

**Harry Daniels, Gabriel Daniels,  
Leah Gardner, Terry Joudrey and  
Congress of Aboriginal Peoples** *Appellants/  
Respondents on cross-appeal*

v.

**Her Majesty The Queen  
as represented by the  
Minister of Indian Affairs and  
Northern Development and  
Attorney General of Canada** *Respondents/  
Appellants on cross-appeal*

and

**Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Native Council of Nova Scotia,  
New Brunswick Aboriginal Peoples Council,  
Native Council of Prince Edward Island,  
Metis Settlements General Council,  
Te'mexw Treaty Association,  
Métis Federation of Canada,  
Aseniwuche Winewak Nation of Canada,  
Chiefs of Ontario,  
Gift Lake Métis Settlement,  
Native Alliance of Quebec,  
Assembly of First Nations and  
Métis National Council** *Interveners*

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

**2016 SCC 12**

File No.: 35945.

2015: October 8; 2016: April 14.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and  
Brown JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Constitutional law — Aboriginal law — Métis — Non-  
status Indians — Whether declaration should be issued*

**Harry Daniels, Gabriel Daniels,  
Leah Gardner, Terry Joudrey et  
Congrès des peuples autochtones** *Appellants/  
Intimés au pourvoi incident*

c.

**Sa Majesté la Reine  
représentée par le ministre des  
Affaires indiennes et du  
Nord canadien et procureur général  
du Canada** *Intimés/Appellants au  
pourvoi incident*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
Native Council of Nova Scotia,  
New Brunswick Aboriginal Peoples Council,  
Native Council of Prince Edward Island,  
Metis Settlements General Council,  
Te'mexw Treaty Association,  
Fédération Métisse du Canada,  
Aseniwuche Winewak Nation of Canada,  
Chiefs of Ontario,  
Gift Lake Métis Settlement,  
Alliance autochtone du Québec,  
Assemblée des Premières Nations et  
Ralliement national des Métis** *Intervenants*

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

**2016 CSC 12**

N° du greffe : 35945.

2015 : 8 octobre; 2016 : 14 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon,  
Côté et Brown.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Droit des Autochtones — Mé-  
tis — Indiens non inscrits — Y a-t-il lieu de rendre un*

*that Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24) of Constitution Act, 1867 — Whether declaration would have practical utility — Whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to definitional criteria set out in R. v. Powley, [2003] 2 S.C.R. 207 — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Constitution Act, 1982, s. 35.*

Three declarations are sought in this case: (1) that Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*; (2) that the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and (3) that Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with.

The trial judge’s conclusion was that “Indians” under s. 91(24) is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada. He declined, however, to grant the second and third declarations. The Federal Court of Appeal accepted that “Indians” in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally. It upheld the first declaration, but narrowed its scope to exclude non-status Indians and include only those Métis who satisfied the three criteria from *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207. It also declined to grant the second and third declarations. The appellants sought to restore the first declaration as granted by the trial judge, and asked that the second and third declarations be granted. The Crown cross-appealed, arguing that none of the declarations should be granted. It conceded that non-status Indians are “Indians” under s. 91(24).

*Held:* The first declaration should be granted: Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24). The appeal should therefore be allowed in part. The Federal Court of Appeal’s conclusion that the first declaration should exclude non-status Indians or apply only to those Métis who meet the *Powley* criteria, should be set aside, and the trial judge’s decision restored. The trial judge’s and Federal Court of Appeal’s decision not to grant the second and third declarations should be upheld. The cross-appeal should be dismissed.

*jugement déclaratoire selon lequel les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés à l’art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867? — Un jugement déclaratoire aurait-il une utilité pratique? — Y a-t-il lieu, pour l’application de l’art. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l’arrêt R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

Trois jugements déclaratoires sont demandés en l’espèce, lesquels portent respectivement : (1) que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (2) que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits; (3) que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à la tenue de consultations et de négociations.

Le juge de première instance a estimé que le mot « Indiens » au par. 91(24) est un terme général faisant référence à tous les peuples autochtones canadiens. Il a toutefois refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés. La Cour d’appel fédérale a reconnu que le terme « Indiens » au par. 91(24) visait tous les peuples autochtones en général. Elle a confirmé le premier jugement déclaratoire, mais elle a restreint sa portée afin d’exclure les Indiens non inscrits et d’inclure seulement les Métis qui répondent aux trois critères énoncés dans l’arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207. Elle a également refusé de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés. Devant la Cour, les appelants ont sollicité le rétablissement du premier jugement déclaratoire tel qu’il a été rendu par le juge de première instance, et ont demandé que soient prononcés les deuxième et troisième jugements déclaratoires. La Couronne a interjeté un pourvoi incident, dans lequel elle fait valoir qu’aucun des jugements déclaratoires ne devrait être accordé. Elle a concédé que les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24).

*Arrêt :* Le premier jugement déclaratoire est accordé : les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Le pourvoi est donc accueilli en partie. La conclusion de la Cour d’appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s’appliquer qu’aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l’arrêt *Powley* est annulée, et la décision du juge de première instance est rétablie. La décision du juge de première instance et de la Cour d’appel fédérale de ne pas rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés est confirmée. Le pourvoi incident est rejeté.

A declaration can only be granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a “live controversy” between the parties. The first declaration, whether non-status Indians and Métis are “Indians” under s. 91(24), would have enormous practical utility for these two groups who have found themselves having to rely more on noblesse oblige than on what is obliged by the Constitution. A declaration would guarantee both certainty and accountability. Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences. While finding Métis and non-status Indians to be “Indians” under s. 91(24) does not create a duty to legislate, it has the undeniably salutary benefit of ending a jurisdictional tug-of-war.

There is no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. They are all “Indians” under s. 91(24) by virtue of the fact that they are all Aboriginal peoples. “Indians” has long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis. Before and after Confederation, the government frequently classified Aboriginal peoples with mixed European and Aboriginal heritage as Indians. Historically, the purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation also indicates that since 1867, “Indians” meant all Aboriginal peoples, including Métis.

As well, the federal government has at times assumed that it could legislate over Métis as “Indians”, and included them in other exercises of federal authority over “Indians”, such as sending many Métis to Indian Residential Schools — a historical wrong for which the federal government has since apologized. Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), s. 35 of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court has noted that ss. 35 and 91(24) should be read together. “Indians” in the constitutional context, therefore, has two meanings: a broad meaning, as used in s. 91(24), that includes both Métis and Inuit and can be equated with the term “aboriginal peoples of

Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s’il a une utilité pratique, c’est-à-dire s’il règle un « litige actuel » entre les parties. Le premier jugement déclaratoire demandé, à savoir que les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), aurait une utilité pratique considérable pour ces deux groupes, lesquels ont dû compter davantage sur une forme de « Noblesse oblige » que sur le respect des obligations imposées par la Constitution. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois certitude et responsabilité. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tour à tour nié avoir le pouvoir de légiférer à l’égard des Indiens non inscrits et des Métis. Ces collectivités autochtones se retrouvent donc dans une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui a des conséquences défavorables importantes et évidentes. Bien que le fait de conclure que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) ne crée aucune obligation de légiférer, une telle conclusion a indéniablement l’effet bénéfique de mettre fin au bras de fer sur la question de la compétence législative.

Il n’est pas nécessaire d’identifier les collectivités d’ascendance mixte formées de Métis et celles formées d’Indiens non inscrits. Tous ces groupes sont des « Indiens » visés au par. 91(24), puisqu’ils sont tous des peuples autochtones. Le mot « Indiens » a longtemps été utilisé comme terme générique désignant tous les peuples autochtones, y compris les collectivités d’ascendance mixte comme les Métis. Avant et après la Confédération, le gouvernement a fréquemment qualifié d’Indiens les peuples autochtones ayant des origines mixtes européennes et autochtones. Historiquement, considéré dans la perspective des objectifs plus généraux de la Confédération, l’objet du par. 91(24) indique également que, depuis 1867, le mot « Indiens » s’entend de tous les peuples autochtones, y compris les Métis.

D’ailleurs, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu’il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu’« Indiens », et les a inclus dans l’exercice de sa compétence sur les « Indiens », par exemple en envoyant de nombreux Métis dans des pensionnats indiens, un tort du passé pour lequel il a depuis présenté ses excuses. De plus, bien qu’il ne définisse pas la portée du par. 91(24), l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce que les Indiens, les Inuit et les Métis sont des peuples autochtones pour l’application de la Constitution. La Cour a souligné que l’art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement. Le terme « Indiens » a donc deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au par. 91(24), qui inclut tant les Métis que les Inuit et que l’on peut assimiler à celui

Canada” used in s. 35, and a narrower meaning that distinguishes Indian bands from other Aboriginal peoples. It would be constitutionally anomalous for the Métis to be the only Aboriginal people to be recognized and included in s. 35 yet excluded from the constitutional scope of s. 91(24).

The jurisprudence also supports the conclusion that Métis are “Indians” under s. 91(24). It demonstrates that intermarriage and mixed-ancestry do not preclude groups from inclusion under s. 91(24). The fact that a group is a distinct people with a unique identity and history whose members self-identify as separate from Indians, is not a bar to inclusion within s. 91(24). Determining whether particular individuals or communities are non-status Indians or Métis and therefore “Indians” under s. 91(24), is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future.

As to whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to the three definitional criteria set out in *Powley* in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal, or whether the membership base should be broader, there is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding certain Métis from Parliament’s protective authority on the basis of the third criterion, a “community acceptance” test. The criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights. Section 91(24) serves a very different constitutional purpose.

The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, as well as the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with *all* of Canada’s Aboriginal peoples is Parliament’s goal.

The historical, philosophical, and linguistic contexts establish that “Indians” in s. 91(24) includes *all* Aboriginal peoples, including non-status Indians and Métis. The first declaration should accordingly be granted.

de l’expression « peuples autochtones du Canada » employée à l’art. 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des autres peuples autochtones. Il serait anormal d’un point de vue constitutionnel que les Métis constituent le seul peuple autochtone à être reconnu et inclus à l’art. 35, tout en étant par ailleurs exclu du champ d’application du par. 91(24).

La jurisprudence permet également de conclure que les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Elle montre que les mariages entre Indiens et non-Indiens et l’ascendance mixte n’empêchent pas l’inclusion d’un groupe dans le champ d’application du par. 91(24). Le caractère distinct d’un groupe qui forme un peuple ayant une identité et une histoire uniques et dont les membres s’identifient comme un groupe distinct des Indiens ne fait pas obstacle à l’inclusion dans le champ d’application du par. 91(24). La question de savoir si des personnes données sont des Indiens non inscrits ou des Métis, et donc des « Indiens » visés au par. 91(24), — ou encore si une collectivité en particulier est formée de telles personnes — est une question de fait qui devra être décidée au cas par cas dans le futur.

