106 [des D.L.R.]).

[84] Le caractère général de l’observation figurant dans l’arrêt *Agawa* a attiré l’attention de la Cour fédérale. Toutefois, lorsqu’on la replace dans son contexte, il s’agit simplement de l’énoncé d’un principe incontesté, à savoir que les droits issus de traités étaient, avant 1982, assujettis à des contraintes législatives ou éteints par le législateur fédéral, mais non par les législateurs provinciaux.

[85] Le professeur Grammond (maintenant le juge Grammond) explique dans *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien* (Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2003), à la page 269, que lorsqu’un traité contient des dispositions incompatibles avec une loi fédérale existante, il n’acquiert de force juridique que s’il est mis en œuvre ou protégé par une loi. L’analyse que fait le professeur Grammond de l’interaction entre les droits issus de traités et la législation correspond précisément aux questions de fait et à celles de droit examinées par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Agawa*. Un droit issu d’un traité était incompatible avec une loi et la question était de savoir lequel devait prévaloir — la *Loi sur les pêches* fédérale ou le droit de pêche accordé par le traité. En cas d’incompatibilité entre un traité et une loi fédérale, c’est cette dernière qui l’emporte.

[86] En somme, avant 1982, à moins d’être incorporés dans une loi, les traités ne pouvaient pas se substituer à une loi fédérale ou l’emporter sur celle-ci (Robert Mainville, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach* (Saskatoon, Purich Publishing, 2001) (Mainville), à la page 52). Le juge a inversé ce principe et en a établi un nouveau — à savoir qu’un traité n’est pas exécutoire à moins qu’il ne soit ratifié par le législateur — et ce faisant, il a commis une erreur.

## 2) *Francis v. The Queen*

[87] Comme je l’ai mentionné plus haut, le juge s’est fondé sur l’arrêt *Francis* pour conclure que la théorie de l’acte de gouvernement s’appliquait.

[88] The November 19, 1794 Jay Treaty was a pre-Confederation treaty between the United States of America and the United Kingdom (*Francis*, at pages 620–621, 629–630), and an issue arose whether Aboriginal Canadians could enforce or claim the protection of the Treaty. The Supreme Court held that they could not, as the treaty was an international treaty and had not been incorporated into a domestic law which provided recourse by the citizens of either Canada or the United States. Although in dissent on a different issue, Kellock J. observed (*Francis*, at page 631), that the historic treaties (which would include Treaty No. 7) were not treaties like the Jay Treaty. The majority did not disagree with this statement, and the reasoning of the Court proceeds on that basis. The judge erred in considering *Francis* as authority for the proposition that Treaty No. 7 was not enforceable in Canadian courts.

### (3) *Vajesingji*

[89] The judge relied on the decision of the J.C.P.C. in *Nayak Vajesingji Joravarsingji and others v. The Secretary of State for India in Council*, [1924] UKPC 51 (BAILII), (1924) L.R. 51 Ind. App. 357 (Reasons, at paragraphs 473–479) in support of the conclusion that Treaty No. 7 was not enforceable.

[90] Here, again, context is critical. The treaty in question was between two acknowledged sovereign states, India, and Scindia. It was a treaty between two “High Contracting Parties” whereby Scindia relinquished land in exchange for other lands. Citizens or subjects of the state of Scindia sued India, seeking a declaration of interest in the newly acquired lands. The J.C.P.C. rejected the claim, noting that until India acknowledged the claims or ownership interests of the subjects of the former state, it had no jurisdiction to consider the matter.

[91] *Vajesingji* does not support the conclusion reached by the Federal Court. It arises in patently different factual and legal context. Further, as the J.C.P.C. stressed, the citizens of Scindia were not parties to the treaty (Reasons,

[88] Le Traité Jay du 19 novembre 1794 était un traité antérieur à la Confédération conclu entre les États-Unis d’Amérique et le Royaume-Uni (*Francis*, aux pages 620, 621, 629 et 630), et la question s’est posée de savoir si les Canadiens autochtones pouvaient faire appliquer la protection du traité ou se réclamer de celle-ci. La Cour suprême a conclu qu’ils ne pouvaient pas le faire, car le traité était un traité international et n’avait pas été incorporé dans une loi nationale offrant un recours aux citoyens du Canada ou des États-Unis. Bien que dissident sur une question différente, le juge Kellock a fait observer (*Francis*, à la page 631) que les traités historiques (qui incluraient le Traité n° 7) n’étaient pas des traités comme le Traité Jay. La majorité ne s’est pas inscrite en faux contre cette observation, et le raisonnement de la Cour se fonde sur cette prémisse. Le juge a commis une erreur en considérant que l’arrêt *Francis* constituait un précédent établissant que les tribunaux canadiens n’avaient pas le pouvoir de faire exécuter le Traité n° 7.

### 3) *Vajesingji*

[89] Le juge s’est fondé sur la décision du C.J.C.P. dans *Nayak Vajesingji Joravarsingji and others v. The Secretary of State for India in Council*, [1924] UKPC 51 (BAILII), (1924) L.R. 51 Ind. App. 357 (motifs de la C.F., aux paragraphes 473 à 479), pour conclure que le Traité n° 7 n’était pas exécutoire.

[90] Là encore, le contexte est essentiel. Le traité en question avait été conclu entre deux États souverains reconnus, l’Inde et la dynastie Scindia. Il s’agissait d’un traité entre deux « hautes parties contractantes », par lequel la dynastie Scindia renonçait à des terres en échange d’autres terres. Les citoyens ou sujets de l’État de Scindia ont poursuivi l’Inde, en demandant une déclaration d’intérêt sur les terres nouvellement acquises. Le C.J.C.P. a rejeté la demande, notant que, à moins que l’Inde ne reconnaisse les revendications ou les titres de propriété des sujets de l’ancien État, il n’avait pas compétence pour examiner la question.

[91] L’arrêt *Vajesingji* n’étaye pas la conclusion qu’a tirée la Cour fédérale. Il s’inscrit dans un contexte factuel et juridique manifestement différent. En outre, comme l’a souligné le C.J.C.P., les citoyens de Scindia n’étaient pas

at paragraph 495). Here, in contrast, the Blood Tribe was party to Treaty No. 7.

(4) *Hoani*

[92] The judge placed considerable emphasis on the J.C.P.C. decision in *Hoani*, relying on it again for the proposition that treaty rights cannot be enforced in the absence of implementing legislation giving a domestic court jurisdiction to do so.

[93] Care must be taken in the development of Canadian law when importing conclusions from decisions rendered in entirely different historical and legal contexts. The 1840 Treaty of Waitangi is the only treaty between the British Crown and the Maori Chiefs. It was a treaty of cession, executed before the British asserted sovereignty in New Zealand. Article 1 of the Treaty makes this clear:

The Chiefs of the Confederation of the United Tribes of New Zealand and the separate and independent Chiefs who have not become members of the Confederation cede to Her Majesty the Queen of England absolutely and without reservation all the rights and powers of Sovereignty which the said Confederation or Individual Chiefs respectively exercise or possess, or may be supposed to exercise or to possess over their respective Territories as the sole sovereigns thereof.

[94] Consistent with the historical and legal characterization of the treaty as a treaty of cession, it required implementing legislation (*Treaty of Waitangi Act 1975* (1975 No. 114) (New Zealand), at page 825).

[95] Canadian history is different. Sovereignty had been asserted long before Treaty No. 7 was executed in 1877. *The Royal Proclamation, 1763* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1] itself notes that the “nation” and “tribes” are under British “Sovereignty, Protection, and Dominion” (at paragraph 5), a fact reflected in the Preamble to Treaty No. 7:

And whereas the said Indians have been informed by Her Majesty’s Commissioners that it is the desire of Her

des parties au traité (motifs de la C.F., au paragraphe 495). En l’espèce, en revanche, la tribu des Blood est partie au Traité n° 7.

4) *Hoani*

[92] Le juge a accordé une importance considérable à l’arrêt *Hoani* du C.J.C.P., se fondant une nouvelle fois sur celui-ci pour affirmer que les droits issus de traités ne sont pas exécutoires à moins qu’une loi de mise en œuvre confère à un tribunal national compétence à cet égard.

[93] La prudence est de mise lorsque l’on enrichit le droit canadien en important des conclusions de décisions rendues dans des contextes historiques et juridiques entièrement différents. Le traité de Waitangi de 1840 est le seul traité conclu entre la Couronne britannique et les chefs maoris. Il s’agissait d’un traité de cession, signé avant que les Britanniques n’affirment leur souveraineté en Nouvelle-Zélande. L’article 1 du traité l’indique clairement :

[TRADUCTION]

Les chefs de la Confédération des tribus unies de Nouvelle-Zélande et les chefs à part et indépendants qui ne sont pas devenus membres de la Confédération cèdent à Sa Majesté la reine d’Angleterre, de façon absolue et sans réserve, tous les droits et pouvoirs de souveraineté que ladite Confédération ou lesdits chefs individuels exercent ou possèdent respectivement, ou peuvent être supposés exercer ou posséder sur leurs territoires respectifs en tant que seuls souverains de ceux-ci.

[94] Conformément à sa nature historique et juridique, soit un traité de cession, ce traité a eu besoin d’une loi de mise en œuvre (*Treaty of Waitangi Act 1975* (1975 No. 114) (Nouvelle-Zélande), à la page 825).

[95] L’histoire canadienne est différente. La souveraineté avait été affirmée bien avant la signature du Traité n° 7 en 1877. La *Proclamation royale (1763)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 1] indique elle-même que la « nation » et les « tribus » sont sous « souveraineté, protection et domination » britannique (au paragraphe 5), un fait dont il est tenu compte dans le préambule du Traité n° 7 :

Et considérant que les dits Indiens ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c’est

Majesty to open up for settlement, and such other purposes as to Her Majesty may seem meet, a tract of country, bounded and described as hereinafter mentioned, and to obtain the consent thereto of Her Indian subjects inhabiting the said tract, and to make a Treaty, and arrange with them, so that there may be peace and good will between them and Her Majesty, and between them and Her Majesty's other subjects; and that Her Indian people may know and feel assured of what allowance they are to count upon and receive from Her Majesty's bounty and benevolence.

[96] The differences between the facts of *Hoani* and Canadian constitutional history are many and stark. Canadian courts have never suggested that they had no jurisdiction to consider treaties on the basis that they were between independent sovereign countries, let alone on the basis that they had no jurisdiction to enforce their terms.

[97] As Professor Borrows points out, nation to nation development can take place within the construct of a single sovereign state. That has been the legal, historical, and constitutional experience of Canada in its relationship with indigenous Canadians (John Borrows and Leonard Rotman, “The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference” (1997), 1997 CanLIIDocs 142, 36:1 *Alta. L. Rev.* 9, at pages 23–25, 29–30, 44). A nation-to-nation relationship, one that recognizes elements of self-governance but within an existing constitutional framework, is markedly different than a relationship between two sovereign states.

III. Whether the terms of Treaty No. 7 were enforceable at common law

#### *Overview*

[98] The conclusion of the Federal Court that no cause of action could be brought in respect of a breach of treaty right prior to 1982 is inconsistent with established jurisprudence and academic commentary. It is also inconsistent with the basic tenant underpinning all Aboriginal law in Canada—the honour of the Crown. Neither the honour of the Crown nor the jurisprudence which holds treaties to create binding legal obligations are displaced simply by reason of the fact that the action was framed in contract.

le désir de Sa Majesté d'ouvrir à la colonisation, et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables, une étendue de pays, bornée et décrite, tel que ci-après mentionné, et d'obtenir à cet égard le consentement de ses sujets indiens habitant le dit pays, et de faire un Traité et de s'arranger avec eux, de manière que la paix et la bonne harmonie puissent exister entre eux et Sa Majesté et entre eux et les autres sujets de Sa Majesté, et qu'ils puissent connaître à savoir avec certitude quels octrois ils peuvent espérer et recevoir de la générosité et de la bienveillance de sa Majesté.

[96] Les différences entre les faits de l'affaire *Hoani* et l'histoire constitutionnelle canadienne sont nombreuses et radicales. Les cours canadiennes n'ont jamais indiqué qu'elles ne pouvaient connaître des traités au motif qu'ils étaient conclus entre des pays souverains indépendants, et encore moins au motif qu'elles n'avaient pas compétence pour en faire appliquer les modalités.

[97] Comme l'indique le professeur Borrows, il peut y avoir développement de nation à nation au sein d'un unique État souverain. Telle a été l'expérience juridique, historique et constitutionnelle du Canada dans sa relation avec les Canadiens autochtones (John Borrows et Leonard Rotman, « The *Sui Generis* Nature of Aboriginal Rights: Does it Make a Difference » (1997), 1997 CanLIIDocs 142, 36:1 *Alta. L. Rev.* 9, aux pages 23 à 25, 29, 30 et 44). Une relation de nation à nation, qui reconnaît des éléments d'autogouvernance, mais dans un cadre constitutionnel existant, est nettement différente d'une relation entre deux États souverains.

III. La question de savoir si les modalités du Traité n° 7 étaient exécutoires en common law

#### *Aperçu*

[98] La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle il n'existait aucune cause d'action à l'égard d'une violation d'un droit issu de traités avant 1982 est incompatible avec la jurisprudence établie et la doctrine. Elle est également incompatible avec le principe fondamental qui sous-tend tout le droit autochtone au Canada : l'honneur de la Couronne. Ni l'honneur de la Couronne ni la jurisprudence qui considère que les traités créent des obligations juridiques contraignantes ne deviennent obsolètes du simple fait que l'action était présentée en termes de droit des contrats.



[99] By way of overview, three errors underlie the Federal Court's conclusion.

[100] First, Canadian jurisprudence recognizes the enforceability of treaty terms. Although the judge was correct to note the Supreme Court has said that treaties are not contracts, he erred in concluding that because they are not contracts they were not enforceable. Treaties are more than contracts, not less. Treaties were entered into with the intention to create legal obligations and how that obligation is characterized is of no consequence to the question whether their terms are enforceable.

[101] Second, the judge erred in discounting jurisprudence that established the enforceability of treaties on the basis that the treaty rights were used defensively and not on a positive basis to assert a treaty right. The categorization of cases into sword or shield is not helpful. There is no logical reason to conclude that the use of a treaty to defend conduct has no bearing on the question whether a treaty is enforceable, whereas an action to assert a treaty term, does. The Supreme Court recognized the analytical limitations of this approach in *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, 456 D.L.R. (4th) 1 (*Desautel*) noting that criminal, regulatory and civil proceedings are all legitimate forums in which Aboriginal interests may be expressed (*Desautel*, at paragraphs 89–90 and 92). The sword/shield paradigm masks the true inquiry, which is, whether this specific term of Treaty No. 7 would be given positive legal effect.

[102] Third, as I noted at the outset, Aboriginal rights and treaty rights are not the same. While treaty rights are encompassed within the broader concept of Aboriginal rights and now have co-extensive constitutional protection, their provenance and scope are different. Any conclusion as to whether a treaty right was enforceable as opposed to whether an Aboriginal right was enforceable must proceed on an understanding of the distinction between the two. Prior to 1982, they were conceptually, historically and jurisprudentially different, and the fact

[99] Globalement, la conclusion de la Cour fédérale est fondée sur trois erreurs.

[100] Premièrement, la jurisprudence canadienne reconnaît le caractère exécutoire des modalités des traités. Bien que le juge ait eu raison de noter que la Cour suprême a observé que les traités ne sont pas des contrats, il a commis une erreur en concluant que, parce qu'ils ne sont pas des contrats, ils ne sont pas exécutoires. Les traités sont plus que des contrats, ils ne sont pas moindres. Les traités ont été conclus dans l'intention de créer des obligations juridiques et la façon dont ces obligations sont caractérisées est sans conséquence sur la question de savoir si les modalités des traités sont exécutoires.

[101] Deuxièmement, le juge a commis une erreur en faisant fi de la jurisprudence qui établissait le caractère exécutoire des traités au motif que les droits issus de traités étaient utilisés comme moyen de défense et non de manière active pour faire valoir un droit issu de traités. Il n'est pas utile de classer les affaires selon que les droits issus de traités servent d'épée ou de bouclier. Il n'y a aucune raison logique de conclure que l'utilisation d'un traité pour défendre un comportement n'a aucune incidence sur la question de savoir si un traité est exécutoire, alors qu'une action visant à faire valoir une modalité du traité en aurait une. La Cour suprême a reconnu les limites analytiques de cette approche dans l'arrêt *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17 (*Desautel*), en notant que les procédures pénales, réglementaires et civiles sont toutes des moyens légitimes de faire valoir les intérêts autochtones (*Desautel*, aux paragraphes 89, 90 et 92). Le paradigme de l'épée et du bouclier masque la véritable question, qui est de savoir si la clause concernée du Traité n° 7 a un effet juridique positif.

[102] Troisièmement, comme je l'ai noté au début, les droits ancestraux et les droits issus de traités ne sont pas les mêmes. Si les droits issus de traités sont englobés dans le concept plus large des droits ancestraux et bénéficient désormais d'une protection constitutionnelle co-extensive, leur provenance et leur portée sont différentes. Toute conclusion sur la question de savoir si un droit issu d'un traité, par opposition à un droit ancestral, est exécutoire doit reposer sur une compréhension de la distinction entre les deux. Avant 1982, ils étaient différents sur

that an action to enforce an Aboriginal right may not have been recognized prior to 1982 does not mean that a treaty right would suffer the same fate.

[103] Conflating or merging the two streams of law, one addressing Aboriginal rights, the other addressing treaty rights, is an error. This error is best reflected in reliance on cases such as *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, 1996 CanLII 216 (*Van der Peet*), which concerned Aboriginal rights, and transposing the reasoning in that case to a treaty case. In the same vein, the political trust doctrine, conceived and applied in the context of Aboriginal title cases, cannot be transplanted to treaty cases. I do not agree with the appellant that the specific obligation in Treaty No. 7 with which we are concerned is governed by the political trust doctrine.

[104] Put more simply, prior to 1982, Aboriginal interests arose in a diversity of legal proceedings: actions to recognize and establish Aboriginal title, (as in *Calder and Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, 13 D.L.R. (4th) 321 (*Guerin*)); to exercise an Aboriginal right to hunt and fish, (as in *Simon; Sioui; R. v. Moses* (1969), [1970] 3 O.R. 314, 13 D.L.R. (3d) 50 (Dist. Ct.); *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, 1981 CarswellOnt 641 (WL Can.) (C.A.) (*Taylor*)); or to enforce a specific treaty term (as in *The Province of Ontario v. The Dominion of Canada and the Province of Quebec* (1895), 25 S.C.R. 434, 1895 CanLII 112 (*Annuities Case (SCC)*), *Henry v. The King* (1905), 9 Ex. C.R. 417, 1905 CarswellNat 19 (WL Can.), (*Henry*), and *Dreaver v. The King* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (Ex. Ct.) (*Dreaver*)). The failure to situate the issue before the Court in the context of the applicable jurisprudence led the Federal Court to reach two conclusions; one anomalous and the other remarkable.

[105] The anomalous conclusion is that, if correct, inchoate Aboriginal rights, which were absorbed into the common law and existed prior to 1982, were enforceable (*Desautel*, at paragraphs 34 and 68), but specific, tangible and quantifiable commitments memorialized in solemn, public agreement, were not. The remarkable conclusion

les plans conceptuel, historique et jurisprudentiel, et le fait qu'une action visant à faire valoir un droit ancestral puisse ne pas avoir été reconnue avant 1982 ne signifie pas qu'un droit issu d'un traité aurait subi le même sort.

[103] Confondre ou fusionner les deux courants de droit, l'un traitant des droits ancestraux, l'autre des droits issus de traités, est une erreur. Cette erreur se voit particulièrement bien lorsqu'on se fonde sur des arrêts comme *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, 1996 CanLII 216 (*Van der Peet*), qui concernait les droits ancestraux, et qu'on transpose le raisonnement de cette affaire dans une affaire concernant un traité. Dans la même veine, la théorie de la fiducie politique, conçue et appliquée dans le contexte des affaires de titre autochtone, ne peut pas être transposée aux affaires concernant les traités. Je ne souscris pas à la thèse de l'appelante selon laquelle l'obligation particulière issue du Traité n° 7 qui nous intéresse est régie par la théorie de la fiducie politique.

[104] En termes plus simples, avant 1982, les intérêts autochtones jouaient dans diverses procédures judiciaires : des actions visant à faire reconnaître et établir le titre autochtone (par exemple *Calder et Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 1984 CanLII 25 (*Guerin*)), à exercer un droit autochtone de chasse et de pêche (par exemple *Simon; Sioui; R. v. Moses* (1969), [1970] 3 O.R. 314, 13 D.L.R. (3d) 50 (C. dist.); *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, 1981 CarswellOnt 641 (C.A.) (*Taylor*) ou à faire respecter une modalité particulière d'un traité (par exemple *The Province of Ontario v. The Dominion of Canada and Province of Quebec* (1895), 25 S.C.R. 434, 1895 CanLII 112 (*Affaire des annuités (CSC)*), *Henry v. The King* (1905), 9 Ex. C.R. 417, 1905 CarswellNat 19 (*Henry*), et *Dreaver v. The King* (1935), 5 C.N.L.C. 92 (C. de l'É.) (*Dreaver*)). Le fait de ne pas situer la question soumise à la Cour dans le contexte de la jurisprudence applicable a conduit la Cour fédérale à tirer deux conclusions, l'une anormale et l'autre remarquable.

[105] La conclusion anormale, si elle est correcte, est que les droits ancestraux inchoatifs, qui ont été absorbés par la common law et qui existaient avant 1982, étaient exécutoires (*Desautel*, aux paragraphes 34 et 68), mais que les engagements précis, tangibles et quantifiables, consignés dans un accord public solennel, ne l'étaient

is that, if correct, the honour of the Crown, the motivating principle of jurisprudence and which compels the Crown to honour its commitments to Aboriginal Canadians are simply empty words.

*Treaty rights and Aboriginal rights*

[106] Treaty rights are different from Aboriginal rights (*Desautel*, at paragraphs 34 and 68; *Van der Peet*, at paragraphs 27–29). In *Badger*, Sopinka J. observed that there was “no doubt that aboriginal and treaty rights differ in both origin and structure” (at paragraph 76). Aboriginal rights stem from the fact that Indigenous peoples were in Canada prior to colonialization. Aboriginal rights are pre-existing and evolving (*Simon*, at paragraphs 18–24 and 30 [pages 398–401 and 403 of the S.C.R.]; *Sioui*, at pages 1043–1045 and 1054), and flow from the customs and traditions of native peoples. As Sopinka J. paraphrased from Judson J. in *Calder* (at page 328 [of the S.C.R.]), “they embody the right of native people to continue living as their forefathers lived” [*Badger*, at paragraph 76].

