

**Norman Sterriah, on behalf of all members of the Ross River Dena Council Band, and the Ross River Dena Development Corporation** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada and the Government of Yukon** *Respondents*

and

**The Attorney General of British Columbia and the Coalition of B.C. First Nations** *Interveners*

**INDEXED AS: ROSS RIVER DENA COUNCIL BAND v. CANADA**

**Neutral citation: 2002 SCC 54.**

File No.: 27762.

2001: December 11; 2002: June 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

*Indians — Reserves — Creation of reserves in non-treaty context — Indian Band occupying lands in Yukon Territory since 1950s — Lands set aside by officials — Legal requirements for establishment of a reserve — Whether lands set aside have reserve status — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) “reserve” — Territorial Lands Act, R.S.C. 1952, c. 263, s. 18(d).*

Following a claim for the refund of taxes paid on tobacco sold in an Indian village in the Yukon, a dispute arose concerning the status of the village. If it was a reserve, an exemption from the tax could rightfully be claimed. The respondents maintained that a reserve had never been created there. In the 1950s, members of the appellant Band, which is recognized as a band under the *Indian Act*, were allowed to settle on the site of what is now their village, there being no treaty governing the lands. Various administrative discussions

**Norman Sterriah, au nom de tous les membres du Conseil de la bande dénée de Ross River, et la Ross River Dena Development Corporation** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le gouvernement du Yukon** *Intimés*

et

**Le procureur général de la Colombie-Britannique et la Coalition of B.C. First Nations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CONSEIL DE LA BANDE DÉNÉE DE ROSS RIVER c. CANADA**

**Référence neutre : 2002 CSC 54.**

N° du greffe : 27762.

2001 : 11 décembre; 2002 : 20 juin.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

*Indiens — Réserves — Création de réserves en l'absence de traité régissant la question — Terres occupées par une bande indienne au Yukon depuis les années 1950 — Terres mises de côté par des fonctionnaires — Conditions légales d'établissement des réserves — Les terres mises de côté ont-elles la qualité de réserve? — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « réserve » — Loi sur les terres territoriales, S.R.C. 1952, ch. 263, art. 18d).*

À la suite d'une demande de remboursement de taxes sur le tabac vendu dans un village indien au Yukon, un différend a pris naissance relativement au statut de ce village. Si celui-ci constituait une réserve, une exemption de la taxe pouvait à bon droit être demandée. Les intimés ont plaidé qu'aucune réserve n'avait été créée à cet endroit. Dans les années 1950, les membres de la bande appelante, qui est une bande reconnue en vertu de la *Loi sur les Indiens*, ont été autorisés à s'établir à l'endroit qui est maintenant leur village, les terres en

and actions with respect to the status of the community took place between 1953 and 1965. In 1965, the Chief of the Resources Division in the Department of Northern Affairs and National Resources advised the Indian Affairs Branch of the then Department of Citizenship and Immigration that the village site had been reserved for the Branch. The letter was entered in the Reserve Land Register under the *Indian Act*. On a motion by the appellants, the chambers judge declared the lands occupied by the Band to be a reserve. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the respondents' appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Given the absence of intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown, no reserve was legally created. In the Yukon Territory, as well as elsewhere in Canada, there appears to be no single procedure for creating reserves, although an Order-in-Council has been the most common and undoubtedly best and clearest procedure used to create reserves. Whatever method is employed, the Crown must have had an intention to create a reserve. This intention must be possessed by Crown agents holding sufficient authority to bind the Crown. For example, this intention may be evidenced either by an exercise of executive authority such as an Order-in-Council, or on the basis of specific statutory provisions creating a particular reserve. Steps must be taken in order to set apart land. The setting apart must occur for the benefit of Indians. The Band concerned must have accepted the setting apart and must have started to make use of the lands so set apart. The statutory framework for reserve creation in the Yukon Territory has limited, but not entirely ousted, the royal prerogative. In any case, whether the authority to create a reserve is derived from the royal prerogative or from statute, the Governor in Council is the holder of the power in both cases.

In this case, land was set aside but there was no intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown. The facts demonstrate that Crown agents never made representations to the members of the Band that the Crown had decided to create a reserve for them, nor did any person having the authority to bind the Crown ever agree to the setting up of a reserve

question n'étant visées par aucun traité. De 1953 à 1965, des discussions et des mesures administratives ont, selon le cas, été tenues ou prises relativement au statut de la collectivité. En 1965, le chef de la division des ressources du ministère du Nord canadien et des Ressources nationales a informé la division des Affaires indiennes du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration de l'époque que le site du village avait été réservé pour la division des Affaires indiennes. Cette lettre a été inscrite au registre des terres de réserve prévu par la *Loi sur les Indiens*. Par suite d'une requête présentée par les appelants, le juge qui en était saisi a déclaré que les terres occupées par la bande constituaient une réserve. Dans une décision rendue à la majorité, la Cour d'appel a accueilli l'appel formé par les intimés contre cette déclaration.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Vu l'absence d'intention, par des personnes habilitées à lier la Couronne, de créer une réserve, aucune réserve n'a été créée sur le plan juridique. Tant au Yukon qu'ailleurs au Canada, il ne semble pas exister une seule et unique procédure de création de réserves, quoique la prise d'un décret ait été la mesure la plus courante et, indubitablement, la meilleure et la plus claire des procédures utilisées à cette fin. Quelle que soit la méthode utilisée, la Couronne doit avoir eu l'intention de créer une réserve. Il faut que ce soit des représentants de la Couronne investis de l'autorité suffisante pour lier celle-ci qui aient eu cette intention. Par exemple, cette intention peut être dégagée soit de l'exercice du pouvoir de l'exécutif — par exemple la prise d'un décret — soit de l'application de certaines dispositions législatives créant une réserve particulière. Des mesures doivent être prises lorsqu'on veut mettre des terres à part. Cette mise à part doit être faite au profit des Indiens. La bande visée doit avoir accepté la mise à part et avoir commencé à utiliser les terres en question. Le cadre législatif pourvoyant à la création des réserves au Yukon a restreint — sans toutefois l'écarter — l'application de la prérogative royale à cet égard. Quoi qu'il en soit, que le pouvoir de créer des réserves tire son origine de la prérogative royale ou de dispositions législatives, c'est le gouverneur en conseil qui est titulaire de ce pouvoir dans un cas comme dans l'autre.

En l'espèce, des terres ont été mises de côté, mais aucune intention de créer une réserve n'a été manifestée par des personnes habilitées à lier la Couronne. Les faits démontrent qu'à aucun moment des représentants de la Couronne n'ont déclaré à la bande que la Couronne avait décidé de créer une réserve à leur intention, et qu'aucune personne habilitée à lier la

at the site in question. Those Crown officials who did advocate the creation of a reserve never had the authority to set apart the lands and create a reserve. While lands were set aside for the Band, they do not have the status of a reserve.

*Per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ.: LeBel J.'s conclusion that the Crown never intended to establish a reserve in this case was agreed with. However, the royal prerogative to set aside or apart lands for Aboriginal peoples has not been limited by statute, either expressly or by necessary implication. The *Indian Act* does not provide any formal mechanism for the creation of reserves. The definition of "reserve" in s. 2(1) of the Act does not limit the Crown's ability to deal with lands for the use of aboriginal peoples. It simply serves to identify which lands have been set apart as reserves within the meaning of the Act. Nor does s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* place limits on the Crown's prerogative with respect to the creation of reserves. This section is not directed at the creation of reserves *per se*, but rather permits the Governor in Council to protect from disposition those Crown lands for which other use is contemplated. While s. 18(d) provides a mechanism to set apart lands for the creation of a reserve, it is merely one avenue to achieve this result. It has not placed any conditions or limitations on the Crown's prerogative to create a reserve.

## Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; **referred to:** *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *Town of Hay River v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 262; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657.

By Bastarache J.

**Referred to:** *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745, *aff'd* [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Sparling v. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015.

Couronne n'a jamais donné son aval à la création d'une réserve à l'endroit en question. Les fonctionnaires qui préconisaient effectivement la création d'une réserve n'ont jamais détenu le pouvoir de mettre des terres à part et de créer une réserve. Bien que des terres aient été mises de côté pour la bande, elles n'ont pas la qualité de réserve.

*Le juge en chef* McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Bastarache : Il y a accord avec la conclusion du juge LeBel selon laquelle la Couronne n'a à aucun moment eu l'intention d'établir une réserve en l'espèce. Toutefois, la prérogative royale de mettre des terres de côté pour les peuples autochtones n'a jamais été limitée par voie législative, ni expressément ni par implication nécessaire. La *Loi sur les Indiens* n'établit pas de mécanisme formel de création de réserves. La définition de « réserve » au par. 2(1) de cette loi ne limite pas la capacité de la Couronne de mettre des terres de côté à l'usage des peuples autochtones, mais elle sert uniquement à identifier, parmi les terres mises de côté, celles qui l'ont été en tant que réserves au sens de la Loi. L'alinéa 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 ne restreint pas non plus l'application de la prérogative de la Couronne en matière de création de réserves. Cette disposition n'a pas pour objet la création de réserves comme telles, mais vise plutôt à permettre au gouverneur en conseil de soustraire à l'aliénation des terres de la Couronne pour lesquelles on envisage un autre usage. Bien que l'al. 18d) établisse un mécanisme de mise à part de terres aux fins de création d'une réserve, il n'est pas le seul mécanisme permettant de réaliser cette fin et il n'a pas pour effet d'assortir de conditions ou restrictions l'exercice de la prérogative de la Couronne en matière de création de réserves.

## Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêt appliqué :** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; **arrêts mentionnés :** *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *Ville de Hay River c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 262; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657.

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, *conf. par* [1985] 1 R.C.S. 441; *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015.

**Statutes and Regulations Cited**

- 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.
- Constitution Act, 1867*, s. 91(24).
- Constitution Act, 1982*, s. 35.
- Dominion Lands Act*, R.S.C. 1927, c. 113 [rep. 1950, c. 22, s. 26], s. 74.
- Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, s. 21.
- Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 2(1) “band”, “reserve” [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 1(1)], “designated lands” [ad. *idem*, s. 1(2)], (2), 18(1), (2), 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58, 60, 87(1).
- Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18, s. 3(6).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17.
- Letters Patent constituting the office of Governor General of Canada* (1947). In *Canada Gazette*, Part I, vol. 81, p. 3014 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 31].
- Territorial Lands Act*, R.S.C. 1952, c. 263, s. 18 [now R.S.C. 1985, c. T-7, s. 23].
- Territorial Lands Act*, R.S.C. 1985, c. T-7, s. 23(d) [repl. 1994, c. 26, s. 68].
- Tobacco Tax Act*, R.S.Y. 1986, c. 170.

**Authors Cited**

- Bartlett, Richard H. *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland — A Study in Law and History*. Saskatoon: Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1990.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*, and vol. 2, *Restructuring the Relationship*, Part 2. Ottawa: The Commission, 1996.
- Evatt, Herbert Vere. *The Royal Prerogative*. Sydney, Australia: The Law Book Co., 1987.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell (loose-leaf updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
- Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto: Carswell (loose-leaf updated 2001, release 2).

APPEAL from a judgment of the Yukon Territory Court of Appeal (1999), 182 D.L.R. (4th) 116, 131 B.C.A.C. 219, 72 B.C.L.R. (3d) 292, [2000] 4 W.W.R. 390, [2000] 2 C.N.L.R. 293, [1999] Y.J.

**Lois et règlements cités**

- Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18, art. 3(6).
- Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42.
- Lettres patentes constituant la charge de Gouverneur général du Canada* (1947). Dans *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, p. 3109 [reproduites dans L.R.C. 1985, App. II, n° 31].
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17.
- Loi de la taxe sur le tabac*, L.R.Y. 1986, ch. 170.
- Loi des terres fédérales*, S.R.C. 1927, ch. 113 [abr. 1950, ch. 22, art. 26], art. 74.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « bande », « réserve » [abr. & rempl. ch. 17 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 1(1)], « terres désignées » [aj. *idem*, art. 1(2)], (2), 18(1), (2), 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58, 60, 87(1).
- Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 21.
- Loi sur les terres territoriales*, L.R.C. 1985, ch. T-7, art. 23d [repl. 1994, ch. 26, art. 68].
- Loi sur les terres territoriales*, S.R.C. 1952, ch. 263, art. 18 [maintenant L.R.C. 1985, ch. T-7, art. 23].