Relativement à la question de savoir s’il y a lieu, pour l’application du par. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux trois critères définitoires énoncés dans l’arrêt *Powley*, conformément à la décision de la Cour d’appel fédérale, ou s’il faut plutôt élargir les critères d’appartenance, il n’existe aucune raison logique justifiant de priver présomptivement et arbitrairement certains Métis de la protection qu’offre le pouvoir de légiférer du Parlement sur la base du troisième critère, soit celui requérant leur « acceptation par la collectivité ». Les critères de l’arrêt *Powley* ont été établis spécialement pour l’application de l’art. 35, lequel a pour objet de protéger des droits collectifs historiques. Le paragraphe 91(24) vise pour sa part un objectif constitutionnel très différent.

Les modifications constitutionnelles, les excuses pour les torts du passé, la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération, de même que le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* et le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* indiquent tous qu’une réconciliation avec *l’ensemble* des peuples autochtones du Canada est l’objectif du Parlement.

Les contextes historique, philosophique et linguistique établissent que les « Indiens » visés au par. 91(24) englobent *tous* les peuples autochtones, y compris les Indiens non inscrits et les Métis. Il y a donc lieu d’accorder le premier jugement déclaratoire demandé.

Federal jurisdiction over Métis and non-status Indians does not mean that all provincial legislation pertaining to Métis and non-status Indians is inherently *ultra vires*. As this Court has recognized, courts should favour, where possible, the operation of statutes enacted by both levels of government.

### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; **considered:** *Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104; *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; **referred to:** *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257.

### Statutes and Regulations Cited

*Act further to amend “The Indian Act”*, S.C. 1894, c. 32.  
*Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42.  
*Act to amend the Indian Act*, S.C. 1958, c. 19.  
*Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, ss. 35, 37, 37.1.

Le fait que le gouvernement fédéral ait compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires*. Comme l’a reconnu notre Cour, il importe que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application des lois édictées par les deux ordres de gouvernement.

### Jurisprudence

**Distinction d’avec les arrêts :** *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; **arrêts examinés :** *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104; *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur general)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257.

### Lois et règlements cités

*Acte contenant de nouvelles modifications à l’Acte des Sauvages*, S.C. 1894, c. 32.  
*Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, c. 18.  
*Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’Etat du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44.

*Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1.  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 43.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.  
*Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18.  
*Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8).  
*Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14.

### Authors Cited

Bell, Catherine. “Who Are The Metis People in Section 35(2)?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351.  
 Borrows, John. *Canada’s Indigenous Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 2010.  
 Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.htm>).  
 Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy. *Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper*. August 1980.  
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.  
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.  
 Canada. Truth and Reconciliation Commission. *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*. Winnipeg: The Commission, 2015.  
 Canada. Truth and Reconciliation Commission. *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 3, *Canada’s Residential Schools: The Métis Experience*. Montréal: McGill-Queen’s University Press, 2015.  
 Chartier, Clem. “‘Indian’: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867” (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37.  
 Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences*. Fredericton: New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35, 37, 37.1.  
*Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8).  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1958, c. 19.  
*Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, c. G.1.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 43.  
*Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14.

### Doctrine et autres documents cités

Bell, Catherine. « Who Are The Metis People in Section 35(2)? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351.  
 Borrows, John. *Canada’s Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.  
 Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg, La Commission, 2015.  
 Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 3, *Pensionnats du Canada : L’expérience métisse*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2015.  
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, La Commission, 1996.  
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, La Commission, 1996.  
 Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.htm>).  
 Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy. *Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper*, August 1980.  
 Chartier, Clem. « “Indian” : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 » (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37.  
 Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. *Broken Promises : The Aboriginal Constitutional Conferences*, Fredericton, New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.

Great Britain. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*. London: HMSO, 1858.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

King, Thomas. *The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America*. Toronto: Anchor Canada, 2013.

Lyon, Noel. "Constitutional Issues in Native Law", in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, rev. 1st ed. Ottawa: Carleton University Press, 1989, 408.

Magnet, Joseph Eliot. "Who are the Aboriginal People of Canada?", in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2003, 23.

Stevenson, Mark. "Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis" (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Dawson and Trudel J.J.A.), 2014 FCA 101, [2014] 4 F.C.R. 97, 371 D.L.R. (4th) 725, 457 N.R. 347, [2014] 3 C.N.L.R. 139, 309 C.R.R. (2d) 200, [2014] F.C.J. No. 383 (QL), 2014 CarswellNat 1076 (WL Can.), setting aside in part a decision of Phelan J., 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, 357 D.L.R. (4th) 47, 426 F.T.R. 1, [2013] 2 C.N.L.R. 61, [2013] F.C.J. No. 4 (QL), 2013 CarswellNat 8 (WL Can.). Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed.

*Joseph Eliot Magnet, Andrew K. Lokan and Lindsay Scott*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

*Mark R. Kindrachuk, Q.C., Christopher M. Rupar and Shauna K. Bedingfield*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

*P. Mitch McAdam, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Angela Edgington and Neil Dobson*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Grande-Bretagne. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*, London, HMSO, 1858.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

King, Thomas. *L'Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d'Amérique du Nord*, trad. par Daniel Poliquin, Montréal, Éditions du Boréal, 2014.

Lyon, Noel. « Constitutional Issues in Native Law », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, rev. 1st ed., Ottawa, Carleton University Press, 1989, 408.

Magnet, Joseph Eliot. « Who are the Aboriginal People of Canada? », in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2003, 23.

Stevenson, Mark. « Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis » (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Dawson et Trudel), 2014 CAF 101, [2014] 4 R.C.F. 97, 371 D.L.R. (4th) 725, 457 N.R. 347, [2014] 3 C.N.L.R. 139, 309 C.R.R. (2d) 200, [2014] A.C.F. n° 383 (QL), 2014 CarswellNat 1077 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Phelan, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, 357 D.L.R. (4th) 47, 426 F.T.R. 1, [2013] 2 C.N.L.R. 61, [2013] A.C.F. n° 4 (QL), 2013 CarswellNat 9 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté.

*Joseph Eliot Magnet, Andrew K. Lokan et Lindsay Scott*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

*Mark R. Kindrachuk, c.r., Christopher M. Rupar et Shauna K. Bedingfield*, pour les intimés/appellants au pourvoi incident.

*P. Mitch McAdam, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Angela Edgington et Neil Dobson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Written submissions only by *D. Bruce Clarke, Q.C.*, for the interveners the Native Council of Nova Scotia, the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and the Native Council of Prince Edward Island.

*Garry Appelt and Keltie Lambert*, for the intervener the Metis Settlements General Council.

Written submissions only by *Robert J. M. Janes and Elin R. S. Sigurdson*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

*Christopher G. Devlin, John Gailus and Cynthia Westaway*, for the intervener the Métis Federation of Canada.

*Karey M. Brooks and Claire Truesdale*, for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada.

*Scott Robertson*, for the intervener the Chiefs of Ontario.

*Paul Seaman and Maxime Faille*, for the intervener the Gift Lake Métis Settlement.

*Marc Watters and Lina Beaulieu*, for the intervener the Native Alliance of Quebec.

*Guy Régimbald and Jaimie Lickers*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Jason T. Madden, Clément Chartier, Q.C., Kathy Hodgson-Smith and Marc Leclair*, for the intervener the Métis National Council.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — As the curtain opens wider and wider on the history of Canada's relationship with its Indigenous peoples, inequities are increasingly revealed and remedies urgently sought. Many revelations have resulted in good faith policy and legislative responses, but the list of disadvantages remains robust. This case represents another chapter in the

Argumentation écrite seulement par *D. Bruce Clarke, c.r.*, pour les intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island.

*Garry Appelt et Keltie Lambert*, pour l'intervenant Metis Settlements General Council.

Argumentation écrite seulement par *Robert J. M. Janes et Elin R. S. Sigurdson*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

*Christopher G. Devlin, John Gailus et Cynthia Westaway*, pour l'intervenante la Fédération Métisse du Canada.

*Karey M. Brooks et Claire Truesdale*, pour l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada.

*Scott Robertson*, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

*Paul Seaman et Maxime Faille*, pour l'intervenant Gift Lake Métis Settlement.

*Marc Watters et Lina Beaulieu*, pour l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec.

*Guy Régimbald et Jaimie Lickers*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Jason T. Madden, Clément Chartier, c.r., Kathy Hodgson-Smith et Marc Leclair*, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — À mesure que le rideau continue de se lever sur l'histoire des relations entre le Canada et ses peuples autochtones, de plus en plus d'iniquités se font jour et des réparations sont instamment réclamées. Bon nombre de ces révélations ont donné lieu à des politiques et à des mesures législatives prises de bonne foi, mais la liste

pursuit of reconciliation and redress in that relationship.

### Background

[2] Three declarations were sought by the plaintiffs when this litigation was launched in 1999:

1. That Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24);
2. That the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and
3. That Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

[3] Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* states that

**91.** . . . it is hereby declared that . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated . . .

. . . .

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

[4] The trial judge, Phelan J., made a number of key factual findings in his thoughtful and thorough reasons.<sup>1</sup> As early as 1818, the government used “Indian” as a general term to refer to communities of mixed Aboriginal and European background. The federal government considered Métis to be “Indians” in various treaties and pre-Confederation statutes, and considered Métis to be “Indians” under s. 91(24) in various statutes and policy initiatives spanning from Confederation to modern day. Moreover, the

<sup>1</sup> [2013] 2 F.C.R. 268.

des désavantages pour les peuples autochtones demeure obstinément longue. Le présent pourvoi représente un autre chapitre dans la quête de réconciliation et de réparation à l’égard de ces relations.

### Contexte

[2] Lorsque la présente poursuite a été intentée en 1999, les demandeurs ont sollicité trois jugements déclaratoires portant respectivement :

1. que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24);
2. que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits;
3. que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à ce que le gouvernement fédéral les consulte et négocie avec eux de bonne foi sur une base collective, par l’entremise de représentants de leur choix, relativement à l’ensemble de leurs droits, intérêts et besoins en tant que peuples autochtones.

[3] Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est rédigé en ces termes :

**91.** . . . il est par la présente déclaré que [. . .] l’autorité législative exclusive du parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés . . .

. . . .