[107] A treaty right, while held by Indigenous peoples, stems from an agreement between Aboriginal Canadians and the Crown. Sometimes treaties confirm or regulate a pre-existing Aboriginal right, such as a right to hunt and fish, sometimes they establish a reserve out of lands subject to Aboriginal title, or out of lands that are not subject to a title claim, and sometimes they create a new obligation.

[108] Treaties “are analogous to contracts, albeit of a very solemn and special, public nature” (*Badger*, at paragraph 76). A treaty right is grounded in its terms, as interpreted according to the principles described in *Marshall*. As Robert Mainville (now Mainville J.A., Que. C.A.) writes, “they are very special contracts of a *sui generis* nature and they are governed by public law rules” and their terms “clearly bind the Crown” (Mainville, at page 35).

pas. La conclusion remarquable, si elle est correcte, est que l’honneur de la Couronne, le principe qui motive la jurisprudence et qui oblige la Couronne à respecter ses engagements envers les Canadiens autochtones, ne serait que des mots vides de sens.

*Les droits issus de traités et les droits ancestraux*

[106] Les droits issus de traités sont différents des droits ancestraux (*Desautel*, aux paragraphes 34 et 68; *Van der Peet*, aux paragraphes 27 à 29). Dans l’arrêt *Badger*, le juge Sopinka a fait observer qu’« [i] ne fait pas de doute que les droits ancestraux et les droits issus de traités diffèrent, tant de par leur origine que de par leur structure » (au paragraphe 76). Les droits ancestraux naissent du fait que les peuples autochtones étaient présents au Canada avant la colonisation. Les droits ancestraux sont préexistants et évolutifs (*Simon*, aux paragraphes 18 à 24 et 30 [pages 398 à 401 et 403 du R.C.S.]; *Sioui*, aux pages 1043 à 1045 et 1054) et découlent des coutumes et traditions des peuples autochtones. Comme l’a dit le juge Sopinka, paraphrasant le juge Judson dans l’arrêt *Calder* (à la page 328 [du R.C.S.]), « ils expriment le droit des peuples autochtones de continuer à vivre de la même façon que leurs ancêtres » [*Badger*, au paragraphe 76].

[107] Les droits issus de traités, bien que détenus par les peuples autochtones, naissent d’accords entre les Canadiens autochtones et la Couronne. Parfois, les traités confirment ou réglementent un droit autochtone préexistant, comme le droit de chasser et de pêcher, parfois ils établissent des réserves à partir de terres visées par un titre autochtone ou de terres qui ne sont pas visées par titre, et parfois ils créent de nouvelles obligations.

[108] Les traités « sont comme des contrats, si ce n’est qu’ils ont un caractère public, très solennel et particulier » (*Badger*, au paragraphe 76). Un droit ancestral est fondé sur son libellé, tel qu’il est interprété selon les principes énoncés dans l’arrêt *Marshall*. Comme l’écrit Robert Mainville (maintenant juge à la Cour d’appel du Québec), [TRADUCTION] « il s’agit de contrats très spéciaux de nature *sui generis* et ils sont régis par les règles du droit public » et leurs modalités [TRADUCTION] « lient clairement la Couronne » (Mainville, à la page 35).

[109] Historically, claims to an Aboriginal right or interest in lands were not recognised, neither by courts nor government. Prior to 1982, an Aboriginal interest, whether grounded in the common law or in a treaty, was constrained to the extent that it was inconsistent with a statute which demonstrated a legislative intention to limit or extinguish the right. The point was made in *Sparrow*, at page 1098, where the Court adopted the reasoning of Mahoney J. in *Baker Lake (Hamlet) v. Minister of Indian Affairs & Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518, 107 D.L.R. (3d) 513 (T.D.), at page 568:

.... Once a statute has been validly enacted, it must be given effect. If its necessary effect is to abridge or entirely abrogate a common law right, then that is the effect that the Courts must give it. That is as true of an aboriginal title as of any other common law right.

[110] While I will elaborate on this later in these reasons, it is sufficient to observe at this point that prior to 1951, treaty rights could be eroded by provincial and federal legislation and regulations, and between 1951 and 1982, by federal legislation. Consequently, pre-1982 jurisprudence concerning Aboriginal title and non-treaty Aboriginal rights (which were not recognized until *Guerin*) and treaty rights (which could be eroded by legislation) is not predictive of how treaty violations such as the TLE claim before us would have been decided prior to 1982 (*Sparrow*, at pages 1103–1105).

[111] The question before this Court is whether a court would have given legal effect to Treaty No. 7 on the eve of the expiry of the limitation period pursuant to the Alberta *Limitation of Actions Act*, 1970. To answer that question, a historical review of the jurisprudence is necessary. But the jurisprudence after 1982 is also informative. Looking through the rear-view mirror reveals our contemporary understanding of the law as it then existed. And what we see in the mirror is that a treaty right in the nature of the TLE commitment in Treaty No. 7 would have been enforceable prior to 1982

[109] Historiquement, les revendications de droits ancestraux ou d'intérêts autochtones sur des terres n'étaient reconnues ni par les tribunaux ni par le gouvernement. Avant 1982, l'intérêt autochtone, qu'il soit fondé sur la common law ou sur un traité, était limité dans la mesure où il était incompatible avec une loi qui démontrait une intention du législateur de limiter ou d'annuler un droit. Ce point a été discuté dans l'arrêt *Sparrow*, à la page 1098, où la Cour a adopté le raisonnement du juge Mahoney dans la décision *Baker Lake (Hamlet) c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 568 et 569 :

[...] Une fois qu'une loi a été régulièrement adoptée, il faut lui donner effet; s'il est nécessaire pour lui donner effet d'altérer voire d'abroger entièrement un droit de *common law* alors c'est l'effet que les tribunaux doivent lui donner. Cela est tout aussi vrai d'un titre aborigène que de tout autre droit de *common law*.

[110] Je reviens sur ce point plus loin dans les présents motifs, mais il suffit d'observer à ce stade qu'avant 1951, les droits issus de traités pouvaient être érodés par les lois et règlements provinciaux et fédéraux et, entre 1951 et 1982, qu'ils pouvaient l'être par une loi fédérale. Par conséquent, la jurisprudence antérieure à 1982 concernant le titre autochtone et les droits ancestraux non issus de traités (qui n'ont pas été reconnus avant l'arrêt *Guerin*) et les droits issus de traités (qui pouvaient être érodés par une loi) ne permet pas de prédire comment les litiges relatifs à une violation de traités, tels que la revendication relative aux DFIT dont nous sommes saisis, auraient été tranchés avant 1982 (*Sparrow*, aux pages 1103 à 1105).

[111] La question que notre Cour doit trancher est de savoir si un tribunal aurait donné un effet juridique au Traité n° 7 à la veille de l'expiration du délai de prescription prévu par la *Limitation of Actions Act* de 1970. Pour répondre à cette question, il faut examiner la jurisprudence du passé. Mais la jurisprudence postérieure à 1982 est également instructive. Regarder dans le rétroviseur permet de voir comment nous comprenons actuellement le droit tel qu'il existait alors. Et ce que nous voyons dans le rétroviseur, c'est qu'un droit issu de traités de la nature de l'engagement relatif aux DFIT pris dans le Traité n° 7 aurait été exécutoire avant 1982.

*Governing law*

[112] At the time Treaty No. 7 was concluded in 1877, Canada had asserted *de jure* and *de facto* sovereignty over the lands in question (*The Royal Charter for Incorporating the Hudson's Bay Company: Granted by His Majesty the King Charles the Second, in the Twenty-Second Year of His Reign, A.D. 1670* (H.K. Causton, 1865); *Convention between His Britannic Majesty and the United States of America*, signed at London, October 20, 1818, at Article II; *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], subsection 91(24), at page 25 and section 146, at page 42; *Rupert's Land and North-Western Territory Order* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 9 (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 3)]; Treaty No. 7).

[113] English common law was the governing law at the time and place that Treaty No. 7 was executed in 1877. The *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, section 11 deemed the laws of England, including the common law, as it existed on July 15, 1870, to be in force in the Northwest Territories (which at the time included what is now the Province of Alberta). This was the date on which the Hudson's Bay Company surrendered its lands to Canada. From that point forward, limitations of action legislation applied (*Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655, 365 A.R. 1, [2004] 4 C.N.L.R. 110, at paragraph 112). With the creation of the province of Alberta in 1905, the common law as it had existed in the Northwest Territories continued (*Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 12 [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 20], section 16).

[114] The ability to bring an action in the Exchequer Court to enforce the terms of an agreement or contract

*Le droit applicable*

[112] Lorsque le Traité n° 7 a été conclu en 1877, le Canada avait affirmé sa souveraineté de droit et de fait sur les terres en question (*The Royal Charter for Incorporating the Hudson's Bay Company: Granted by His Majesty the King Charles the Second, in the Twenty-Second Year of His Reign, A.D. 1670* ([TRADUCTION] *La Charte royale d'incorporation de la Compagnie de la Baie d'Hudson: Accordée par Sa Majesté le roi Charles II, dans la vingt-deuxième année de son règne, en 1670*) (H.K. Causton, 1865); *Convention between His Britannic Majesty and the United States of America* ([TRADUCTION] *Convention entre Sa Majesté britannique et les États-Unis d'Amérique*), signée à Londres, le 20 octobre 1818, art. II; *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], paragraphe 91(24), à la page 25, et article 146, à la page 42; *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest* [L.R.C., 1985, appendice II, n° 9 (mod. par *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 3)]; Traité n° 7).

[113] La common law anglaise était le droit applicable au moment et à l'endroit où le Traité n° 7 a été signé en 1877. Selon l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, article 11, les lois de l'Angleterre, y compris la common law, telles qu'elles existaient le 15 juillet 1870, étaient réputées être en vigueur dans les Territoires du Nord-Ouest (qui comprenaient à l'époque ce qui est maintenant la province de l'Alberta). C'est à cette date que la Compagnie de la Baie d'Hudson a cédé ses terres au Canada. À partir de là, les lois prescrivant les actions ont commencé à s'appliquer (*Papaschase Indian Band (Descendants of) v. Canada (Attorney General)*, 2004 ABQB 655, 365 A.R. 1, [2004] 4 C.N.L.R. 110, au paragraphe 112). Après la création de la province de l'Alberta en 1905, la common law telle qu'elle existait dans les Territoires du Nord-Ouest a continué de s'appliquer (*Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3 (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 12 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 20] article 16).

[114] La possibilité d'intenter une action devant la Cour de l'Échiquier pour faire respecter les clauses d'un accord



with the Crown had been in place since 1875 (*Petition of Right Act*, S.C. 1875, c. 12; *Supreme Court and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11, section 58; *Supreme Court and Exchequer Court Act*, R.S.C. 1886, c. 135, subsection 73(2)). Sections 2, 3, 19(3) and 21 of the *Petition of Right Act*, S.C. 1876, c. 27 specifically contemplated that an action could be brought against the Crown in respect of a claim to land or damages by way of a *fiat* granted by the Attorney General. When a claim of that type was made, the doctrine of Crown immunity did not prevent the suit, nor did it substantially hinder suits against the Crown (Reasons, at paragraphs 70–71). When a *fiat* was required to initiate a suit under the *Petition of Right Act*, it was granted as a matter of course (*Re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461, at page 479). The requirement for the Attorney General's *fiat* was, in any event, abolished in 1951 with amendments to the *Petition of Right Act* and was therefore not a bar to the Blood Tribe bringing a suit.

[115] In 1971, the Federal Court was established as the successor court to the Exchequer Court (*Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1). As the Federal Court found, nothing would bar the Blood Tribe from commencing an action in either the Exchequer Court or its successor, the Federal Court, a conclusion with which I agree.

#### *Jurisprudence prior to 1982*

[116] I begin with *St. Catharines Milling & Lumber Co. v. R.*, [1888] UKPC 70, 1888 CarswellOnt 22 (WL Can.) (*St. Catharines Milling (JCPC)*).

[117] In 1873 the Salteaux tribe of the Ojibway signed Treaty No. 3 with Canada in exchange for the promises set forth in the treaty. The St. Catharines Milling Company obtained a lease from Canada to cut timber on surrendered non-treaty lands. Ontario asserted that the leases were invalid as the title to the lands was vested in the province under section 109 of the *Constitution Act, 1867*. It sued for a declaration to that effect. Canada argued that the lands were under the jurisdiction of Parliament, relying on subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

ou d'un contrat avec la Couronne existe depuis 1875 (*Acte des Pétitions de Droit*, S.C. 1875, ch. 12; *Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, ch. 11, article 58; *Acte concernant les cours Suprême et de l'Échiquier*, S.R.C. 1886, ch. 135, au paragraphe 73(2)). Les articles 2 et 3, le paragraphe 19(3) et l'article 21 de l'*Acte des Pétitions de Droit*, S.C. 1876, ch. 27, prévoyaient expressément qu'une action pouvait être intentée contre la Couronne à l'égard d'une revendication territoriale ou de dommages-intérêts au moyen d'un *fiat* accordé par le procureur général. Lorsqu'une revendication de ce type était présentée, le principe de l'immunité de la Couronne n'empêchait pas la poursuite et n'entravait pas non plus de façon substantielle les poursuites contre la Couronne (motifs de la C.F., aux paragraphes 70 et 71). Lorsqu'un *fiat* était requis pour intenter une poursuite en vertu de l'*Acte des Pétitions de Droit*, il était accordé d'office (*Re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461, à la page 479). L'exigence relative au *fiat* du procureur général a, de toute façon, été abolie en 1951 avec les amendements à l'*Acte des Pétitions de Droit* et n'était donc pas un obstacle à l'action de la tribu des Blood.

[115] En 1971, la Cour fédérale a été créée pour succéder à la Cour de l'Échiquier (*Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1). Comme l'a conclu la Cour fédérale, rien n'aurait empêché la tribu des Blood d'engager une action devant la Cour de l'Échiquier ou son successeur, la Cour fédérale, une conclusion à laquelle je souscris.

#### *La jurisprudence avant 1982*

[116] Je commence par l'arrêt *St. Catharines Milling & Lumber Co. v. R.*, [1888] U.K.P.C. 70, 1888 CarswellOnt 22 (*St. Catharines Milling (CJCP)*).

[117] En 1873, la tribu Salteaux des Ojibways a signé le Traité n° 3 avec le Canada en échange des promesses y étant énoncées. La St. Catharines Milling Company a obtenu un bail du Canada pour couper du bois sur les terres cédées non visées par le traité. L'Ontario a soutenu que les baux étaient invalides puisque le titre de propriété des terres était dévolu à la province aux termes de l'article 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La province a intenté une poursuite en vue d'obtenir un jugement déclaratoire en ce sens. Le Canada a soutenu que les terres

[118] In the Supreme Court of Canada, five of the six judges wrote separate or concurring reasons. Two of the justices (Chief Justice Ritchie and Fournier J.) held that underlying title was vested in the province; another two (Henry and Taschereau JJ.) also held that title rested with Ontario, but for different reasons. They held that Aboriginal title was not recognized at common law and that any rights to the land in question arising from *The Royal Proclamation, 1763*, were extinguished by the 1873 treaty. They also held that questions of Aboriginal title claims fell into the political not the judicial realm. Finally, two of the justices (Strong and Gwyne JJ.) found that the rights that the Salteaux had to the land had not been extinguished by the Treaty and flowed from both the common law and the Royal Proclamation.

[119] In sum, a majority of four of the six Supreme Court justices found that an Aboriginal right to land existed, but were divided on the source, origin, nature and extent of the right, and two of the justices were silent on these points.

[120] The J.C.P.C. (*per* Lord Watson) found in favour of the province; as the underlying title was vested in the Crown in right of Ontario, the leases were of no effect. Lord Watson recognized that Aboriginal land rights existed, but he ascribed their existence to the Royal Proclamation. He declined to discuss their recognition at common law, since this issue did not appear to him relevant to the resolution of the dispute at hand. Lord Watson did, however, state that the rights of Aboriginal people in land were in any event less than fee simple. For Lord Watson, the tenure of Aboriginal people under the Royal Proclamation was “a personal and usufructuary right” that could be surrendered only to the Crown and, since the passing of the *Constitution Act, 1867*, only to the Crown in right of Canada (Mainville, at pages 19–20).

[121] Much ink has been spilled on *St. Catharines Milling (JCPC)*. It is significant, at least in this context, for four points.

relevaient de sa compétence, sur le fondement du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[118] À la Cour suprême du Canada, cinq des six juges ont rédigé des motifs distincts ou concordants. Deux des juges (le juge en chef Ritchie et le juge Fournier) ont conclu que le titre sous-jacent était dévolu à la province; deux autres (les juges Henry et Taschereau) ont également conclu que le titre appartenait à l'Ontario, mais pour des motifs différents. Ils ont conclu que le titre autochtone n'était pas reconnu en common law et que tout droit sur les terres en question découlant de la *Proclamation royale (1763)*, était éteint par le traité de 1873. Ils ont également conclu que les questions relatives aux revendications de titres autochtones relevaient du domaine politique et non du domaine judiciaire. Enfin, deux des juges (les juges Strong et Gwyne) ont conclu que les droits que les Salteaux avaient sur les terres n'avaient pas été éteints par le traité et qu'ils découlaient à la fois de la common law et de la Proclamation royale.

[119] En somme, une majorité de quatre des six juges de la Cour suprême a conclu à l'existence d'un droit autochtone sur les terres, mais était divisée sur la source, l'origine, la nature et la portée de ce droit, et deux des juges sont restés muets sur ces points.

[120] Le C.J.C.P. (motifs de lord Watson) a donné raison à la province; comme le titre sous-jacent était dévolu à la Couronne du chef de l'Ontario, les baux étaient nuls. Lord Watson a reconnu l'existence de droits autochtones sur les terres, mais il a attribué leur existence à la Proclamation royale. Il a refusé de discuter de leur reconnaissance en common law, car cette question ne lui semblait pas utile pour résoudre le litige dont il était saisi. Lord Watson a toutefois déclaré que les droits des Autochtones sur les terres étaient en tout état de cause inférieurs au fief simple. Pour lord Watson, la tenure des Autochtones en vertu de la Proclamation royale était [TRADUCTION] « un droit personnel et usufruitier » qui ne pouvait être cédé qu'à la Couronne et, depuis l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qu'à la Couronne du chef du Canada (Mainville, aux pages 19 et 20).

[121] L'arrêt *St. Catharines Milling (JCPC)* a fait couler beaucoup d'encre. Il est important, du moins en l'espèce, pour quatre raisons.

[122] First, I agree with the Blood Tribe that the ratio of *St. Catharines Milling (JCPC)* was not that the Ojibway had a right to enforce a treaty right against Canada, but merely that if such right existed, was personal and usufructuary and existed at the pleasure of the Crown. As the Blood Tribe observes in its memorandum of argument, “[n]othing was said about the enforceability of treaty rights by a First Nation.”

[123] Second, *St. Catharines Milling (JCPC)* is the foundation of the Blood Tribe’s new argument on appeal that Aboriginal rights were political in nature and not legally enforceable. Taschereau J.’s description of the Crown’s obligation to the Aboriginal peoples as “a sacred political obligation, in the execution of which the state must be free from judicial control” was subscribed to by one other judge and not commented on by the J.C.P.C. (*St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.* (1887), 13 S.C.R. 577, at page 649, 13 O.A.R. 148 (*St. Catharines Milling (SCC)*)). I will return to this argument later in these reasons, but simply highlight, at this point, that the Federal Court judge relied on this statement to conclude that the terms of Treaty No. 7 were not legally enforceable.

[124] Third, the contest in *St. Catharines Milling (JCPC)* was between Ontario and Canada. It was not between the Salteaux and either government, but had the Salteaux’s “rights” under the Treaty been in question, the Court would have viewed them as enforceable obligations.

[125] The Supreme Court understood treaties as creating enforceable obligations, and in so doing, foreshadowed the *Marshall* decision a century later and the principles by which treaties were to be interpreted.

[126] The final and most important aspect of *St. Catharines Milling (JCPC)* is what it actually decided. The ratio of the case is that the limited Aboriginal right found to exist was insufficient to support the claim by Canada that it had authority to grant timber leases that

[122] Premièrement, je suis d’accord avec la tribu des Blood que le fondement de l’arrêt *St. Catharines Milling (CJCP)* n’était pas que les Ojibways avaient le droit d’opposer un droit issu de traités au Canada, mais simplement que, si un tel droit existait, il était personnel et usufructier et existait au gré de la Couronne. Comme le fait observer la tribu des Blood dans son mémoire, [TRADUCTION] « il n’y avait pas un mot sur la capacité des Premières Nations de faire exécuter des droits issus de traités ».

[123] Deuxièmement, l’arrêt *St. Catharines Milling (CJCP)* est le fondement du nouvel argument que la tribu des Blood fait valoir en appel, à savoir que les droits ancestraux sont de nature politique et donc que les tribunaux ne peuvent pas les faire exécuter. La description faite par le juge Taschereau de l’obligation de la Couronne envers les peuples autochtones comme étant [TRADUCTION] « une obligation politique sacrée, dans l’exécution de laquelle l’État doit être libre de toute intervention judiciaire » a été approuvée par un autre juge et n’a pas été commentée par le CJCP (*St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.* (1887), 13 S.C.R. 577, à la page 649, 13 O.A.R. 148 (*St. Catharines Milling (CSC)*)). Je reviens sur cet argument plus loin dans les présents motifs, mais, à ce stade, je ne fais que souligner que le juge de la Cour fédérale s’est appuyé sur cette affirmation pour conclure que les modalités du Traité n° 7 n’étaient pas exécutoires en droit.

[124] Troisièmement, le différend dans l’affaire *St. Catharines Milling (CJCP)* opposait l’Ontario et le Canada. Il ne s’agissait pas d’une affaire entre les Salteaux et l’un ou l’autre des gouvernements, mais, si les « droits » des Salteaux régis par un traité avaient été remis en question, la Cour les aurait considérés comme étant des obligations exécutoires.

[125] La Cour suprême a jugé que les traités créaient des obligations exécutoires et, ce faisant, elle a préfiguré l’arrêt *Marshall*, un siècle plus tard, et les principes régissant l’interprétation des traités.