**Doctrine citée**

- Bartlett, Richard H. *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada : A Homeland — A Study in Law and History*. Saskatoon : Native Law Centre, University of Saskatchewan, 1990.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*, et vol. 2, *Une relation à redéfinir*, partie 2. Ottawa : La Commission, 1996.
- Evatt, Herbert Vere. *The Royal Prerogative*. Sydney, Australia : The Law Book Co., 1987.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell (loose-leaf updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Lordon, Paul. *La Couronne en droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992.
- Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto : Carswell (loose-leaf updated 2001, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Territoire du Yukon (1999), 182 D.L.R. (4th) 116, 131 B.C.A.C. 219, 72 B.C.L.R. (3d) 292, [2000] 4 W.W.R. 390, [2000] 2 C.N.L.R. 293, [1999] Y.J. No.

No. 121 (QL), 1999 BCCA 750, setting aside a decision of the Yukon Territory Supreme Court, [1998] 3 C.N.L.R. 284, [1998] Y.J. No. 63 (QL), declaring a tract of land an Indian reserve within the meaning of the *Indian Act*. Appeal dismissed.

*Brian A. Crane, Q.C.*, and *Ritu Gambhir*, for the appellants.

*Brian R. Evernden* and *Jeffrey A. Hutchinson*, for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada.

*Penelope Gawn* and *Lesley McCullough*, for the respondent the Government of Yukon.

*Richard J. M. Fyfe, Paul E. Yearwood* and *Patrick G. Foy, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Leslie J. Pinder*, for the intervener the Coalition of B.C. First Nations.

The reasons of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Bastarache JJ. were delivered by

1

BASTARACHE J. — I have had the opportunity to read the reasons of my colleague and I agree that no reserve was created in this case. As noted by my colleague, the essential conditions for the creation of a reserve within the meaning of s. 2(1) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, include an act by the Crown to set aside Crown land for the use of an Indian band combined with an intention to create a reserve on the part of persons having authority to bind the Crown. The evidence in this case reveals that the Crown never intended to establish a reserve within the meaning of the Act.

2

Though I agree with the disposition, I respectfully disagree with my colleague's assertion that the royal prerogative to create reserves has been limited by s. 18(d) of the *Territorial Lands Act*, R.S.C. 1952, c. 263. In addition, I think it is important to state clearly the interaction between the Crown prerogative and s. 2(1) of the *Indian Act*. Section 2(1) does not constrain the Crown's prerogative to

121 (QL), 1999 BCCA 750, qui a infirmé un jugement de la Cour suprême du Territoire du Yukon, [1998] 3 C.N.L.R. 284, [1998] Y.J. No. 63 (QL), qui avait déclaré qu'une parcelle de terrain constituait une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*. Pourvoi rejeté.

*Brian A. Crane, c.r.*, et *Ritu Gambhir*, pour les appelants.

*Brian R. Evernden* et *Jeffrey A. Hutchinson*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

*Penelope Gawn* et *Lesley McCullough*, pour l'intimé le gouvernement du Yukon.

*Richard J. M. Fyfe, Paul E. Yearwood* et *Patrick G. Foy, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Leslie J. Pinder*, pour l'intervenante la Coalition of B.C. First Nations.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs de mon collègue et, tout comme lui, je suis d'avis qu'il n'y a pas eu création de réserve en l'espèce. Comme l'a souligné mon collègue, parmi les conditions essentielles à la création d'une réserve au sens du par. 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, mentionnons l'existence d'un acte de la Couronne ayant pour effet de mettre de côté des terres de la Couronne à l'usage d'une bande indienne et l'intention, manifestée par des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne, de créer une réserve. En l'espèce, la preuve révèle que la Couronne n'a jamais eu l'intention d'établir une réserve au sens de cette loi.

Bien que je sois d'accord avec le dispositif proposé par mon collègue, je ne peux, en toute déférence, souscrire à son affirmation selon laquelle l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales*, S.R.C. 1952, ch. 263, a restreint la prérogative royale de créer des réserves. De plus, j'estime qu'il est important d'indiquer clairement comment interagissent la prérogative de la Couronne et le par. 2(1) de la *Loi*

deal with lands for the use of Indians, but rather provides a definition of “reserve” for the purposes of the Act. Section 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* gives the Governor in Council a discretionary power to protect Crown lands from disposal for a wide range of public purposes, including the welfare of Indians. In my view, neither provision, either expressly or by necessary implication, limits the scope of the Crown’s prerogative to set aside or apart lands for Aboriginal peoples.

All of the parties agree that the power to create reserves was originally based on the royal prerogative. The power is thought to be part of the Crown’s prerogative to administer and dispose of public property including Crown lands (see P. Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at p. 96). The appellants nonetheless contend that this power has long been regulated by statute, including the successive Indian Acts which date back to Confederation as well as various statutes governing the disposition and management of Crown lands. They assert in particular that the right to establish reserves in the Yukon Territory is found in the *Indian Act* and the *Territorial Lands Act* which have replaced the prerogative. My colleague disagrees with the appellants that the prerogative has been displaced, but concedes that it has been limited.

There is no doubt that a royal prerogative can be abolished or limited by clear and express statutory provision: see *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745, at p. 780, aff’d [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 464. It is less certain whether in Canada the prerogative may be abolished or limited by necessary implication. Although this doctrine seems well established in the English courts (see *Attorney-General v. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), this Court has questioned its application as an exception to Crown immunity (see *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551,

*sur les Indiens*. Ce paragraphe ne limite pas la prérogative que possède la Couronne d’agir en matière de terres destinées à l’usage des Indiens, mais il définit plutôt le mot « réserve » pour l’application de cette loi. L’alinéa 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de soustraire à l’aliénation des terres de la Couronne, et ce pour un large éventail de fins d’intérêt public, y compris le bien-être des Indiens. À mon avis, ni l’une ni l’autre de ces dispositions — expressément ou par implication nécessaire — n’ont pour effet de limiter l’étendue du pouvoir de la Couronne de mettre des terres de côté pour les peuples autochtones.

Toutes les parties sont d’avis que le pouvoir de créer des réserves était initialement fondé sur l’exercice de la prérogative royale. On estime que ce pouvoir fait partie de la prérogative royale concernant l’administration et l’aliénation des biens publics, y compris les terres de la Couronne (voir P. Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992), p. 107). Les appelants soutiennent néanmoins que l’exercice de ce pouvoir est depuis longtemps régi par des textes de loi, notamment les diverses lois sur les Indiens adoptées depuis la Confédération et diverses autres lois portant sur la disposition et la gestion des terres de la Couronne. Ils affirment tout particulièrement que le droit d’établir des réserves au Yukon est prévu par la *Loi sur les Indiens* et la *Loi sur les terres territoriales*, qui auraient remplacé la prérogative. Mon collègue ne souscrit pas à la thèse des appelants selon laquelle la prérogative aurait été écartée, mais il admet que son exercice a été restreint.

Il ne fait aucun doute qu’une prérogative royale peut être abolie ou restreinte par une disposition législative claire ou explicite : voir *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, p. 780, conf. par [1985] 1 R.C.S. 441, p. 464. Il est toutefois moins certain que, au Canada, la prérogative puisse être abolie ou restreinte par implication nécessaire. Bien que cette doctrine semble bien établie dans la jurisprudence britannique (voir *Attorney-General c. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), notre Cour a mis en doute son application en tant qu’exception à l’immunité

3

4

at p. 558; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015, at pp. 1022-23). Assuming that prerogative powers may be removed or curtailed by necessary implication, what is meant by “necessary implication”? H. V. Evatt explains the doctrine as follows:

Where Parliament provides by statute for powers previously within the Prerogative being exercised subject to conditions and limitations contained in the statute, there is an implied intention on the part of Parliament that those powers can only be exercised in accordance with the statute. “Otherwise,” says Swinfen-Eady M.R., “what use would there be in imposing limitations if the Crown could at its pleasure disregard them and fall back on Prerogative?” [Emphasis added.]

(H. V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), at p. 44)

5

In my view, s. 2(1) of the *Indian Act*, which sets out the definition of “reserve”, does not in any way “provid[e] by statute for powers previously within the Prerogative being exercised subject to conditions and limitations contained in the statute”. It is well established that the *Indian Act* does not provide any formal mechanism for the creation of reserves. The Act is, and always has been, confined to the management and protection of existing reserves, many of which were established long before the federal government assumed jurisdiction over Indians pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (see R. H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland — A Study in Law and History* (1990), at pp. 24-25).

6

In the past, the Crown exercised its prerogative to create reserves in a number of ways. Although some lands set apart for Indian bands constitute “reserves” within the meaning of the *Indian Act*, other lands have been set apart or aside for the use of Indian bands, yet are not recognized as “reserves” under the Act. For example, in this case, the Crown exercised its prerogative to “reserve” or set aside lands for the

de la Couronne (voir *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 558; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015, p. 1022-1023). En supposant que les pouvoirs de prérogative puissent être éliminés ou réduits par implication nécessaire, qu’entend-on par « implication nécessaire »? Voici comment H. V. Evatt explique cette doctrine :

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement précise dans une loi que l’exercice de pouvoirs relevant jusque-là de la prérogative est assujéti aux conditions et restrictions prévues par cette loi, il entend implicitement que ces pouvoirs ne puissent être exercés qu’en conformité avec la loi. « Sinon », comme l’affirme le maître des rôles Swinfen-Eady, « quelle serait l’utilité d’imposer des restrictions, si la Couronne pouvait en faire fi à son gré et continuer d’avoir recours à la prérogative? » [Je souligne.]

(H. V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), p. 44)

À mon avis, le par. 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, où l’on trouve une définition de « réserve », n’est aucunement un exemple de cas où le législateur [TRADUCTION] « précise dans une loi que l’exercice de pouvoirs relevant jusque-là de la prérogative est assujéti aux conditions et restrictions prévues par cette loi ». Il est bien établi que la *Loi sur les Indiens* n’établit pas de mécanisme formel de création de réserves. Cette loi s’applique uniquement, et ce depuis toujours, à la gestion et à la protection des réserves existantes, dont bon nombre ont été constituées bien avant que le gouvernement fédéral soit investi de la compétence sur les Indiens par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir R. H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada : A Homeland — A Study in Law and History* (1990), p. 24-25).

Dans le passé, la Couronne a exercé de diverses façons sa prérogative de créer des réserves. Si certaines des terres mises à part pour des bandes indiennes constituent des « réserves » au sens de la *Loi sur les Indiens*, il en existe d’autres qui ont été mises à part ou de côté à l’usage des bandes indiennes, mais qui ne sont pas pour autant reconnues comme des « réserves » visées par cette loi.

use of the Ross River Band, but did not manifest an intention to create a “reserve” within the meaning of s. 2(1) of the *Indian Act*. In my view, the definition of “reserve” in s. 2(1) serves to identify which lands have been set apart as “reserves” within the meaning of the Act; the definition does not limit the Crown’s ability to deal with lands for the use of aboriginal peoples. A “reserve” is defined as “a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band”. The legislation does not indicate precisely when land will be considered to have been “set apart” for the use and benefit of a band, nor does it indicate the steps necessary for a “setting apart” of land to have occurred. This is, essentially, the issue that is before us here. As I stated earlier, we have determined that for land to have been “set apart” within the meaning of the Act, there must, at the very least, exist an act by the Crown to set apart land for the use of the band combined with an intention to create a reserve on the part of persons having authority to bind the Crown.

My colleague asserts that the definition of “reserve” in s. 2(1) limits the royal prerogative to create reserves in that it precludes the possibility of transferring the title to the land from the Crown to the First Nation (since the definition provides that legal title is “vested in Her Majesty”). I agree with him that if a tract of land meets the definition of “reserve” under the *Indian Act*, the title must remain in the Crown and the land must be dealt with subject to the Act. However, I do not see how the definition otherwise limits the royal prerogative to set aside or apart land for Aboriginal peoples. In other words, it merely defines with greater specificity which of these lands will be considered “reserves” for the purposes of the Act. In my opinion, the Crown is still free to deal with its land in any other manner it wishes, including, as noted by my colleague, the transfer of title by sale, grant or gift to a First Nation or some of its members, though

En l’espèce, par exemple, la Couronne a exercé sa prérogative de « réserver » ou mettre de côté des terres à l’usage de la bande de Ross River, mais elle n’a pas manifesté son intention de créer une « réserve » au sens du par. 2(1) de la *Loi sur les Indiens*. À mon avis, la définition du terme « réserve » au par. 2(1) sert à identifier les terres qui ont été mises de côté à titre de « réserves » pour l’application de la Loi; la définition ne limite pas la capacité de la Couronne d’agir à l’égard des terres à l’usage des peuples autochtones. Une « réserve » est une « [p]arcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande ». La disposition ne précise pas les circonstances dans lesquelles une terre sera considérée comme ayant été « mise de côté » à l’usage et au profit d’une bande, ni les démarches nécessaires à la « mise de côté » de terres. Il s’agit là essentiellement de la question dont nous sommes saisis. Comme je l’ai mentionné précédemment, nous avons établi que, pour qu’il y ait « réserve » au sens de la Loi, il faut à tout le moins que la Couronne ait accompli un acte ayant eu pour effet de mettre de côté des terres à l’usage de la bande et que des personnes habilitées à lier la Couronne aient eu l’intention de créer une réserve.