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

[4] Le juge de première instance, le juge Phelan, a tiré un certain nombre de conclusions de fait cruciales dans des motifs étoffés et mûrement réfléchis<sup>1</sup>. Déjà en 1818, le gouvernement utilisait le mot « Indien » comme terme générique pour désigner les collectivités d’ascendance mixte autochtone et européenne. En effet, le gouvernement fédéral a considéré les Métis comme des « Indiens » dans divers traités et textes de loi antérieurs à la Confédération, et comme des « Indiens » visés au par. 91(24) dans

<sup>1</sup> [2013] 2 R.C.F. 268.

purpose of s. 91(24) was closely related to the expansionist goals of Confederation. The historical and legislative evidence shows that expanding the country across the West was one of the primary goals of Confederation. Building a national railway was a key component of this plan.

[5] Accordingly, the purposes of s. 91(24) were “to control Native people and communities where necessary to facilitate development of the Dominion; to honour the obligations to Natives that the Dominion inherited from Britain . . . [and] eventually to civilize and assimilate Native people”: para. 353. Since much of the North-Western Territory was occupied by Métis, only a definition of “Indians” in s. 91(24) that included “a broad range of people sharing a Native hereditary base” (para. 566) would give Parliament the necessary authority to pursue its agenda.

[6] His conclusion was that in its historical, philosophical, and linguistic contexts, “Indians” under s. 91(24) is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada, including non-status Indians and Métis.

[7] He found that since neither the federal nor provincial governments acknowledged that they had jurisdiction over Métis and non-status Indians, the declaration would alleviate the constitutional uncertainty and the resulting denial of material benefits. There was therefore practical utility to the first declaration being granted, namely, that Métis and non-status Indians are included in what is meant by “Indians” in s. 91(24). He did not restrict the definition of either group.

[8] He declined, however, to grant the second and third declarations on the grounds that they were vague and redundant. It was already well established in Canadian law that the federal government

diverses lois et politiques depuis la Confédération jusqu’à aujourd’hui. De plus, l’objet du par. 91(24) était étroitement lié aux objectifs d’expansion territoriale de la Confédération. La preuve historique et législative démontre que l’expansion du pays vers l’Ouest était l’un des principaux objectifs de la Confédération. La construction d’un chemin de fer national était une composante essentielle de ce plan.

[5] L’objet du par. 91(24) consistait donc à « exercer, au besoin, un contrôle sur les peuples et les collectivités autochtones, pour faciliter le développement du Dominion », à « honorer les obligations à l’égard des Autochtones que le Dominion avait héritées de la Grande-Bretagne », et, « ultérieurement, [à] civiliser et [à] assimiler les Autochtones » (par. 353). Comme une grande partie des terres du Territoire du Nord-Ouest étaient occupées par les Métis, seule une définition du mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) qui englobait « un grand éventail de gens ayant en commun leur ascendance autochtone » (par. 566) conférerait au Parlement le pouvoir nécessaire pour poursuivre ses objectifs.

[6] Le juge de première instance a estimé que, dans ses contextes historique, philosophique et linguistique, le mot « Indiens » au par. 91(24) est un terme général faisant référence à tous les peuples autochtones canadiens, y compris les Indiens non inscrits et les Métis.

[7] Il a conclu que, comme ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux n’ont reconnu avoir compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits, le premier jugement déclaratoire demandé atténuerait l’incertitude constitutionnelle et le déni d’avantages matériels qui résulte de cette situation. Le fait de rendre ce premier jugement déclaratoire, à savoir que les Métis et les Indiens non inscrits peuvent être considérés comme des « Indiens » visés au par. 91(24), présentait donc une utilité pratique. Il n’a pas restreint la définition de l’un ou l’autre groupe.

[8] Le juge de première instance a toutefois refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés au motif qu’ils seraient vagues et redondants. Il est déjà bien établi en droit canadien

was in a fiduciary relationship with Canada's Aboriginal peoples and that the federal government had a duty to consult and negotiate with them when their rights were engaged. Restating this in declarations would be of no practical utility.

[9] The Federal Court of Appeal accepted the trial judge's findings of fact, including that "Indians" in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally. It therefore upheld the trial judge's decision to grant the first declaration, but narrowed its scope to exclude non-status Indians and include only those Métis who satisfied the three criteria from *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207. While it was of the view that non-status Indians were clearly "Indians", setting this out in a declaration would be redundant and of no practical usefulness. For the same reasons as the trial judge, it declined to grant the second and third declarations.

[10] Before this Court, the appellants sought to restore the first declaration as granted by the trial judge, not as restricted by the Federal Court of Appeal. In addition, they asked that the second and third declarations be granted. The Crown cross-appealed, arguing that none of the declarations should be granted. For the following reasons, I agree generally with the trial judge.

#### Analysis

[11] This Court most recently restated the applicable test for when a declaration should be granted in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44. The party seeking relief must establish that the court has jurisdiction to hear the issue, that the question is real and not theoretical, and that the party raising the issue has a genuine interest in its resolution. A declaration can only be

qu'il existe une relation de nature fiduciaire entre les peuples autochtones du Canada et le gouvernement fédéral, et que ce dernier a le devoir de les consulter et de négocier avec eux lorsque leurs droits sont en jeu. Le réaffirmer dans des jugements déclaratoires n'aurait aucune utilité pratique.

[9] La Cour d'appel fédérale a accepté les conclusions de fait du juge de première instance, et notamment que le terme « Indiens » au par. 91(24) visait tous les peuples autochtones en général. Elle a en conséquence confirmé la décision de ce dernier de rendre le premier jugement déclaratoire, mais elle a restreint la portée de ce jugement afin d'exclure les Indiens non inscrits et d'inclure seulement les Métis qui répondent aux trois critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207. Bien que d'avis que les Indiens non inscrits constituent clairement des « Indiens », la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il serait redondant et dénué d'utilité pratique de le réaffirmer dans un jugement déclaratoire. Pour les mêmes motifs que ceux du juge de première instance, elle a refusé de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés.

[10] Devant notre Cour, les appelants sollicitent le rétablissement du premier jugement déclaratoire tel qu'il a été rendu par le juge de première instance, et non tel qu'il a été restreint par la Cour d'appel fédérale. De plus, ils demandent que soient prononcés les deuxième et troisième jugements déclaratoires. La Couronne a interjeté un pourvoi incident, dans lequel elle fait valoir qu'aucun des jugements déclaratoires ne devrait être accordé. Pour les motifs qui suivent, je partage de façon générale le point de vue du juge de première instance.

#### Analyse

[11] Dans le plus récent des arrêts sur le sujet, *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, notre Cour a reformulé le critère permettant de déterminer si un jugement déclaratoire devrait être rendu. La partie qui demande réparation doit établir que le tribunal a compétence pour entendre le litige, que la question en cause est réelle et non pas simplement théorique et que la partie qui soulève la

granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a “live controversy” between the parties: see also *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

[12] The first disputed issue in this case is whether the declarations would have practical utility. There can be no doubt, in my respectful view, that granting the first declaration meets this threshold. Delineating and assigning constitutional authority between the federal and provincial governments will have enormous practical utility for these two groups who have, until now, found themselves having to rely more on noblesse oblige than on what is obliged by the Constitution.

[13] Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. As the trial judge found, when Métis and non-status Indians have asked the federal government to assume legislative authority over them, it tended to respond that it was precluded from doing so by s. 91(24). And when Métis and non-status Indians turned to provincial governments, they were often refused on the basis that the issue was a federal one.

[14] This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences, as was recognized by Phelan J.:

One of the results of the positions taken by the federal and provincial governments and the “political football — buck passing” practices is that financially [Métis and non-status Indians] have been deprived of significant funding for their affairs. . . .

question a véritablement intérêt à ce qu’elle soit résolue. Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s’il a une utilité pratique, c’est-à-dire s’il règle un « litige actuel » entre les parties (voir également *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

[12] La première question litigieuse en l’espèce consiste à se demander si les jugements déclaratoires demandés auraient une utilité pratique. À mon humble avis, il ne fait aucun doute que le premier jugement sollicité satisfait à ce critère. La délimitation des pouvoirs constitutionnels et leur attribution au gouvernement fédéral ou aux gouvernements provinciaux présenteront une utilité pratique considérable pour ces deux groupes qui, jusqu’à maintenant, ont dû compter davantage sur une forme de « Noblesse oblige » que sur le respect des obligations imposées par la Constitution.

[13] Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tour à tour nié avoir le pouvoir de légiférer à l’égard des Indiens non inscrits et des Métis. Comme l’a conclu le juge de première instance, quand les Métis et les Indiens non inscrits demandent au gouvernement fédéral d’assumer compétence législative à leur égard, celui-ci tend généralement à répondre que le par. 91(24) l’empêche de le faire. Et lorsque ces groupes s’adressent aux gouvernements provinciaux, ces derniers leur opposent souvent un refus au motif que la question relève du champ de compétence fédéral.

[14] Ces collectivités autochtones se retrouvent donc dans une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui, comme l’a reconnu le juge Phelan, a des conséquences défavorables importantes et évidentes :

L’une des conséquences des positions adoptées par le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces, ainsi que des jeux de « ballons politiques » et de « renvoi de balle », était que les [Métis et les Indiens non inscrits] avaient été privés d’une quantité importante d’aide financière pour leurs problèmes. . . .

. . . the political/policy wrangling between the federal and provincial governments has produced a large population of collaterally damaged [Métis and non-status Indians]. They are deprived of programs, services and intangible benefits recognized by all governments as needed. [paras. 107-8]

See also *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, at para. 70.

[15] With federal and provincial governments refusing to acknowledge jurisdiction over them, Métis and non-status Indians have no one to hold accountable for an inadequate status quo. The Crown's argument, however, was that since a finding of jurisdiction under s. 91(24) does not create a duty to legislate, it is inappropriate to answer a jurisdictional question in a legislative vacuum. It is true that finding Métis and non-status Indians to be "Indians" under s. 91(24) does not create a duty to legislate, but it has the undeniably salutary benefit of ending a jurisdictional tug-of-war in which these groups were left wondering about where to turn for policy redress. The existence of a legislative vacuum is self-evidently a reflection of the fact that neither level of government has acknowledged constitutional responsibility. A declaration would guarantee both certainty and accountability, thereby easily reaching the required jurisprudential threshold of offering the tangible practical utility of the resolution of a long-standing jurisdictional dispute.

[16] We are left then to determine whether Métis and non-status Indians are in fact included in the scope of s. 91(24).

[17] There is no consensus on who is considered Métis or a non-status Indian, nor need there be. Cultural and ethnic labels do not lend themselves to neat boundaries. 'Métis' can refer to the historic Métis community in Manitoba's Red River Settlement or it can be used as a general term for anyone with mixed

. . . les querelles politiques et de principes entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont causé des dommages collatéraux à un grand nombre de [Métis et d'Indiens non inscrits]. Ces derniers sont privés de programmes, de services et d'avantages non tangibles que tous les gouvernements reconnaissent comme étant nécessaires. [par. 107-108]

Voir aussi *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 70.