[126] Le dernier aspect, et le plus important, de l’arrêt *St. Catharines Milling (CJCP)* est la décision qui a en fait été rendue. Le raisonnement est que le droit autochtone limité dont on a constaté l’existence était insuffisant pour étayer l’affirmation du Canada selon laquelle il

were enforceable against Ontario. In reaching this conclusion, the J.C.P.C. had to characterize the Treaty. Lord Watson found that the agreement was recorded “by a formal contract, duly ratified in a meeting of their chiefs or headmen convened for the purpose,” and that “the natural import of the language of the treaty ... purports to be from beginning to end a transaction between the Indians and the Crown” (*St. Catharines Milling (JCPC)*, at paragraphs 2, 7 and 16).

[127] To conclude, while the ratio of *St. Catharines Milling (JCPC)* does not address the enforceability, or not, of the Treaty, the decision does stand for the proposition, that as early as 1896, the J.C.P.C. viewed treaties as a formal contract.

[128] A decade later, in 1895, the Supreme Court of Canada and the J.C.P.C. considered whether a treaty created an enforceable legal obligation (*Annuities Case (SCC)*, affd *Canada (Attorney General) v. Ontario (Attorney General)* (1896), [1897] A.C. 199, 1896 CarswellNat 44 (*Annuities Case (JCPC)*). There, the Ojibway in the Lake Huron district of the Robinson-Huron Treaty claimed that Canada had not adhered to its obligation in the treaty to provide an annual increase in their annuities.

[129] There was no doubt, in either Court, whether the specific term of the treaties in question were enforceable. The Supreme Court noted that “the Indians are of right, under the treaties, entitled to the payment of the arrears” (*Annuities Case (SCC)*, at page 498). Were there a dispute, for example, as to the increase in the annuities promised under the Treaty, giving rise to “some difficult question of construction or upon some ambiguity of language—courts should make every possible intendment in their favour and to that end” (at page 535 *per* Sedgewick J., concurring majority reasons). The only question was which level of government, Ontario or Canada, was obligated to satisfy the Treaty commitment.

avait le pouvoir d’accorder des baux de concession forestière qui étaient opposables à l’Ontario. Pour arriver à cette conclusion, le C.J.C.P. a dû caractériser le traité. Lord Watson a conclu que l’accord avait été consigné [TRADUCTION] « par un contrat formel, dûment ratifié lors d’une rencontre entre des chefs ou des dirigeants réunis à cette fin » et que [TRADUCTION] « ce qu’il faut naturellement déduire de la façon dont le traité est formulé [...] est qu’il est censé être, du début à la fin, une transaction entre les Indiens et la Couronne » (*St. Catharines Milling (JCPC)*, aux paragraphes 2, 7 et 16).

[127] Pour conclure, bien que le raisonnement de l’arrêt *St. Catharines Milling (JCPC)* ne porte pas sur la question du caractère exécutoire ou non du traité, la décision étaye la thèse selon laquelle, dès 1896, le C.J.C.P. considérait les traités comme étant des contrats formels.

[128] Une décennie plus tard, en 1895, la Cour suprême du Canada et le C.J.C.P. se sont penchés sur la question de savoir si un traité créait une obligation juridique exécutoire (*Affaire des annuités (CSC)*, conf. par *Canada (Attorney General) v. Ontario (Attorney General)* (1896), [1897] A.C. 199, 1896 CarswellNat 44 (*Affaire des annuités (JCPC)*)). Dans cette affaire, les Ojibways de la région du lac Huron visés par le Traité Robinson-Huron affirmaient que le Canada avait manqué à l’obligation qui lui incombait au titre du traité d’augmenter tous les ans leurs annuités.

[129] Tant pour la Cour suprême que pour le C.J.C.P., le caractère exécutoire de cette modalité particulière du traité ne faisait aucun doute. La Cour suprême a observé que [TRADUCTION] « les Indiens ont, de plein droit, en vertu des traités, droit au paiement des arriérés » (*Affaire des annuités (CSC)*, à la page 498). S’il y avait un différend, par exemple, sur l’augmentation des annuités promises dans le traité, donnant lieu à [TRADUCTION] « une question difficile d’interprétation ou concernant une ambiguïté dans le libellé — les tribunaux devraient faire toute interprétation possible en leur faveur et à cette fin » (à la page 535, le juge Sedgewick, motifs majoritaires concordants). La seule question était de savoir quel ordre de gouvernement, l’Ontario ou le Canada, était tenu d’exécuter l’engagement pris dans le traité.

[130] The J.C.P.C. noted that “[t]he Indians do not seem to have become aware of the full extent of the rights secured to them by treaty, until the year 1873, when they for the first time preferred against the Dominion a claim for an annual increase of their respective annuities from and after the date of the treaties” (*Annuities Case (JCPC)*, at paragraph 7). The J.C.P.C. characterized the question as one of “contract liability for a pecuniary obligation” (at paragraph 18) and that the annuities payable under the 1850 treaty were “debts or liabilities” the Crown was liable to pay to the Ojibway (at paragraph 3).

[131] The *Annuities Case* was not discussed by the Federal Court.

[132] The Blood Tribe contends that the *Annuities Case* does not support the view a treaty creates an enforceable obligation. It points to the fact that the Band was not a party to the litigation.

[133] With respect, I cannot agree. It is true that the Ojibway was not a party—there was no need for it to be as the only question was which Crown—Ontario or Canada, would honour the Treaty term. Canada had, in the pending resolution of the litigation, “graciously assumed” the debt (*Annuities Case (SCC)*, at page 512). In other words, Canada had made the Band whole. The language of the Supreme Court and J.C.P.C. is unequivocal that the Ojibway had the capacity to prefer the claim against the Dominion and that the treaty created an enforceable debt obligation (*Annuities Case (JCPC)*, at paragraph 7):

.... The Indians do not seem to have become aware of the full extent of the rights secured to them by treaty, until the year 1873, when they for the first time preferred against the Dominion a claim for an annual increase of their respective annuities from and after the date of the treaties[.]

[134] The 1905 case of *Henry* also demonstrates the enforceability of specific treaty commitments. There,

[130] Le C.J.C.P. a noté que [TRADUCTION] « [l]es Indiens semblent n’avoir pris conscience qu’en 1873 de toute l’étendue des droits qui leur sont garantis par le traité, lorsqu’ils ont présenté pour la première fois contre le Dominion une demande d’augmentation annuelle de leurs annuités respectives à partir de la date des traités » (*Affaire des annuités (CJCP)*, au paragraphe 7). Le C.J.C.P. a qualifié la question de question de [TRADUCTION] « responsabilité contractuelle pour une obligation pécuniaire » (au paragraphe 18) et affirmé que les annuités à payer au titre du traité de 1850 étaient des [TRADUCTION] « dettes ou obligations » dont la Couronne était tenue de s’acquitter envers les Ojibways (au paragraphe 3).

[131] L’*Affaire des annuités* n’a pas été examinée par la Cour fédérale.

[132] La tribu des Blood soutient que l’*Affaire des annuités* n’étaye pas le point de vue selon lequel un traité crée des obligations exécutoires. Elle souligne le fait que la bande n’était pas partie au litige.

[133] Je suis, avec égards, en désaccord. Il est vrai que les Ojibways n’étaient pas partie au litige : il n’était pas nécessaire qu’ils le soient puisque la seule question était de savoir laquelle, de la Couronne de l’Ontario ou de celle du Canada, honorerait les clauses du traité. Le Canada avait, en attendant le règlement du litige, [TRADUCTION] « gracieusement pris charge » de la dette (à la page 512). En d’autres mots, le Canada avait pris des mesures pour que les droits de la bande ne soient pas en souffrance. Le langage de la Cour suprême et du C.J.C.P. est sans équivoque : les Ojibways avaient la capacité de présenter une demande contre le Dominion et le traité créait une obligation pécuniaire exécutoire (*Affaire des annuités (CJCP)*, au paragraphe 7) :

[TRADUCTION]

[...] Les Indiens semblent n’avoir pris conscience qu’en 1873 de toute l’étendue des droits qui leur sont garantis par le traité, lorsqu’ils ont présenté pour la première fois contre le Dominion une demande d’augmentation annuelle de leurs annuités respectives à partir de la date des traités[.]

[134] L’affaire *Henry*, en 1905, démontre également le caractère exécutoire d’engagements précis découlant de



the Mississaugas filed a petition in the Exchequer Court seeking a declaration that certain medical and educational expenses, which under the treaty were to be borne by Canada, had been charged to the Band's trust account. The Band brought a claim for damages corresponding to the amount improperly charged, interest and an order that the amount be remitted to its account.

[135] A preliminary issue arose as to whether the Exchequer Court had jurisdiction to entertain the claim and grant a remedy. After reviewing section 15 of *The Exchequer Court Act*, S.C. 1887, c. 16, which granted authority to hear claims against the Crown for a claim “aris[ing] out of a contract entered into by or on behalf of the Crown” the Court concluded that “... as their right thereto rests upon the treaty or contract between the Crown and them, and upon *The British North America Act, 1867*, the court has, I think, jurisdiction so to declare” (*Henry*, at paragraph 13). Judgment was entered for the Mississaugas, requiring the payment of the annuities demanded in the claim. In finding in favour of the Mississaugas, the Court characterized the treaty as an agreement or treaty based on an agreement and consideration (*Henry*, at paragraphs 6, 11–15 and 19).

[136] The Federal Court examined *Henry* and conceded that it was a case where a breach of treaty was successfully pursued in contract. However, beyond that acknowledgement, the Federal Court did not take the case into consideration, stating simply that no party made an argument that the treaty was not a contract (Reasons, at paragraph 487).

[137] In the course of its reasons, the Federal Court suggested that *Henry* might be decided differently today, and if the Court is saying that the terms of the Treaty would not be given legal effect, I do not agree (Reasons, at paragraph 488). In both *Henry* and the *Annuities Case*, the treaty was enforced. The right to have certain expenses paid by the Crown in the case of *Henry*; or to the annuities

traités. Dans cette affaire, les Mississaugas avaient déposé une pétition auprès de la Cour de l'Échiquier, demandant une déclaration selon laquelle certains frais de soins de santé et d'enseignement, qui, aux termes du traité, devaient être assumés par le Canada, avaient été imputés au compte en fiducie de la bande. La bande a présenté une demande en dommages-intérêts correspondant à la somme indûment facturée et aux intérêts et elle a demandé que soit ordonnée la remise de la somme sur son compte.

[135] Une question préliminaire s'est posée pour savoir si la Cour de l'Échiquier avait compétence pour statuer sur la demande et accorder la mesure de redressement. Après avoir examiné l'article 15 de la *Loi de la Cour de l'Échiquier*, 50-51 Vict., ch. 16, qui lui conférerait le pouvoir d'entendre les réclamations contre la Couronne [TRADUCTION] « prov[enant] d'un contrat conclu par la Couronne ou en son nom », la Cour a conclu que, [TRADUCTION] « comme leur droit à cet égard repose sur le traité ou le contrat conclu entre la Couronne et eux, et sur l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, la Cour a, je pense, compétence pour faire une telle déclaration » (*Henry*, au paragraphe 13). Un jugement a été rendu en faveur des Mississaugas, ordonnant le paiement des annuités demandées. En donnant raison aux Mississaugas, la Cour a considéré le traité comme étant un accord ou un traité fondé sur une entente et une contrepartie (*Henry*, aux paragraphes 6, 11 à 15, et 19).

[136] La Cour fédérale a examiné la décision *Henry* et a admis qu'il s'agissait d'un cas où l'action pour manquement à un traité avait été intentée avec succès sur le fondement du droit des contrats. Toutefois, au-delà de cet aveu, la Cour fédérale n'a pas pris cette décision en compte, déclarant simplement que ni l'une ni l'autre des parties n'avait fait valoir que le traité n'était pas un contrat (motifs de la C.F., au paragraphe 487).

[137] Dans ses motifs, la Cour fédérale a noté que l'affaire *Henry* pourrait avoir une issue différente aujourd'hui; si la Cour fédérale dit que les modalités du traité n'auraient pas d'effet juridique, je ne suis pas d'accord (motifs de la C.F., au paragraphe 488). Tant dans l'affaire *Henry* que dans l'*Affaire des annuités*, le traité était exécutoire. Le droit de voir la Couronne payer certaines dépenses,

in the case of the *Annuities Case*, rested on the treaty or contract between the Crown and band. The fact that the treaty was enforced is more important than the label assigned to the obligation.

[138] In the 1928 decision of *Rex v. Syliboy*, 1928 CanLII 352, [1929] 1 D.L.R. 307 (N.S. Co. Ct.) (*Syliboy*), the Nova Scotia County Court found that the Mi'kmaq lacked the capacity to enter into binding agreements, in this case a pre-Confederation friendship treaty. The treaty was at best a "mere agreement made by the Governor and council with a handful of Indians giving them in return for good behaviour food, presents, and the right to hunt and fish as usual" (at pages 313–314 [of the D.L.R.]). The Nova Scotia County Court concluded that the Mi'kmaq were incapable of entering into formal agreements.

[139] The decision was roundly criticized in its time by academics of the day (see N. A. M. MacKenzie, "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561 (N. A. M. Mackenzie), at page 565) and later by the Supreme Court (*Simon*, at paragraphs 18–19 [page 398 of the S.C.R.]). I therefore treat this decision as an outlier that runs contrary to the jurisprudence prevailing at that time. However, before leaving *Syliboy*, I will open a parenthesis to make an observation about the academic literature which the Blood Tribe relies on in support of its argument that treaties are unenforceable.

[140] At paragraph 97 of its memorandum, the Blood Tribe cites *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (New York: Oxford University Press, 2017, at page 327) for the statement that the courts regarded treaty promises as unenforceable. *Syliboy* is the sole authority cited in support of this statement. *Syliboy* was incorrectly decided in its time, and remains so today. It is support for nothing.

[141] In *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774, 1932 CanLII 267 (Alb. C.A.) (*Wesley*), the Crown appealed acquittals

comme dans l'affaire *Henry*, ou d'obtenir des annuités, comme dans l'*Affaire des annuités*, reposait sur le traité ou le contrat entre la Couronne et la bande. Le fait que le traité ait été appliqué est plus important que la caractérisation que l'on a fait de l'obligation.

[138] Dans la décision de 1928 *Rex v. Syliboy*, 1928 CanLII 352, [1929] 1 D.L.R. 307 (C. de comté N.-É.) (*Syliboy*), la Cour de comté de la Nouvelle-Écosse avait conclu que les Mi'kmaq n'avaient pas la capacité de conclure des ententes exécutoires, en l'occurrence un traité d'amitié antérieur à la Confédération. Le traité était au mieux un [TRADUCTION] « simple accord conclu par le gouverneur et le conseil avec une poignée d'Indiens, leur donnant en échange d'un bon comportement de la nourriture, des cadeaux et le droit de chasser et de pêcher comme d'habitude » (aux pages 313 et 314 [des D.L.R.]). La Cour de comté de la Nouvelle-Écosse a conclu que les Mi'kmaq n'avaient pas la capacité de conclure des accords formels.

[139] La décision a été vertement critiquée par les universitaires de l'époque (voir N. A. M. MacKenzie, « Indians and Treaties in Law » (1929), 7 *Rev. du B. can.* 561 (N. A. M. Mackenzie), à la page 565) et plus tard par la Cour suprême (*Simon*, aux paragraphes 18 et 19 [page 398 du R.C.S.]). Je considère donc cette décision comme une exception qui va à contre-courant de la jurisprudence en vigueur à l'époque. Toutefois, avant de clore sur l'affaire *Syliboy*, j'ouvre une parenthèse pour faire une observation sur la doctrine qu'invoque la tribu des Blood pour soutenir sa thèse selon laquelle les traités ne sont pas exécutoires.

[140] Au paragraphe 97 de son mémoire, la tribu des Blood invoque *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (New York : Oxford University Press, 2017, à la page 327) à l'appui de l'affirmation selon laquelle les tribunaux considéraient les promesses faites dans les traités comme n'étant pas exécutoires. La décision *Syliboy* est le seul précédent cité à l'appui de cette affirmation. L'affaire *Syliboy* a été tranchée de manière erronée en son temps, et elle le reste aujourd'hui. Cette décision n'étaye rien.

[141] Dans l'arrêt *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774, 1932 CanLII 267 (C.A. de l'Alb.) (*Wesley*), la Couronne

by the Alberta Supreme Court Appellate Division of members of the Stoney Band charged for hunting for food on unoccupied Crown land. The judge held that there was no dispute that the accused were “entitled to the benefits of the Articles of Treaty” which allowed them to hunt on unoccupied Crown land (*Wesley*, at page 780). The judge held that “the Game Act of this province ... has no application to Indians hunting for food in the places mentioned in this section” (*Wesley*, at page 790). The judge convicted a third member of the Band who also appealed.

[142] After reviewing the *Annuities Case* the Alberta Supreme Court, Appellate Division, dismissed the Crown appeals and set aside the conviction based on the terms of the treaty. In the course of it reasons, the Court stated that “treaties with Indians are on no higher plane than other formal agreements” (*Wesley*, at page 788). Taken at face value, this would suggest that a treaty is the same as “other formal agreements”, no more, no less. Regardless of the ambiguity of the phrase, what the Court said immediately following put any question as to whether the Treaty was enforceable to rest; “this in no wise makes it less the duty and obligation of the Crown to carry out the promises contained in those treaties with the exactness which honour and good conscience dictate.”

[143] Thus, rather than being an authority for the proposition that treaties are not enforceable, *Wesley* is a present recognition of the point made 90 years later in *Desautel*, that the focus is not on the label ascribed to the treaties, or the forum, whether civil, regulatory or criminal in which a treaty right is engaged, rather it is on the outcome. It is also a recognition of the then well entrenched principle that the enforceability of treaties is underpinned by the honour of the Crown.

[144] In the 1935 case of *Dreaver* the Exchequer Court considered a petition of right filed by the Mistawasis Band in Saskatchewan for an order that Canada pay \$2,030,929 in respect of amounts improperly charged

a fait appel de l’acquiescement par la Division d’appel de la Cour suprême de l’Alberta de membres de la bande Stoney accusés d’avoir chassé pour se nourrir sur des terres de la Couronne inoccupées. Le juge avait conclu qu’il n’était pas contesté que les accusés avaient [TRADUCTION] « droit aux avantages des articles du traité » qui leur permettraient de chasser sur les terres inoccupées de la Couronne (*Wesley*, à la page 780). Le juge avait conclu que [TRADUCTION] « la loi sur la chasse de cette province [...] ne s’applique pas aux Indiens qui chassent pour se nourrir dans les endroits mentionnés dans cet article » (*Wesley*, à la page 790). Le juge avait condamné un troisième membre de la bande, qui a également fait appel.

[142] Après avoir examiné l’*Affaire des annuités*, la Cour suprême de l’Alberta, division d’appel, a rejeté les appels de la Couronne et annulé la condamnation en se fondant sur les clauses du traité. Dans ses motifs, la Cour a observé que [TRADUCTION] « les traités avec les Indiens ne sont pas sur un plan plus élevé que les autres accords formels » (*Wesley*, à la page 788). Pris au pied de la lettre, ce passage donne à penser que les traités sont la même chose que les [TRADUCTION] « autres accords formels », ni plus, ni moins. Nonobstant l’ambiguïté de l’expression, les observations que la Cour formule immédiatement après apportent réponse à toute question sur le caractère exécutoire des traités : [TRADUCTION] « cela ne diminue en rien le devoir et l’obligation de la Couronne d’exécuter les promesses contenues dans ces traités avec toute l’exactitude que l’honneur et la bonne conscience dictent ».

[143] Ainsi, plutôt que d’être un précédent étayant la thèse que les traités ne sont pas exécutoires, l’arrêt *Wesley* constitue une reconnaissance prémonitoire de la thèse qui sera avancée 90 ans plus tard dans l’affaire *Desautel*, soit que l’important n’est pas la façon dont on caractérise les traités, ni le domaine, qu’il soit civil, réglementaire ou pénal, où le droit issu de traités joue, mais bien le résultat. Il s’agit également d’une reconnaissance du principe, alors bien établi, selon lequel l’honneur de la Couronne exige que les traités soient exécutoires.

[144] En 1935, dans la décision *Dreaver*, la Cour de l’Échiquier a examiné une pétition de droit déposée par la bande de Mistawasis, en Saskatchewan, qui voulait obtenir une ordonnance enjoignant au Canada de verser

against the band's trust account. The Band plead that the terms of Treaty No. 6 provided for free education and medicine and that charges to the band's account for similar expenses breached the terms of the treaty. The petition was founded "not on simple contract, but by treaty on a specialty contract and a deed under seal" (at page 97). The Court in turn described the petition as one "for the recovery of monies received by the trustee and retained by him." In granting the petition for the band, the Court examined the terms of Treaty No. 6 and concluded that the charges were improper as they were not authorized by the treaty (at pages 114–119 and 122).

[145] The Federal Court distinguished *Dreaver* on the basis that it was "a suit to recover from Canada funds taken improperly by Canada from the Band's trust account" and not an "action to enforce a treaty right" (Reasons, at paragraph 481). This is not a valid distinction.

[146] The petition was brought by various band members, including George Dreaver, the Band's chief. They were acting both for themselves and "on behalf of the Indians of the Mistawasis Reserve" (at page 92) and asserted the Band's treaty right to be supplied free medicine and supplies. The Court interpreted the terms of Treaty No. 6 to determine whether the charges were consistent with the treaty. The treaty obligation had legal effect, and the Band's chief used the treaty obligation to assert, on the Band's behalf, a treaty right (at pages 92–95, 97, 100, 104, 106–111, 114–119 and 122). The Federal Court's reading of the case is incorrect.

[147] The 1964 decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. White and Bob*, 50 D.L.R. (2d) 613, 52 W.W.R. 193, aff'd [1965] S.C.R. vi (note), 52 D.L.R. (2d) 481 (*White and Bob*), is a post-war consideration of the enforceability of the treaties. Two members of the Saalequun Tribe on Vancouver Island were charged with the possession of deer carcass contrary to provincial wildlife legislation. In their defence, the band members

2 030 929 \$ pour des sommes imputées indûment au compte en fiducie de la bande. La bande soutenait que les modalités du Traité n° 6 prévoyaient la gratuité de l'éducation et des médicaments et que l'imputation au compte de la bande de dépenses à ce titre violait les clauses du traité. La pétition était fondée [TRADUCTION] « non pas sur un simple contrat, mais par traité sur un contrat de spécialité et un acte sous scellé » (à la page 97). La Cour a à son tour caractérisé la pétition comme étant une pétition [TRADUCTION] « pour le recouvrement de sommes reçues par le fiduciaire et retenues par lui ». Pour accueillir la pétition de la bande, la Cour a examiné les clauses du Traité n° 6 et a conclu que les dépenses étaient indues, car elles n'étaient pas autorisées par le traité (aux pages 114 à 119 et 122).