Mon collègue affirme que la définition de « réserve » au par. 2(1) a pour effet de limiter l’application de la prérogative royale de créer des réserves en écartant la possibilité de transport, de la Couronne à une première nation, du titre relatif à une parcelle de terrain donnée (puisque le mot « réserve » est défini comme étant une parcelle de terrain « dont Sa Majesté est propriétaire »). Je reconnais, comme le dit mon collègue, que si une parcelle de terrain correspond à la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens* le titre afférent à cette parcelle demeure la propriété de la Couronne et les mesures prises à l’égard de la parcelle doivent l’être sous réserve des dispositions de la Loi. Cependant, je ne vois pas comment la définition limite de quelque autre façon la prérogative royale de mettre de côté des terres pour les peuples autochtones. En d’autres mots, la disposition définit simplement avec plus de précision les terres qui sont considérées comme des « réserves » pour

that land would not then constitute an *Indian Act* “reserve”.

l’application de la *Loi sur les Indiens*. Je suis d’avis que la Couronne demeure libre de prendre toute autre mesure qu’elle désire à l’égard des terres lui appartenant, y compris, comme l’a souligné mon collègue, en cédant par voie de vente, concession ou don à une première nation ou à certains de ses membres le titre relatif à de telles terres, qui ne constitueraient toutefois pas, dans un tel cas, une « réserve » au sens de la *Loi sur les Indiens*.

8

Nor do I agree that s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* has placed limits on the Crown’s prerogative with respect to the creation of reserves. Section 18 (the predecessor to the current s. 23(d)) finds its origin in the *Dominion Lands Act*, R.S.C. 1927, c. 113. That Act allowed for entry onto vacant Crown lands for agricultural purposes. Section 74 of the *Dominion Lands Act* authorized the Governor in Council to keep lands reserved for Indians outside of the scheme of the Act so that the lands would be protected from disposition. The provision also permitted the Governor in Council to protect lands from entry for various other public purposes, including “places of public worship, burial grounds, schools and benevolent institutions”. Section 18 of the 1952 *Territorial Lands Act* consolidates and continues the *Dominion Lands Act* powers. Similar to the *Dominion Lands Act*, it authorizes the Governor in Council to set apart areas of land for the welfare of Indians, and also permits the Crown to protect Crown lands from disposal for a wide range of public purposes.

Je ne partage pas non plus l’opinion selon laquelle l’al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 aurait restreint l’application de la prérogative de la Couronne en matière de création de réserves. L’article 18 (remplacé par l’al. 23d)) tire son origine de la *Loi des terres fédérales*, S.R.C. 1927, ch. 113, qui permettait l’accès aux terres vacantes de la Couronne à des fins agricoles. L’article 74 de la *Loi des terres fédérales* autorisait le gouverneur en conseil à conserver des terres qui avaient été réservées aux Indiens autrement que sous le régime prévu par la Loi de façon à soustraire ces terres à l’aliénation. Cette disposition lui permettait également d’interdire l’accès à des terres utilisées à diverses autres fins, notamment « aux fins d’emplacements ou terrains destinés au culte public, de cimetières, d’écoles, d’institutions de bienfaisance ». L’article 18 de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 codifie et maintient les pouvoirs prévus par la *Loi des terres fédérales*. Tout comme cette dernière loi, la *Loi sur les terres territoriales* autorise le gouverneur en conseil à mettre à part des étendues de terre pour le bien-être des Indiens et permet aussi à la Couronne de soustraire à l’aliénation des terres de la Couronne pour un large éventail de fins publiques.

9

It seems clear from the above that s. 18 of the 1952 *Territorial Lands Act* is not directed at the creation of reserves *per se* but rather permits the Governor in Council to protect from disposition those Crown lands for which other use is contemplated. As my colleague points out, the setting apart of Crown lands which might otherwise be disposed of pursuant to s. 18 of the Act does not in and of itself imply that a “reserve” within the meaning of the *Indian Act* has been created since the Crown must also manifest an intent to make the land a reserve under the Act. Where, however, evidence of this intention is

Il semble nettement ressortir de ce qui précède que l’art. 18 de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 n’a pas pour objet la création de réserves comme telles, mais vise plutôt à permettre au gouverneur en conseil de soustraire à l’aliénation des terres de la Couronne pour lesquelles on envisage un autre usage. Comme le souligne mon collègue, la mise de côté, conformément à l’art. 18 de la Loi, de terres de la Couronne qui autrement pourraient être aliénées n’emporte pas en soi création d’une « réserve » au sens de la *Loi sur les Indiens*, puisque la Couronne doit également manifester

present, the setting apart of land under s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* would certainly suffice as the formal act by which the Crown sets apart land for the use and benefit of an Indian band.

Though I agree that the setting apart of land under s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* would be sufficient to establish an *Indian Act* reserve if the necessary intention on the part of the Crown to do so were present, I cannot see how s. 18(d) has placed any conditions or limitations on the Crown prerogative to create reserves. Historically, a wide array of formal and informal instruments has been used to set apart lands as *Indian Act* reserves. In my view, any one of these instruments may be sufficient to constitute the action by which the land is set apart so long as intention on the part of the Crown to create a reserve under the *Indian Act* is also present. I think that there is a danger in saying that s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* has somehow limited the Crown's prerogative to create reserves since this implies that only an application under the Act will suffice as the formal action to set apart the lands as a reserve. While s. 18(d) provides one mechanism to set apart lands for the creation of a reserve, it is not the only mechanism available to the Crown for this purpose and I would not wish to imply this as a necessary condition for the creation of a reserve. If the setting apart of land under s. 18(d) is not a necessary condition for the creation of a reserve but merely one avenue to achieve this result, then I cannot see how the authority to set apart lands for a reserve under s. 18(d) limits the Crown's prerogative to create a reserve.

l'intention de constituer une réserve au sens de cette loi. Cependant, lorsque la preuve atteste l'existence de cette intention, la mise à part de terres en vertu de l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 serait certainement suffisante pour constituer l'acte formel par lequel la Couronne met de côté des terres à l'usage et au profit d'une bande indienne.

Bien que je reconnaisse que la mise à part de terres en vertu de l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 serait suffisante pour établir une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, dans la mesure où la Couronne a également manifesté l'intention requise à cet égard, je ne vois pas comment cet alinéa a pu avoir pour effet d'assortir de conditions ou restrictions l'exercice de la prérogative de la Couronne en matière de création de réserves. On a historiquement utilisé un large éventail d'instruments formels et informels pour mettre à part des terres en tant que réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*. À mon avis, n'importe lequel de ces instruments pourrait suffire à constituer l'acte de mise de côté de terres, dans la mesure où la Couronne a également manifesté l'intention de créer une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Selon moi, il y a un risque à affirmer que l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 a, d'une certaine façon, limité la prérogative de la Couronne de créer des réserves, puisque cet argument suppose que seule la démarche prévue par cette loi saurait constituer l'acte formel de mise à part de terres en tant que réserve. Bien que l'al. 18d) établisse un mécanisme de mise à part de terres aux fins de création d'une réserve, il n'est pas le seul mécanisme dont dispose la Couronne à cette fin et je ne voudrais pas donner à penser que le recours à cette disposition est une condition nécessaire à la création d'une réserve. Si la mise à part de terres en vertu de l'al. 18d) ne constitue pas une condition nécessaire à la création d'une réserve, mais seulement un moyen d'atteindre ce résultat, alors je ne vois pas comment le pouvoir prévu par l'al. 18d) de mettre à part des terres pour l'établissement d'une réserve a pour effet de restreindre la prérogative de la Couronne de créer une réserve.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

LEBEL J. —

### I. Introduction

11 This appeal raises the issue of how *Indian Act* reserves were created in the Yukon Territory, in a non-treaty context. The appellants claim that the Government of Canada created a reserve by setting aside land for the Ross River Band. The federal government answers that, although land was set aside, no reserve was ever created; no intention to create it has been established on the evidence. For the reasons which follow, I conclude that no reserve was created and that the appeal should fail.

### II. Background of the Litigation

12 This case arose out of a claim for a refund of tobacco tax from a store in a small village in the Yukon. According to the appellants, this village is a reserve; hence, an exemption was claimed. The respondents disputed this claim, saying that a reserve had never been created in this place. What began as a tax problem has become a question of aboriginal law which, in turn, requires a survey of the historical background to the procedure governing the creation of reserves in the Yukon Territory. The particular facts of the long history of the dealings of the Ross River Band with the Department of Indian Affairs must also be reviewed.

13 The Ross River Dena Council Band (the “Band”) is recognized as a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. It is now located at Ross River, in the Yukon, on lands which it claims are a reserve. Norman Sterriah is the chief of the Band. In 1982, the Band incorporated the appellant, Ross River Dena Development Corporation. The Corporation was set up to provide services for the benefit of Band members and to carry on business as

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE LEBEL —

### I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir comment étaient créées les réserves visées par la *Loi sur les Indiens* dans le Territoire du Yukon (« Yukon »), où aucun traité ne régissait la question. Les appelants prétendent que le gouvernement du Canada a créé une réserve en mettant de côté des terres pour la bande de Ross River. Le gouvernement fédéral réplique que, bien que des terres aient été mises de côté, aucune réserve n’a jamais été créée, et que la preuve ne révèle aucune intention en ce sens. Pour les motifs qui suivent, j’estime qu’aucune réserve n’a été créée et qu’il y a lieu de rejeter le présent pourvoi.

### II. Historique du litige

La présente affaire découle d’une demande de remboursement de la taxe sur le tabac présentée par un magasin situé dans un petit village du Yukon. Selon les appelants, ce village est une réserve, d’où la demande d’exemption. Les intimés ont contesté cette demande, affirmant qu’aucune réserve n’avait jamais été créée à cet endroit. Ce qui, à l’origine, était un problème de fiscalité est devenu une question qui porte sur le droit relatif aux Autochtones et requiert l’examen du contexte historique de la procédure de création des réserves au Yukon. Il faut également examiner les faits particuliers de la longue histoire des rapports entre la bande de Ross River et le ministère des Affaires indiennes.

Le Conseil de la bande dénée de Ross River (la « Bande ») est reconnu comme une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. La Bande est maintenant établie à Ross River, au Yukon, sur des terres qui, affirme-t-elle, constituent une réserve. Norman Sterriah est le chef de la Bande. En 1982, l’appelante Ross River Dena Development Corporation a été constituée, à la demande de la Bande, pour fournir des

their agent. Despite the dispute about the legal status of the community, it is at least agreed that there is a village at Ross River and that Band members have been living there for a number of years.

After a long history of being shifted or pushed from place to place since the predecessors of the Department of Indian Affairs and Northern Development (“DIAND”) took them under its wing, in the 1950s, at long last, the members of the Ross River First Nation were allowed to settle down on the site of what is now their village, located at the junction of the Pelly and Ross Rivers. The lands in dispute in this case are not governed by treaty, as the Yukon Territory belongs to those regions of Canada where the treaty-making process with First Nations had very little practical impact, particularly in respect of the creation of reserves. (See *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 2, *Restructuring the Relationship*, Part 2, at pp. 479-84.)