[15] Les gouvernements fédéral et provinciaux refusant tous deux de reconnaître compétence à leur égard, les Métis et les Indiens non inscrits n'ont personne qu'ils peuvent tenir responsable de ce statu quo inopportun. La Couronne prétend toutefois que, comme le fait de conclure qu'elle a compétence en vertu du par. 91(24) ne créerait aucune obligation de légiférer, il n'y a pas lieu de répondre à la question de la compétence dans un contexte de vide législatif. Il est vrai que le fait de conclure que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) ne crée aucune obligation de légiférer, mais une telle conclusion a pour effet bénéfique indéniable de mettre fin au bras de fer que se livrent les gouvernements fédéral et provinciaux sur la question de la compétence législative, où ces groupes en sont réduits à se demander vers qui se tourner pour obtenir une réparation gouvernementale. L'existence d'un vide législatif reflète manifestement le fait qu'aucun ordre de gouvernement n'a reconnu sa responsabilité sur le plan constitutionnel. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois la certitude et la responsabilité à cet égard, et satisferait ainsi facilement au seuil jurisprudentiel applicable, soit le fait de présenter l'utilité pratique tangible de régler un conflit de compétence de longue date.

[16] Il nous reste donc à déterminer si les Métis et les Indiens non inscrits sont effectivement inclus dans le champ d'application du par. 91(24).

[17] Il n'existe aucun consensus sur la question de savoir qui est considéré comme un Métis ou un Indien non inscrit, et un tel consensus n'est d'ailleurs pas nécessaire. Les étiquettes culturelles et ethniques ne permettent pas d'établir des limites définies. Le mot « Métis » peut renvoyer à la collectivité métisse

European and Aboriginal heritage. Some mixed-ancestry communities identify as Métis, others as Indian:

There is no one exclusive Metis People in Canada, anymore than there is no one exclusive Indian people in Canada. The Metis of eastern Canada and northern Canada are as distinct from Red River Metis as any two peoples can be. . . . As early as 1650, a distinct Metis community developed in LeHeve [*sic*], Nova Scotia, separate from Acadians and Micmac Indians. All Metis are aboriginal people. All have Indian ancestry.

(R. E. Gaffney, G. P. Gould and A. J. Semple, *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences* (1984), at p. 62, quoted in Catherine Bell, “Who Are The Metis People in Section 35(2)?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351, at p. 356.)

[18] The definitional contours of ‘non-status Indian’ are also imprecise. Status Indians are those who are recognized by the federal government as registered under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Non-status Indians, on the other hand, can refer to Indians who no longer have status under the *Indian Act*, or to members of mixed communities who have never been recognized as Indians by the federal government. Some closely identify with their Indian heritage, while others feel that the term Métis is more reflective of their mixed origins.

[19] These definitional ambiguities do not preclude a determination into whether the two groups, however they are defined, are within the scope of s. 91(24). I agree with the trial judge and Federal Court of Appeal that the historical, philosophical, and linguistic contexts establish that “Indians” in s. 91(24) includes *all* Aboriginal peoples, including non-status Indians and Métis.

historique de la colonie de la rivière Rouge au Manitoba, ou encore être utilisé comme terme générique pour désigner quiconque possède des origines mixtes européennes et autochtones. Certaines collectivités d’ascendance mixte se considèrent comme des Métis, d’autres comme des Indiens :

[TRADUCTION] Il n’y a pas qu’un seul peuple métis au Canada, pas plus qu’il n’y a qu’un seul peuple indien au Canada. Les Métis de l’est et du nord du Canada sont aussi distincts des Métis de la rivière Rouge que deux peuples, quels qu’ils soient, peuvent l’être. [ . . . ] Dès 1650, une collectivité métisse distincte s’est constituée à LeHeve [*sic*], en Nouvelle-Écosse, laquelle se distingue des Acadiens et des Indiens micmacs. Tous les Métis sont des Autochtones. Ils possèdent tous des origines indiennes.

(R. E. Gaffney, G. P. Gould et A. J. Semple, *Broken Promises : The Aboriginal Constitutional Conferences* (1984), p. 62, cité dans Catherine Bell, « Who Are The Metis People in Section 35(2)? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351, p. 356.)

[18] Les contours de la définition du terme « Indien non inscrit » sont également imprécis. Les Indiens inscrits sont ceux que le gouvernement fédéral reconnaît comme étant inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5. En revanche, les Indiens non inscrits peuvent désigner soit les Indiens qui n’ont plus le statut d’Indiens visés par la *Loi sur les Indiens*, soit les membres de collectivités d’ascendance mixte que le gouvernement fédéral n’a jamais reconnus comme Indiens. Certaines personnes s’identifient étroitement à leurs origines indiennes, alors que d’autres estiment que le mot Métis reflète davantage leurs origines mixtes.

[19] Ces ambiguïtés d’ordre définitionnel n’empêchent pas de décider si les deux groupes, peu importe la façon dont on les définit, sont visés par le par. 91(24). À l’instar du juge de première instance et de la Cour d’appel fédérale, je suis d’avis que les contextes historique, philosophique et linguistique établissent que les « Indiens » visés au par. 91(24) englobent *tous* les peuples autochtones, y compris les Indiens non inscrits et les Métis.

[20] To begin, it is unnecessary to explore the question of non-status Indians in a full and separate analysis because the Crown conceded in oral argument, properly in my view, that they are recognized as “Indians” under s. 91(24), a concession that reflects the fact that the federal government has used its authority under s. 91(24) in the past to legislate over non-status Indians as “Indians”.<sup>2</sup> While a concession is not necessarily determinative, it does not, on the other hand, make the granting of a declaration redundant, as the Crown suggests. Non-status Indians have been a part of this litigation since it started in 1999. Earlier in these proceedings, the Crown took the position that non-status Indians did *not* fall within federal jurisdiction under s. 91(24). As the intervener Aseniwuche Winewak Nation of Canada submitted in oral argument, excluding non-status Indians from the first declaration would send them “[b]ack to the drawing board”. To avoid uncertainty in the future, therefore, there is demonstrable utility in a declaration that confirms their inclusion.

[21] We are left then to consider primarily whether the Métis are included.

[22] The prevailing view is that Métis are “Indians” under s. 91(24). Prof. Hogg, for example, sees the word “Indians” under s. 91(24) as having a wide compass, likely including the Métis:

The Métis people, who originated in the west from intermarriage between French Canadian men and Indian women during the fur trade period, received “half-breed” land grants in lieu of any right to live on reserves, and

<sup>2</sup> When Newfoundland and Labrador joined Confederation in 1949, for example, they brought with them many Aboriginal peoples who were obviously not — and had never been — registered under the federal *Indian Act* and were therefore non-status Indians. The federal government nonetheless assumed jurisdiction over them and many were incorporated into the *Indian Act* in 1984 and 2008.

[20] Tout d’abord, la situation des Indiens non inscrits ne requiert pas une analyse complète et distincte, car la Couronne a concédé à l’audience — à juste titre selon moi — que ceux-ci sont reconnus comme des « Indiens » visés au par. 91(24), une concession qui reflète le fait que le gouvernement fédéral a, dans le passé, exercé les pouvoirs que lui confère le par. 91(24) pour légiférer sur les Indiens non inscrits comme s’ils étaient des « Indiens »<sup>2</sup>. Bien qu’une telle concession ne soit pas nécessairement déterminante, elle n’a pas pour effet de rendre un jugement déclaratoire redondant, contrairement à ce que soutient la Couronne. Les Indiens non inscrits sont parties au présent litige depuis qu’il a été intenté en 1999. Plus tôt dans l’instance, la Couronne a prétendu que ceux-ci *ne* relevaient *pas* de la compétence fédérale suivant le par. 91(24). Comme l’intervenante l’Aseniwuche Winewak Nation of Canada l’a fait valoir dans sa plaidoirie, le fait d’exclure les Indiens non inscrits du premier jugement déclaratoire aurait pour effet de les ramener [TRADUCTION] « [à] la case départ ». Pour éviter toute incertitude dans le futur, le fait de rendre un jugement déclaratoire confirmant leur inclusion dans le champ d’application du mot « Indiens » présente donc une utilité démontrable.

[21] Il nous reste donc essentiellement à nous demander si les Métis sont eux aussi inclus.

[22] Selon le point de vue dominant, les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Le professeur Hogg, par exemple, estime que le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) a une portée très englobante, qui inclut vraisemblablement les Métis :

[TRADUCTION] Les Métis, personnes nées dans l’Ouest de mariages entre des hommes canadiens-français et des femmes indiennes à l’époque du commerce des fourrures, ont reçu des concessions de terres de « Sang-Mêlés »,

<sup>2</sup> À titre d’exemple, en se joignant à la Confédération en 1949, la province de Terre-Neuve-et-Labrador a fait entrer avec elle bon nombre de peuples autochtones qui n’étaient évidemment pas — et n’avaient jamais été — inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens* fédérale, et constituaient par conséquent des Indiens non inscrits. Le gouvernement fédéral a néanmoins assumé compétence à leur égard et bon nombre d’entre eux ont été intégrés dans la *Loi sur les Indiens* en 1984 et en 2008.

were accordingly excluded from the charter group from whom Indian status devolved. However, they are probably “Indians” within the meaning of s. 91(24).

(Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 28-4)

See also Joseph Eliot Magnet, “Who are the Aboriginal People of Canada?”, in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation* (2003), 23, at p. 44; Clem Chartier, “‘Indian’: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867” (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37; Mark Stevenson, “Section 91(24) and Canada’s Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis” (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237; Noel Lyon, “Constitutional Issues in Native Law”, in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (rev. 1st ed. 1989), 408, at p. 430.

[23] In fact, “Indians” has long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis. The term was created by European settlers and applied to Canada’s Aboriginal peoples without making any distinction between them. As author Thomas King explains in *The Inconvenient Indian*:<sup>3</sup>

No one really believed that there was only one Indian. No one ever said there was only one Indian. But as North America began to experiment with its “Indian programs,” it did so with a “one size fits all” mindset. Rather than see tribes as an arrangement of separate nation states in the style of the Old World, North America imagined that Indians were basically the same. [p. 83]

[24] Before and after Confederation, the government frequently classified Aboriginal peoples with mixed European and Aboriginal heritage as Indians. Métis were considered “Indians” for pre-Confederation treaties such as the Robinson Treaties

<sup>3</sup> *The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America* (2013), winner of the 2014 RBC Taylor Prize.

au lieu du droit de vivre dans des réserves, et ils ont par conséquent été exclus du groupe duquel découlait le statut d’Indien. Cependant, ils sont probablement des Indiens visés au par. 91(24).

(Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 28-4)

Voir également Joseph Eliot Magnet, « Who are the Aboriginal People of Canada? », dans Dwight A. Dorey et Joseph Eliot Magnet, dir., *Aboriginal Rights Litigation* (2003), 23, p. 44; Clem Chartier, « “Indian” : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 » (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37; Mark Stevenson, « Section 91(24) and Canada’s Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis » (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237; Noel Lyon, « Constitutional Issues in Native Law », dans Bradford W. Morse, dir., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (1<sup>re</sup> éd. rév. 1989), 408, p. 430.

[23] En fait, le mot « Indiens » a longtemps été utilisé comme terme générique désignant tous les peuples autochtones, y compris les collectivités d’ascendance mixte comme les Métis. Le terme a été créé par les colons européens et appliqué aux peuples autochtones du Canada sans qu’aucune distinction ne soit faite entre eux. Comme l’explique l’auteur Thomas King dans *L’Indien malcommode*<sup>3</sup> :

Personne ne pensait vraiment qu’il n’existait qu’un seul Indien. Personne n’a jamais dit qu’il n’y avait qu’un seul Indien. Mais dès que l’Amérique du Nord s’est mise à échafauder ses « programmes indiens », elle a procédé dans un esprit de standardisation. Au lieu de voir les tribus comme des États-nations distincts comme on en trouvait dans le Vieux Monde, l’Amérique du Nord s’est imaginé que les Indiens étaient essentiellement tous pareils. [p. 101]

[24] Avant et après la Confédération, le gouvernement a fréquemment qualifié d’Indiens les peuples autochtones ayant des origines mixtes européennes et autochtones. Les Métis ont été considérés comme des « Indiens » dans des traités antérieurs

<sup>3</sup> *L’Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d’Amérique du Nord*, qui a valu à son auteur le prix Taylor RBC 2014 (traduit de l’anglais par Daniel Poliquin (2014)).

of 1850. Many post-Confederation statutes considered Métis to be “Indians”, including the 1868 statute entitled *An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42.

[25] Historically, the purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation also indicates that since 1867, “Indians” meant all Aboriginal peoples, including Métis. The trial judge found that expanding British North America across Rupert’s Land and the North-West Territories was a major goal of Confederation and that building a national railway was a key component of this plan. At the time, that land was occupied by a large and diverse Aboriginal population, including many Métis. A good relationship with all Aboriginal groups was required to realize the goal of building “the railway and other measures which the federal government would have to take.” With jurisdiction over Aboriginal peoples, the new federal government could “protect the railway from attack” and ensure that they did not resist settlement or interfere with construction of the railway. Only by having authority over *all* Aboriginal peoples could the westward expansion of the Dominion be facilitated.

[26] The work of Prof. John Borrows supports this theory:

The Métis Nation was . . . crucial in ushering western and northern Canada into Confederation and in increasing the wealth of the Canadian nation by opening up the prairies to agriculture and settlement. These developments could not have occurred without Métis intercession and legal presence.

(*Canada’s Indigenous Constitution* (2010), at pp. 87-88)

à la Confédération, comme les traités Robinson de 1850. Ils l’ont été aussi dans bon nombre de lois postérieures à la Confédération, dont celle de 1868 intitulée *l’Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42.

[25] Historiquement, considéré dans la perspective des objectifs plus généraux de la Confédération, l’objet du par. 91(24) indique également que, depuis 1867, le mot « Indiens » s’entend de tous les peuples autochtones, y compris les Métis. Le juge de première instance a conclu que l’expansion de l’Amérique du Nord britannique pour inclure la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest était l’un des principaux objectifs de la Confédération, et que la construction d’un chemin de fer national constituait un élément clef de ce plan. À l’époque, ces territoires étaient occupés par une population autochtone vaste et diversifiée, qui comptait beaucoup de Métis. Il fallait entretenir de bonnes relations avec l’ensemble des groupes autochtones pour réaliser l’objectif relatif à la construction « du chemin de fer et [aux] autres mesures que le gouvernement fédéral devrait prendre ». En ayant compétence sur les peuples autochtones, le gouvernement du nouvel État fédéral pourrait « protége[r] le chemin de fer contre les attaques », et s’assurer que ces peuples ne résistent pas à la colonisation et n’entravent pas la construction du chemin de fer. Ce n’est qu’en ayant compétence à l’égard de *tous* les peuples autochtones que le Dominion pourrait faciliter son expansion vers l’ouest.

[26] Les écrits du professeur John Borrows appuient cette théorie :

[TRADUCTION] La nation métisse a [. . .] joué un rôle crucial dans l’entrée de l’ouest et du nord du Canada dans la Confédération et dans l’accroissement de la richesse de la nation canadienne par l’ouverture des Prairies à l’agriculture et à la colonisation. Ces avancées n’auraient pas pu être accomplies sans l’intervention et la présence juridique des Métis.

(*Canada’s Indigenous Constitution* (2010), p. 87-88)

In his view, it would have been impossible for Canada to accomplish its expansionist agenda if “Indians” under s. 91(24) did not include Métis. The threat they posed to Canada’s expansion was real. On many occasions Métis “blocked surveyors from doing their work” and “prevented Canada’s expansion into the region” when they were unhappy with the Canadian government: *Borrows*, at p. 88.

[27] In fact, contrary to its position in this case, the federal government has at times assumed that it could legislate over Métis as “Indians”. The 1876 *Indian Act*<sup>4</sup> banned the sale of intoxicating liquor to “Indians”. In 1893 the North-West Mounted Police wrote to the federal government, expressing their difficulty in distinguishing between “Half-breeds and Indians in prosecutions for giving liquor to the latter”. To clarify this issue, the federal government amended the *Indian Act*<sup>5</sup> in 1894 to broaden the ban on the sale of intoxicating liquor to Indians or any person “who follows the Indian mode of life”, which included Métis.

[28] In October 1899, Indian Affairs Minister Clifford Sifton wrote a memorandum that would become the basis of the federal government’s policy regarding Métis and Indian Residential Schools for decades. He wrote that “I am decidedly of the opinion that all children, even those of mixed blood . . . should be eligible for admission to the schools”: *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 3, *The Métis Experience* (2015), at p. 16. This policy was applied haphazardly. Provincial public school systems were reluctant to admit Métis students, as the provinces saw them as a federal responsibility: p. 26. Many Métis attended Residential Schools because they were the only educational option open to them.

<sup>4</sup> *The Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18.

<sup>5</sup> *An Act further to amend “The Indian Act”*, S.C. 1894, c. 32.

À son avis, il aurait été impossible pour le Canada de réaliser son projet expansionniste si les « Indiens » visés au par. 91(24) n’avaient pas inclus les Métis. La menace qu’ils représentaient pour l’expansion du Canada était réelle. À de nombreuses reprises, les Métis [TRADUCTION] « ont empêché les arpenteurs d’effectuer leur travail » et « ont contré l’expansion du Canada dans leur région » lorsqu’ils étaient insatisfaits du gouvernement canadien (*Borrows*, p. 88).

[27] En fait, contrairement à ce qu’il soutient en l’espèce, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu’il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu’« Indiens ». L’*Acte des Sauvages* de 1876<sup>4</sup> interdisait la vente de boissons enivrantes aux « Indiens ». En 1893, la Police à cheval du Nord-Ouest a écrit au gouvernement fédéral pour lui faire part de sa difficulté à distinguer [TRADUCTION] « les Sang-Mêlés des Indiens dans les poursuites intentées pour avoir offert de l’alcool à ces derniers ». Pour clarifier cette question, le gouvernement fédéral a modifié l’*Acte des Sauvages*<sup>5</sup> en 1894 en vue d’élargir la portée de l’interdiction de vendre des boissons enivrantes à toute personne « qui vit à la façon des Sauvages », ce qui comprenait les Métis.

[28] En octobre 1899, le ministre des Affaires indiennes, Clifford Sifton, a rédigé une note de service qui allait devenir le fondement de la politique du gouvernement fédéral à l’égard des Métis et des pensionnats indiens pendant des décennies. Il a écrit ce qui suit : « . . . je suis décidément d’avis que tous les enfants, même ceux d’ascendance mixte [. . .] devraient pouvoir être admis dans les écoles » (*Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 3, *L’expérience métisse* (2015), p. 18). Cette politique n’a pas été appliquée de façon systématique. Les provinces étaient réticentes à admettre des élèves métis dans leur système scolaire public, car elles considéraient ceux-ci comme une responsabilité fédérale (p. 28). De nombreux Métis ont fréquenté les pensionnats, parce qu’il s’agissait des seuls endroits où ils pouvaient se faire instruire.

<sup>4</sup> *Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, c. 18.

<sup>5</sup> *Acte contenant de nouvelles modifications à l’Acte des Sauvages*, S.C. 1894, c. 32.

[29] In some cases, the federal government directly financed these projects. In the 1890s, the federal government provided funding for a reserve and industrial school at Saint-Paul-des-Métis in Alberta, run by Oblate missionaries: *The Final Report of the Truth and Reconciliation in Canada*, vol. 3, at p. 16. The reserve consisted of two townships, owned by the Crown, and included a school for teaching trades to the Métis. As long as the project lasted, it functioned equivalently to similar reserves for Indian peoples.

[30] Many Métis were also sent to Indian Residential Schools, another exercise of federal authority over “Indians”, as *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* documents. According to the Report, “[t]he central goal of the Canadian residential school system was to ‘Christianize’ and ‘civilize’ Aboriginal people . . . . In the government’s vision, there was no place for the Métis Nation”: vol. 3, at p. 3. The Report notes that

[t]he existing records make it impossible to say how many Métis children attended residential school. But they did attend almost every residential school discussed in this report at some point. They would have undergone the same experiences — the high death rates, limited diets, crowded and unsanitary housing, harsh discipline, heavy workloads, neglect, and abuse . . . . [p. 4]

The federal government has since acknowledged and apologized for wrongs such as Indian Residential Schools.

[31] Moreover, throughout the early twentieth century, many Métis whose ancestors had taken scrip continued to live on Indian reserves and to participate in Indian treaties. In 1944, a Commission of Inquiry in Alberta was launched to investigate this issue, headed by Justice William Macdonald. He concluded that the federal government had the constitutional authority to allow these Métis to participate in treaties and recommended that the federal

[29] Dans certains cas, le gouvernement fédéral a financé directement ces projets. Dans les années 1890, le gouvernement fédéral a financé une réserve et une école de métiers de Saint-Paul-des-Métis en Alberta, école dirigée par des missionnaires oblates (*Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation*, vol. 3, p. 18-19). La réserve consistait en deux cantons appartenant à la Couronne et comprenait une école où on enseignait divers métiers aux Métis. Pendant toute la durée du projet, le fonctionnement de la réserve était similaire à celui des réserves analogues établies pour les peuples indiens.