[145] La Cour fédérale a établi une distinction d'avec la décision *Dreaver* au motif qu'il s'agissait d'« une poursuite afin que le Canada rende les fonds prélevés de façon irrégulière sur le compte en fiducie de la bande » et non d'une « action pour faire appliquer un droit issu de traité » (motifs de la C.F., au paragraphe 481). Cette distinction n'est pas valide.

[146] La pétition avait été présentée par plusieurs membres de la bande, dont George Dreaver, le chef de la bande. Ils agissaient à la fois pour leur propre compte et [TRADUCTION] « pour le compte des Indiens de la réserve de Mistawasis » (à la page 92) et ils faisaient valoir le droit de la bande, issu de traités, de recevoir gratuitement des médicaments et des fournitures. La Cour a interprété les clauses du Traité n° 6 pour déterminer si la facturation était conforme au traité. L'obligation découlant du traité avait un effet juridique, et le chef de la bande s'est servi de cette obligation pour faire valoir, au nom de la bande, un droit issu de traités (aux pages 92 à 95, 97, 100, 104, 106 à 111, 114 à 119 et 122). L'interprétation que fait la Cour fédérale de la décision est inexacte.

[147] L'arrêt rendu en 1964 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, 52 W.W.R. 193, conf. par [1965] R.C.S. vi (note), 52 D.L.R. (2d) 481 (*White and Bob*), est un examen du caractère exécutoire des traités effectué après la guerre. Deux membres de la tribu Saalequun de l'île de Vancouver ont été accusés de possession d'une carcasse de cerf en violation d'un texte législatif provincial sur la

asserted an Aboriginal right to hunt deer, predicated on an 1854 agreement between their ancestors and Governor Douglas and the Royal Proclamation of 1763.

[148] The Crown argued that the treaty was not an enforceable treaty as it was signed by the Governor, at that time a representative of the Hudson's Bay Company, and not the Crown. In giving effect to the right to hunt and dismissing the charges, the Court gave a broad interpretation to what constitutes a treaty within the meaning of the *Indian Act*.

[149] *White and Bob* is pertinent as it reflects, as of 1964, the view of the B.C.C.A. as to the legal status of treaties and the obligations they confer. Despite the absence of the formalities accompanying other historical treaties, Norris J.A. said, "Parliament recognized the fact that Indian treaties would have been completed in degrees of formality varying with the circumstances of each case" (at page 657). In considering whether a specific document was a valid treaty or not, he added that it was "particularly important [to Parliament] for the maintenance of law and order that Indian rights be respected and interpreted broadly in favour of the Indians" (at page 657). As "Indian rights [including treaty rights] had been recognized by the Colonial Government" (at page 662), Norris J.A. concluded that "the document (ex. 8) is a Treaty within the meaning of s. 87 of the *Indian Act*" (at page 663).

[150] The 1974 case of *R. v. Dennis*, 56 D.L.R. (3d) 379, 1974 CanLII 1185 (B.C. Prov. Ct.) (*Dennis*) considered treaty rights as a defence to a wildlife contravention. The B.C. Provincial Court stated that Treaty No. 8 was "similar to an agreement or contract" (at page 382). However, the Court also ultimately found that because the defendant's particular band was not a signatory to Treaty No. 8, members of that band could not benefit from the treaty.

faune. Pour leur défense, les membres de la bande ont invoqué un droit autochtone de chasser le cerf, issu d'un accord conclu en 1854 entre leurs ancêtres et le gouverneur Douglas et de la Proclamation royale de 1763.

[148] La Couronne a soutenu que le traité n'était pas un traité exécutoire puisqu'il avait été signé par le gouverneur, à l'époque un représentant de la Compagnie de la Baie d'Hudson, et non par la Couronne. En donnant effet au droit de chasser et en rejetant les accusations, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a donné une interprétation large de ce qui constitue un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*.

[149] L'arrêt *White and Bob* est pertinent, car il représente l'opinion qu'avait la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en 1964 sur le statut juridique des traités et les obligations qu'ils confèrent. Le juge Norris a observé que, malgré l'absence des formalités qui avaient accompagné d'autres traités historiques, le [TRADUCTION] « législateur a reconnu le fait que les traités indiens auraient été conclus en suivant des niveaux de formalité variant selon les circonstances propres à chaque cas » (à la page 657). En examinant la question de savoir si un document particulier constituait un traité valide ou non, il a ajouté qu'il était [TRADUCTION] « particulièrement important [pour le législateur], pour le maintien de l'ordre public, que les droits des Indiens soient respectés et interprétés largement en faveur des Indiens » (à la page 657). Il a conclu que, comme [TRADUCTION] « les droits des Indiens [y compris les droits issus de traités] avaient été reconnus par le gouvernement colonial » (à la page 662), [TRADUCTION] « le document (pièce 8) est un traité au sens de l'article 87 de la *Loi sur les Indiens* » (à la page 663).

[150] La décision de 1974 *R. v. Dennis*, 56 D.L.R. (3d) 379, 1974 CanLII 1185 (C. prov. C.-B.) (*Dennis*) portait sur les droits issus de traités en tant que moyen de défense contre une infraction à la législation sur la faune. La Cour provinciale de la Colombie-Britannique a observé que le Traité n° 8 était [TRADUCTION] « semblable à une entente ou à un contrat » (à la page 382). Cependant, cette cour a également estimé en fin de compte que, parce que la bande à laquelle appartenait le défendeur n'était pas signataire du Traité n° 8, les membres de cette bande ne pouvaient pas bénéficier du traité.



[151] In *Pawis* (1980), four members of the Ojibway alleged that Canada had, in enacting the *Ontario Fishery Regulations*, “breached and contravened treaty and contractual obligations which were solemnly undertaken and entered into in the Lake Huron Treaty of 1850” (at page 23, paragraph 15). The band members asserted that the Regulations were of no force or effect, given the covenant in the Lake Huron Treaty (*Pawis*, at pages 21–22) granting “full and free privilege” to hunt and fish.

[152] In dismissing the action, the Court concluded that the Regulations, as valid federal legislation, constrained the commitment in the treaty. In this regard, the result is no different than any other case prior to section 35. Parliament could abrogate and interfere with treaties in the exercise of its supremacy. What is significant, however, is it was necessary for the Federal Court to characterize the legal nature of the treaty, the promises it contained and the means of their enforcement (*Pawis*, at pages 24–25):

.... The promises made [in the Treaty] ... were undoubtedly designed and intended to have effect in a legal sense and a legal context. The agreement can therefore be said to be tantamount to a contract, and it may be admitted that a breach of the promises contained therein may give rise to an action in the nature of an action for breach of contract.

[153] In *Hay River* (1980), the Federal Court considered a declaratory action against Canada for including, within the lands set aside under Treaty No. 8, land within the municipal boundaries of the Town of Hay River. The Town contended that Canada breached the terms of Treaty No. 8 which excluded municipal lands from selection. The Federal Court concluded that the Town had no standing to interfere in the implementation of the Treaty obligations and rejected the argument the benefits of the Treaty could not be enjoyed by successors. The Court noted that Treaty No. 8 was not “simply a contract between those who actually subscribed to it. It does impose and confer continuing obligations and rights on the successors of the Indians who entered into [the Treaty]” (at page 265).

[151] Dans l’affaire *Pawis* (1980), quatre membres des Ojibways ont allégué que le Canada avait, en prenant le Règlement de pêche de l’Ontario, « violé les obligations [que la Couronne] avait solennellement contractées par le traité de 1850 du lac Huron » (à la page 23). Les membres de la bande soutenaient que le Règlement était sans effet, étant donné l’engagement pris dans le traité du lac Huron (*Pawis*, aux pages 21 et 22) qui accorde la [TRADUCTION] « pleine et libre jouissance du privilège » de chasser et de pêcher.

[152] En rejetant l’action, la Cour fédérale a conclu que le règlement, en tant que texte législatif fédéral valide, limitait l’engagement pris dans le traité. À cet égard, le résultat n’est pas différent de toute autre affaire antérieure à l’article 35. Le législateur peut abroger les traités et interférer avec ceux-ci dans l’exercice de sa suprématie. Ce qui est significatif, en revanche, c’est qu’il était nécessaire pour la Cour fédérale de caractériser la nature juridique du traité, les promesses qu’il contenait et les moyens de leur mise en œuvre (*Pawis*, aux pages 24 et 25) :

Les promesses faites [dans le Traité] [...] visaient indéniablement à produire des effets de droit dans un contexte légal. On peut donc dire que cet accord équivalait à un contrat, et admettre qu’un manquement aux engagements qui y sont consignés peut donner lieu à une action en rupture de contrat.

[153] Dans la décision *Hay River* (1980), la Cour fédérale a examiné une action en jugement déclaratoire contre le Canada pour avoir inclus, dans les terres mises à part au titre du Traité n° 8, des terres situées dans les limites municipales de la Ville de Hay River. La Ville a soutenu que le Canada avait violé les clauses du Traité n° 8, qui excluait les terres municipales de la sélection. La Cour fédérale a conclu que la Ville n’avait pas qualité pour intervenir dans l’exécution des obligations issues du Traité et a rejeté la thèse selon laquelle les successeurs ne pouvaient pas bénéficier des avantages du traité. La Cour a noté que le Traité n° 8 n’était pas « un simple contrat entre les parties qui y ont souscrit. Il impose des obligations et confère des droits aux successeurs des Indiens qui l’ont conclu » (à la page 265).

[154] *Taylor* (1981) is a further example of a Band enforcing its treaty rights prior to 1982. At issue was whether the terms of Treaty No. 20 preserved or granted the right to fish and hunt on Crown lands despite the provincial regulatory limitations. The Ontario Court of Appeal looked to the minutes accompanying the execution of Treaty No. 20 and held that the treaty preserved the historic rights of the Chippewa to hunt and fish on Crown lands. By virtue of section 88 of the *Indian Act*, the provincial regulations did not extinguish the Chippewa's treaty right to hunt and fish.

[155] The Federal Court misunderstood the Ontario Court of Appeal's reasons in *Taylor* when it concluded that "[t]he Court of Appeal held that provincial laws of general application dealing with hunting and fishing had no application to Indians because those rights had been preserved by the *Royal Proclamation, 1763* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1], independent of the *Indian Act*" (Reasons, at paragraph 489).

[156] This is not so. The Ontario Court of Appeal did not accept the Divisional Court's reasons regarding the *Royal Proclamation*, noting that it had "serious reservations as to the correctness" of the Divisional Court's reasons as they related to the *Royal Proclamation* as the source of the continued right to hunt and fish (*Taylor*, at paragraphs 25–26). The Treaty right to hunt and fish was protected from provincial encroachment by section 88 of the *Indian Act*.

[157] In support of the conclusion that treaties were unenforceable prior to 1982, the judge relied on two cases: *Sundown*, at paragraph 24 and *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, at paragraph 37. Neither of these cases support that conclusion; rather they stand for the point, which I take to be uncontroverted, that treaties are more than contracts and have a unique, *sui generis* status. This does not lead to the conclusion that the TLE claim was unenforceable.

[154] L'arrêt *Taylor* (1981) est un autre exemple d'une bande qui a fait valoir ses droits issus de traités avant 1982. La question était de savoir si les clauses du Traité n° 20 préservaient ou accordaient le droit de pêcher et de chasser sur les terres de la Couronne malgré les restrictions réglementaires provinciales. La Cour d'appel de l'Ontario a examiné les procès-verbaux accompagnant la signature du Traité n° 20 et a jugé que le traité préservait les droits historiques des Chippewas de chasser et de pêcher sur les terres de la Couronne. Par l'effet de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, les règlements provinciaux n'avaient pas éteint le droit de chasser et de pêcher conféré par traité aux Chippewas.

[155] La Cour fédérale a mal interprété les motifs exposés par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Taylor* lorsqu'elle a conclu que « [l]a Cour d'appel a déclaré que les lois provinciales d'application générale concernant la chasse et la pêche ne s'appliquaient pas aux Indiens parce que ces droits avaient été préservés par la *Proclamation royale (1763)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 1], qui est indépendante de la *Loi sur les Indiens* » (motifs de la C.F., au paragraphe 489).

[156] Ce n'est pas le cas. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas souscrit aux motifs de la Cour divisionnaire en ce qui concerne la *Proclamation royale*, notant qu'elle avait de [TRADUCTION] « sérieuses réserves quant à la justesse » des motifs de la Cour divisionnaire faisant de la *Proclamation royale* la source du droit de chasser et de pêcher (*Taylor*, aux paragraphes 25 et 26). L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* protégeait le droit de chasse et de pêche issu du traité contre les empiètements de la province.

[157] Pour étayer la conclusion selon laquelle les traités n'étaient pas exécutoires avant 1982, le juge a renvoyé à deux arrêts : *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, 1999 CanLII 673, au paragraphe 24 (*Sundown*) et *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, au paragraphe 37. Ni l'un ni l'autre de ces arrêts n'étaye cette conclusion; ils défendent plutôt le point de vue, que je considère comme incontesté, voulant que les traités soient plus que des contrats et aient un statut unique, *sui generis*. Ils ne mènent pas à la conclusion qu'on ne pouvait faire exécuter la revendication relative aux DFIT.

[158] While hunting, Mr. Sundown, a member of a band that was a signatory to Treaty No. 6, cut down trees in a provincial park to build a cabin. He was charged with a provincial regulatory offence of cutting down trees and constructing a dwelling in a provincial park. The issue was whether these acts were, applying the test in *Simon* (at paragraph 31 [page 403 of the S.C.R.]), “reasonably incidental” to the exercise of the treaty right to hunt and fish guaranteed by Treaty No. 6. The Supreme Court held that they were, noting that treaty rights must be given a broad interpretation, one which avoids the strictures and assumptions of traditional common law concepts.

[159] Nothing in the reasons in *Sundown* can be read as guidance to interpret treaties in a manner which undermines their enforceability or suggesting that, prior to 1982, a court would not recognize the TLE claim; to the contrary, the Supreme Court reinforces their unique, *sui generis* character and the imperative that their terms be interpreted in accordance with their underlying purposes.

[160] There are elements of treaties that do not fit into traditional common law concepts; they are binding in perpetuity and grant rights not only the original signatories but whole Aboriginal peoples and their descendants. The rights given are held by the collective of the band or tribe, and not particular individuals. *Sundown* is not, therefore, authority for the proposition that treaties are to be restricted or constrained by the common law, rather, it stands for the opposite, that the common law works to acknowledge and reinforce their terms and purposes. The reasons of the Federal Court do not explain how holding treaties to be unenforceable furthers the underlying purposes of treaties, let alone the objective of reconciliation.

[161] The second case relied on by the judge for the conclusion that treaties are not enforceable is *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*. Here, the Court was asked to consider whether amendments by the Yukon government to territorial land use plans conformed to the comprehensive land use agreement reached between Canada, Yukon

[158] Pendant qu’il chassait, M. Sundown, membre d’une bande signataire du Traité n° 6, a coupé des arbres dans un parc provincial pour se construire une cabane. Il a été accusé d’une infraction à la réglementation provinciale pour avoir abattu des arbres et construit une habitation dans un parc provincial. La question était de savoir si ces actes étaient, en appliquant le critère de l’arrêt *Simon* (au paragraphe 31 [page 403 du R.C.S.]), « raisonnablement accessoires » à l’exercice du droit de chasse et de pêche garanti par le Traité n° 6. La Cour suprême a conclu qu’ils l’étaient, notant que les droits issus de traités doivent recevoir une interprétation large, qui évite les restrictions et les présomptions provenant des concepts traditionnels de la common law.

[159] Rien dans les motifs de l’arrêt *Sundown* ne peut être interprété comme une indication d’interpréter les traités d’une manière qui porte atteinte à leur caractère exécutoire ou qui donne à penser qu’avant 1982, les tribunaux n’auraient pas reconnu la revendication relative aux DFIT; au contraire, la Cour suprême réitère leur caractère unique et *sui generis* et l’impératif d’en interpréter les clauses conformément à leurs objectifs sous-jacents.

[160] Certains éléments des traités ne s’inscrivent pas dans les concepts traditionnels de la common law; ils sont contraignants à perpétuité et accordent des droits non seulement aux signataires initiaux, mais à des peuples autochtones entiers et à leurs descendants. Les droits accordés sont détenus par la collectivité de la bande ou de la tribu, et non par des individus en particulier. Par conséquent, l’arrêt *Sundown* n’enseigne pas que les traités sont restreints ou limités par la common law, mais plutôt le contraire, à savoir que la common law sert à en reconnaître et à en renforcer les modalités et les objectifs. Les motifs de la Cour fédérale n’expliquent pas comment le fait de considérer les traités comme étant non exécutoires favorise les objectifs sous-jacents des traités, et encore moins l’objectif de réconciliation.

[161] Le deuxième arrêt auquel le juge a renvoyé pour conclure que les traités ne sont pas exécutoires est *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*. Dans cette affaire, on avait demandé à la Cour de déterminer si les modifications apportées par le gouvernement du Yukon à des plans d’aménagement du territoire étaient conformes à

and the Aboriginal peoples of Yukon. The Court considered the appropriate degree of judicial intervention in the implementation of modern treaties, noting that courts should generally leave space for the parties to govern together and work out their differences. In the final analysis, however, under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, modern treaties are constitutional documents, and courts play a critical role in safeguarding the rights they enshrine.

[162] *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon* does not stand for the proposition that pre-1982 treaties were not enforceable. Again, simply because treaties that were characterized as *sui generis*, solemn agreements that were “more than contracts” and were granted constitutional protection in 1982 does not lead to the conclusion that they were unenforceable prior to that date. *Sundown* makes clear that they were, and the effect of section 35 was to prevent their erosion by legislation (*Sundown*, at pages 406–408, 409–410 and 415–416; *Badger*, at paragraphs 76–77, 79 and 82).

[163] In conclusion, I will breach my own counsel with respect to the demarcation between treaty and Aboriginal rights cases and make a detour into two Aboriginal title cases—*Calder* and *Guerin*.

[164] As is well known, the 1973 decision of *Calder* did not decide the question of which of two competing views prevailed: the view of Judson J. (Martland and Ritchie JJ. concurring), that Aboriginal rights were not recognized at common law and were not enforceable, or the view of Hall J. that, “there is a wealth of jurisprudence affirming common law recognition of aboriginal rights to possession and enjoyment of lands of aborigines” (at page 376 (Laskin and Spence JJ. concurring)). The Court was evenly divided and the issue was not decided. *Calder* ultimately turned on the view of Pigeon J. who dismissed the appeal on procedural grounds. A decade later, in *Guerin*, the Supreme Court adopted the view of Hall J.

l’entente globale sur l’aménagement du territoire conclue entre le Canada, le Yukon et les peuples autochtones du Yukon. La Cour s’est penchée sur le degré approprié d’intervention judiciaire dans la mise en œuvre des traités modernes, notant que les tribunaux devraient généralement laisser aux parties la possibilité de gouverner ensemble et de régler leurs différends. En dernière analyse, toutefois, en vertu de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les traités modernes sont des documents constitutionnels, et le rôle des tribunaux est essentiel pour assurer la protection des droits qui y sont inscrits.

[162] L’arrêt *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon* n’étaye pas la thèse selon laquelle les traités conclus avant 1982 n’étaient pas exécutoires. Encore une fois, le simple fait que des traités qualifiés d’accords *sui generis*, solennels, « plus que des contrats », se soient vu accorder une protection constitutionnelle en 1982 ne mène pas à la conclusion qu’ils n’étaient pas exécutoires avant cette date. L’arrêt *Sundown* indique clairement qu’ils l’étaient et que l’article 35 avait pour effet d’en empêcher l’érosion par la législation (*Sundown*, aux pages 406 à 408, 409, 410, 415 et 416; *Badger*, aux paragraphes 76, 77, 79 et 82).

[163] En conclusion, j’irai à l’encontre de mes propres conseils en ce qui concerne la distinction entre les affaires de traités et celles de droits ancestraux, et je ferai un détour par deux affaires de titres autochtones — *Calder* et *Guerin*.

[164] Comme on le sait, l’arrêt *Calder* de 1973 n’a pas tranché la question de savoir laquelle des deux opinions concurrentes prévalait : l’opinion du juge Judson (les juges Martland et Ritchie y souscrivant), selon laquelle les droits ancestraux n’étaient pas reconnus en common law et n’étaient pas exécutoires, ou l’opinion du juge Hall selon laquelle « il existe une abondante jurisprudence confirmant que la common law reconnaît les droits aborigènes, à la possession et à la jouissance des terres des aborigènes » (à la page 376; les juges Laskin et Spence y souscrivant). La Cour suprême était divisée également et la question n’a pas été tranchée. En fin de compte, l’issue de l’arrêt *Calder* a dépendu de l’opinion du juge Pigeon, qui a rejeté l’appel pour des motifs de procédure. Dix ans plus tard, dans l’arrêt *Guerin*, la Cour suprême a adopté le point de vue du juge Hall.

[165] *Calder* and *Guerin* were both Aboriginal title cases—they were not treaty cases. However, we know that while in 1973 the court was divided on the question of the existence of Aboriginal title, by 1983, those same Aboriginal rights were unquestionably enforceable. The fact that the concept of Aboriginal title achieved recognition at common law by 1983 reinforces the conclusion that choate, precise treaty rights such as the TLE claim in issue here were enforceable on the expiry of the limitation period. As I mentioned at the outset of these reasons, it would be a highly anomalous, if not incoherent, result to conclude otherwise.

#### *Post section 35 jurisprudence*

[166] As I mentioned earlier, the Court is being asked to take a picture of the state of the law as of the expiry of the limitation period and determine whether the claim for a breach of the TLE would have been recognized. The jurisprudence that follows the limitation date confirms the conclusion that Treaties create enforceable obligations—on this, the guidance of the Supreme Court has been consistent.