Despite the absence of a treaty, the agents of the Department in the 1950s knew that the Band was living on the shores of the Ross River. The acknowledgement of this fact triggered a process of administrative discussion and action which led or not to the creation of a reserve on this site. By letter dated October 21, 1953, the Superintendent of the Yukon Agency sought the permission of the Indian Commissioner for British Columbia to establish an Indian reserve for the use of the Ross River Indians. By letter dated November 10, 1953, the Indian Commissioner for British Columbia supported the recommendation. On April 1, 1954, the Superintendent of the Yukon Agency wrote to the Dominion Lands Agent in Whitehorse to advise that tentative arrangements had been made to apply for a tract of land for an Indian reserve at Ross River; Ottawa did not act on the request.

services aux membres de la Bande et agir comme mandataire de ceux-ci. Malgré le litige concernant la situation juridique de la collectivité, les parties s'accordent à tout le moins sur le fait qu'il existe un village à Ross River et que les membres de la Bande y vivent depuis un certain nombre d'années.

Après avoir été déplacés ou ballottés à maintes reprises d'un endroit à un autre depuis que les organismes qui ont précédé le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le « MAINC ») les ont pris sous leurs ailes, les membres de la Première nation de Ross River ont enfin été autorisés, dans les années 50, à s'établir à l'endroit qui est maintenant leur village, au confluent des rivières Pelly et Ross. Les terres litigieuses ne sont pas régies par traité, car le Yukon est une des régions du Canada où la pratique qui consistait à conclure des traités avec les Premières nations n'a eu que très peu d'effets concrets, tout particulièrement en ce qui concerne la création de réserves. (Voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 2, *Une relation à redéfinir*, partie 2, p. 528-534.)

Malgré l'absence de traité, les fonctionnaires du ministère savaient, dans les années 50, que la Bande vivait sur les rives de la rivière Ross. La reconnaissance de ce fait a déclenché un processus de discussions et de mesures administratives qui a ou n'a pas abouti à la création d'une réserve à l'endroit en question. Dans une lettre datée du 21 octobre 1953, le surintendant de l'Agence du Yukon a demandé au commissaire aux Affaires indiennes pour la Colombie-Britannique l'autorisation d'établir une réserve indienne à l'usage des Indiens de Ross River. Dans une lettre datée du 10 novembre 1953, le commissaire aux Affaires indiennes pour la Colombie-Britannique a appuyé cette recommandation. Le 1<sup>er</sup> avril 1954, le surintendant de l'Agence du Yukon a écrit à l'agent des terres fédérales à Whitehorse pour l'informer que des démarches préliminaires avaient été effectuées en vue de demander une parcelle de terres aux fins d'établissement d'une réserve indienne à Ross River; Ottawa n'a pas donné suite à la demande.

14

15

16 On May 4, 1955, the federal Cabinet issued a procedural directive entitled Circular No. 27 which set out an internal government procedure for reserving lands in the territories for the use of a government department or agency. In 1957, the federal government decided to dismiss the recommendation to establish 10 reserves. On November 27, 1962, the Superintendent of the Yukon Agency applied to the Indian Affairs Branch (then in the Department of Citizenship and Immigration) to reserve approximately 66 acres of land under s. 18 of the *Territorial Lands Act*, R.S.C. 1952, c. 263, to be used for the Ross River Indian Band Village site. Correspondence was then exchanged over the following three years with respect to the proposed size and location of the site. On January 26, 1965, the Chief of the Resources Division in the Department of Northern Affairs and National Resources advised the Indian Affairs Branch that the site had been reserved for the Indian Affairs Branch. The letter was entered in the Reserve Land Register pursuant to s. 21 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149. It was also recorded in the Yukon Territory Land Registry of the Lands Division of the former Department of Northern Affairs and National Resources.

17 The Band takes the view that this administrative process, combined with the actual setting aside of land for its benefit, created a reserve within the meaning of the *Indian Act*. It appears that this opinion was not shared either by the Yukon territorial government or the Indian Affairs Branch. The dispute may have remained dormant for a while. It broke into the open and reached the courts on the occasion of a problem concerning the applicability of tobacco taxes.

18 The respondent Government of Yukon had imposed taxes on the Band under the *Tobacco Tax Act*, R.S.Y. 1986, c. 170. The Band claimed an exemption and asked for a refund of taxes already paid on tobacco sold in the village. It asserted that the Government of Yukon was taxing personal property of an Indian or of a band on a reserve, which

Le 4 mai 1955, le Cabinet fédéral a établi une directive procédurale intitulée Circulaire n<sup>o</sup> 27, qui précisait la procédure gouvernementale interne à suivre pour réserver des terres dans les territoires à l'intention des ministères ou autres organismes gouvernementaux. En 1957, le gouvernement fédéral a décidé de rejeter la recommandation proposant la création de 10 réserves. Le 27 novembre 1962, le surintendant de l'Agence du Yukon a demandé à la Division des affaires indiennes (qui faisait alors partie du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration) de réserver, en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur les terres territoriales*, S.R.C. 1952, ch. 263, environ 66 acres de terres devant servir comme site du village de la Bande. Au cours des trois années qui ont suivi, il y a eu échange de correspondance concernant la superficie et l'emplacement proposés pour le site du village de Ross River. Le 26 janvier 1965, le chef de la division des ressources du ministère du Nord canadien et des Ressources nationales a informé la Division des affaires indiennes que le site avait été réservé pour la Division des affaires indiennes. Cette lettre a été inscrite au registre des terres de réserve en vertu de l'art. 21 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149. Elle a aussi été notée au bureau d'enregistrement des droits fonciers du Yukon (Yukon Territory Land Registry) de la Division des terres du ministère du Nord canadien et des Ressources nationales de l'époque.

Selon la Bande, ce processus administratif, conjugué à la mise de côté des terres à son profit, a eu pour effet de créer une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Il semble que ni l'administration territoriale du Yukon ni la Division des affaires indiennes ne partageaient cet avis. Le différend, qui aurait pu demeurer latent encore pendant un certain temps, a éclaté au grand jour et les tribunaux en ont été saisis dans le cadre d'un problème touchant l'applicabilité des taxes sur le tabac.

En effet, le gouvernement du Yukon intimé a imposé à la Bande des taxes en application de la *Loi de la taxe sur le tabac*, L.R.Y. 1986, ch. 170. La Bande a revendiqué une exemption et demandé le remboursement de taxes déjà payées sur le tabac vendu dans le village. Elle a fait valoir que le gouvernement du Yukon se trouvait à taxer des biens

was exempt pursuant to s. 87(1) of the *Indian Act*. The Government of Yukon refused to make the refund because it did not recognize that the Band occupied a reserve. According to the Yukon government, the Band was merely located on lands which had been “set aside” for its benefit by the Crown in right of Canada. The federal government gave full support to this position and subsequently fought the claim of the appellants as to the existence of a reserve.

In the meantime, negotiations were taking place in the Yukon with respect to the land claims and rights of First Nations. An agreement known as the “Umbrella Final Agreement” was entered into by the Council for Yukon Indians, the Government of Yukon and the Government of Canada in 1993. It is a framework agreement which provides for its terms to be incorporated into subsequent agreements with individual First Nations. According to the Yukon government, seven of these agreements are now in force, dealing, among other topics, with land “set aside” and not part of a reserve. The Band chose to remain outside this process of treaty negotiation pending a decision from the courts regarding whether a reserve was created pursuant to the *Indian Act*.

### III. Judicial History

#### A. *Yukon Territory Supreme Court*, [1998] 3 C.N.L.R. 284

The appellants filed a motion in the Yukon Territory Supreme Court asking for a declaration that the lands the Band occupied at the Ross River site constitute a reserve within the meaning of the *Indian Act*. The federal government replied that the land had only been set aside for the Indian Affairs Branch on behalf of the Band. There had been no intent to create a reserve. Moreover, the creation of a reserve in the Yukon required an Order-in-Council, under the royal prerogative. This step had never been taken in the case of the Ross River Band.

personnels d’un Indien ou d’une bande dans une réserve, biens qui sont exempts de taxation en vertu du par. 87(1) de la *Loi sur les Indiens*. Le gouvernement du Yukon a refusé le remboursement demandé, au motif qu’il ne reconnaît pas que la Bande occupe une réserve. Selon le gouvernement du Yukon, celle-ci occupe tout simplement des terres qui ont été « mises de côté » à son profit par Sa Majesté du chef du Canada. Le gouvernement fédéral a souscrit entièrement à cette thèse et a par la suite contesté la prétention des appelants concernant l’existence d’une réserve.

Dans l’intervalle, des négociations se déroulaient au Yukon relativement aux droits des Premières nations et à leurs revendications territoriales. En 1993, le Conseil des Indiens du Yukon, le gouvernement du Yukon et le gouvernement du Canada ont conclu une entente intitulée « Accord-cadre définitif ». Ce document prévoit les modalités de base devant être incorporées aux accords conclus subséquentement par les Premières nations individuellement. Selon le gouvernement du Yukon, il existe à ce jour sept accords de ce genre, qui traitent chacun de nombreuses questions, notamment des terres qui ont été « mises de côté » et ne font pas partie d’une réserve. La Bande a décidé de ne pas participer à ce processus de négociation de traités tant que les tribunaux n’auraient pas statué sur la question de savoir si une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* a été créée.

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour suprême du territoire du Yukon*, [1998] 3 C.N.L.R. 284

Par requête déposée devant la Cour suprême du territoire du Yukon, les appelants ont sollicité un jugement déclaratoire portant que les terres occupées par la Bande à Ross River constituaient une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Le gouvernement fédéral a répondu que les terres avaient seulement été mises de côté pour la Division des affaires indiennes pour le compte de la Bande, qu’on n’avait pas eu l’intention de créer une réserve et, en outre, que la création d’une réserve au Yukon exigeait la prise d’un décret en vertu de la prérogative royale, démarche qui n’a jamais été accomplie dans le cas de la bande de Ross River.

21

Maddison J. declared the tract of land in question “to be an Indian Reserve within the meaning of the *Indian Act*” (para. 33). Maddison J. held that the definition of “reserve” in s. 2 of the *Indian Act* does not require any particular form of proclamation, conveyance, notification, transfer, order or grant; rather, the statutory definition emphasizes the act of “setting apart”. He recognized that there was no Order-in-Council or other such official instrument creating or recognizing the Ross River lands as an Indian reserve, but he found that such formal recognition was not necessary to bring the lands within the definition of “reserve” in the *Indian Act*. Maddison J. found, at para. 29, that:

The area reserved on January 26, 1965, was a tract of land that was (and is) vested in her Majesty. It had been applied for, for the use and benefit of a band: the Ross River Band. It was applied for, for a permanent use: a village site. That constitutes “use and benefit of a band” as in the *Indian Act* definition of “reserve”. The active words of the document reserving the land are as close to the wording of the statute as all but one of the four admitted Yukon Reserves for which the Court has been provided the wording. The public servants who put the setting-aside in process were Her Majesty’s agents.

B. *Yukon Territory Court of Appeal* (1999), 182 D.L.R. (4th) 116

22

The respondents then appealed to the Yukon Territory Court of Appeal. A majority of the court allowed the appeal, with Finch J.A. in dissent.

(1) Richard J.A.

23

Richard J.A., for the majority, held that the decision of the Yukon Territory Supreme Court should be overturned. He found that the lands occupied by the Band and its members were “lands set aside” but not a “reserve” under the *Indian Act*. He noted that the distinction between “lands set aside” and “reserves” was well established in the history of the

Le juge Maddison a déclaré que la parcelle de terrain en question [TRADUCTION] « constituait une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens* » (par. 33). Il a estimé que la définition de « réserve » à l’art. 2 de la *Loi sur les Indiens* n’exige aucune forme particulière de proclamation, de notification, de décret ou d’acte de transport, transfert ou concession, mais qu’elle met plutôt l’accent sur le fait de la « mise de côté ». Il a reconnu qu’il n’existait aucun décret ou autre texte officiel faisant des terres de Ross River une réserve indienne ou leur reconnaissant cette qualité. Cependant, il a conclu qu’une telle reconnaissance officielle n’est pas nécessaire pour que les terres soient visées par la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens*. Le juge Maddison a tiré les constatations suivantes, au par. 29 :

[TRADUCTION] La superficie réservée le 26 janvier 1965 était une parcelle de terrain dont Sa Majesté était (et est encore) propriétaire. On avait demandé que les terres servent à l’usage et au profit d’une bande : la bande de Ross River. On les a demandées aux fins d’affectation à un usage permanent : site d’un village. Il s’agit d’une affectation « à l’usage et au profit d’une bande » au sens de la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens*. Les termes performatifs du document réservant les terres correspondent d’aussi près au texte de la loi que ceux utilisés dans les documents ayant établi trois des quatre réserves du Yukon dont l’existence a été admise et dont le texte a été fourni au tribunal. Les fonctionnaires qui ont mis en branle le processus de mise de côté étaient les agents de Sa Majesté.