[30] Bon nombre de Métis ont également été envoyés dans des pensionnats indiens, une autre manifestation de l’exercice par le fédéral de sa compétence sur les « Indiens », comme le constate le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*. Selon ce rapport, « [l]e principal objectif du système des pensionnats canadiens était de “christianiser” et de “civiliser” le peuple autochtone [. . .] Du point de vue du gouvernement, il n’y a alors aucune place pour la nation métisse » (vol. 3, p. 3). On peut lire ce qui suit dans le rapport :

Les dossiers actuels ne permettent pas de dire combien d’enfants métis ont fréquenté un pensionnat. Mais, ils ont fréquenté presque chaque pensionnat mentionné dans le présent rapport, à un certain moment, où ils auraient partagé ces expériences — taux de mortalité élevé, déficience alimentaire, logement insalubre et surpeuplé, discipline sévère, lourdes charges de travail, négligence et violence . . . [p. 5]

Le gouvernement fédéral a depuis reconnu ses torts et présenté ses excuses pour ceux-ci, par exemple en ce qui concerne les pensionnats indiens.

[31] De plus, pendant tout le début du vingtième siècle, de nombreux Métis dont les ancêtres avaient accepté un certificat de concession foncière ont continué à vivre dans des réserves indiennes et à participer aux traités indiens. En 1944, une commission d’enquête présidée par le juge William Macdonald a été mise sur pied en Alberta pour se pencher sur cette question. Le juge Macdonald a conclu que le gouvernement fédéral avait, en vertu

government take steps to clarify the status of these Métis with respect to treaties and reserves: *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (online).

[32] Justice Macdonald noted that the federal government had been willing to recognize Métis as Indians whenever it was convenient to do so:

It would appear that whenever it became necessary or expedient to extinguish Indian rights in any specific territory, the fact that Halfbreeds also had rights by virtue of their Indian blood was invariably recognized. . . .

. . . mixed blood did not necessarily establish white status, nor did it bar an individual from admission into treaty. The welfare of the individual and his own desires in the matter were given due weight, no cast-iron rule was adopted. [pp. 557-58]

In 1958, the federal government amended the *Indian Act*,<sup>6</sup> enacting Justice Macdonald's recommendation that Métis who had been allotted scrip but were already registered as Indians (and their descendants), remain registered under the *Indian Act*, thereby clarifying their status with respect to treaties and reserves. In so legislating, the federal government appeared to assume that it had authority over Métis under s. 91(24).

[33] Not only has the federal government legislated over Métis as "Indians", but it appears to have done so in the belief it was acting within its constitutional authority. In 1980, the Department of Indian Affairs and Northern Development wrote a document for Cabinet entitled *Natives and the Constitution*. This document clearly expressed the federal

<sup>6</sup> *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1958, c. 19.

de la Constitution, le pouvoir de permettre à ces Métis de participer aux traités et il a recommandé que celui-ci prenne des mesures pour préciser leur statut en ce qui concerne les traités et les réserves (*Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, 7 août 1944 (en ligne)).

[32] Le juge Macdonald a indiqué que le gouvernement fédéral s'était montré disposé à reconnaître les Métis en tant qu'Indiens chaque fois qu'il était avantageux pour lui de le faire :

[TRADUCTION] Il semble que, chaque fois qu'il est devenu nécessaire ou opportun d'éteindre des droits indiens sur un territoire précis, le fait que les Sang-Mêlés avaient aussi des droits en vertu de leur sang indien a toujours été reconnu. . . .

. . . l'ascendance mixte n'établissait pas forcément le statut de Blanc, pas plus qu'elle n'empêchait une personne d'être admise dans un traité. Le bien-être de la personne et ses propres désirs à cet égard ont été dûment pris en considération; aucune règle rigide n'a été adoptée. [p. 557-558]

En 1958, le gouvernement fédéral a modifié la *Loi sur les Indiens*<sup>6</sup> et adopté la recommandation du juge Macdonald proposant que les Métis auxquels un certificat de concession foncière avait été attribué, mais qui étaient déjà inscrits comme Indiens (ainsi que leurs descendants), demeurent inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, mesure qui clarifiait leur statut relativement aux traités et aux réserves. En légiférant ainsi, le gouvernement fédéral semble avoir considéré qu'il avait compétence sur les Métis en vertu du par. 91(24).

[33] Non seulement le gouvernement fédéral a-t-il légiféré à l'égard des Métis comme s'ils étaient des « Indiens », mais il semble l'avoir fait en étant convaincu qu'il agissait conformément à son pouvoir constitutionnel. En 1980, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a rédigé à l'intention du Cabinet un document intitulé *Natives*

<sup>6</sup> *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1958, c. 19.

government's confidence that it had constitutional authority to legislate over Métis under s. 91(24):

Métis people . . . are presently in the same legal position as other Indians who signed land cession treaties. Those Métis who have received scrip or lands are excluded from the provisions of the *Indian Act*, but are still "Indians" within the meaning of the *BNA Act*. . . .

Should a person possess "sufficient" racial and social characteristics to be considered a "native person", that individual will be regarded as an "Indian" . . . within the legislative jurisdiction of the federal government, regardless of the fact that he or she may be excluded from the coverage of the *Indian Act*. [p. 43]

[34] Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), it is worth noting that s. 35<sup>7</sup> of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court recently explained that the "grand purpose" of s. 35 is "[t]he reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship": *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10. And in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, this Court noted that ss. 35 and 91(24) should be read together: p. 1109, cited in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 69.

[35] The term "Indian" or "Indians" in the constitutional context, therefore, has two meanings: a broad meaning, as used in s. 91(24), that includes

<sup>7</sup> 35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

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

and the *Constitution*. Ce document montre clairement que le gouvernement fédéral était convaincu qu'il avait le pouvoir constitutionnel de légiférer à l'égard des Métis en vertu du par. 91(24) :

[TRADUCTION] Les Métis [. . .] sont actuellement dans la même situation juridique que les autres Indiens ayant signé des traités de cession de terres. Les Métis qui ont reçu des terres ou un certificat de concession foncière sont exclus du champ d'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais demeurent toujours des « Indiens » visés par l'*AANB*. . . .

Si une personne possède des caractéristiques raciales et sociales « suffisantes » pour être considérée comme une « personne autochtone », elle sera considérée comme un « Indien » [. . .] relevant de la compétence législative du gouvernement fédéral, sans égard au fait qu'elle puisse être exclue du champ d'application de la *Loi sur les Indiens*. [p. 43]

[34] De plus, bien que l'art. 35<sup>7</sup> de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne définisse pas la portée du par. 91(24), il convient de noter qu'il énonce que les Indiens, les Inuit et les Métis sont des peuples autochtones pour l'application de la Constitution. Notre Cour a récemment expliqué que « [l]a réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel » constitue « le noble objectif » de l'art. 35 (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10). En outre, dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour a souligné que l'art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement (p. 1109, cité dans *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 69).

[35] Le terme « Indien » ou « Indiens » a donc deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au par. 91(24), qui inclut tant les Métis

<sup>7</sup> 35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

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

both Métis and Inuit and can be equated with the term “aboriginal peoples of Canada” used in s. 35, and a narrower meaning that distinguishes Indian bands from other Aboriginal peoples. As will be noted later in these reasons, this Court in *Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104 (“*Re Eskimo*”), held that s. 91(24) includes the Inuit. Since the federal government concedes that s. 91(24) includes non-status Indians, it would be constitutionally anomalous, as the Crown also conceded, for the Métis to be the only Aboriginal people to be recognized and included in s. 35 yet excluded from the constitutional scope of s. 91(24).

[36] The *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, released in 1996, stressed the importance of rebuilding the Crown’s relationship with Aboriginal peoples in Canada, including the Métis: see vol. 3, *Gathering Strength*. The Report called on the federal government to “recognize that Métis people . . . are included in the federal responsibilities set out in section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*”: vol. 2, *Restructuring the Relationship*, at p. 66. The importance of this reconstruction was also recognized in the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada: *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (2015), at p. 183; see also *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 1, and *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 12.

[37] The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with all of Canada’s Aboriginal peoples is Parliament’s goal.

que les Inuit et que l’on peut assimiler à celui de l’expression « peuples autochtones du Canada » employée à l’art. 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des autres peuples autochtones. Comme nous le verrons plus loin, dans l’arrêt *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104 (« *Renvoi sur les Esquimaux* »), la Cour a conclu que le par. 91(24) vise les Inuit. Puisque le gouvernement fédéral concède que cette disposition vise les Indiens non inscrits, il serait, comme l’a également concédé la Couronne, anormal d’un point de vue constitutionnel que les Métis constituent le seul peuple autochtone à être reconnu et inclus à l’art. 35, tout en étant par ailleurs exclu du champ d’application du par. 91(24).

[36] Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, publié en 1996, souligne l’importance de reconstruire la relation de la Couronne avec les peuples autochtones du Canada, notamment avec les Métis (voir le vol. 3, *Vers un ressourcement*). Le rapport incite le gouvernement fédéral à « reconnaître que les Métis [. . .] sont compris dans la sphère de compétence fédérale aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (vol. 2, *Une relation à redéfinir*, p. 74). Le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada reconnaît aussi l’importance de cette reconstruction (*Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (2015), p. 193; voir aussi *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1, et *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 12).

[37] Les modifications constitutionnelles, les excuses pour les torts du passé, la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération, le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* ainsi que le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* indiquent tous qu’une réconciliation avec l’ensemble des peuples autochtones du Canada est l’objectif du Parlement.

[38] The jurisprudence also supports the conclusion that Métis are “Indians” under s. 91(24). There is no case directly on point, but by identifying which groups have already been recognized as “Indians” under this head of power and by establishing principles governing who can be considered “Indians”, the existing cases provide guidance.

[39] In *Re Eskimo*, this Court had to determine whether the Inuit were “Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Relying on historical evidence to determine the meaning of “Indians” in 1867, the Court drew heavily from the 1858 *Report from the Select Committee on the Hudson’s Bay Company*. Acting on behalf of the federal government, the Hudson’s Bay Company had conducted a survey of Rupert’s Land and the North-Western Territories in which the Inuit were classified as Indians. The Court found that while the Inuit had their own language, culture, and identities separate from that of the “Indian tribes” in other parts of the country, they were “Indians” under s. 91(24) on the basis of this survey. It follows from this case that a unique culture and history, and self-identification as a distinct group, are not bars to being included as “Indians” under s. 91(24).