[167] In the 1985 decision of *Simon*, the Supreme Court considered the interplay between the Treaty of 1752 and Nova Scotia's wildlife legislation, the *Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, c. 163, subsection 150(1). Under that legislation, a band member was charged with possession of a shotgun and rifle during a closed hunting season. In finding that the provincial law conflicted with the treaty-protected hunting rights, Dickson C.J.C. observed, at paragraph 33 [page 404 of the S.C.R.]: “An Indian treaty is unique; it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law.” The Chief Justice continued, noting at paragraph 51 [page 410 of the S.C.R.]:

Finally, it should be noted that several cases have considered the Treaty of 1752 to be a valid “treaty” within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* (for example, *R. v. Paul*, *supra*; and *R. v. Atwin and Sacobie*, *supra*). The Treaty was an exchange to solemn promises between the

[165] Les affaires *Calder* et *Guerin* étaient toutes deux des affaires de titre autochtones — il ne s’agissait pas d’affaires de traités. Toutefois, nous savons que, bien qu’en 1973, la Cour suprême était divisée sur la question de l’existence du titre autochtone, en 1983, ces mêmes droits ancestraux étaient incontestablement exécutoires. Le fait que le concept de titre autochtone ait été reconnu en common law en 1983 renforce la conclusion selon laquelle les droits issus de traités circonscrits et précis, comme la revendication relative aux DFIT en l’espèce, étaient exécutoires à l’expiration du délai de prescription. Comme je l’indique au début des présents motifs, il serait hautement anormal, voire incohérent, de tirer une conclusion contraire.

#### *La jurisprudence après l’article 35*

[166] Comme je le mentionne plus haut, il est demandé à notre Cour de constater l’état du droit à l’expiration du délai de prescription et de déterminer si l’action en violation des DFIT aurait été reconnue. La jurisprudence qui suit le délai de prescription confirme la conclusion selon laquelle les traités créent des obligations exécutoires — sur ce point, les enseignements de la Cour suprême n’ont jamais varié.

[167] Dans l’arrêt *Simon* de 1985, la Cour suprême a examiné l’interaction entre le Traité de 1752 et la législation sur la faune de la Nouvelle-Écosse, la *Lands and Forests Act* (Loi sur le territoire et les forêts), R.S.N.S. 1967, ch. 163, paragraphe 150(1). Un membre d’une bande a été accusé au titre de cette loi de possession d’un fusil de chasse et d’une carabine en dehors de la saison de chasse. En concluant que la loi provinciale entraine en conflit avec les droits de chasse protégés par le traité, le juge en chef Dickson a fait observer ce qui suit, au paragraphe 33 [page 404 du R.C.S.] : « Un traité avec les Indiens est unique; c’est un accord *sui generis* qui n’est ni créé ni éteint selon les règles du droit international. » Le juge en chef a ajouté ce qui suit, au paragraphe 51 [à la page 410 du R.C.S.] :

Enfin, il convient de souligner que plusieurs décisions ont considéré que le Traité de 1752 était un « traité » valide au sens de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* (par ex., *R. v. Paul*, précité, et *R. v. Atwin and Sacobie*, précité). Le traité était un échange de promesses solennelles entre



Micmacs and the King's representative entered into to achieve and guarantee peace. It is an enforceable obligation between the Indians and the white man and, as such, falls within the meaning of the word "treaty" in s. 88 of the *Indian Act*. [Emphasis added.]

[168] In the 1996 decision of *Badger*, the defendants were charged with violations under the Alberta *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1. In their defence, they relied on a term in Treaty No. 8 which granted a right to hunt for food on private lands. In upholding the convictions against two of the three accused, the Supreme Court concluded the treaty rights were restricted where the land was put to visible use. The appeal of the third was allowed, and new trial directed on whether the infringement of the right to hunt on unoccupied lands was justified.

[169] The focus of the Supreme Court's reason was on the extent to which paragraph 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement* (Alberta), confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26] (NRTA), affected the right to hunt granted in Treaty No. 8. This engaged the question of how treaty rights, when affected by legislation, are to be interpreted. In addition to setting out basic principles of interpretation (*Badger*, at pages 793-794 [paragraph 41]) and concluding that the *Sparrow* test, applicable to the infringement of Aboriginal rights, should apply to the NRTA (thereby extending the test to include treaty rights), the Court concluded that a Treaty represents an exchange of solemn promises between the Crown and Indians, whose agreement is "sacred" (*Badger*, at paragraph 41). Treaties create "enforceable obligations based on the mutual consent of the parties" (*Badger*, at paragraph 76).

[170] In 1999, the Supreme Court set forth the principles governing the interpretation of treaties (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, 177 D.L.R. (4th) 513, at paragraph 78). They are worthwhile describing in full:

les Micmacs et le représentant du Roi conclu pour faire la paix et la garantir. Il s'agit d'une obligation exécutoire entre les Indiens et l'homme blanc et, comme telle, elle est visée par le mot « traité » à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. [Non souligné dans l'original.]

[168] Dans l'arrêt *Badger* de 1996, les défendeurs avaient été accusés d'infractions à la *Wildlife Act* (Loi sur la faune) de l'Alberta, S.A. 1984, ch. W-9.1. Pour leur défense, ils ont invoqué une clause du Traité n° 8 qui accorde le droit de chasser pour se nourrir sur des terres privées. En confirmant les condamnations de deux des trois accusés, la Cour suprême a conclu que les droits issus de traités étaient limités lorsque les terres étaient utilisées de manière visible. L'appel interjeté par le troisième accusé a été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée pour déterminer si l'atteinte au droit de chasse sur les terres inoccupées était justifiée.

[169] Le raisonnement de la Cour suprême était axé sur la mesure dans laquelle le paragraphe 12 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Alberta), confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26] (la Convention sur le transfert des ressources naturelles), avait une incidence sur le droit de chasse accordé par le Traité n° 8. Cela a soulevé la question de savoir comment interpréter les droits issus de traités lorsqu'ils sont touchés par la législation. En plus d'énoncer des principes fondamentaux d'interprétation (*Badger*, aux pages 793 et 794 [au paragraphe 41]) et de conclure que le critère établi dans l'arrêt *Sparrow*, applicable lorsqu'il y a atteinte aux droits ancestraux, devrait s'appliquer à la Convention sur le transfert des ressources naturelles (rendant ainsi le critère applicable aux droits issus de traités), la Cour a conclu qu'un traité représente un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les Indiens, un accord dont le caractère est « sacré » (*Badger*, au paragraphe 41). Les traités créent des « obligations exécutoires, fondées sur le consentement mutuel des parties » (*Badger*, au paragraphe 76).

[170] En 1999, la Cour suprême a énoncé les principes régissant l'interprétation des traités (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, 1999 CanLII 665, au paragraphe 78). Ils méritent d'être reproduits dans leur intégralité :

This Court has set out the principles governing treaty interpretation on many occasions. They include the following.

1. Aboriginal treaties constitute a unique type of agreement and attract special principles of interpretation: *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at para. 24; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 78; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1043; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 404. See also: J. [Sákéj] Youngblood Henderson, “Interpreting *Sui Generis* Treaties” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46; L.I. Rotman, “Defining Parameters: Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test” (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.
2. Treaties should be liberally construed and ambiguities or doubtful expressions should be resolved in favour of the aboriginal signatories: *Simon*, *supra*, at p. 402; *Sioui*, *supra*, at p. 1035; *Badger*, *supra*, at para. 52.
3. The goal of treaty interpretation is to choose from among the various possible interpretations of common intention the one which best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed: *Sioui*, *supra*, at pp. 1068-69.
4. In searching for the common intention of the parties, the integrity and honour of the Crown is presumed: *Badger*, *supra*, at para. 41.
5. In determining the signatories’ respective understanding and intentions, the court must be sensitive to the unique cultural and linguistic differences between the parties: *Badger*, *supra*, at paras. 52-54; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at p. 907.
6. The words of the treaty must be given the sense which they would naturally have held for the parties at the time: *Badger*, *supra*, at paras. 53 *et seq.*; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36.
7. A technical or contractual interpretation of treaty wording should be avoided: *Badger*, *supra*; *Horseman*, *supra*; *Nowegijick*, *supra*.
8. While construing the language generously, courts cannot alter the terms of the treaty by exceeding what “is possible on the language” or realistic: *Badger*, *supra*, at para. 76; *Sioui*, *supra*, at p. 1069; *Horseman*, *supra*, at p. 908.

Notre Cour a, à maintes reprises, énoncé les principes qui régissent l’interprétation des traités, notamment les principes suivants :

1. Les traités conclus avec les Autochtones constituent un type d’accord unique, qui demandent l’application de principes d’interprétation spéciaux: *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, au par. 24; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au par. 78; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1043; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 404. Voir également : J. [Sákéj] Youngblood Henderson, « Interpreting *Sui Generis* Treaties » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 46; L. I. Rotman, « Defining Parameters : Aboriginal Rights, Treaty Rights, and the *Sparrow* Justificatory Test » (1997), 36 *Alta. L. Rev.* 149.
2. Les traités doivent recevoir une interprétation libérale, et toute ambiguïté doit profiter aux signataires autochtones: *Simon*, précité, à la p. 402; *Sioui*, précité, à la p. 1035; *Badger*, précité, au par. 52.
3. L’interprétation des traités a pour objet de choisir, parmi les interprétations possibles de l’intention commune, celle qui concilie le mieux les intérêts des deux parties à l’époque de la signature: *Sioui*, précité, aux pp. 1068 et 1069.
4. Dans la recherche de l’intention commune des parties, l’intégrité et l’honneur de la Couronne sont présumé[s]: *Badger*, précité, au par. 41.
5. Dans l’appréciation de la compréhension et de l’intention respectives des signataires, le tribunal doit être attentif aux différences particulières d’ordre culturel et linguistique qui existaient entre les parties: *Badger*, précité, aux par. 52 à 54; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, à la p. 907.
6. Il faut donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l’époque: *Badger*, précité, aux par. 53 et suiv.; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36.
7. Il faut éviter de donner aux traités une interprétation formaliste ou inspirée du droit contractuel: *Badger*, précité, *Horseman*, précité, et *Nowegijick*, précité.
8. Tout en donnant une interprétation généreuse du texte du traité, les tribunaux ne peuvent en modifier les conditions en allant au-delà de ce qui est réaliste ou de ce que «le langage utilisé [...] permet»: *Badger*, précité, au par. 76; *Sioui*, précité, à la p. 1069; *Horseman*, précité, à la p. 908.

9. Treaty rights of aboriginal peoples must not be interpreted in a static or rigid way. They are not frozen at the date of signature. The interpreting court must update treaty rights to provide for their modern exercise. This involves determining what modern practices are reasonably incidental to the core treaty right in its modern context: *Sundown, supra*, at para. 32; *Simon, supra*, at p. 402.

9. Les droits issus de traités des peuples autochtones ne doivent pas être interprétés de façon statique ou rigide. Ils ne sont pas figés à la date de la signature. Les tribunaux doivent les interpréter de manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. Il faut pour cela déterminer quelles sont les pratiques modernes qui sont raisonnablement accessoires à l'exercice du droit fondamental issu de traité dans son contexte moderne: *Sundown*, précité, au par. 32; *Simon*, précité, à la p. 402.

[171] While it is perhaps too obvious to state, none of these principles have meaning or utility unless the treaty terms were enforceable—they would be mere academic meanderings of no practical importance whatsoever. I do not believe that to be the case. When the Supreme Court speaks, as it did in *Marshall*, it does so in light of the long history of jurisprudence that gave legal effect to treaties.

[171] C'est peut-être l'évidence même, mais rappelons qu'aucun de ces principes n'a de sens ni d'utilité si les clauses du traité ne sont pas exécutoires; ils ne seraient qu'une théorie savante sans aucune importance pratique. Je ne pense pas que ce soit le cas. Lorsque la Cour suprême se prononce, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Marshall*, elle le fait à la lumière de la jurisprudence de longue date qui reconnaissait un effet juridique aux traités.

[172] A second point arises from *Marshall*. While the Supreme Court was quite conscious of the *sui generis* nature of treaties, it did not hesitate to analogize the obligations to those of a contract. After reviewing the law with respect to when the court will supply a term to remedy a deficiency in a contract, Binnie J. wrote, at paragraph 43:

[172] Un deuxième point ressort de l'arrêt *Marshall*. Bien que la Cour suprême ait été tout à fait consciente de la nature *sui generis* des traités, elle n'a pas hésité à faire une analogie entre les obligations issues de ceux-ci et celles issues d'un contrat. Après avoir passé en revue le droit relatif aux circonstances dans lesquelles le tribunal suppléera aux lacunes d'un contrat, le juge Binnie a écrit, au paragraphe 43 :

.... If the law is prepared to supply the deficiencies of written contracts prepared by sophisticated parties and their legal advisors in order to produce a sensible result that accords with the intent of both parties, though unexpressed, the law cannot ask less of the honour and dignity of the Crown in its dealings with First Nations.

[...] Si le droit est disposé à suppléer aux lacunes de contrats écrits — préparés par des parties bien informées et par leurs conseillers juridiques — afin d'en dégager un résultat sensé et conforme à l'intention des deux parties, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, il ne saurait demander moins de l'honneur et de la dignité de la Couronne dans ses rapports avec les Premières [N]ations.

[173] Put otherwise, the honour and dignity of the Crown ensures the efficacy of treaty commitments.

[173] Autrement dit, l'honneur et la dignité de la Couronne garantissent l'efficacité des engagements pris dans le cadre des traités.

[174] In *Manitoba Metis* the Supreme Court considered the relationship between treaty commitments to the Metis and section 31 of the *Manitoba Act, 1870*. Citing *Sioui*, the Court observed that treaties can be analogized to constitutional commitments that were entered into with the intention to create “legal obligations” which were “of the highest order” and that “a certain measure of solemnity”

[174] Dans l'arrêt *Manitoba Metis*, la Cour suprême a examiné la relation entre les engagements pris par traité envers les Métis et l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Citant l'arrêt *Sioui*, la Cour a fait observer qu'une analogie peut être faite entre les traités et les engagements constitutionnels pris dans l'intention de créer des « obligations juridiques » qui sont « de la plus haute

attach to both (at paragraphs 71 and 92). While the Federal Court considered *Manitoba Metis* in the context of whether it could waive a limitation period, it did not consider the clear guidance of the Supreme Court that the historic treaties created legally enforceable obligations.

[175] Canadian courts have been agnostic to how treaties are legally classified and as to the means or “form” by which their terms are enforced. Treaties have evolved from “solemn agreements” to “contracts”, to instruments protected from provincial encroachment under section 88 of the *Indian Act* in 1951, to *sui generis* agreements, to constitutionally protected agreements. Regardless of the label applied, there is a unifying theme—that treaty rights were legally enforceable (*Badger*, at paragraph 76; see also *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, at page 575; *Annuities Case (SCC)*; *Marshall*, at paragraph 50; *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 1123, 189 D.L.R. (4th) 333, at paragraph 84; B. Slattery, “Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196, at pages 209–210). I do not agree, therefore, with the Federal Court when it concluded that because the Supreme Court has said treaties “are not contracts” that an action pled in contract for breach of the TLE term, was not cognizable (Reasons, at paragraphs 488 and 508).

#### *Academic commentary*

[176] The academic writing in the area of treaty rights must be read carefully. Some of it is aspirational or policy based, while some of it is rooted in the law. When it is rooted in the jurisprudence, it reflects the view that treaties were enforceable. Careful reading of the academic literature, as with jurisprudence, is required because language to the effect that treaties were “unenforceable” reflect an undisputed fact—that prior to 1951 treaty rights for hunting and fishing could be restricted by provincial and federal legislation, and from 1951 to 1982, by federal legislation. However, there is nothing in the literature that

importance » et qu’un « certain élément de solennité » s’attache aux deux (aux paragraphes 71 et 92). Bien que la Cour fédérale ait pris en considération l’arrêt *Manitoba Metis* dans le contexte de la question de savoir si elle pouvait suspendre l’application du délai de prescription, elle n’a pas tenu compte des enseignements clairs de la Cour suprême voulant que les traités historiques créent des obligations juridiquement exécutoires.

[175] Les tribunaux canadiens se sont montrés agnostiques quant à la manière de catégoriser juridiquement les traités et quant aux moyens ou à la « forme » par lesquels on les fait exécuter. Les traités ont évolué, passant d’« accords solennels » à « contrats », à instruments protégés contre l’empiétement par les provinces en vertu de l’article 88 de la *Loi sur les Indiens* en 1951, à accords *sui generis*, puis à accords protégés par la Constitution. Quelle que soit l’étiquette qu’on leur appose, il y a un thème unificateur, à savoir que les droits issus de traités étaient juridiquement exécutoires (*Badger*, au paragraphe 76; voir aussi *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, à la page 575; *Affaire des annuités (CSC)*; *Marshall*, au paragraphe 50; *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 1123, 189 D.L.R. (4th) 333, au paragraphe 84; B. Slattery, « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000), 79 *Rev. du B. can.* 196, aux pages 209 et 210). Je ne suis donc pas d’accord avec la Cour fédérale lorsqu’elle conclut qu’étant donné que la Cour suprême a déclaré que les traités « ne sont pas des contrats », une action fondée sur les droits des contrats pour violation des DFIT n’est pas recevable (motifs de la C.F., aux paragraphes 488 et 508).

#### *La doctrine*

[176] La doctrine dans le domaine des droits issus de traités doit être lue avec prudence. Certaines publications sont fondées sur un idéal ou des politiques administratives, tandis que d’autres sont ancrées dans le droit. Lorsqu’elles sont ancrées dans la jurisprudence, elles reprennent l’opinion voulant que les traités soient exécutoires. Il faut faire preuve de prudence en lisant la doctrine, de même que la jurisprudence, parce que l’idée que les traités n’étaient « pas exécutoires » représente un fait incontesté : avant 1951, les droits de chasse et de pêche issus de traités pouvaient être restreints par la législation

indicates that a determinable treaty term, promising a set amount of land, would not be enforceable at the eve of the expiry of the limitation period. To the contrary, the academic literature supports the interpretation that treaties were enforceable prior to 1982.

[177] Professor Grammond (now Grammond J.) wrote in *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law* (Toronto: Carswell, 2013) that a treaty can be enforced, independent of a legislative or constitutional provision that ensures the protection of the treaty [at page 306]:

This means that the parties to a treaty could, if they so desire, base themselves on contract law in order to have it enforced. Two decisions of the Exchequer Court, as well as a recent decision involving the Nunavut Land Claims Agreement, granted monetary claims based on the State's breach of treaty obligations. In such cases, it is possible to enforce a treaty independently of the laws or constitutional provisions that ensure its protection.

[178] Similarly in *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982* (Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Center, 1987), W. F. Pentney (now Pentney J.), concluded, after reviewing the legal nature of numbered treaties, that, “[t]he fact that treaties are placed in a category by themselves does not detract from their legal status or enforceability” (at page 137).

[179] In their seminal work Borrows and Rotman write that “where the Crown’s treaty obligations were viewed as binding, they remained subject to abrogation or elimination by the Crown” (at pages 17–18), and later that “the Crown’s obligations under such treaties were considered to be entirely political rather than legal” (at page 17). Read in its context, however, they were referring to the political obligation to forebear regulatory or legislative interference. The authors were also addressing a different question, whether treaty rights were viewed by Canadian courts as bridging Indigenous laws and the common law tradition.

provinciale et fédérale et, de 1951 à 1982, par la législation fédérale. Toutefois, rien dans toutes ces publications n’indique qu’une modalité quantifiable d’un traité, promettant une grandeur déterminée de terres, ne serait pas exécutoire à la veille de l’expiration du délai de prescription. Au contraire, la doctrine étaye l’interprétation selon laquelle les traités étaient exécutoires avant 1982.

[177] Le professeur Grammond (maintenant juge à la Cour fédérale) écrit dans *Aménager la coexistence : les peuples autochtones et le droit canadien* (Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2003) qu’un traité peut être appliqué, indépendamment de l’existence d’une disposition législative ou constitutionnelle assurant la protection du traité [aux pages 267 et 268] :

Cela signifie que les parties à un traité peuvent, si elles le désirent, se fonder sur le droit des contrats pour en exiger la mise en œuvre. Deux décisions de la Cour de l’Échiquier [ainsi qu’une décision récente concernant l’Accord sur les revendications territoriales du Nunavut] ont accueilli des réclamations monétaires fondées sur le non-respect par l’État des obligations découlant d’un traité. Dans des cas semblables, il est possible de demander le respect d’un traité indépendamment des lois ou des dispositions constitutionnelles qui en assurent la protection.

[178] De même, dans *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982* (Saskatoon : University of Saskatchewan Native Law Center, 1987), W. F. Pentney (maintenant juge à la Cour fédérale), a conclu, après avoir examiné la nature juridique des traités numérotés, que [TRADUCTION] « [l]e fait que les traités soient placés dans une catégorie à part n’enlève rien à leur statut juridique ni à leur caractère exécutoire » (à la page 137).

[179] Dans leur publication ayant fait école, Borrows et Rotman écrivent que, [TRADUCTION] « même si les obligations de la Couronne découlant d’un traité étaient considérées comme contraignantes, elles demeuraient susceptibles d’être abrogées ou supprimées par la Couronne » (aux pages 17 et 18) et plus loin que [TRADUCTION] « les obligations de la Couronne découlant de ces traités étaient considérées comme étant entièrement politiques plutôt que juridiques » (à la page 17). Cependant, lorsqu’on place ces citations dans leur contexte, elles font référence à l’obligation politique de s’abstenir de toute interférence réglementaire ou législative. Les auteurs discutaient également une



[180] Douglas Sanders concludes that, “[t]he courts enforced treaty promises involving the payment of moneys, either annuity payments or moneys for medicines, on the basis of contract law” (“Pre-existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada” in Beaudoin and Ratushy, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, at page 728). However, he also noted the difficulty of asserting certain treaty rights prior to 1982, such as the right to hunt and fish, in the face of countervailing legislation, noting that the contract law basis did not “work for other treaty promises when they came into conflict with legislation, such as federal and provincial hunting laws” (at page 728).

[181] Finally, in *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*, at page 50, Robert Mainville wrote:

An Aboriginal treaty does not normally require parliamentary legislation in order to come into effect, unless the provisions of the treaty so provide. Treaties bind the Crown, and if the Crown does not execute the promises it made in the treaty, redress can be sought against the Crown irrespective of any parliamentary approval. Treaties thus “create enforceable obligations based on the mutual consent of the parties.”

[182] I conclude this review of the academic literature by referring to the late Professor Peter Hogg, in *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Vol. 1 (Toronto: Thomson Carswell, 2007). After reviewing the jurisprudence, he notes that one of the defining characteristics of the numbered Treaties is “the intention to create legally binding obligations” (at page 790). He also identifies four “infirmities” in both treaty and aboriginal rights. The first, and only one applicable here was (at page 794):

autre question, à savoir si les tribunaux canadiens considéraient les droits issus de traités comme un pont entre le droit des Autochtones et la tradition de common law.