B. *Cour d’appel du territoire du Yukon* (1999), 182 D.L.R. (4th) 116

Les intimés ont ensuite interjeté appel auprès de la Cour d’appel du territoire du Yukon, qui a accueilli l’appel à la majorité, le juge Finch étant dissident.

(1) Le juge Richard

S’exprimant au nom de la majorité, le juge Richard a estimé qu’il y avait lieu d’infirmier la décision de la Cour suprême du territoire du Yukon. Il a conclu que les terres occupées par la Bande et ses membres constituaient des « terres mises de côté », mais non une « réserve » au sens de la *Loi sur les Indiens*. Il a souligné que, au Yukon, il existe

Yukon, although the terminology may have varied over time.

Richard J.A. found that it was the prerogative of the Crown to establish a reserve which was usually formally evidenced by an Order-in-Council. He found that there was no evidence that in 1965 the Crown ever intended to create a reserve for the Band, either directly or by express or implied delegation. He held that there was in fact a deliberate decision not to create a reserve. He added that there was also no evidence that the Head of the Resources Division had authority to create a reserve and the letter did not purport to be an act of the Governor in Council or an exercise of the royal prerogative. A generous or liberal reading of the definition of “reserve” in the *Indian Act* would not have provided any assistance, because the land was not set apart for the use and benefit of a “band”. Richard J.A. commented that the question at issue was whether a reserve had in fact been created and not whether a reserve should have been created.

(2) Hudson J.A. (concurring)

Hudson J.A. held that the chambers judge’s suggestion that some Crown officers had conspired to impose the policy of integrating Aboriginal peoples into the dominant society was not supported by the evidence. He stated that the evidence indicated that the public servants complained about the policy adopted by the government and, in fact, expressly favoured the goal of cultural preservation through the reservation of land for the benefit of Aboriginal peoples.

(3) Finch J.A. (dissenting)

Finch J.A. noted that neither the *Indian Act* nor the *Territorial Lands Act* provided any formal mechanism for the creation of an “Indian reserve” as defined in the *Indian Act*. He determined that the definition of a reserve must be read against the background of the Crown’s relationship with

historiquement une distinction bien établie entre les « terres mises de côté » et les « réserves », même si la terminologie qui a été utilisée a pu varier au fil des ans.

De l’avis du juge Richard, l’établissement d’une réserve relevait de l’exercice par la Couronne de sa prérogative à cet égard, mesure qui était habituellement constatée formellement par un décret. Il a conclu à l’absence de preuve établissant que, en 1965, la Couronne aurait eu l’intention de créer une réserve pour la Bande, soit directement soit par délégation expresse ou implicite. Il a jugé qu’il y avait en fait eu décision délibérée de ne pas créer de réserve. Il a ajouté qu’il n’y avait aucune preuve que le chef de la division des ressources avait le pouvoir d’en créer une, et que la lettre ne se voulait pas un acte du gouverneur en conseil ni l’exercice de la prérogative royale. Il n’aurait été d’aucune utilité d’interpréter de manière libérale ou généreuse la définition de « réserve » de la *Loi sur les Indiens*, puisque les terres n’avaient pas été mises de côté à l’usage et au profit d’une « bande ». Le juge Richard a précisé que la question en litige était de savoir si une réserve avait effectivement été créée et non s’il aurait fallu en créer une.

(2) Le juge Hudson (motifs concourants)

Le juge Hudson a ajouté que rien dans la preuve n’étayait l’affirmation du juge des requêtes selon laquelle certains fonctionnaires de la Couronne avaient comploté en vue d’imposer une politique d’assimilation des peuples autochtones à la société dominante. Il a affirmé que la preuve indiquait que les fonctionnaires s’étaient plaints de la politique adoptée par le gouvernement et qu’ils avaient de fait explicitement favorisé l’objectif de préservation de la culture au moyen de la mise en réserve de terres au profit des peuples autochtones.

(3) Le juge Finch (dissident)

Le juge Finch a estimé que ni la *Loi sur les Indiens* ni la *Loi sur les terres territoriales* ne comportaient de mécanisme formel en vue de la création d’une [TRADUCTION] « Réserve indienne » au sens de la *Loi sur les Indiens*. Il a jugé que la définition de réserve doit être interprétée dans le contexte

24

25

26

Aboriginal peoples to whom the Crown owed a fiduciary duty.

27 Finch J.A. found that the correspondence and conduct of officials from the federal government responsible for Indian Affairs created a reserve in 1965, despite the absence of any Order-in-Council or other official instrument reflecting an exercise of the Crown's prerogative. In his opinion, the statutory powers conferred in the *Territorial Lands Act* displaced the Crown's prerogative and allowed the Department of Northern Affairs and National Resources to create reserves in the course of exercising statutory powers delegated to them by the Governor in Council. Finch J.A. further found that the Cabinet directive contained in Circular No. 27 was a delegation of statutory authority sufficient to authorize public officials to create a "reserve" as defined in the *Indian Act*.

28 Finch J.A. found that the definition of "reserve" in the *Indian Act* required only an intention to allocate an area of Crown land for the use and benefit of a band, and an act by a public official with the authority to give effect to that intent. Finch J.A. decided that the appropriate government official had set apart certain land intending it to be reserved for the use and benefit of the Band. To hold otherwise would be inconsistent with the Crown's fiduciary obligations.

#### IV. Relevant Statutory Provisions

29 *Indian Act, 1876, S.C. 1876, c. 18*

3. The following terms contained in this Act shall be held to have the meaning hereinafter assigned to them, unless such meaning be repugnant to the subject or inconsistent with the context: —

. . . .

6. The term "reserve" means any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal

des rapports qu'entretient l'État avec les peuples autochtones, peuples envers lesquels l'État a une obligation de fiduciaire.

Le juge Finch a estimé que la correspondance et la conduite des fonctionnaires des Affaires indiennes du gouvernement fédéral avaient eu pour effet d'entraîner la création d'une réserve en 1965, malgré l'absence de décret ou autre instrument officiel témoignant de l'exercice de la prérogative de la Couronne. De l'avis du juge Finch, les pouvoirs d'origine législative prévus par la *Loi sur les terres territoriales* avaient remplacé la prérogative de la Couronne et permis au ministère du Nord canadien et des Ressources nationales de créer des réserves dans l'exercice des pouvoirs d'origine législative qui lui étaient délégués par le gouverneur en conseil. Le juge Finch a également conclu que la directive énoncée dans la Circulaire n° 27 emportait délégation d'un pouvoir légal suffisant pour autoriser des fonctionnaires à créer une « réserve » au sens de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Finch a conclu que la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens* n'exigeait que deux choses : l'intention d'affecter une parcelle de terre de la Couronne à l'usage et au profit d'une bande et un acte accompli par un fonctionnaire habilité à donner effet à cette intention. Le juge Finch a décidé que le fonctionnaire compétent avait mis de côté certaines terres dans l'intention de les réserver à l'usage et au profit de la Bande. Conclure autrement, de l'avis du juge Finch, serait incompatible avec les obligations fiduciaires de la Couronne.

#### IV. Les dispositions législatives pertinentes

*L'Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, ch. 18*

3. Les expressions qui suivent, usitées dans le présent acte, seront censées avoir la signification qui leur est ci-dessous attribuée, à moins que cette signification ne soit inconciliable avec le sujet ou incompatible avec le contexte : —

. . . .

6. L'expression « réserve » signifie toute étendue ou toutes étendues de terres mises à part, par traité ou autrement, pour l'usage ou le bénéfice d'une bande particulière

title is in the Crown, but which is unsurrendered, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals, or other valuables thereon or therein.

*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5

2. (1) In this Act,

“band” means a body of Indians

(a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,

(b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or

(c) declared by the Governor in Council to be a band for the purpose of this Act;

. . .

“reserve”

(a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band, and

(b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 and 60 and the regulations made under any of those provisions, includes designated lands;

. . .

(2) The expression “band”, with reference to a reserve or surrendered lands, means the band for whose use and benefit the reserve or the surrendered lands were set apart.

. . .

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

21. There shall be kept in the Department a register, to be known as the Reserve Land Register, in which shall be

de Sauvages, ou qui lui est concédée, dont le titre légal reste à la Couronne, mais qui ne lui sont pas transportées, et comprend tous les arbres, les bois, le sol, la pierre, les minéraux, les métaux ou autres choses de valeur qui s’y trouvent, soit à la surface, soit à l’intérieur;

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

« bande » Groupe d’Indiens, selon le cas :

a) à l’usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l’usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d’argent;

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l’application de la présente loi.

. . .

« réserve » Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l’application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.

. . .

(2) En ce qui concerne une réserve ou des terres cédées, « bande » désigne la bande à l’usage et au profit de laquelle la réserve ou les terres cédées ont été mises de côté.

. . .

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l’usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l’usage et au profit de la bande.

21. Il doit être tenu au ministère un registre, connu sous le nom de Registre des terres de réserve, où sont

entered particulars relating to Certificates of Possession and Certificates of Occupation and other transactions respecting lands in a reserve.

**87.** (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

- (a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and
- (b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

*Territorial Lands Act*, R.S.C. 1952, c. 263

**18.** The Governor in Council may

. . . .

(d) set apart and appropriate such areas or lands as may be necessary to enable the Government of Canada to fulfil its obligations under treaties with the Indians and to make free grants or leases for such purposes, and for any other purpose that he may consider to be conducive to the welfare of the Indians;

*Territorial Lands Act*, R.S.C. 1985, c. T-7

**23.** The Governor in Council may

. . . .

(d) set apart and appropriate such areas or lands as may be necessary

(i) to enable the Government of Canada to fulfil its obligations under treaties with the Indians and to make free grants or leases for that purpose, or

(ii) for any other purpose that the Governor in Council may consider to be conducive to the welfare of the Indians;

## V. Analysis

### A. *The Issues*

This appeal raises two well-defined issues about the creation of reserves. The first one is the nature of the legal requirements which must be met for the establishment of a reserve as defined in the *Indian*

inscrits les détails concernant les certificats de possession et certificats d'occupation et les autres opérations relatives aux terres situées dans une réserve.

**87.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation :

- a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;
- b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

*Loi sur les terres territoriales*, S.R.C. 1952, ch. 263

**18.** Le gouverneur en conseil peut

. . . .

d) mettre à part et affecter les étendues de territoire ou les terres qui peuvent être nécessaires afin de permettre au gouvernement du Canada de remplir ses obligations d'après les traités conclus avec les Indiens et d'accorder des concessions ou des baux gratuits pour ces objets, ainsi que pour tout autre objet qu'il peut considérer comme devant contribuer au bien-être des Indiens;

*Loi sur les terres territoriales*, L.R.C. 1985, ch. T-7

**23.** Le gouverneur en conseil peut :

. . . .

d) réserver les périmètres ou terres nécessaires :

(i) soit en vue de permettre au gouvernement du Canada de remplir ses obligations aux termes des traités conclus avec les Indiens et d'accorder des concessions ou des baux gratuits à cette fin,

(ii) soit en vue de réaliser toute fin qu'il juge de nature à contribuer au bien-être des Indiens;

## V. Analyse

### A. *Les questions en litige*

Le présent pourvoi soulève deux questions bien définies à propos de la création de réserves. La première porte sur la nature des conditions légales qui doivent être réunies pour l'établissement

*Act.* The second issue concerns whether, given these requirements, the lands set aside for the Ross River Band have the status of a reserve.

## B. *The Position of the Parties*

### (1) Appellants

The appellants submit that reserves have been created in a number of ways. In their view, while the power to create reserves may originally have been exercised under the royal prerogative, this was displaced beginning in 1868 with the passage of *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. The royal prerogative has been further displaced by the combination of the definition of “reserve” in s. 2(1) of the *Indian Act* and s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* (now s. 23(d)). The exercise of this statutory authority thus requires no formal instrument signifying the exercise of the royal prerogative such as an Order-in-Council or letters patent.