[40] In *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, this Court traced the outer limits of the “Indian” power under s. 91(24). An Indian couple lived on a reserve most of the year except for a few weeks each summer during which they lived off the reserve and the husband worked on a farm. The husband died during one of the weeks he was away from the reserve. This resulted in the superintendent in charge of the Indian district (which included their reserve) being appointed as administrator of his estate, pursuant to s. 43 of the *Indian Act*.<sup>8</sup> His wife challenged s. 43 on the grounds that it violated the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44. While the Court held that s. 43 of the *Indian Act* did not violate the *Bill of Rights*,

<sup>8</sup> R.S.C. 1970, c. I-6.

[38] La jurisprudence permet également de conclure que les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Aucune décision ne porte exactement sur cette question, mais la jurisprudence existante donne des indications à cet égard en précisant quels groupes ont déjà été reconnus en tant qu’« Indiens » au regard de ce chef de compétence, et en établissant les principes qui permettent de déterminer quelles personnes peuvent être considérées comme des « Indiens ».

[39] Dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, la Cour devait déterminer si les Inuit étaient des « Indiens » visés au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Se fondant sur la preuve historique pour déterminer le sens du terme « Indiens » en 1867, la Cour s’est largement inspirée du *Report from the Select Committee on the Hudson’s Bay Company* de 1858. Agissant au nom du gouvernement fédéral, la Compagnie de la Baie d’Hudson avait procédé à l’arpentage de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest, où les Inuit étaient considérés comme des Indiens. La Cour a conclu que, même si les Inuit avaient une langue, une culture et une identité propres, distinctes de celles des « tribus indiennes » d’autres régions du pays, ils étaient des « Indiens » visés au par. 91(24) sur la base de ces travaux. Il ressort de cette affaire que le fait pour les membres d’un groupe d’avoir une culture et une histoire uniques et de s’identifier comme un groupe distinct ne s’oppose pas à leur inclusion en tant qu’« Indiens » visés au par. 91(24).

[40] Dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, notre Cour a tracé les limites de la compétence à l’égard des « Indiens » prévue au par. 91(24). Dans cette affaire, un couple indien habitait dans une réserve durant la majeure partie de l’année, sauf pendant quelques semaines chaque été, au cours desquelles les conjoints vivaient à l’extérieur de la réserve et l’époux travaillait dans une exploitation agricole. Celui-ci est décédé au cours d’une des semaines où il était absent de la réserve. Par suite du décès, le surintendant responsable du district indien (dont faisait partie la réserve) a été nommé administrateur de sa succession conformément à l’art. 43 de la *Loi sur les Indiens*.<sup>8</sup> L’épouse a contesté l’art. 43 au motif

<sup>8</sup> S.R.C. 1970, c. I-6.

Beetz J. concluded that in determining who are “Indians” under s. 91(24), “it would not appear unreasonable to count marriage and filiation and, unavoidably, intermarriages”: p. 207.

[41] These two cases left jurisprudential imprints that assist in deciding whether Métis are part of what is included in s. 91(24). As stated above, *Canard* shows that intermarriage and mixed-ancestry do not preclude groups from inclusion under s. 91(24). And *Re Eskimo* establishes that the fact that a group is a distinct people with a unique identity and history whose members self-identify as separate from Indians, is not a bar to inclusion within s. 91(24).

[42] There is no doubt that the Métis are a distinct people. Their distinctiveness was recognized in two recent cases from this Court — *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670, and *Manitoba Metis Federation*. The issue in *Cunningham* was whether Alberta’s *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by terminating the membership of Métis who voluntarily registered as Indians under the *Indian Act*. The Court concluded that the *Metis Settlements Act* was justified as an ameliorative program. In commenting on the unique history of the Métis, the Court noted that they are “widely recognized as a culturally distinct Aboriginal people living in culturally distinct communities”: para. 7.

[43] And in *Manitoba Metis Federation*, this Court granted declaratory relief to the descendants of Manitoba’s Red River Métis Settlement. The federal *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, promised

qu’il contrevenait à la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44. Bien que la Cour ait statué que ce n’était pas le cas, le juge Beetz a conclu qu’« il n’apparaîtrait pas déraisonnable d’inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens » pour déterminer quelles personnes sont des « Indiens » visés au par. 91(24) (p. 207).

[41] Ces deux arrêts ont laissé dans la jurisprudence des empreintes qui aident à déterminer si les Métis font partie des personnes visées au par. 91(24). Comme il a été indiqué précédemment, l’arrêt *Canard* montre que les mariages entre Indiens et non-Indiens et l’ascendance mixte n’empêchent pas l’inclusion d’un groupe dans le champ d’application du par. 91(24). Et, selon le *Renvoi sur les Esquimaux*, le caractère distinct d’un groupe qui forme un peuple ayant une identité et une histoire uniques et dont les membres s’identifient comme un groupe distinct des Indiens ne fait pas obstacle à l’inclusion dans le champ d’application du par. 91(24).

[42] Il ne fait aucun doute que les Métis forment un peuple distinct. Notre Cour a reconnu leur caractère distinct dans deux affaires récentes, *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, et *Manitoba Metis Federation*. Dans *Cunningham*, il fallait décider si la loi albertaine intitulée *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, violait l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu’elle prévoit que les Métis qui s’inscrivent volontairement comme Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens* renoncent de ce fait à leur statut de membres d’un établissement métis. Notre Cour a conclu que la *Metis Settlements Act* était justifiée en tant que programme améliorateur. Au sujet de l’histoire unique des Métis, la Cour a fait remarquer que ces derniers sont « largement reconnus comme formant un peuple autochtone culturellement distinct et vivant dans des communautés culturellement distinctes » (par. 7).

[43] Et, dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*, notre Cour a rendu le jugement déclaratoire sollicité par les descendants des Métis de la colonie de la rivière Rouge du Manitoba. La *Loi de 1870 sur*

land to the children of the Métis. Errors and delays resulted in many of them receiving inadequate scrip rather than land. The Court held that Canada had a fiduciary relationship with the Métis, and that the Crown's promise to implement the land grant engaged the honour of the Crown. This created a duty of diligent implementation. In so deciding, the Court stated that the Métis of the Red River Settlement are a "distinct community": para. 91.

[44] The Crown, however, submits that including Métis as "Indians" under s. 91(24) is contrary to this Court's decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236. With respect, I think *Blais* can be easily distinguished. The issue in *Blais* was whether a provision of Manitoba's *Natural Resources Transfer Agreement*, which allowed "Indians" to hunt out of season, included Métis. It is true that the Court concluded that "Indians" in the *Natural Resources Transfer Agreement* did not include Métis, but what was at issue was a constitutional agreement, not the Constitution. This, as this Court noted in *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, is a completely different interpretive exercise:

... it is submitted that the intention of the framers should be determinative in interpreting the scope of the heads of power enumerated in ss. 91 and 92 given the decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236, 2003 SCC 44. That case considered the interpretive question in relation to a particular constitutional agreement, as opposed to a head of power which must continually adapt to cover new realities. It is therefore distinguishable and does not apply here. [para. 30]

[45] While there was some overlapping evidence between *Blais* and this case, the interpretation of

*le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, édictée par le Parlement fédéral, promettait des terres aux enfants des Métis. Des erreurs et des retards ont fait en sorte que bon nombre d'entre eux ont reçu des certificats de concession foncière inadéquats plutôt que des terres. La Cour a jugé que le Canada entretenait une relation de nature fiduciaire avec les Métis et que la promesse de la Couronne de mettre en œuvre les concessions de terres engageait l'honneur de celle-ci. Il s'était donc créé une obligation de diligence dans la mise en œuvre. La Cour a également affirmé que les Métis de la colonie de la rivière Rouge constituaient « une communauté distincte » (par. 91).

[44] La Couronne soutient toutefois que le fait de considérer que le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis va à l'encontre de l'arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236. À mon humble avis, j'estime que l'affaire *Blais* peut être facilement distinguée de celle dont nous sommes saisis. Dans ce pourvoi, il s'agissait de déterminer si une disposition de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba, qui permettait aux « Indiens » de chasser hors saison, visait également les Métis. Il est vrai que la Cour a conclu que le mot « Indiens » figurant dans cette convention n'incluait pas les Métis, mais le texte litigieux était un accord de nature constitutionnelle, et non la Constitution. Comme la Cour l'a souligné dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, il s'agit d'un exercice d'interprétation complètement différent :

... on plaide que, selon l'arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44, l'intention des rédacteurs de la Constitution devrait être déterminante dans l'interprétation de la portée des rubriques de compétence énumérées aux art. 91 et 92. Or, cette décision portait sur l'interprétation d'une convention constitutionnelle particulière et non d'une rubrique de compétence qui doit être continuellement adaptée à de nouvelles réalités. Une distinction s'impose donc entre le présent renvoi et cette affaire, qui ne s'applique pas en l'espèce. [par. 30]

[45] Quoique certains éléments de preuve présentés dans l'affaire *Blais* et dans le présent pourvoi

a different record in *Blais* directed at different issues cannot trump the extensive and significantly broader expert testimony and the findings of Phelan J. Of most significance, however, is the fact that this Court itself expressly stated in *Blais* that it was *not* deciding whether s. 91(24) included the Métis. Far from seeing *Blais* as dispositive of the constitutional scope of s. 91(24), the Court emphasized that it left “open for another day the question of whether the term ‘Indians’ in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* includes the Métis — an issue not before us in this appeal”: para. 36.

[46] A broad understanding of “Indians” under s. 91(24) as meaning ‘Aboriginal peoples’, resolves the definitional concerns raised by the parties in this case. Since s. 91(24) includes all Aboriginal peoples, including Métis and non-status Indians, there is no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. They are all “Indians” under s. 91(24) by virtue of the fact that they are all Aboriginal peoples.

[47] Determining whether particular individuals or communities are non-status Indians or Métis and therefore “Indians” under s. 91(24), is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future, but it brings us to whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to the definitional criteria set out in *Powley* in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal, or whether, as the appellants and some of the interveners urged, the membership base should be broader.

[48] The issue in *Powley* was who is Métis under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The case involved

se recoupent, l’interprétation donnée dans *Blais* sur la base d’un dossier différent portant sur des questions différentes ne saurait écarter les témoignages d’experts beaucoup plus larges et approfondis ainsi que les conclusions du juge Phelan. Le fait le plus important toutefois est que, dans *Blais*, la Cour a elle-même expressément affirmé qu’elle *ne* décidait *pas* si les Métis sont inclus dans le champ d’application du par. 91(24). Loin de considérer que cet arrêt décidait définitivement la portée constitutionnelle du par. 91(24), la Cour a souligné que « sera[it] tranchée à une autre occasion la question de savoir si le mot “Indiens” au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s’entend également des Métis — question dont nous ne sommes pas saisis dans le présent pourvoi » (par. 36).