[180] Douglas Sanders conclut que « [l]es tribunaux ont fait respecter les promesses contenues dans les traités en ce qui a trait au paiement de sommes d'argent, qu'il s'agisse du paiement d'une rente annuelle ou du versement d'une somme d'argent pour l'achat de médicaments, en se référant au droit des contrats » (« Les Droits Préexistants : Les Peuples Autochtones du Canada » dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushy, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson et Lafleur, 1989, à la page 806). Toutefois, il a également noté la difficulté de faire valoir certains droits issus de traités avant 1982, comme le droit de chasser et de pêcher, en présence de lois contraires, en faisant observer que le fondement du droit des contrats n'« était plus possible en ce qui concerne les promesses des traités entrant en conflit avec, par exemple, une loi fédérale ou provinciale sur la chasse. » (à la page 806).

[181] Enfin, dans *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach* à la page 50, Robert Mainville écrit :

[TRADUCTION]

Un traité autochtone n'a normalement pas besoin que le législateur adopte une loi pour entrer en vigueur, à moins que les dispositions du traité ne le prévoient. Les traités lient la Couronne et, si la Couronne n'exécute pas les promesses qu'elle a faites dans le traité, une mesure de redressement peut être demandée contre la Couronne indépendamment de toute approbation du législateur. Ainsi, les traités « créent des obligations exécutoires, fondées sur le consentement mutuel des parties ».

[182] Je conclus cette revue de la doctrine en renvoyant à l'ouvrage de Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. vol. 1 (Toronto : Thomson Carswell, 2007). Après avoir passé en revue la jurisprudence, il note que l'une des caractéristiques des traités numérotés est [TRADUCTION] « l'intention de créer des obligations juridiquement contraignantes » (à la page 790). Il définit également quatre [TRADUCTION] « infirmités » dans les droits ancestraux et les droits issus de traités. La première, et la seule applicable en l'espèce, était (à la page 794) :

One was the uncertainty as to the precise legal status of the rights. Both the relationship of the aboriginal peoples to the land and the treaties between the Crown and the aboriginal peoples lacked close analogies in the common law. This uncertainty has been partially lifted by recent decisions recognizing aboriginal and treaty rights, but uncertainties persist, especially as to the definition of aboriginal rights.

The uncertainty related to how treaties were categorized, a point resolved by the Supreme Court in *Simon* in recognizing their *sui generis* nature. At no point does Professor Hogg suggest a treaty right in the nature of the TLE claim, is unenforceable.

#### *Statutory authority to sue*

[183] The Federal Court judge offered a third reason for concluding that there was no right of action at common law to sue on a treaty. The judge found that the *Indian Act* was a statutory impediment to a suit to enforce a treaty. After reviewing section 88 of the *Indian Act*, the judge concluded that “[t]here is nothing in the *Indian Act* permitting a First Nation to bring an action to enforce the TLE under a Treaty” (at paragraphs 499–500). Absent a legislative authority to sue, there was no ability by a band to enforce a treaty.

[184] This conclusion cannot be sustained. There has never been a requirement that the *Indian Act* permit or grant an authority to sue to enforce a treaty. In any event, this is not the effect of section 88 of the *Indian Act*. Section 88 does not bar a right of action by a band at common law; to the contrary section 88 provides protection to treaty rights from interference or erosion by provincial legislation. Not one of the many cases that have considered section 88 have concluded, or suggested, that its purpose was to bar Aboriginal Canadians the right to pursue actions in the civil courts to enforce a treaty commitment.

#### [TRANSLATION]

L’une d’entre elles était l’incertitude quant au statut juridique précis des droits. Tant la relation des peuples autochtones avec la terre que les traités entre la Couronne et les peuples autochtones ne trouvaient d’analogues proches dans la common law. Cette incertitude a été partiellement levée par de récentes décisions reconnaissant les droits ancestraux et issus de traités, mais des incertitudes persistent, notamment en ce qui concerne la définition des droits ancestraux.

L’incertitude portait sur la manière de catégoriser les traités, un point résolu par la Cour suprême dans l’arrêt *Simon*, qui reconnaissait leur nature *sui generis*. Nulle part M. Hogg ne donne à penser qu’un droit issu de traités du type de la revendication relative aux DFIT n’est pas exécutoire.

#### *Le fondement législatif de l’action en justice*

[183] Le juge de la Cour fédérale a présenté un troisième motif pour conclure qu’il n’existait pas en common law de droit d’action pour faire exécuter un traité. Le juge a conclu que la *Loi sur les Indiens* constituait un obstacle légal aux poursuites visant à faire respecter un traité. Après avoir examiné l’article 88 de la *Loi sur les Indiens*, le juge a conclu que « rien dans cette loi ne permet à une Première Nation d’intenter une action pour faire appliquer les DFIT aux termes d’un Traité » (aux paragraphes 499 et 500). Faute de disposition législative conférant le pouvoir d’intenter des poursuites, les bandes n’avaient pas la capacité de faire respecter un traité.

[184] Cette conclusion ne peut être retenue. Il n’a jamais été nécessaire que la *Loi sur les Indiens* autorise les poursuites ou accorde le pouvoir d’intenter des poursuites pour faire respecter un traité. Quoi qu’il en soit, ce n’est pas l’effet de l’article 88 de la *Loi sur les Indiens*. L’article 88 n’annule pas le droit d’action d’une bande en common law; au contraire, l’article 88 protège les droits issus de traités contre l’ingérence ou l’érosion par la législation provinciale. Aucune des nombreuses décisions qui ont porté sur l’article 88 n’a conclu ni donné à penser qu’il servait à priver les Canadiens autochtones du droit d’intenter des actions devant les tribunaux civils pour faire respecter un engagement découlant d’un traité.

[185] Aboriginal rights survived the assertion of sovereignty and were absorbed into the common law as rights (*Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at paragraphs 10–11). Those were not empty rights. The common law has driven the growth of Aboriginal rights from *Calder* to *Guerin* to *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, 1997 CanLII 302 (*Delgamuukw*); to *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245 (*Wewaykum*). The point is made expressly in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, 1989 CanLII 122 where Wilson J. observes that the *Indian Act* is “not constitutive of the obligations owed to the Indians by the Crown” (at page 337). On the Federal Court’s understanding, none of these landmark cases, whether for breach of a treaty, breach of an Aboriginal right or for declaration of title were properly before the courts because the *Indian Act* did not authorize a band to sue.

[186] In *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48, 1998 CarswellNat 2201 (WL Can.), at paragraph 66, after considering subsection 31(3) of the *Indian Act*, Rothstein J., then of the Federal Court [Trial Division], concluded that that section “preserves for an Indian or Indian band the opportunity to bring an action against anyone interfering with their rights,” noting that “Indians may sue for negligence, trespass, or I think, any other interference with their interest in their land or any other rights recognized by statute, common law or, indeed, the *Constitution*” [emphasis added.] (I note, parenthetically, that section 31 was motivated by the collective nature of ownership on a reserve. Indeed, subsection 31(3) expressly provides that nothing in the section “impair[s], abridge[s] or otherwise affect[s] any right or remedy” otherwise available to an Indian or a band.)

[187] This was not new law in 1998 when Rothstein J. penned his reasons. The conclusion had an antecedence in the decision in *Apsassin v. Canada*, [1988] 3 F.C. 20, 1987 CarswellNat 229 (WL Can.), where, in dealing with an

[185] Les droits ancestraux ont survécu à l’affirmation de la souveraineté et ont été absorbés dans la common law en tant que droits (*Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, aux paragraphes 10 et 11). Ces droits n’étaient pas vides. La common law a été le moteur de la croissance des droits ancestraux, de *Calder* à *Guerin*, à *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1997 CanLII 302 (*Delgamuukw*), à *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245 (*Wewaykum*). Cet enseignement figure expressément dans l’arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, 1989 CanLII 122, où le juge Wilson fait observer que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* « ne créent pas les obligations qu’a la Couronne envers les Indiens » (à la page 337). Selon la Cour fédérale, aucune de ces affaires historiques, qu’elles portent sur le manquement à un traité, la violation d’un droit autochtone ou la déclaration d’un titre, n’a été portée en bonne et due forme devant les tribunaux parce que la *Loi sur les Indiens* n’autorisait pas les bandes à intenter des poursuites.

[186] Dans la décision *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48, 1998 CarswellNat 2201, au paragraphe 66, après avoir examiné le paragraphe 31(3) de la *Loi sur les Indiens*, le juge Rothstein, qui siégeait alors à la Cour fédérale [Section de première instance], a conclu que cet article « prévoit la possibilité pour un Indien ou une bande indienne d’intenter une action contre toute personne qui porte atteinte à ses droits » [non souligné dans l’original] et a observé que « les Indiens peuvent engager des poursuites pour négligence, violation du droit de propriété ou, à mon avis, dans tous les autres cas où il est porté atteinte aux droits qu’ils ont sur leurs terres ou à tout autre droit qui leur est reconnu par la loi, par la common law ou de fait par la Constitution ». (Je note, entre parenthèses, que l’article 31 était motivé par la nature collective de la propriété sur une réserve. En effet, le paragraphe 31(3) dispose expressément qu’aucune disposition de l’article n’a pour effet « de porter atteinte aux droits ou recours » qu’un Indien ou une bande pourrait sinon exercer.)

[187] Ce n’était pas du droit nouveau en 1998 lorsque le juge Rothstein a rédigé ses motifs. Cette conclusion trouve ses antécédents dans l’arrêt *Apsassin c. Canada*, [1988] 3 C.F. 20, 1987 CarswellNat 229 (WL Can.), où, en réponse

argument that the *Indian Act* limited the band's capacity to sue, Addy J. concluded that "[t]hey [the band] are fully entitled to avail themselves of federal and provincial laws and of our judicial system as a whole to enforce their rights, as they are indeed doing in the case at bar" (at page 47).

[188] The conclusion reached by the Federal Court is also inconsistent with the presumption of statutory interpretation that, absent express language, legislation does not intend to interfere with or displace common law rights (Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016 (Sullivan), at page 315). To this I would add that the argument advanced is, presumptively, offensive of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Courts are to eschew interpretations which offend the Charter (Sullivan, at page 307; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paragraph 33; *Brown v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2021] 1 F.C.R. 53, 448 D.L.R. (4th) 714, at paragraph 46).

[189] Finally, I note that none of the case law surveyed which recognized a cause of action for a breach of a treaty commitment relied on the provisions of the *Indian Act* as the basis or foundation on which the claim could proceed.

[190] No more need be said about this argument.

#### *The political trust doctrine*

[191] The Blood Tribe bolsters the judge's conclusion that treaties were unenforceable by reference to what is known as "the political trust" doctrine, a view for a period of time in the evolution of Crown/Indigenous jurisprudence that the Crown's obligations in respect of Indigenous Canadians were viewed as political and not legal, obligations. As noted earlier, this argument was neither argued before the Federal Court nor relied on by the judge in his reasons. The Attorney General objects on the basis that Blood Tribe is attempting to defend the result on an entirely new argument. I agree with these objections, but nevertheless as the question is related to the question whether treaties were enforceable at common law, and was responded to by the Attorney General

à un argument selon lequel la *Loi sur les Indiens* limitait la capacité de la bande d'intenter des poursuites, le juge Addy a conclu qu'« [i]ls [la bande] sont pleinement habilités à recourir aux lois fédérales et provinciales ainsi qu'à notre système judiciaire pour faire valoir leurs droits, comme ils le font d'ailleurs en l'espèce » (à la page 47).

[188] La conclusion à laquelle est parvenue la Cour fédérale est également incompatible avec la présomption d'interprétation des lois voulant que, sans langage exprès en ce sens, la législation n'est pas censée interférer avec les droits issus de la common law ni les supplanter (Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2016 (Sullivan), à la page 315). J'ajouterai que la thèse défendue est, par présomption, contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et liberté*. Les tribunaux doivent s'abstenir de faire des interprétations qui vont à l'encontre de la Charte (Sullivan, à la page 307; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, au paragraphe 33; *Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CAF 130, [2021] 1 R.C.F. 53, au paragraphe 46).

[189] Enfin, je note qu'aucune des décisions discutées plus haut dans lesquelles on reconnaissait une cause d'action pour la violation d'un engagement découlant d'un traité ne faisait des dispositions de la *Loi sur les Indiens* la base ou le fondement rendant possible la demande.

[190] Il n'est pas nécessaire d'en dire plus sur cette thèse.

#### *La doctrine de la fiducie politique*

[191] La tribu des Blood soutient la conclusion du juge selon laquelle les traités n'étaient pas exécutoires en invoquant ce qu'on appelle la théorie de la « fiducie politique », un point de vue qui a eu cours pendant un certain temps dans la jurisprudence concernant la Couronne et les Autochtones et qui faisait des obligations de la Couronne à l'égard des Canadiens autochtones des obligations politiques, et non juridiques. Comme il est indiqué plus haut, cet argument n'a pas été invoqué devant la Cour fédérale et n'est pas mentionné par le juge dans ses motifs. Le procureur général s'y oppose au motif que la tribu des Blood tente de défendre le résultat en avançant une thèse entièrement nouvelle. Je souscris à cette opposition, mais néanmoins, étant donné que la question

in his reply memorandum, there is no prejudice in it being addressed.

[192] I do not agree that the doctrine supports the conclusion that treaty rights, as opposed to Aboriginal rights, were unenforceable as of the expiry of the limitation period. The doctrine, applicable to Aboriginal rights, cannot be transported into the law of treaties.

[193] *St. Catharines Milling (SCC)* is the foundation of the political trust doctrine. There, Taschereau J. referred to “a sacred political obligation, in the execution of which the state must be free from judicial control” (*St. Catharines Milling (SCC)*, at page 649). In *Wewaykum*, at paragraph 73, Binnie J. observed that “[p]rior to its watershed decision in *Guerin*, *supra*, this Court had generally characterized the relationship between the Crown and Indian peoples as a ‘political trust’ or ‘trust in the higher sense’”, citing Taschereau J.’s observation.

[194] As Mainville points out, the political trust doctrine is a reflection of two principles (at page 50). The first is that the original decision to enter into the treaties was an exercise of the royal prerogative, and secondly, prior to 1982, treaty rights could be abrogated or constrained by legislation. The decision to enact legislation which constrained or extinguished was also a political choice from which the Crown should generally forebear. However, the decision to enter into a treaty, and the decision whether to enact legislation that constrained its terms are entirely different questions from the question whether a treaty right was enforceable. Not only is it a different question, in this case it is an irrelevant question to the disposition of the issue on appeal as there is no constraining legislation.

[195] I agree with the view of the Blood Tribe that *St. Catharines Milling (SCC)* says nothing about the enforceability of treaties (RMFL, at paragraph 60). But the Blood Tribe asserts that the “sacred political obligation” was

est liée à la question de savoir si les traités étaient exécutoires en common law, et que le procureur général y a répondu dans son mémoire en réponse, il n’y a aucun préjudice à ce qu’elle soit examinée.

[192] Je ne suis pas d’accord que la théorie étaye la conclusion que les droits issus de traités, par opposition aux droits ancestraux, n’étaient pas exécutoires à l’expiration du délai de prescription. La doctrine, applicable aux droits ancestraux, ne peut pas être transposée dans le droit des traités.

[193] L’arrêt *St. Catharines Milling (CSC)* est le fondement de la théorie de la fiducie politique. Dans cet arrêt, le juge Taschereau renvoie à [TRADUCTION] « une obligation politique sacrée, dans l’exécution de laquelle l’État doit être libre de toute intervention judiciaire » (*St. Catharines Milling (CSC)*, à la page 649). Dans l’arrêt *Wewaykum*, au paragraphe 73, le juge Binnie, renvoyant à l’observation du juge Taschereau, a fait observer ce qui suit : « Avant son arrêt de principe *Guerin*, précité, notre Cour avait généralement qualifié les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones de “fiducie politique” ou de fiducie au sens le plus noble du terme. »

[194] Comme le souligne Robert Mainville, la théorie de la fiducie politique traduit deux principes (à la page 50). Le premier est que la décision initiale de conclure les traités était un exercice de la prérogative royale, et le second est qu’avant 1982, les droits issus de traités pouvaient être abrogés ou limités par la législation. La décision d’édicter une loi qui contraint ou éteint des droits était également un choix politique dont la Couronne doit généralement s’abstenir. Toutefois, la décision de conclure un traité et la décision d’édicter ou non une loi qui en restreint les modalités sont des questions entièrement différentes de celle de savoir si un droit issu d’un traité est exécutoire. Non seulement il s’agit d’une question différente, mais en l’espèce, il s’agit d’une question dénuée de pertinence pour le règlement de la question en litige, car il n’y a pas de législation contraignante.

[195] Je souscris à l’opinion de la tribu des Blood selon laquelle l’arrêt *St. Catharines Milling (CSC)* ne dit rien sur le caractère exécutoire des traités (mémoire des faits et du droit des intimés, au paragraphe 60). Mais la tribu



how the Court characterized treaty commitments (RMFL, at paragraphs 13 and 58). I do not agree. Taschereau J., in dissent, found that there was no Aboriginal interest in the lands occupied at the time of the Royal Proclamation, that only the Crown in right of Ontario had title and that the administration of the lands was “a sacred political obligation”. I have already explained that the JCPC did not see treaties in that light.

[196] The political trust doctrine does not apply to the question whether a treaty right is enforceable. Where the political rights doctrine is applicable, however, is in respect of Aboriginal rights.

[197] Prior to 1982, assertions of Aboriginal rights were viewed as a political issue between Indigenous Canadians and the federal and provincial governments. For example, the *Statement of the Government of Canada on Indian Policy, 1969* contained assertion (at page 11) that “aboriginal claims to land ... are so general and undefined that it is not realistic to think of them as specific claims capable of remedy except through a policy and program that will end injustice to Indians as members of the Canadian community.” There are subsequent iterations of that position in 1971 and 1981. All of those policy papers are equally clear, however, that the Government of Canada considered treaties as lawful obligations (*Statement of the Government of Canada on Indian Policy, (1969)*, at page 11).

[198] The political trust doctrine reflected the position of governments, federal and provincial, prior to the watershed decision in *Guerin*, that inchoate assertions of Aboriginal rights, Aboriginal title or non-treaty rights were a matter of political dialogue. It is well known that up until *Guerin* the Attorney General resisted such claims on the basis that they were not justiciable (see *R. v. Guerin*, [1983] 2 F.C. 656, 143 D.L.R. (3d) 416 (C.A.), per Le Dain J.A.; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3, 148 D.L.R. (4th) 523 (C.A.) (*Semiahmoo*), per Isaac C.J.). As McLachlin C.J.C. wrote in *Mitchell*, “[t]he common law status of

des Blood affirme que [TRADUCTION] « [l’]obligation politique sacrée » est la façon dont la Cour a caractérisé les engagements pris dans le traité (mémoire des faits et du droit des intimés, aux paragraphes 13 et 58). Je ne souscris pas à cette observation. Le juge Taschereau, dans des motifs dissidents, a conclu qu’il n’y avait aucun intérêt autochtone dans les terres occupées au moment de la Proclamation royale, que seule la Couronne du chef de l’Ontario avait un titre et que l’administration des terres était [TRADUCTION] « une obligation politique sacrée ». J’ai déjà expliqué que le CJCP ne voyait pas les traités sous cet angle.

[196] La théorie de la fiducie politique ne s’applique pas à la question de savoir si un droit issu d’un traité est exécutoire. La théorie des droits politiques s’applique toutefois aux droits ancestraux.

[197] Avant 1982, l’affirmation de droits ancestraux était considérée comme une question politique entre les Canadiens autochtones et les gouvernements fédéral et provinciaux. Par exemple, *La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969* contenait l’affirmation (à la page 12) que « [c]eux-ci [les droits ancestraux] sont tellement généraux qu’il n’est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d’être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesures qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne ». Cette position a été réitérée plus tard, en 1971 et en 1981. Ces politiques administratives sont cependant tout aussi claires sur le fait que le gouvernement du Canada considérait les traités comme des obligations juridiques (*La politique indienne du gouvernement du Canada*, à la page 12).

[198] La théorie de la fiducie politique correspondait à la position des gouvernements fédéral et provinciaux avant l’arrêt de principe dans *Guerin*, qui a établi que les affirmations inchoatives de droits ancestraux, de titres autochtones ou de droits non issus de traités relevaient du dialogue politique. Il est bien connu que, jusqu’à l’arrêt *Guerin*, le procureur général s’opposait à de telles revendications au motif qu’elles ne pouvaient être portées devant les tribunaux (voir *R. c. Guerin*, [1983] 2 C.F. 656, 1982 CanLII 5272 (C.A.), le juge Le Dain; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3, 1997

aboriginal rights rendered them vulnerable to unilateral extinguishment, and thus they were ‘dependent upon the good will of the Sovereign’” (at paragraph 11). Pointedly, McLachlin C.J.C. cited *St. Catharines Milling (JCPC)* (at paragraph 7) as authority, making clear the link between the political or policy based question of Aboriginal rights and the political rights doctrine.

[199] The argument before us transposes the language, designed to explain the position of governments with respect to non-treaty rights, into the law of treaties. To the contrary, the enforceability of treaty rights does not depend on a discretionary political trust. Cases such as *Guerin* and *Semiahmoo* concerned fiduciary obligations arising from Canada’s administration of band affairs and finances. They were not treaty cases and do not inform the question whether a treaty was actionable at common law; indeed, the application of the political trust doctrine in the context of a treaty claim has been rejected by this Court (*Peepeekisis First Nation v. Canada*, 2013 FCA 191, 448 N.R. 202, [2014] 1 F.C.R. D-2 (*Peepeekisis*), at paragraph 50).

#### IV. Subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*

[200] Subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that “[t]he existing aboriginal and treaty rights of aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed”.

[201] Section 35 recognizes the prior occupation of Canada by organized, autonomous societies and seeks to reconcile their modern-day existence with the Crown’s sovereignty over them (*Desautel*). Section 35 must be read with paragraph 25(a) of the Charter, which guarantees that the Charter will not abrogate or derogate from any “aboriginal, treaty or other rights”, including “any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763.”