The appellants submit that reserves can be created by treaty or otherwise, including by being set aside by survey. The lack of an Order-in-Council setting lands aside has not been determinative of the creation of a reserve. Indeed, the courts should continue to take a flexible approach to the Crown’s actions in its relations with First Nations. The appellants adopt the view of Finch J.A. that two conditions are required to create a reserve: (1) an intention to create a *de facto* reserve, and (2) an act by a public official with authority to give effect to the intention. The appellants have also stated the criteria for creating a reserve as follows: (1) the Crown, as a matter of fact, has set apart a specific tract of land; (2) the specific tract has been set apart for the permanent use and benefit of a band of Indians; and (3) the underlying title to these lands remains in the Crown.

d’une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. La deuxième consiste à se demander si, eu égard à ces conditions, les terres mises de côté pour la bande de Ross River ont la qualité de réserve.

## B. *Les thèses des parties*

### (1) Les appelants

Les appelants prétendent que les réserves ont été créées par des méthodes variées. À leur avis, bien que le pouvoir de créer des réserves puissent au départ avoir été exercé en vertu de la prérogative royale, cette procédure a été écartée, à partir de 1868, par suite de l’adoption de la loi intitulée *Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42. La prérogative royale a également été écartée par l’effet combiné de la définition de « réserve » au par. 2(1) de la *Loi sur les Indiens* et de l’al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 (maintenant l’al. 23d)). L’exercice de ce pouvoir d’origine législative ne requiert donc aucun instrument formel constatant l’exercice de la prérogative royale, par exemple un décret ou des lettres patentes.

Les appelants plaident qu’une réserve peut être créée par traité ou autrement, y compris par mise de côté au moyen d’un arpentage. L’absence d’un décret mettant des terres de côté n’est pas déterminante pour ce qui concerne la création d’une réserve. De fait, les tribunaux devraient continuer d’appliquer une approche souple à l’égard des mesures prises par la Couronne dans le cadre de ses rapports avec les Premières nations. Les appelants souscrivent à l’opinion du juge Finch suivant laquelle deux conditions doivent être réunies pour qu’il y ait création d’une réserve : (1) l’intention de créer une réserve *de facto*; (2) un acte accompli par un fonctionnaire habilité à donner effet à cette intention. Les appelants ont également décrit ainsi les critères qui doivent être respectés pour qu’une réserve soit créée : (1) la Couronne a, dans les faits, mis de côté une parcelle de terrain déterminée; (2) cette parcelle a été mise de côté à l’usage et au profit permanents d’une bande indienne; (3) le titre sur ces terres continue d’appartenir à la Couronne.

31

32

33

The appellants submit that the village site inhabited by the Band meets the test for the creation of a reserve. They claim that a specific tract of land was set apart for their use in 1965. The lands have been used by the Band ever since. Government officials as early as 1953 expressed an intention to create a reserve for the Band, and continued to take this view in spite of Ottawa's intransigence. However, since the lands were set aside under the *Territorial Lands Act* according to the appellants, a reserve was created. The Crown had a clear purpose in setting aside the lands: to establish a settled community where the Band would be able to live in permanent dwellings. Further, DIAND adopted a policy in 1971 which recognized the Band's beneficial interest in the land and required the Department to consult and compensate the Band if a right-of-way should be needed over its lands.

(2) Respondents

(i) *Government of Canada*

34

The Government of Canada submits that the power to create reserves in the Yukon Territory continues to be an exercise of the royal prerogative. The Crown in this case never intended to create a reserve, and never by a duly authorized official or body exercised the royal prerogative to do so. Intention to create a reserve is key, and the evidence accepted in the courts below was that no such intention ever existed. The Government of Canada submits that, as the Band is not the signatory of any treaty, reserve-creation principles based on treaty-created reserves are inapplicable. Further, the *Territorial Lands Act* does not grant authority to create reserves; even if it did, the authority to do so would reside in the Governor in Council who has not exercised that power to create a reserve for the Band.

35

The Government of Canada submits that the power to create reserves is part of the royal prerogative because of the special nature of the relationship of First Nations to the Crown. By convention and

Les appelants affirment que le site du village habité par la Bande satisfait aux critères requis pour qu'il y ait création d'une réserve. Ils prétendent que, en 1965, on a mis de côté une parcelle de terrain déterminée à leur usage, parcelle qu'utilise la Bande depuis cette date. Dès 1953, des fonctionnaires ont exprimé l'intention de créer une réserve pour la Bande et ils ont continué à préconiser cette mesure malgré l'intransigeance d'Ottawa. Cependant, de prétendre les appelants, puisque les terres ont été mises de côté en vertu de la *Loi sur les terres territoriales*, une réserve a été créée. La Couronne avait un objectif clair lorsqu'elle a mis ces terres de côté : établir une communauté où la Bande pourrait vivre dans des habitations permanentes. De plus, le MAINC a adopté, en 1971, une politique qui reconnaissait l'intérêt bénéficiaire de la Bande sur les terres et obligeait le ministère à consulter et indemniser la Bande, s'il devenait nécessaire d'établir un droit de passage sur ces terres.

(2) Les intimés

(i) *Le gouvernement du Canada*

Le gouvernement du Canada fait valoir que le pouvoir de créer des réserves au Yukon continue de se faire par l'exercice de la prérogative royale et que, en l'espèce, la Couronne n'a jamais eu l'intention de créer une réserve et n'a jamais — que ce soit par l'intermédiaire d'un fonctionnaire ou d'un organisme dûment autorisé — exercé la prérogative royale à cette fin. L'intention de créer une réserve est l'élément clé et, selon la preuve retenue par les juridictions inférieures, une telle intention n'a jamais existé. D'affirmer le gouvernement du Canada, comme la Bande n'est signataire d'aucun traité, les principes touchant la création de réserves par traité ne s'appliquent pas. Le gouvernement prétend également que la *Loi sur les terres territoriales* ne confère pas le pouvoir de créer des réserves et que, même si elle le faisait, ce pouvoir appartiendrait au gouverneur en conseil, qui ne l'a pas exercé pour créer une réserve pour la Bande.

Le gouvernement du Canada plaide que le pouvoir de créer des réserves fait partie de la prérogative royale en raison du caractère spécial des rapports entre les Premières nations et la Couronne. Par

long-standing practice, only the Governor in Council is able to exercise this power; its exercise cannot be delegated to ministers of the Crown or other delegates. The exercise of the royal prerogative requires an outward public manifestation through an Order-in-Council; warrants, commissions or orders under the sign manual; or proclamations, writs, letters patent, letters close, charters, grants and other documents under the Great Seal. In most cases, reserves have been created by means of Orders-in-Council, although there have been exceptions. In the view of the Government of Canada, these exceptions do not prove that the creation of reserves is no longer a prerogative power. In this case, there is no treaty manifesting an intention to create a reserve, nor any other concrete evidence of it. While some Crown servants may have favoured the creation of a reserve, their views were never adopted by the Crown which had a stated policy against the creation of reserves in the Yukon Territory.

The royal prerogative can only be limited by means of express language in statute. Neither the *Indian Act* nor the *Territorial Lands Act* supplants the prerogative by means of explicit language with respect to reserve creation. The Government of Canada rejects the trial judge's application of the definition of the word "reserve" in the *Indian Act* as inconsistent with the purposive, contextual approach to interpretation advocated by this Court. The Government of Canada adds that the context of the *Indian Act* makes it clear that not all lands occupied by Indians under the Act are reserve lands; First Nations may also reside on Crown lands that have not been set apart as reserves. Moreover, in many cases, powers in relation to reserves under the Act must be exercised by the Governor in Council. Finally, because the creation of a reserve has effects upon the general population as well as the specific band, it is critical that the process of establishing a reserve be appropriately public to ensure clarity, certainty and public notice.

convention et conformément à une pratique de longue date, seul le gouverneur en conseil peut exercer ce pouvoir, qui ne peut être délégué aux ministres ou à qui que ce soit d'autre. L'exercice de la prérogative royale exige une manifestation publique concrète : décrets; mandats, commissions ou ordonnances sous seing royal; ou encore proclamations, brevets, lettres patentes, lettres scellées, chartes, cessions ou autres documents délivrés sous le Grand Sceau. Les réserves ont dans la plupart des cas été créées par décret, mais il y a eu des exceptions. De l'avis du gouvernement fédéral, ces exceptions n'établissent toutefois pas que la création de réserves ne relève plus de la prérogative de la Couronne. En l'espèce, il n'existe ni traité témoignant de l'intention de créer une réserve, ni quelque autre élément de preuve concret établissant cette intention. Bien que certains fonctionnaires puissent avoir été en faveur de la création d'une réserve, leur point de vue n'a jamais été retenu par la Couronne, dont la politique déclarée consistait à ne pas créer de réserves au Yukon.

L'exercice de la prérogative royale ne peut être limité qu'au moyen d'une disposition explicite en ce sens dans le texte de loi concerné. Ni la *Loi sur les Indiens* ni la *Loi sur les terres territoriales* n'ont écarté en termes exprès la prérogative en ce qui concerne la création de réserves. Le gouvernement du Canada rejette l'interprétation qu'a donnée le juge de première instance de la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens*, parce qu'elle serait incompatible avec l'interprétation téléologique et contextuelle préconisée par notre Cour. Il ajoute qu'il ressort clairement du contexte de la *Loi sur les Indiens* que les terres occupées par des Indiens en application de la Loi ne sont pas toutes des terres de réserve, et qu'il est possible que des Premières nations résident sur des terres de la Couronne n'ayant pas été mises de côté à titre de réserves. Qui plus est, dans de nombreux cas, les pouvoirs relatifs aux réserves prévus par la Loi doivent être exercés par le gouverneur en conseil. Enfin, comme la création d'une réserve a des effets sur l'ensemble de la population ainsi que sur la bande concernée, il est crucial que le processus d'établissement des réserves soit suffisamment public pour garantir la transparence, la certitude et la notification des mesures qui sont prises.

(ii) *Government of Yukon*

37

The Government of Yukon has taken no position on the questions in this appeal. However, the Government of Yukon stated its concern about the impact of any decision in this case on the Umbrella Final Agreement, which sets the pattern for land settlement agreements between it and the First Nations of the Yukon Territory. The Umbrella Final Agreement treats reserves and lands set aside, or settlement land, differently. Lands set aside must become settlement land, outside of the *Indian Act*, under the Umbrella Final Agreement; on the other hand, reserves are to be retained or converted to settlement land. Different tax regimes affect each type of land, with reserves entitled to the exemption under s. 87 of the *Indian Act*, whereas lands set aside have been granted a moratorium on the collection of certain types of tax. Further, federal grants in lieu of taxes are paid to the Government of Yukon on lands set aside, but not on reserve lands. A judgment of this Court finding that the Ross River lands are a reserve would impact on other First Nations in the Yukon Territory and could disrupt the current land agreement.

(3) Interveners

38

Two interveners, the Attorney General of British Columbia and the Coalition of B.C. First Nations (the “Coalition”) made sharply conflicting submissions on the key issues raised in this appeal. In support of the Government of Canada, the Attorney General of British Columbia submitted that the creation of reserves remains essentially a matter of royal prerogative. The *Indian Act* is concerned with the management of reserves but does not provide for their creation. Moreover, a finding that an *Indian Act* reserve has been established requires evidence of an outward manifestation of intent to bring a tract of land

(ii) *Le gouvernement du Yukon*

Le gouvernement du Yukon n’a pas pris position sur les questions soulevées dans le présent pourvoi. Cependant, il s’est dit inquiet de l’incidence éventuelle de toute décision rendue en l’espèce sur l’Accord-cadre définitif, qui constitue le modèle des accords sur les revendications territoriales qu’il conclut avec les Premières nations du Yukon. L’Accord-cadre définitif ne traite pas de la même façon les réserves et les terres mises de côté, ou terres visées par un règlement. Conformément à l’Accord-cadre définitif, les terres mises de côté doivent devenir des terres visées par un règlement, non assujetties à la *Loi sur les Indiens*; par contre, une réserve peut soit conserver cette qualité, soit devenir une terre visée par un règlement. Chaque type de terre est régi par un régime fiscal différent. Certains biens bénéficient de l’exemption prévue par l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, alors que les terres mises de côté font l’objet d’un moratoire visant la perception de divers types d’impôts. De plus, des subventions fédérales tenant lieu d’impôts sont versées au Yukon à l’égard des terres mises de côté, mais non à l’égard des réserves. D’affirmer le gouvernement du Yukon, si notre Cour jugeait que les terres de Ross River constituent une réserve, une telle décision aurait une incidence sur les autres Premières nations du Yukon et pourrait perturber l’harmonie qui règne actuellement sur la question du territoire.