[46] Le fait d’interpréter largement le mot « Indiens » figurant au par. 91(24) et de lui attribuer le sens de « peuples autochtones » permet de répondre aux préoccupations d’ordre définitionnel soulevées par les parties en l’espèce. En effet, comme le par. 91(24) vise tous les peuples autochtones, y compris les Métis et les Indiens non inscrits, il n’est pas nécessaire d’identifier les collectivités d’ascendance mixte formées de Métis et celles formées d’Indiens non inscrits. Tous ces groupes sont des « Indiens » visés au par. 91(24), puisqu’ils sont tous des peuples autochtones.

[47] La question de savoir si des personnes données sont des Indiens non inscrits ou des Métis, et donc des « Indiens » visés au par. 91(24), — ou encore si une collectivité en particulier est formée de telles personnes — est une question de fait qui devra être décidée au cas par cas dans le futur, mais elle nous oblige à nous demander s’il y a lieu, pour l’application du par. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l’arrêt *Powley*, conformément à la décision de la Cour d’appel fédérale, ou s’il faut plutôt, comme l’ont fait valoir les appelants et certains des intervenants, élargir les critères d’appartenance.

[48] Dans l’affaire *Powley*, la question en litige consistait à déterminer qui est un Métis visé à

two Métis hunters who were charged with violating the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1. They claimed that the Métis had an Aboriginal right to hunt for food under s. 35(1). The Court agreed and suggested three criteria for defining who qualifies as Métis for purposes of s. 35(1):

1. Self-identification as Métis;
2. An ancestral connection to an historic Métis community; and
3. Acceptance by the modern Métis community.

[49] The third criterion — community acceptance — raises particular concerns in the context of this case. The criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights: para. 13. That is why acceptance by the community was found to be, for purposes of who is included as Métis under s. 35, a prerequisite to holding those rights. Section 91(24) serves a very different constitutional purpose. It is about the federal government's relationship with Canada's Aboriginal peoples. This includes people who may no longer be accepted by their communities because they were separated from them as a result, for example, of government policies such as Indian Residential Schools. There is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding them from Parliament's protective authority on the basis of a "community acceptance" test.

[50] The first declaration should, accordingly, be granted as requested. Non-status Indians and Métis are "Indians" under s. 91(24) and it is the federal government to whom they can turn.

l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans cette affaire, deux chasseurs métis qui avaient été accusés d'avoir enfreint la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, c. G.1, ont fait valoir que les Métis possédaient, en vertu du par. 35(1), un droit ancestral de chasser pour se nourrir. La Cour leur a donné raison et a proposé trois critères pour définir qui peut être considéré comme un Métis pour l'application du par. 35(1) :

1. l'auto-identification comme Métis;
2. l'existence de liens ancestraux avec une collectivité métisse historique;
3. l'acceptation par la collectivité métisse actuelle.

[49] Le troisième critère — l'acceptation par la collectivité — suscite des préoccupations particulières en l'espèce. Les critères de l'arrêt *Powley* ont été établis spécialement pour l'application de l'art. 35, lequel a pour objet de protéger des droits collectifs historiques (par. 13). C'est la raison pour laquelle, afin de déterminer qui est un Métis visé à l'art. 35, l'acceptation par la collectivité a été jugée constituer un préalable à la reconnaissance de tels droits. Le paragraphe 91(24) vise pour sa part un objectif constitutionnel très différent. Il concerne la relation du gouvernement fédéral avec les peuples autochtones du Canada. Il est possible que, parmi les personnes visées par cette disposition, certaines ne soient plus acceptées par leurs collectivités parce qu'elles en auraient été séparées en raison, par exemple, de politiques gouvernementales comme celle relative aux pensionnats indiens. Il n'existe aucune raison logique justifiant de priver présomptivement et arbitrairement de telles personnes de la protection qu'offre le pouvoir de légiférer du Parlement sur la base d'un critère requérant leur « acceptation par la collectivité ».

[50] Il y a donc lieu d'accorder le premier jugement déclaratoire demandé. Les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), et c'est vers le gouvernement fédéral qu'ils peuvent se tourner.

[51] But federal jurisdiction over Métis and non-status Indians does not mean that all provincial legislation pertaining to Métis and non-status Indians is inherently *ultra vires*. This Court has recognized that courts “should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by both levels of government”: *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 37 (emphasis in original). Moreover, this Court has been clear that federal authority under s. 91(24) does not bar valid provincial schemes that do not impair the core of the “Indian” power: *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, [2010] 2 S.C.R. 696, at para. 3.

[52] I agree, however, with both the trial judge and the Federal Court of Appeal that neither the second nor third declaration should be granted.

[53] The second declaration sought is to recognize that the Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, accepted that Canada’s Aboriginal peoples have a fiduciary relationship with the Crown and *Manitoba Metis Federation* accepted that such a relationship exists between the Crown and Métis. As a result, the declaration lacks practical utility because it is restating settled law.

[54] The third declaration sought is that Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

[55] The claim is that the First Ministers’ conferences anticipated by ss. 37 and 37.1 of the *Constitution*

[51] Cependant, le fait que le gouvernement fédéral ait compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires*. Comme l’a reconnu notre Cour, il importe que les tribunaux « privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 37 (en italique dans l’original)). En outre, la Cour a précisé que la compétence fédérale sur les Indiens prévue au par. 91(24) n’empêche pas l’instauration de régimes provinciaux valides qui ne portent pas atteinte à son contenu essentiel (*NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, [2010] 2 R.C.S. 696, par. 3).

[52] Je suis toutefois d’accord avec le juge de première instance et la Cour d’appel fédérale pour dire qu’il n’y a pas lieu de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires.

[53] Le deuxième jugement déclaratoire demandé vise à faire reconnaître que la Couronne a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits. Dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, notre Cour a admis qu’il existe une relation de nature fiduciaire entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne et, dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*, elle a reconnu l’existence d’une telle relation entre la Couronne et les Métis. Par conséquent, le jugement déclaratoire demandé n’a aucune utilité pratique, parce qu’il ne ferait que réaffirmer des principes de droit bien établis.

[54] Le troisième jugement déclaratoire sollicité porte que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à ce que le gouvernement fédéral les consulte et négocie avec eux de bonne foi sur une base collective, par l’entremise de représentants de leur choix, relativement à l’ensemble de leurs droits, intérêts et besoins en tant que peuples autochtones.

[55] L’argument invoqué au soutien du troisième jugement déclaratoire est que les conférences des

*Act, 1982*<sup>9</sup> did not yield the hoped-for results in identifying and defining Aboriginal rights. The subsequent lack of progress implies that the federal government has not fulfilled its constitutional obligations.

[56] However, *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 257, and *Powley* already recognize a context-specific duty to negotiate when Aboriginal rights are engaged. Because it would be a restatement of the existing law, the third declaration too lacks practical utility.

<sup>9</sup> 37. (1) A constitutional conference composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada within one year after this Part comes into force.

(2) The conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda an item respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, including the identification and definition of the rights of those peoples to be included in the Constitution of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on that item.

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in the discussions on any item on the agenda of the conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

37.1 (1) In addition to the conference convened in March 1983, at least two constitutional conferences composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada, the first within three years after April 17, 1982 and the second within five years after that date.

(2) Each conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on those matters.

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in the discussions on any item on the agenda of a conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

(4) Nothing in this section shall be construed so as to derogate from subsection 35(1).

premiers ministres prévues aux art. 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>9</sup> n'ont pas produit les résultats souhaités quant à la détermination et à la définition des droits ancestraux. Le peu de progrès réalisé par la suite impliquerait que le gouvernement fédéral ne s'est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles.

[56] Toutefois, les arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257, et *Powley* reconnaissent déjà l'existence d'une obligation de négocier lorsque des droits ancestraux sont en jeu, obligation qui est fonction du contexte particulier. Comme il réaffirmerait des principes de droit existants, le troisième jugement déclaratoire demandé n'a lui non plus aucune utilité pratique.

<sup>9</sup> 37. (1) Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

37.1 (1) En sus de la conférence convoquée en mars 1983, le premier ministre du Canada convoque au moins deux conférences constitutionnelles réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, la première dans les trois ans et la seconde dans les cinq ans suivant le 17 avril 1982.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour des conférences visées au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

(4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger au paragraphe 35(1).

[57] For the foregoing reasons, while I agree with the Federal Court of Appeal and the trial judge that the second and third declarations should not be granted, I would restore the trial judge's decision that the word "Indians" in s. 91(24) includes Métis and non-status Indians.

[58] The appeal is therefore allowed in part and the Federal Court of Appeal's conclusion that the first declaration should exclude non-status Indians or apply only to those Métis who meet the *Powley* criteria, is set aside. It follows that the cross-appeal is dismissed. The appellants are entitled to their costs.

*Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed, with costs.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: University of Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitor for the respondents/appellants on cross-appeal: Attorney General of Canada, Saskatoon, Ottawa and Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Native Council of Nova Scotia, the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and the Native Council of Prince Edward Island: Burchells, Halifax.*

*Solicitors for the intervener the Metis Settlements General Council: Witten, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Métis Federation of Canada: Devlin Gailus Westaway, Victoria.*

[57] Pour les motifs qui précèdent, bien que je convienne avec la Cour d'appel fédérale et le juge de première instance qu'il n'y a pas lieu de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires, je rétablirais la décision du juge de première instance selon laquelle le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis et les Indiens non inscrits.

[58] Le pourvoi est donc accueilli en partie et la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s'appliquer qu'aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l'arrêt *Powley* est annulée. Le pourvoi incident est en conséquence rejeté. Les appelants ont droit à leurs dépens.

*Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté, avec dépens.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Université d'Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureur des intimés/appellants au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Saskatoon, Ottawa et Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs des intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island : Burchells, Halifax.*

*Procureurs de l'intervenant Metis Settlements General Council : Witten, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération Métisse du Canada : Devlin Gailus Westaway, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada: JFK Law Corporation, Vancouver and Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the Gift Lake Métis Settlement: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Native Alliance of Quebec: Gagné Letarte, Québec.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Métis National Council: Métis National Council, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada : JFK Law Corporation, Vancouver et Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenant Gift Lake Métis Settlement : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec : Gagné Letarte, Québec.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le Ralliement national des Métis : Ralliement national des Métis, Ottawa.*