CanLII 6347 (C.A.) (*Semiahmoo*), le juge en chef Isaac). Comme l’a écrit la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Mitchell*, « [l]eur statut de droits de common law rendait les droits ancestraux vulnérables à l’extinction unilatérale et, en conséquence, ils [TRADUCTION] “dépendaient de la bonne volonté du Souverain” » (au paragraphe 11). À juste titre, la juge en chef McLachlin cite l’arrêt *St. Catharines Milling (JCPC)* (au paragraphe 7), faisant clairement ressortir le lien entre la question des droits ancestraux fondée sur la politique ou les politiques administratives et la théorie des droits politiques.

[199] La thèse dont nous sommes saisis transpose ce langage, conçu pour expliquer la position des gouvernements à l’égard des droits non issus de traités, dans le droit des traités. Au contraire, le caractère exécutoire des droits issus de traités ne dépend pas d’une fiducie politique discrétionnaire. Les affaires comme *Guerin* et *Semiahmoo* concernaient les obligations fiduciaires découlant de l’administration par le Canada des affaires et des finances de la bande. Il ne s’agissait pas d’affaires relatives à des traités et elles n’apportent pas de réponse à la question de savoir si un traité pouvait faire l’objet d’une poursuite en common law; en fait, l’application de la théorie de la fiducie politique dans le contexte d’une revendication relative à un traité a été rejetée par notre Cour (*Première nation de Peepeekisis c. Canada*, 2013 CAF 191, [2014] 1 R.C.F. F-5 (*Peepeekisis*), au paragraphe 50).

#### IV. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

[200] Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que « [l]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ».

[201] L’article 35 reconnaît l’occupation antérieure du Canada par des sociétés organisées et autonomes et cherche à concilier leur existence moderne avec la souveraineté de la Couronne sur elles (*Desautel*). L’article 35 doit être interprété en conjonction avec l’alinéa 25a) de la Charte, qui garantit que la Charte ne portera pas atteinte aux droits « ancestraux, issus de traités ou autres », y compris aux « droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763 ».

[202] The crux of the Blood Tribe’s position is that the claim for breach of the TLE term of Treaty No. 7 only became actionable with the enactment of subsection 35(1). It submits that in enshrining existing treaty rights into the *Constitution Act, 1982*, a new cause of action was created, with the result that the limitation period only began to run with the enactment of subsection 35(1). This argument found favour with the Federal Court judge, who concluded that “Canada is the one who created the new cause of action when it enshrined existing treaty rights into the Canadian constitution” (Reasons, at paragraph 475).

[203] The Attorney General’s position is that section 35 recognized and affirmed Aboriginal and treaty rights that had not been extinguished before April 17, 1982 when the *Constitution Act, 1982*, came into force.

[204] The effect of subsection 35(1) was to constitutionalize existing rights such that treaty rights, and other Aboriginal rights could no longer be unilaterally modified by federal legislation. The point was first made in *Delgamuukw*, at paragraphs 38–39, 133–134 and later in *Mitchell*, at paragraph 11:

The common law status of aboriginal rights rendered them vulnerable to unilateral extinguishment, and thus they were “dependent upon the good will of the Sovereign”: see *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), at p. 54. This situation changed in 1982, when Canada’s constitution was amended to entrench existing aboriginal and treaty rights: *Constitution Act, 1982*, s. 35(1). The enactment of s. 35(1) elevated existing common law aboriginal rights to constitutional status (although, it is important to note, the protection offered by s. 35(1) also extends beyond the aboriginal rights recognized at common law: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 136). Henceforward, aboriginal rights falling within the constitutional protection of s. 35(1) could not be unilaterally abrogated by the government. However, the government retained the jurisdiction to limit aboriginal rights for justifiable reasons, in the pursuit of substantial and compelling public objectives: see *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *Delgamuukw*, *supra*.

[202] L’essentiel de la thèse de la tribu des Blood est que la revendication pour violation des clauses du Traité n° 7 relatives aux droits fonciers issus de traités n’est devenue recevable qu’avec l’édiction du paragraphe 35(1). Elle soutient qu’en inscrivant les droits issus de traités existants dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, une nouvelle cause d’action a été créée, de sorte que le délai de prescription n’a commencé à courir qu’à l’édiction du paragraphe 35(1). Cet argument a trouvé grâce aux yeux du juge de la Cour fédérale, qui a conclu que « [c]’est le Canada qui a donné naissance à cette nouvelle cause d’action en inscrivant les droits issus de traités existants dans la constitution canadienne » (motifs de la C.F., au paragraphe 475).

[203] La thèse du procureur général est que l’article 35 reconnaît et confirme les droits ancestraux et les droits issus de traités qui n’ont pas été éteints avant le 17 avril 1982, date d’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[204] L’effet du paragraphe 35(1) était de constitutionaliser les droits existants de sorte que les droits issus de traités et les autres droits ancestraux ne pouvaient plus être modifiés unilatéralement par une loi fédérale. Cette constatation a été faite pour la première fois dans l’arrêt *Delgamuukw*, aux paragraphes 38 et 39, 133 et 134, puis à nouveau dans l’arrêt *Mitchell*, au paragraphe 11 :

Leur statut de droits de common law rendait les droits ancestraux vulnérables à l’extinction unilatérale et, en conséquence, ils [TRADUCTION] « dépendaient de la bonne volonté du Souverain » : *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), p. 54. Cette situation a changé en 1982, quand la Constitution canadienne a été amendée de façon à y inscrire les droits existants — ancestraux ou issus de traités : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1). L’édiction du par. 35(1) a conféré un statut constitutionnel aux droits autochtones existants en common law (quoiqu’il soit important de noter que la protection donnée par le par. 35(1) s’étend au-delà des droits autochtones reconnus en common law : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 136). Dès lors ces droits autochtones étaient couverts par la protection du par. 35(1) et ne pouvaient plus être unilatéralement abrogés par le gouvernement. Cependant, le gouvernement conservait le pouvoir de les restreindre pour des motifs valables, dans la poursuite d’objectifs publics impérieux et réels : voir *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *Delgamuukw*, précité.

[205] Subsection 35(1) is not the source of treaty rights. Treaty rights flow from the treaty, not the Constitution. While treaty rights are protected by the constitution, their amplitude is determined by the terms of the treaty as interpreted according to the *Marshall* principles. The same may be said about Aboriginal rights; section 35 did not create the legal doctrine of Aboriginal rights—Aboriginal rights existed and were recognized at common law. By the enactment of section 35 “a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status” (*R. v. Van der Peet*, at paragraphs 28–29).

[206] By its express and unambiguous terms, the scope of section 35 requires, in each case, an inquiry into whether the treaty right was existing as of April 17, 1982. Not all treaty rights were given protection as of that date; were that the case, the word “existing” would not have been required. Every word in a statute, and constitutional statutes in particular, must be given meaning; words are not included for aesthetic or rhetorical effect, nor does the legislature make the same point twice. Tautology is to be avoided and, “it is presumed that every feature of a legislative text has a particular role to play in the legislative design” (*Sullivan*, at pages 43–47). Regardless of the subjective perceptions of the fairness of the result, section 35 did not resuscitate previously barred actions.

[207] To accept the argument that the effect of section 35 is to resuscitate claims that were barred by law is to effectively erase the word from the *Constitution Act, 1982* or render it redundant. It would be redundant because the same result could have been achieved without the word being included. The Federal Court’s reasons give no content to the word “existing” in section 35.

[208] The Blood Tribe contends that there is a parallel to be drawn between section 35 of the Constitution and section 15 of the Charter. Prior to 1985, Canadian courts had rejected actions for breaches of equality at common law and consequently, plaintiffs asserting a claim based in tort or seeking declaratory relief had no cause of action.

[205] Le paragraphe 35(1) n’est pas la source des droits issus de traités. Les droits issus de traités découlent des traités, et non de la Constitution. Si les droits issus de traités bénéficient d’une protection constitutionnelle, leur amplitude est déterminée par les clauses du traité, interprétées selon les principes de l’arrêt *Marshall*. On peut dire la même chose des droits ancestraux; l’article 35 n’a pas créé le concept juridique des droits ancestraux — les droits ancestraux existaient et étaient reconnus en common law. Par adoption de l’article 35, la « doctrine juridique préexistante s’est vue conférer un statut constitutionnel » (*R. c. Van der Peet*, aux paragraphes 28 et 29).

[206] Du fait de son libellé exprès et non ambigu, la portée de l’article 35 exige, dans chaque affaire, que soit menée une enquête pour déterminer si le droit issu de traités existait le 17 avril 1982. Ce ne sont pas tous les droits issus de traités qui ont été protégés à cette date; si tel avait été le cas, le terme « existant » n’aurait pas été nécessaire. Chaque mot d’une loi, et en particulier des lois constitutionnelles, doit avoir un sens; les mots ne sont pas inclus pour des raisons d’esthétique ou d’effet rhétorique, et le législateur ne répète pas deux fois la même chose. La tautologie est à éviter et [TRADUCTION] « on présume que chaque caractéristique d’un texte de loi [...] a un rôle précis à jouer dans le cadre législatif » (*Sullivan*, aux paragraphes 43 à 47). Indépendamment des perceptions subjectives quant à l’équité du résultat, l’article 35 n’a pas ressuscité des actions précédemment prescrites.

[207] Si on souscrivait à l’idée selon laquelle l’article 35 a pour effet de ressusciter des revendications qui étaient prescrites, ce serait comme si on effaçait ce mot de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou si on le rendait redondant. Il serait redondant, car le même résultat aurait pu être obtenu sans que le mot soit inclus. Les motifs de la Cour fédérale n’attribuent aucun sens au mot « existant » dans l’article 35.

[208] La tribu des Blood soutient qu’il y a un parallèle à tirer entre l’article 35 de la Constitution et l’article 15 de la Charte. Avant 1985, les tribunaux canadiens rejetaient les actions pour violation du droit à l’égalité en common law et, par conséquent, les plaignants fondant une poursuite sur la responsabilité délictuelle ou demandant un

Section 15 changed that, creating a remedy where none had previously existed.

[209] In support of this argument the Blood Tribe analogizes the TLE claim to those in *Ravndahl*. There, the Court found that an action for breach of equality arose for the first time on April 17, 1985, when section 15 of the Charter came into effect. However, unlike Ms. Ravndahl who had no cause of action prior to section 15 coming into force, the Blood Tribe had a cause of action prior to the enactment of subsection 35(1). In light of my conclusion that a Canadian court could have granted a remedy for the breach of the TLE prior to 1982, the analogy to *Ravndahl* fails. Section 15 and section 35 do not operate in a similar fashion, and the limitation period for breach of Treaty No. 7 began to run before the enactment of section 35.

V. Section 35 of the *Constitution Act, 1982* and limitations legislation

[210] The Federal Court found that the claim for breach of treaty was discoverable as early as 1971 and that the band was well equipped to pursue its action; consequently, had a cause of action for breach of a treaty commitment been available, the six-year limitation period in paragraph 5(g) of *The Limitation of Actions Act, 1970* would have barred the action. These findings are not contested and no issue is raised before us as to whether, as a matter of statutory interpretation or constitutionality, paragraph 5(g) barred the action had a cause of action existed.

[211] The argument advanced before us, and which found favour with the Federal Court, was that section 35 created a new cause of action and gave the Blood Tribe a right to pursue the TLE claim. On this understanding of section 35, the issues whether a cause of action existed and the application or not of the limitation period and waiver, which occupied a large portion of the reasons below and the argument before us, are entirely irrelevant. The effect of section 35 is to allow past claims to arise, phoenix-like, from the past.

jugement déclaratoire n'avaient aucune cause d'action. L'article 15 a changé cette situation, en créant un recours là où il n'y en avait pas auparavant.

[209] À l'appui de cet argument, la tribu des Blood fait une analogie entre la revendication relative aux DFIT et l'affaire *Ravndahl*. Dans cette affaire, la Cour suprême a conclu qu'une action pour violation du droit à l'égalité est devenue possible pour la première fois le 17 avril 1985, lorsque l'article 15 de la Charte est entré en vigueur. Cependant, contrairement à M<sup>me</sup> Ravndahl, qui n'avait aucune cause d'action avant l'entrée en vigueur de l'article 15, la tribu des Blood avait une cause d'action avant l'édition du paragraphe 35(1). À la lumière de ma conclusion qu'un tribunal canadien aurait pu accorder une réparation pour la violation des DFIT avant 1982, l'analogie avec l'affaire *Ravndahl* échoue. L'article 15 et l'article 35 jouent de manière différente, et le délai de prescription pour la violation du Traité n° 7 a commencé à courir avant l'édition de l'article 35.

V. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les dispositions sur la prescription

[210] La Cour fédérale a conclu que le manquement au traité à l'origine de la revendication pouvait être découvert dès 1971 et que la bande était bien équipée pour intenter son action; par conséquent, si une cause d'action pour violation d'un engagement pris par traité existait, la prescription de six ans prévue à l'alinéa 5g) de la *Limitation of Actions Act* de 1970 rendrait l'action prescrite. Ces conclusions ne sont pas attaquées et on n'a pas soulevé devant notre Cour la question de savoir si, pour des motifs d'interprétation des lois ou de constitutionnalité, l'alinéa 5g) prescrivait l'action si une cause d'action existait.

[211] La thèse avancée devant nous, et qui a été retenue par la Cour fédérale, était que l'article 35 créait une nouvelle cause d'action et donnait à la tribu des Blood le droit de présenter la revendication relative aux DFIT. Selon cette interprétation de l'article 35, les questions de savoir s'il existait une cause d'action et si le délai de prescription s'appliquait ou non ou s'il pouvait être suspendu ou non, lesquelles ont occupé une grande partie des motifs de l'instance inférieure et des thèses défendues devant nous, sont complètement dépourvues de pertinence. L'article 35



[212] The flaw in this reasoning is revealed if examined in the light of the jurisprudence on limitation periods. Limitation periods have been consistently applied to treaty claims regardless of whether they arose before or after 1982. The Federal Court's understanding of section 35 cannot be reconciled with this jurisprudence.

*Supreme Court of Canada guidance*

[213] The Supreme Court, other appellate courts, and the Federal Court, have consistently applied limitations legislation to both Aboriginal rights and treaty claims.

[214] In *Wewaykum*, the Court held that the Crown owed a fiduciary duty but that the claim would have been barred by equitable defences and a limitation period. The Court found that the causes of action arose in 1938 and 1888, and that even if the running of the limitation period was initially postponed because of a lack of pertinent information, the relevant limitation period expired no later than the end of 1957 (at paragraphs 111 and 129).

[215] In *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372 (*Lameman*), the Band alleged breach of fiduciary duty, fraudulent and malicious behaviour and breach of treaty (at paragraph 4). As in this case, the claim rested on the assertion that the government breached its treaty obligations by not granting the Band lands to which it was entitled under the treaty. The federal Crown brought a motion for summary judgement asking that the claim be dismissed for various reasons, including that the claims were barred by the statutes of limitations.

[216] The Supreme Court held that the treaty breach was discoverable in the 1970s and was barred by the *Alberta Limitation of Actions Act*, 1970. The Supreme Court dismissed the plaintiffs' action for all claims except for a continuing claim for an accounting for funds received

a pour effet de permettre à des revendications du passé, tel un phénix, de renaître de leurs cendres.

[212] La faille de ce raisonnement apparaît lorsqu'on l'examine à la lumière de la jurisprudence sur les délais de prescription. Les délais de prescription ont toujours été appliqués aux revendications relatives aux traités, qu'elles soient nées avant ou après 1982. L'interprétation que fait la Cour fédérale de l'article 35 ne peut pas être conciliée avec cette jurisprudence.

*Les enseignements de la Cour suprême du Canada*

[213] La Cour suprême, d'autres cours d'appel et la Cour fédérale ont toujours appliqué la législation en matière de prescription aux droits ancestraux et aux revendications relatives aux traités.

[214] Dans l'arrêt *Wewaykum*, la Cour suprême a conclu que la Couronne avait une obligation de fiduciaire, mais qu'on pouvait opposer à la revendication les moyens d'équité et la prescription. Elle a estimé que les causes d'action étaient nées en 1938 et 1888 et que, même si le délai de prescription avait été initialement reporté en raison d'un manque de renseignements pertinents, le délai de prescription applicable avait expiré au plus tard à la fin de 1957 (aux paragraphes 111 et 129).

[215] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372 (*Lameman*), la bande a allégué un manquement à une obligation de fiduciaire, des actes frauduleux et malveillants ainsi que des manquements à un traité (au paragraphe 4). Comme en l'espèce, la revendication reposait sur l'affirmation que le gouvernement avait violé ses obligations découlant d'un traité en n'accordant pas à la bande les terres auxquelles elle avait droit aux termes du traité. La Couronne fédérale a présenté une requête en jugement sommaire demandant que la demande soit rejetée pour divers motifs, notamment parce que les revendications étaient prescrites.

[216] La Cour suprême a conclu que le manquement au traité aurait pu être découvert dans les années 1970 et qu'il était prescrit par la *Limitation of Actions Act* de 1970 de l'Alberta. La Cour suprême a rejeté l'action des plaignants à l'égard de toutes les revendications, à l'exception

from the sale of reserve lands. In holding the action barred, the Supreme Court stated, at paragraph 13:

This Court emphasized in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, that the rules on limitation periods apply to Aboriginal claims. The policy behind limitation periods is to strike a balance between protecting the defendant's entitlement, after a time, to organize his affairs without fearing a suit, and treating the plaintiff fairly with regard to his circumstances. This policy applies as much to Aboriginal claims as to other claims....

[217] In drawing the conclusion that the breach of treaty claim was not captured by the Alberta *Limitation of Actions Act*, 1970 because the cause of action arose with the enactment of section 35 of the Constitution, the Federal Court judge failed to apply this binding Supreme Court jurisprudence.

*Application of Lameman and Wewaykum in other courts*

[218] Other courts have applied prescription periods to both Aboriginal and treaty right claims.

[219] *Peepeekisis* arose in a similar factual and legal context to the case at bar. There, Treaty No. 4 granted the band an entitlement to land based on a formula as in Treaty No. 7. The band sued for an asserted deficiency in the land accorded under the formula. The breach of treaty claim and breach of fiduciary duty claim were caught by the Saskatchewan limitations legislation (*Limitation of Actions Act*, paragraph 3(1)(j)) of which applied to “any other action not in this Act or any other Act specifically provided for”. The Saskatchewan statute mirrors that of the Alberta *Limitation of Actions Act*, 1970, in issue here and also in *Wewaykum* (at paragraph 131). In finding the action barred by the prescription period, Mainville J.A. applied *Lameman* and *Wewaykum*, noting that as limitation periods apply to a claim from the discovery of the material facts underlying it, the claim was barred by statute limitation periods (at paragraph 52).

d'une revendication de nature continue concernant la reddition de comptes à l'égard de fonds provenant de la vente des terres de réserve. En jugeant l'action prescrite, la Cour suprême a déclaré, au paragraphe 13 :

La Cour a souligné dans *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, que les règles sur les délais de prescription s'appliquent aux revendications autochtones. Les délais de prescription répondent à la recherche d'un équilibre entre la nécessité de protéger le droit du défendeur, après un certain temps, d'organiser ses affaires sans craindre une poursuite et celle de traiter le demandeur équitablement compte tenu de sa situation. Cela vaut autant pour les revendications autochtones que pour les autres [...]

[217] En concluant que la revendication de manquement à un traité n'était pas visée par la *Limitation of Actions Act* de 1970 de l'Alberta parce que la cause d'action avait pris naissance avec l'adoption de l'article 35 de la Constitution, le juge de la Cour fédérale a omis de suivre ce précédent de la Cour suprême, auquel elle était liée.

*L'application des arrêts Lameman et Wewaykum par d'autres tribunaux*

[218] D'autres tribunaux ont appliqué des délais de prescription à des revendications portant autant sur des droits ancestraux que sur des droits issus de traités.

[219] Les faits de l'affaire *Peepeekisis* se sont produits dans un contexte factuel et juridique semblable à celui en l'espèce. Dans cette affaire, le Traité n° 4 accordait à la bande un droit à des terres basé sur une formule, comme dans le Traité n° 7. La bande a intenté une poursuite pour de supposés manques dans les terres accordées aux termes de la formule. La revendication relative au manquement à un traité et la revendication relative au manquement à une obligation fiduciaire étaient visées par la loi sur la prescription de la Saskatchewan (*Limitation of Actions Act*, alinéa 3(1)(j)), qui s'applique à [TRADUCTION] « toute autre action non expressément régie par la présente loi ou une autre loi ». La loi de la Saskatchewan ressemble beaucoup à la *Limitation of Actions Act* de 1970 de l'Alberta, visée en l'espèce et également dans l'affaire *Wewaykum* (au paragraphe 131). En concluant que l'action était prescrite, le juge Mainville de la Cour d'appel

[220] In *Samson First Nation v. Canada*, 2015 FC 836 (aff'd *sub nom. Buffalo v. Canada*, 2016 FCA 223, leave to appeal to S.C.C. denied, [2017] 1 S.C.R. viii), the Federal Court applied *Wewaykum*, noting that “limitations legislation, as well as the principles of laches and acquiescence, are applicable to claims against Canada even where the rights at stake are constitutionally-protected treaty and Aboriginal rights” (at paragraph 112). The Federal Court rejected arguments that limitation periods could not run against actions to enforce constitutionally protected treaty rights, noting that, in effect, the plaintiffs were arguing for a constitutionally protected right to commence litigation whenever it was convenient or advantageous to do so, effectively asserting an immunity from limitation periods (at paragraph 240).

[221] The argument that a limitation period extinguishes the treaty right has a fundamental flaw; limitation periods speak only to when a right might be enforced. The point was also made by Russell J. in *Samson*, at paragraph 129:

Samson’s second argument is that the application of a limitation period effectively expunges or infringes constitutionally-enshrined Aboriginal and treaty rights. In my view, Samson is simply asking the Court to ignore clear authorities that tell us that limitation periods do not expunge rights, they bar remedies based upon those rights. As *Chippewas*, above, makes clear, the seeking of a remedy is not an Aboriginal or treaty right, and limitations periods merely bar the remedy. Samson ignores the line of cases that makes a distinction between substantive and procedural law in the context of limitations and relies upon *Tolofson*, above, a conflict of law case, for the motion now before the Court where we have an established line of authority on point, where the Supreme Court of Canada has told us that limitation periods do apply to this kind of case. [Emphasis added.]

fédérale a suivi les arrêts *Lameman* et *Wewaykum*, notant que, comme les délais de prescription s’appliquent à une revendication à partir de la découverte des faits matériels qui la sous-tendent, la revendication était prescrite par les délais de prescription légaux (au paragraphe 52).