(3) Les intervenants

Deux intervenants, le procureur général de la Colombie-Britannique et la Coalition of B.C. First Nations (la « Coalition ») ont présenté des observations diamétralement opposées sur les questions clés soulevées dans le présent pourvoi. Appuyant la position du gouvernement du Canada, le procureur général de la Colombie-Britannique a fait valoir que la création des réserves demeure essentiellement une question relevant de l’exercice de la prérogative royale. La *Loi sur les Indiens* porte sur la gestion des réserves, mais ne pourvoit pas à leur création. En outre, pour que le tribunal puisse conclure qu’une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* a été

under the management and protection scheme of the Act.

The Coalition submitted broad arguments on the nature of the relationship between the Crown and First Nations. It views reserve creation as an exercise of the royal prerogative, constrained by the Crown's legal and equitable obligations to First Nations, as well as by statute. In this context, it submits that reserves may come into existence by various means like the treaty process, unilateral government action, or even *de facto* through the historical development of a particular native community which gives the reserve definite boundaries over time.

Given the position of the parties and the issues they raise, I will review the legal process of reserve creation in the Yukon Territory, after a few comments about the history of the process in Canada. I will then turn to the evidence in order to determine whether it establishes that a reserve was created at Ross River.

### C. *The Creation of Reserves*

A word of caution is appropriate at the start of this review of the process of reserve creation. Some of the parties or interveners have attempted to broaden the scope of this case. They submit that it offers the opportunity for a definitive and exhaustive pronouncement by this Court on the legal requirements for creating a reserve under the *Indian Act*. Such an attempt, however interesting and challenging it may appear, would be both premature and detrimental to the proper development of the law in this area. Despite its significance, this appeal involves a discussion of the legal position and historical experience of the Yukon, not of historical and legal developments spanning almost four centuries and concerning every region of Canada.

établie, il faut lui apporter la preuve d'une manifestation concrète de l'intention de soumettre une parcelle de terrain au régime de gestion et de protection prévu par cette loi.

La Coalition a présenté des arguments généraux sur la nature des rapports entre la Couronne et les Premières nations. Il considère que la création d'une réserve résulte de l'exercice de la prérogative royale et doit respecter les dispositions législatives pertinentes ainsi que les obligations fondées sur la common law et l'équité qui incombent à la Couronne envers les Premières nations. Dans ce contexte, la Coalition avance qu'une réserve peut être créée de diverses façons, notamment par voie de traité ou par une mesure gouvernementale unilatérale — et qu'elle peut même être créée *de facto*, savoir par suite de l'évolution historique d'une collectivité autochtone donnée, qui aurait permis à la réserve d'acquérir des limites précises au fil des ans.

Vu les thèses avancées par les parties et les questions qu'elles soulèvent, je vais examiner le processus juridique de création des réserves au Yukon, après avoir fait quelques commentaires sur l'histoire de ce processus au Canada. Je vais ensuite déterminer si, au regard de la preuve, une réserve a été créée à Ross River.

### C. *La création des réserves*

Une mise en garde s'impose en amorçant l'examen du processus de création des réserves. Des intervenants ou des parties ont tenté d'élargir la portée du présent pourvoi qui, à leur avis, donne à notre Cour l'occasion de se prononcer de façon définitive et exhaustive sur les conditions légales de création des réserves prévues par la *Loi sur les Indiens*. Cependant, aussi intéressante et difficile que puisse sembler une telle démarche, elle serait prématurée et nuirait à l'évolution normale du droit dans ce domaine. Malgré son importance, le présent pourvoi s'attachera à la situation juridique au Yukon et à l'expérience observée historiquement en matière de création des réserves dans ce territoire, et non à l'évolution historique et juridique de cette question pendant près de quatre siècles dans les diverses régions du Canada.

39

40

41

42 The key issue in this case remains whether the lands set aside nearly half a century ago for the Ross River Band have the status of a reserve as defined in the *Indian Act*. Was the process purely an exercise of the prerogative power? Did statute law displace this power completely or in part? These questions must be answered in order to determine whether a reserve now exists at the junction of the Ross and Pelly Rivers.

43 Canadian history confirms that the process of reserve creation went through many stages and reflects the outcome of a number of administrative and political experiments. Procedures and legal techniques changed. Different approaches were used, so much so that it would be difficult to draw generalizations in the context of a specific case, grounded in the particular historical experience of one region of this country.

44 In the Maritime provinces, or in Quebec, during the French regime or after the British conquest, as well as in Ontario or later in the Prairies and in British Columbia, reserves were created by various methods. The legal and political methods used to give form and existence to a reserve evolved over time. It is beyond the scope of these reasons to attempt to summarize the history of the process of reserve creation throughout Canada. Nevertheless, its diversity and complexity become evident in some of the general overviews of the process which have become available from contemporary historical research. For example, in the course of the execution of its broad mandate on the problems of the First Nations in Canada, the Royal Commission on Aboriginal Peoples reviewed the process in its report (“*RCAP Report*”) (see *Looking Forward, Looking Back*, vol. 1, at pp. 142-45; *Restructuring the Relationship*, vol. 2, at pp. 464-85). The report gives a good overview of the creation of reserves, emphasizing its very diversity. A more detailed study of the topic may also be found in R. H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland — A Study in Law and History* (1990); see also

En l’espèce, la question clé demeure celle de savoir si les terres mises de côté il y a près d’un demi-siècle pour la bande de Ross River ont la qualité de réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Cette mesure constituait-elle simplement l’exercice de la prérogative royale? Le droit d’origine législative a-t-il remplacé entièrement ou partiellement ce pouvoir? Il faut répondre à ces questions pour déterminer s’il existe maintenant une réserve au confluent des rivières Ross et Pelly.

L’examen de l’histoire du Canada confirme que le processus de création des réserves a traversé de nombreuses étapes et résulte d’un certain nombre d’expériences administratives et politiques. Les procédures et techniques juridiques ont évolué. Diverses approches ont été utilisées, à tel point qu’il serait difficile de généraliser, dans le contexte d’un cas précis, à partir de l’expérience historique particulière d’une région du Canada.

Tant dans les provinces maritimes qu’au Québec durant le régime français ou après la conquête britannique, de même qu’en Ontario et, plus tard, dans les Prairies et en Colombie-Britannique, on a recouru à diverses méthodes pour créer des réserves. Les méthodes juridiques et politiques employées pour donner forme et existence aux réserves ont évolué au fil des ans. La synthèse historique du processus de création des réserves dans l’ensemble du Canada n’entre pas dans le cadre des présents motifs. Néanmoins, la diversité et la complexité de ce processus ressortent clairement de l’examen général qui en est fait dans des travaux contemporains de recherches historiques. Par exemple, dans l’exécution du large mandat qu’on lui avait confié relativement à l’étude des problèmes des Premières nations au Canada, la Commission royale sur les peuples autochtones a examiné le processus de création des réserves dans son rapport (le « *Rapport de la CRPA* ») (voir *Un passé, un avenir*, vol. 1, p. 152-156; *Une relation à redéfinir*, vol. 2, p. 513-535). Ce rapport donne un bon aperçu de la création des réserves et fait bien ressortir la diversité même de ce processus. On peut consulter une étude plus détaillée de la question dans R. H. Bartlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada* :

J. Woodward, *Native Law* (loose-leaf), at pp. 247-48.

### Northern Canada

In this appeal, more detailed attention must be given to a review of the process of reserve creation in Northern Canada. Treaties 8, 10 and 11 provided for the creation of reserves in Northern Canada (consisting in part of the northern Prairie provinces and the western portions of the Northwest Territories, southeastern Yukon Territory, and north-eastern British Columbia). These have been characterized as “resource development” agreements in the sense that there was no desire to turn the Aboriginal peoples of these areas into farmers as had been the case in the South. Moreover, First Nations were told generally that they would not be forced to live on the reserve allotments nor would their traditional economic life be disrupted. However, as in the more southerly numbered treaties, the federal government was often slow to meet its obligation to create reserves, leaving many First Nations to continue the struggle to settle land claims into very recent times (see *RCAP Report*, vol. 2, *supra*, at pp. 479-84). In a number of cases, some First Nations never acceded to treaties purporting to cover their lands. In other cases, no treaties were ever signed, as is the case in most of the Yukon Territory. However, in the last two decades there has been some movement to formulate land settlement claims with the Inuit (which led to the creation of Nunavut), the Dene and Yukon First Nations. These agreements generally provide for some form of Aboriginal self-government, but do not necessarily provide for the creation of reserves (as in the Umbrella Final Agreement in the present case).

The legal methods used to give a form of legal existence to these reserves have varied. Each of them must be reviewed in its own context. I will hence focus now more narrowly on the legal nature

*A Homeland — A Study in Law and History* (1990); voir aussi J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), p. 247-248.

### Le Nord canadien

Dans le présent pourvoi, il faut se pencher de façon plus particulière sur le processus de création des réserves dans le Nord canadien. Les traités 8, 10 et 11 prévoyaient la création de réserves dans cette région (qui comprend notamment le Nord des provinces des Prairies, les parties occidentales des Territoires du Nord-Ouest, le sud-est du Territoire du Yukon et le nord-est de la Colombie-Britannique). Ces traités ont été qualifiés d’accords « d’exploitation des ressources », en ce sens qu’on ne désirait aucunement faire des peuples autochtones de ces régions des agriculteurs comme ce fut le cas dans les régions du Sud. De plus, on avait généralement expliqué aux Premières nations qu’elles ne seraient pas contraintes de vivre sur les terres ainsi réservées et que leur économie traditionnelle ne serait pas perturbée. Cependant, comme dans le cas des traités numérotés visant les régions plus au sud, le gouvernement fédéral s’est souvent montré lent à s’acquitter de son obligation de créer des réserves, avec pour conséquence que de nombreuses Premières nations négocient encore le règlement de revendications territoriales (voir le *Rapport de la CRPA*, vol. 2, *op. cit.*, p. 528-534). Dans certains cas, des Premières nations n’ont jamais adhéré aux traités censés viser leurs terres, alors que dans d’autres aucun traité n’a été signé, comme ce fut le cas pour la majeure partie du Yukon. Cependant, durant les deux dernières décennies, un processus de négociations en vue du règlement de revendications territoriales s’est amorcé avec les Inuits (qui a entraîné la création du Nunavut), les Dénés et les Premières nations du Yukon. Ces accords prévoient généralement une certaine forme d’autonomie gouvernementale, sans pouvoir nécessairement à la création de réserves (comme dans le cas de l’Accord-cadre définitif en l’espèce).

On a eu ainsi recours à diverses méthodes juridiques pour donner légalement existence à ces réserves. Chacune d’elles doit être examinée au regard du contexte qui lui est propre. Je vais en conséquence

45

46

of the process which prevailed in the Yukon and on its application to the facts in this case.

#### D. *Reserve Creation in the Yukon*

47 Three different sources for the authority to create reserves have been identified by the parties. The appellants essentially submit that the authority to create a reserve is statute based. In their view, statute law has displaced the royal prerogative as the primary source of authority. As mentioned above, the federal government answers that the reserve-creation power in the Yukon Territory continues to flow from the royal prerogative. One of the interveners, the Coalition, advances the submission that the authority to create reserves derives from the combined application of prerogative powers and statute.

##### (1) Statute

48 In order to determine whether statutory authority exists, it is necessary to turn first to the provisions of the *Indian Act*. Under s. 2(1) of the *Indian Act*, the term “reserve” in the context of the Act is defined as follows: “[A] tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band”. In certain sections of the *Indian Act* (namely, ss. 18(2), 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 and 60, and the regulations made under those sections), the definition of “reserve” is extended to include “designated lands”, which s. 2(1) defines to mean “a tract of land or any interest therein the legal title to which remains vested in Her Majesty and in which the band for whose use and benefit it was set apart as a reserve has, otherwise than absolutely, released or surrendered its rights or interests, whether before or after the coming into force of this definition”. This latter expansion of the definition is not of relevance in the instant case, so my analysis will focus on the definition proper.

49 The definition in s. 2(1) of “reserve” exists primarily to identify what lands are subject to the terms of the Act. The Act outlines property rights of Indians on reserves, establishes band governments and

m’attacher maintenant au caractère juridique du processus retenu au Yukon ainsi qu’à son application aux faits de l’espèce.