[220] Dans la décision *Première nation Samson c. Canada*, 2015 CF 836 (conf. par *sub nom. Buffalo c. Canada*, 2016 CAF 223, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2017] 1 R.C.S. viii), la Cour fédérale a suivi l’arrêt *Wewaykum*, notant que « les lois en matière de prescription ainsi que les principes du manque de diligence et de l’acquiescement s’appliquent aux demandes faites contre le Canada même lorsque les droits en jeu sont des droits issus de traités et des droits ancestraux protégés par la Constitution » (au paragraphe 112). La Cour fédérale a rejeté les observations selon lesquelles les délais de prescription ne pouvaient pas courir contre des actions visant à faire respecter des droits issus de traités protégés par la Constitution, en notant que, dans les faits, les demandeurs faisaient valoir qu’il existait un droit protégé par la Constitution d’intenter une poursuite lorsqu’il était commode ou avantageux de le faire, c’est-à-dire qu’ils revendiquaient en vérité une immunité contre les délais de prescription (au paragraphe 240).

[221] La thèse selon laquelle un délai de prescription éteint les droits issus des traités comporte une faille fondamentale : les délais de prescription ne concernent que le moment où un droit peut être porté devant les tribunaux. Le juge Russell a également fait cette observation dans la décision *Samson*, au paragraphe 129 :

Selon le deuxième argument de Samson, l’application d’un délai de prescription a pour effet d’anéantir des droits ancestraux et issus de traités enchâssés dans la Constitution ou d’y porter atteinte. À mon avis, Samson demande simplement à la Cour de faire fi de précédents clairs qui nous enseignent que les délais de prescription n’éteignent pas de droits, mais ne font que rendre irrecevables les recours fondés sur ces droits. Comme l’arrêt *Chippewas*, précité, l’indique clairement, une demande de réparation n’est pas un droit ancestral ou issu d’un traité, et les délais de prescription ne font qu’empêcher d’obtenir la réparation. Samson ne tient pas compte de la jurisprudence qui établit une distinction entre une règle de fond et une règle de procédure dans le contexte de la prescription et invoque l’arrêt *Tolofson*, précité, une affaire de droit international privé, au soutien de la requête dont la Cour est maintenant saisie

[222] In *Goodswimmer v. Canada (Attorney General)*, 2017 ABCA 365, 418 D.L.R. (4th) 157 the Alberta Court of Appeal relied on *Wewaykum* and *Lameman* to conclude that limitation periods applied to bar a claim which sought to re-ligate a dispute over land entitlement under Treaty No. 8. As in this case, the claim had a long history of negotiation, and in 1990 the Band entered into a Treaty Land Entitlement Settlement Agreement with Canada resolving, apparently, the issue. But in 1997 the appellants commenced an action for breach of the settlement and breach of the Treaty.

[223] Canada and Alberta responded saying that the claims in the action had been previously settled and were, in any event, statute barred. While the Court dismissed the claim on the basis that the matter had been settled, it commented on the applicability of the limitations provision in so far as it applied to bar the claim based on the terms of the Treaty [at paragraphs 113–114]:

.... The primarily relevant claims are the claims that existed prior to the 1987 action being commenced, and prior to the Treaty Land Entitlement Settlement Agreement being entered into in 1990. On the face of it, any such claims have long since been barred by the passage of time. The facts that made those claims discoverable were well known at the time that the Treaty Land Entitlement Settlement Agreement was negotiated.

Even claims that arise out of the Treaty Land Entitlement Settlement Agreement itself, such as alleged irregularities in the negotiations or with the referendum process, occurred seven years before the Statement of Claim was issued.

[224] The Alberta Court of Appeal also observed that limitation periods can extinguish claims with a constitutional or Charter basis, citing the Supreme Court's decisions in

alors que, selon une jurisprudence bien établie sur la question, la Cour suprême du Canada a affirmé que les délais de prescription s'appliquent à ce type d'affaire. [Non souligné dans l'original.]

[222] Dans l'arrêt *Goodswimmer v. Canada (Attorney General)*, 2017 ABCA 365, 418 D.L.R. (4th) 157, la Cour d'appel de l'Alberta s'est fondée sur les arrêts *Wewaykum* et *Lameman* pour conclure que les délais de prescription s'appliquaient, donc prescrivait une revendication qui visait à ramener devant les tribunaux un litige sur des droits fonciers aux termes du Traité n° 8. Comme en l'espèce, la revendication avait fait l'objet de longues négociations et, en 1990, la bande a conclu avec le Canada un accord de règlement sur les droits fonciers issus de traités qui semblait résoudre la question. Cependant, en 1997, les appelants ont intenté une action pour violation de l'accord et du traité.

[223] Le Canada et l'Alberta ont répondu que les revendications dans l'action étaient déjà réglées et que, quoiqu'il en soit, elles étaient prescrites. Bien que la Cour ait rejeté la revendication au motif que la question avait été réglée, elle a formulé des observations sur l'applicabilité de la disposition relative à la prescription, c'est-à-dire si elle pouvait s'appliquer pour interdire la revendication fondée sur les clauses du traité [aux paragraphes 113 à 114]:

[TRADUCTION]

[...] Les revendications principalement pertinentes sont celles qui existaient avant que ne soit intentée l'action en justice en 1987 et avant la conclusion de l'accord de règlement sur les droits fonciers issus de traités en 1990. À première vue, toute réclamation de ce type est depuis longtemps prescrite par le passage du temps. Les faits qui ont permis de découvrir ces revendications étaient bien connus au moment de la négociation de l'accord de règlement sur les droits fonciers issus de traités.

Même les revendications qui découlent de l'accord de règlement des droits fonciers issus de traités lui-même, comme les irrégularités alléguées dans les négociations ou dans le processus référendaire, ont eu lieu sept ans avant le dépôt de la déclaration

[224] La Cour d'appel de l'Alberta a également fait observer que les délais de prescription peuvent éteindre des revendications fondées sur la Constitution ou la Charte,

*Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, at paragraph 59 and *Ravndahl*, at paragraphs 16–17. In considering the underlying policy objectives served by limitations legislation, the Court noted that the longer the passage of time, the higher the chance that vested rights will be disturbed, with collateral affect on the legal interests of third parties. The Court also considered the application of *Manitoba Metis* and concluded that limitation periods could not be finessed by asking for a declaration and then describing any remedial relief as being ancillary to that declaration, noting that a court should be hesitant to grant declaratory relief about past grievances for which remedial relief is now barred by the passage of time.

#### *Discretion to waive*

[225] The Blood Tribe argued before the Federal Court, and renewed its argument before us, that there exists a discretion to waive the limitation period. The judge rejected this argument, and correctly so (Reasons, at paragraph 396).

[226] The jurisprudential underpinning of this argument is *Manitoba Metis* and the discussion of the Supreme Court that many of the policy rationales that justify limitation periods do not have the same resonance in the context of Aboriginal claims.

[227] *Manitoba Metis* dealt with a failure by government to implement section 31 of the *Manitoba Act, 1870*, a constitutional instrument. The Court stressed the unique nature of the grievance, noting that the failure to implement section 31 created an “ongoing rift in the national fabric” and unless remedied “constitutional harmony” would remain unachieved, as the matter was “of national and constitutional import” (at paragraph 140). At paragraph 143 of *Manitoba Metis* the Court noted that the Métis “seek no personal relief and make no claim for damages or for land. Nor do they seek restoration of the title their descendants might have inherited had the Crown acted honourably” (at paragraph 137). The relief

renvoyant aux arrêts de la Cour suprême *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 59, et *Ravndahl*, aux paragraphes 16 et 17. En examinant les objectifs des politiques administratives sous-jacentes visés par la législation sur la prescription, la Cour suprême a noté que, plus le temps passe, plus il y a de chances que les droits acquis soient perturbés, avec un effet collatéral sur les intérêts juridiques des tiers. Elle a également pris en considération la façon dont s’appliquait l’arrêt *Manitoba Metis* et a conclu qu’on ne pouvait contourner les délais de prescription en demandant un jugement déclaratoire et en soutenant ensuite que toute mesure de redressement demandée est accessoire à cette déclaration, notant qu’un tribunal devrait hésiter à rendre un jugement déclaratoire au sujet de griefs passés pour lesquels la réparation est maintenant prescrite par le passage du temps.

#### *Le pouvoir discrétionnaire de suspendre l’application de la prescription*

[225] La tribu des Blood a soutenu devant la Cour fédérale, et l’a répété devant nous, qu’il existe un pouvoir discrétionnaire de suspendre l’application du délai de prescription. Le juge a rejeté cet argument, à juste titre (motifs de la C.F., au paragraphe 396).

[226] Le fondement jurisprudenciel de cet argument est l’arrêt *Manitoba Metis* et la discussion de la Cour suprême selon laquelle bon nombre des raisons administratives justifiant les délais de prescription n’ont pas la même résonance dans le contexte de revendications autochtones.

[227] L’arrêt *Manitoba Metis* portait sur l’omission du gouvernement de mettre en œuvre l’article 31 de la *Loi sur le Manitoba*, un instrument constitutionnel. La Cour suprême a souligné la nature unique du grief, notant que l’omission de mettre en œuvre l’article 31 créait un « clivage persistant dans notre tissu national » et que, s’il n’y était pas remédié, il n’y aurait pas « d’harmonie constitutionnelle », la question étant « d’importance nationale et constitutionnelle » (au paragraphe 140). Au paragraphe 143 de l’arrêt *Manitoba Metis*, la Cour suprême a noté que les Métis « ne sollicitent pas de réparation personnelle, ne réclament pas de dommages-intérêts et ne font aucune revendication territoriale. Ils ne demandent



sought was purely declaratory to assist in extra-judicial negotiation and no third party interests were engaged (at paragraph 142).

[228] This case stands in marked contrast to *Manitoba Metis*. As the Federal Court judge noted, “Manitoba Métis dealt with a very different matter than that before this Court in this action” (Reasons, at paragraph 399). I agree with his conclusion that *Manitoba Metis* does not stand for the proposition that limitations may be waived in a claim where the plaintiff seeks land or damages in lieu, as it does here.

[229] I do not understand *Manitoba Metis* to be establishing a new doctrine of law allowing judges to waive limitation periods, or for the Supreme Court to be departing from its prior jurisprudence by implication. To the contrary, in *Manitoba Metis*, the Supreme Court confirms the application of *Lameman* (at paragraph 138). A court would be on very uncertain, if not arbitrary ground, if it appropriated to itself the authority to override the clear choice of Parliament in respect of prescription legislation. If the discretion to waive existed, how would it be exercised? How would claims that were filed three years late, as here, be distinguished from claims that are 13 or 30 years too late? While reconciliation is the over-arching objective, and serves as the lens through which judges are to view the law, it does not allow a court to disregard the law expressed by the Legislatures or Parliament. However meritorious the objective may be (*Canada (Attorney General) v. Utah*, 2020 FCA 224, 455 D.L.R. (4th) 714), judges cannot skew their reasons to avoid binding jurisprudence.

## VI. Conclusion

[230] The basis of the Federal Court’s reasoning is that as treaties are not contracts, no remedy for breach of a treaty would be recognized in a Canadian court. While

pas non plus le rétablissement du titre dont leurs descendants auraient pu hériter si la Couronne avait agi honorablement » (au paragraphe 137). La réparation demandée était purement déclaratoire pour aider à la négociation extrajudiciaire et aucun intérêt de tiers n’entraîne en jeu (au paragraphe 142).

[228] La présente affaire est fort différente de l’affaire *Manitoba Metis*. Comme l’a fait observer le juge de la Cour fédérale, « [l]’arrêt *Manitoba Métis* portait plutôt sur une question très différente de celle dont la Cour est saisie en l’espèce » (motifs de la C.F., au paragraphe 399). Je souscris à sa conclusion que l’arrêt *Manitoba Metis* n’enseigne pas qu’un juge peut suspendre l’application du délai de prescription dans une revendication où le demandeur cherche à obtenir des terres ou des dommages-intérêts s’y substituant.

[229] Je ne vois pas comment l’arrêt *Manitoba Metis* peut établir une nouvelle théorie juridique permettant aux juges de suspendre l’application des délais de prescription ou permettre à la Cour suprême de s’écarter implicitement de sa jurisprudence. Au contraire, dans l’arrêt *Manitoba Metis*, la Cour suprême confirme l’application de l’arrêt *Lameman* (au paragraphe 138). Un tribunal s’aventurerait en terrain peu sûr, voire arbitraire, s’il s’appropriait le pouvoir de supplanter le choix clair du législateur en matière de prescription. Si le pouvoir discrétionnaire de suspendre l’application de la prescription existait, comment serait-il exercé? Comment établirait-on des distinctions entre les revendications déposées avec trois ans de retard, comme en l’espèce, et celles déposées avec 13 ou 30 ans de retard? Bien que la réconciliation soit un objectif primordial et soit le prisme à travers lequel les juges doivent voir le droit, elle ne permet pas à un tribunal de faire abstraction du droit exprimé par le législateur provincial ou fédéral. Aussi noble que soit l’objectif (*Canada (Procureur général) c. Utah*, 2020 CAF 224), les juges ne peuvent astreindre leurs motifs à des contorsions pour éviter la jurisprudence les liant.

## VI. Conclusion

[230] Le raisonnement de la Cour fédérale est fondé sur le fait que, les traités n’étant pas des contrats, aucune réparation pour manquement à un traité ne serait reconnue

the narrow parsing of the law and statement of claim conducted in the Federal Court produced a result that fulfilled the TLE commitment, it did so at the expense of coherence in the law. It was also rails against the foundational principle which motivates all Crown-Aboriginal jurisprudence—the honour of the Crown.

[231] By 1983, with the decision in *Guerin*, the common law had evolved to recognize Aboriginal rights to an underlying title to land; in contrast, the Federal Court decision holds that, at the same point in the evolution of Canadian jurisprudence, the common law did not recognize, or give effect to the solemn commitment to give land in a treaty. This was not how Aboriginal jurisprudence has evolved; to the contrary, while there was doubt, ambiguity and lack of legal recognition in respect of Aboriginal rights, the readiness of the courts to supply a remedy for the breach of a treaty has never been in doubt. Pointedly, the Blood Tribe has not identified a single case where an action to enforce a treaty commitment, unencumbered by legislative restriction, has been dismissed on the basis that treaties are not enforceable. A claim might fail on its facts, but not on the basis treaties are not enforceable.

[232] The honour of the Crown is the motivating principle of Aboriginal jurisprudence and compels the conclusion that the treaties were intended to create enforceable legal obligations. While the honour of the Crown is not a cause of action in and of itself, the doctrine frames, and largely answers the question of whether treaties created legally enforceable obligations. As fully explained in *Manitoba Metis*, at paragraph 79, the relationship between the honour of the Crown and treaty commitments is deep and intertwined:

This duty has arisen largely in the treaty context, where the Crown's honour is pledged to diligently carrying out its promises: *Mikisew Cree First Nation*, at para. 51; *Little Salmon*, at para. 12; see also *Haida Nation*, at para. 19. In its most basic iteration, the law assumes that the Crown always intends to fulfill its solemn promises, including

par un tribunal canadien. Si l'analyse étroite du droit et de la déclaration effectuée par la Cour fédérale a produit un résultat respectant l'engagement relatif aux DFIT, elle l'a fait au détriment de la cohérence du droit. Elle allait également complètement à l'encontre du principe fondamental qui motive toute la jurisprudence entre la Couronne et les peuples autochtones : l'honneur de la Couronne.

[231] En 1983, avec l'arrêt *Guerin*, la common law a évolué pour reconnaître des droits ancestraux à l'égard de titres fonciers sous-jacents; en revanche, la décision de la Cour fédérale conclut qu'au même point dans l'évolution de la jurisprudence canadienne, la common law ne reconnaissait pas l'engagement solennel pris par traité d'accorder des terres et ne reconnaissait aucun effet. Ce n'est pas ainsi que la jurisprudence autochtone a évolué. Au contraire, bien qu'il y eût des doutes, de l'ambiguïté et un manque de reconnaissance juridique à l'égard des droits ancestraux, la volonté des tribunaux de fournir une mesure de redressement pour le manquement à un traité n'a jamais fait de doute. Justement, la tribu des Blood n'a pu invoquer une seule affaire où une action visant à faire respecter un engagement découlant d'un traité, non assujéti à des restrictions légales, a été rejetée au motif que les traités n'étaient pas exécutoires. Une revendication peut être rejetée en raison des faits, mais pas au motif que les traités ne sont pas exécutoires.

[232] L'honneur de la Couronne est le principe qui motive la jurisprudence en droit autochtone et il commande la conclusion que les traités visaient à créer des obligations juridiques exécutoires. Bien que l'honneur de la Couronne ne soit pas une cause d'action en soi, ce principe encadre la question de savoir si les traités créent des obligations juridiquement exécutoires et y répond largement. Comme il est expliqué en détail dans l'arrêt *Manitoba Metis*, au paragraphe 79, la relation entre l'honneur de la Couronne et les engagements découlant des traités est profonde et intimement liée :

Cette obligation a surgi principalement dans le contexte des traités, où l'honneur de la Couronne garantit l'exécution diligente de ses promesses : *Première nation crie Mikisew*, par. 51; *Little Salmon*, par. 12; voir aussi *Nation haïda*, par. 19. Dans son expression la plus fondamentale, le droit tient pour acquis que la Couronne entend toujours

constitutional obligations: *Badger*; *Haida Nation*, at para. 20. At a minimum, sharp dealing is not permitted: *Badger*. Or, as this Court put it in *Mikisew Cree First Nation*, “the honour of the Crown [is] pledged to the fulfillment of its obligations to the Indians”: para. 51. But the duty goes further: if the honour of the Crown is pledged to the fulfillment of its obligations, it follows then that the honour of the Crown requires the Crown to endeavour to ensure its obligations are fulfilled.

[233] It is self-evident that the position of the Blood Tribe is inconsistent with the position taken by other Aboriginal bands in prior cases where it was been argued that the terms of a treaty were enforceable. The Blood Tribe is unquestionably entitled to take that position, but a trial judge is obligated to follow the jurisprudence. The Federal Court may have been motivated by a perception of unfairness in the result, prompting it to reach the conclusion that it did. While this is understandable, remedying an injustice in this case creates a broader injustice, one which requires the Court to reject the well established principle that the honour of the Crown compels compliance.

[234] There are circumstances, and this is one of them, where the law itself cannot provide the needed reconciliation. A court does not have a discretion to deem treaty rights enforceable or not depending on how it perceives the equities of a case. As Binnie J. observed in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533 (at paragraph 45), it would be plainly wrong to deny a valid claim (in that case to an Aboriginal right) simply because the outcome might be troublesome to others. The converse is necessarily true—it is required by the integrity of judicial reasoning.

[235] The result, in this case, does not foreclose remedies to the Blood Tribe. There exists an alternative effective recourse for giving effect to the honour of the Crown and advancing the goal of reconciliation. Parliament established the Specific Claims Tribunal through the *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22. This Tribunal is designed to address historical treaty grievances. The Blood Tribe claim for the TLE would not face a limitations issue in that

respecter ses promesses solennelles, notamment ses obligations constitutionnelles (*Badger*; *Nation haïda*, par. 20). À tout le moins, les manœuvres malhonnêtes ne sont pas tolérées (*Badger*). Ou, comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *Première nation crie Mikisew*, « l’honneur de la Couronne garanti[t] l’exécution de ses obligations envers les Indiens » (par. 51). Toutefois, cette obligation va plus loin : si l’honneur de la Couronne garantit l’exécution de ses obligations, il s’ensuit que l’honneur de la Couronne exige qu’elle prenne des mesures pour faire en sorte que ses obligations soient exécutées.

[233] Il est évident que la thèse de la tribu des Blood est incompatible avec celle adoptée par d’autres bandes autochtones dans des affaires antérieures où il a été soutenu que les clauses d’un traité étaient exécutoires. La tribu des Blood a incontestablement le droit de défendre cette thèse, mais le juge est obligé de suivre la jurisprudence. Il est possible que la Cour fédérale ait craint que le résultat soit injuste et ait par conséquent tiré la conclusion qu’elle a tirée. Bien que ce soit compréhensible, remédier à une injustice en l’espèce crée une plus grande injustice, laquelle obligerait la Cour à rejeter le principe bien établi selon lequel l’honneur de la Couronne lui commande de remplir ses obligations.

[234] Il existe des circonstances, comme en l’espèce, où le droit seul ne peut mener à la réconciliation voulue. Les cours n’ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider que les droits issus de traités sont exécutoires ou non selon qu’elles perçoivent qu’une affaire est équitable ou non. Comme l’a fait observer le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 (au paragraphe 45), il serait tout bonnement fautif de rejeter une revendication valide (dans cette affaire, un droit ancestral) simplement parce que le résultat pourrait être source de dérangement pour d’autres personnes. L’inverse est nécessairement vrai; il le faut, au nom de l’intégrité du raisonnement judiciaire.

[235] Le résultat, en l’espèce, n’exclut pas que la tribu des Blood puisse obtenir des mesures de redressement. Il existe un autre recours efficace pour faire jouer l’honneur de la Couronne et faire progresser l’objectif de réconciliation. Le législateur a créé le Tribunal des revendications particulières par la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22. Ce tribunal a été conçu pour se pencher sur les griefs historiques liés aux traités.

Tribunal. Section 19 of the *Specific Claims Tribunal Act* provides that:

**Limitation**

**19.** In deciding the issue of the validity of a specific claim, the Tribunal shall not consider any rule or doctrine that would have the effect of limiting claims or prescribing rights against the Crown because of the passage of time or delay.

[236] For these reasons I would allow the appeal with costs. I would vary paragraph 3 of the judgment of the Federal Court to delete the words “other than the Treaty Land Entitlement claim arising from Canada’s breach of Treaty No. 7”.

BOIVIN J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

Devant ce tribunal, la revendication de la tribu des Blood à l’égard des DFIT ne se buterait pas à une question de délai de prescription. L’article 19 de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* est ainsi libellé :

**Limites**

**19.** Lorsqu’il statue sur le bien-fondé d’une revendication particulière, le Tribunal ne tient compte d’aucune règle ou théorie qui aurait pour effet de limiter un recours ou de prescrire des droits contre Sa Majesté en raison de l’écoulement du temps ou d’un retard.

[236] Pour les motifs qui précèdent, j’accueillerais l’appel avec dépens. Je modifierais le paragraphe 3 du jugement de la Cour fédérale pour en supprimer les mots « En dehors de la revendication concernant les droits fonciers issus de traités découlant du manquement, par le Canada, au Traité n° 7 ».

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d’accord.