#### D. *La création des réserves au Yukon*

Les parties ont plaidé que le pouvoir de créer des réserves repose sur trois sources différentes. Essentiellement, les appelants prétendent que ce pouvoir découle d’un texte de loi. À leur avis, ce droit d’origine législative a remplacé la prérogative royale comme source première du pouvoir en question. Comme je l’ai indiqué plus tôt, le gouvernement fédéral répond que le pouvoir de créer des réserves au Yukon continue de découler de la prérogative royale. L’un des intervenants, la Coalition, avance que ce pouvoir découle de l’application combinée des pouvoirs fondés sur la prérogative et de ceux prévus par des dispositions législatives.

##### (1) Pouvoir d’origine législative

Pour déterminer s’il existe vraiment un pouvoir d’origine législative, il faut d’abord examiner les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Au paragraphe 2(1) de cette loi, le mot « réserve » est défini ainsi, pour l’application de cette loi : « [p]arcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande ». Pour l’application de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* (le par. 18(2), les art. 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, et les règlements pris sous leur régime), la définition de « réserve » est élargie et s’entend également des « terres désignées », terme qui est défini comme suit au par. 2(1) : « [p]arcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande à l’usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve a cédé, avant ou après l’entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu’à titre absolu ». Cette définition élargie n’est pas pertinente en l’espèce et, en conséquence, mon analyse s’attachera à la définition première du mot.

La définition de « réserve » au par. 2(1) vise principalement à identifier les terres qui sont assujetties à la Loi. Celle-ci indique quels sont les droits fonciers des Indiens sur les réserves,

outlines their powers, identifies how Indians are or are not subject to taxation, and provides for a variety of other matters.

Under the *Indian Act*, the setting apart of a tract of land as a reserve implies both an action and an intention. In other words, the Crown must do certain things to set apart the land, but it must also have an intention in doing those acts to accomplish the end of creating a reserve. It may be that, in some cases, certain political or legal acts performed by the Crown are so definitive or conclusive that it is unnecessary to prove a subjective intent on the part of the Crown to effect a setting apart to create a reserve. For example, the signing of a treaty or the issuing of an Order-in-Council are of such an authoritative nature that the mental requirement or intention would be implicit or presumptive.

While s. 2(1) of the *Indian Act* defines “reserve” for the purposes of the Act as land set apart by the Crown for the use and benefit of Indians, nothing in the Act bestows upon the Governor in Council, the Minister of DIAND, or any other statutory delegate, the authority to perform the actions necessary to create a reserve. Nor does the Act explain what must be done to set apart lands for the purpose of creating a reserve: the Act neither sets out the material element nor the intentional element required for the setting apart of land to take place. One must look elsewhere for sources of any such statutory authority.

The appellants concede that the royal prerogative was the original source of the Crown’s authority to create a reserve. In such instruments as the Mi’kmaq treaties in the early 1760s discussed in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, the Crown interacted directly with the First Nations without the interposition of any statutory authority. Such a situation is a pure act of prerogative authority. Only since the latter part of the eighteenth century has legislation been enacted which could eliminate or reduce

elle pourvoit à l’établissement de gouvernements locaux pour les bandes et énonce leurs pouvoirs, et elle précise l’assujettissement des Indiens à la taxation en plus de régir diverses autres questions.

La mise de côté d’une parcelle de terrain à titre de réserve en vertu de la *Loi sur les Indiens* suppose à la fois une action et une intention. En d’autres termes, la Couronne doit non seulement prendre certaines mesures pour mettre des terres de côté, mais elle doit également agir dans l’intention de créer une réserve. Dans certains cas, il est possible que certaines mesures politiques ou juridiques prises par la Couronne aient un caractère tellement définitif ou concluant qu’il devient inutile de prouver que cette dernière avait subjectivement l’intention de mettre de côté des terres pour créer une réserve. Par exemple, la signature d’un traité ou la prise d’un décret ont une telle autorité que l’élément moral — ou intention — serait implicite ou présumé.

Bien que, pour l’application de la *Loi sur les Indiens*, le mot « réserve » soit défini au par. 2(1) comme étant des terrains que la Couronne met de côté à l’usage et au profit des Indiens, la Loi n’a pas pour effet de conférer au gouverneur en conseil, ni au ministre du MAINC ou à tout autre délégué prévu par la loi le pouvoir de prendre les mesures nécessaires à la création d’une réserve. De plus, la Loi ne précise pas non plus les mesures à prendre pour mettre de côté des terres aux fins de création d’une réserve; elle n’identifie pas davantage les éléments matériel et moral requis pour la mise de côté de terres. Il faut chercher ailleurs les sources d’un tel pouvoir d’origine législative.

Les appellants reconnaissent que, à l’origine, la prérogative royale était la source du pouvoir de la Couronne de créer des réserves. Dans des textes tels les traités conclus avec les Mi’kmaq au début des années 1760, qui ont été examinés dans l’arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, la Couronne avait noué directement des relations avec les Premières nations, sans le truchement de quelque pouvoir d’origine législative. Il s’agit là d’un exemple d’exercice de la prérogative. Ce n’est que depuis

50

51

52

the scope of the royal prerogative with respect to reserve creation.

53 The appellants submit that, while the royal prerogative may have once been the source of authority for creating reserves, it has been superseded by statute. The question, then, which must first be answered is whether and to what degree the royal prerogative has been limited in the scope of its application to reserve creation. This analysis necessarily implies determining how the royal prerogative is limited.

(2) Royal Prerogative

54 Generally speaking, in my view, the royal prerogative means “the powers and privileges accorded by the common law to the Crown” (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 1:14). The royal prerogative is confined to executive governmental powers, whether federal or provincial. The extent of its authority can be abolished or limited by statute: “once a statute has occupied the ground formerly occupied by the prerogative, the Crown [has to] comply with the terms of the statute”. (See P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 17; see also, Hogg, *supra*, at pp. 1:15-1:16; P. Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at pp. 66-67.) In *Attorney-General v. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), Lord Dunedin described the interplay of royal prerogative and statute, at p. 526:

Inasmuch as the Crown is a party to every Act of Parliament it is logical enough to consider that when the Act deals with something which before the Act could be effected by the prerogative, and specially empowers the Crown to do the same thing, but subject to conditions, the Crown assents to that, and by that Act, to the prerogative being curtailed.

Lord Parmoor added, at p. 568: “The Royal Prerogative has of necessity been gradually curtailed, as a settled rule of law has taken the place

la dernière partie du dix-huitième siècle qu’ont été édictées des lois susceptibles d’écarter le recours à la prérogative royale pour créer des réserves ou de restreindre la portée de son application à cet égard.

Les appelants affirment que, bien qu’elle ait pu jadis constituer la source du pouvoir de créer des réserves, la prérogative royale a été écartée par un pouvoir d’origine législative. En conséquence, il faut d’abord se demander si l’application de la prérogative royale aux fins de création des réserves a été restreinte et, si oui, dans quelle mesure. Cette question implique nécessairement qu’on établisse comment la prérogative royale peut être restreinte.

(2) La prérogative royale

D’une manière générale, j’estime que la prérogative royale s’entend [TRADUCTION] « des pouvoirs et privilèges reconnus à la Couronne par la common law » (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 1:14). La prérogative royale se limite aux pouvoirs exercés par l’exécutif, tant au niveau fédéral que provincial. Il est possible, au moyen d’une loi, d’abolir la prérogative ou de restreindre la portée de celle-ci : [TRADUCTION] « dès qu’une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d’une prérogative, l’État est tenu de se conformer à ses dispositions ». (Voir P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3<sup>e</sup> éd. 2000), p. 17; voir aussi Hogg, *op. cit.*, p. 1:15-1:16; P. Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992), p. 75-76). Dans l’arrêt *Attorney-General c. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.), lord Dunedin a décrit ainsi l’interaction de la prérogative royale et des textes de loi, à la p. 526 :

[TRADUCTION] Dans la mesure où la Couronne est partie à chaque loi fédérale, il est logique d’affirmer que, dans les cas où la loi porte sur quelque chose qui, avant cette loi, pouvait être effectué au moyen de la prérogative, et qu’elle a particulièrement pour effet d’habiliter la Couronne à accomplir la même chose, sous réserve de certaines conditions, la Couronne consent à cette situation et, par cette loi, à ce que la prérogative soit restreinte.

Lord Parmoor a ajouté, à la p. 568, que [TRADUCTION] « [l]a prérogative royale est nécessairement réduite de façon graduelle, au fur et à

of an uncertain and arbitrary administrative discretion”. In summary, then, as statute law expands and encroaches upon the purview of the royal prerogative, to that extent the royal prerogative contracts. However, this displacement occurs only to the extent that the statute does so explicitly or by necessary implication: see *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17; Hogg and Monahan, *supra*, at p. 17; Lordon, *supra*, at p. 66.

The appellants submit that statute has long since displaced the royal prerogative in the area of reserve creation. The first post-Confederation statute which dealt with Indians, *An Act providing for the organization of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, gave the Secretary of State authority to control and manage the lands and property of Indians and, in s. 3(6) of the *Indian Act, 1876*, defined a reserve to include any land “set apart by treaty or otherwise”, implying that there were several ways by which a reserve could be created. The essential element then, and which continues today, is that the lands be set apart.

Further, s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act*, the successor to the *Dominion Lands Act*, R.S.C. 1927, c. 113, repealed S.C. 1950, c. 22, s. 26, states that the Governor in Council may “set apart and appropriate such areas or lands as may be necessary to enable the Government of Canada to fulfil its obligations under treaties with the Indians and to make free grants or leases for such purposes, and for any other purpose that he may consider to be conducive to the welfare of the Indians”. The appellants submit that this provision, in combination with the provisions discussed above in the *Indian Act*, has supplanted the royal prerogative.

The respondents counter that s. 18(d) provides for the creation of a land bank from which the

mesure qu’une règle de droit bien établie remplace un pouvoir discrétionnaire administratif de nature arbitraire et incertaine ». En résumé, donc, à mesure que le droit d’origine législative s’élargit et empiète sur la prérogative, celle-ci se contracte de façon correspondante. Toutefois, un tel remplacement ne se produit que lorsque la loi le dit explicitement ou lorsque ce remplacement ressort de celle-ci par implication nécessaire : voir *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 17; Hogg et Monahan, *op. cit.*, p. 17; Lordon, *op. cit.*, p. 75-76.

Les appelants prétendent que, en matière de création de réserves, la prérogative royale a depuis longtemps été écartée par des dispositions législatives. Après la Confédération, la première loi portant sur les Indiens — *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* — conférait au secrétaire d’État le pouvoir de contrôler et d’administrer les terres et biens des Indiens, et le par. 3(6) de l’*Acte des Sauvages, 1876*, précisait qu’une réserve se composait de terres « mises à part, par traité ou autrement », ce qui laissait supposer qu’il existait plusieurs façons de créer une réserve. L’élément essentiel à l’époque, et encore d’ailleurs de nos jours, est le fait que des terres soient mises de côté.

Qui plus est, l’al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 — loi qui a remplacé la *Loi des terres fédérales*, S.R.C. 1927, ch. 113, abrogée par S.C. 1950, ch. 22, art. 26 — précise que le gouverneur en conseil peut « mettre à part et affecter les étendues de territoire ou les terres qui peuvent être nécessaires afin de permettre au gouvernement du Canada de remplir ses obligations d’après les traités conclus avec les Indiens et d’accorder des concessions ou des baux gratuits pour ces objets, ainsi que pour tout autre objet qu’il peut considérer comme devant contribuer au bien-être des Indiens ». Les appelants estiment que, conjugué aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* examinées précédemment, cet alinéa a eu pour effet d’écartier la prérogative royale.

Les intimés répliquent que l’al. 18d) prévoit la constitution d’une banque de terrains à partir de

55

56

57

Crown may create reserves, but that it does not provide for the actual creation of reserves themselves. The respondents rely upon *Town of Hay River v. The Queen*, [1980] 1 F.C. 262 (T.D.), in which Mahoney J. stated in *obiter*, at p. 265, that “the authority to set apart Crown lands for an Indian reserve in the Northwest Territories appears to remain based entirely on the Royal Prerogative, not subject to any statutory limitation”.

58

In my view, the statutory framework described by the appellants has limited to some degree but not entirely ousted, the royal prerogative in respect of the creation of reserves within the meaning of the *Indian Act* in the Yukon. Whenever the Crown decides to set up a reserve under the *Indian Act*, at a minimum, s. 2(1) puts limits on the effects of the decision of the Crown in the sense that the definition of a “reserve” in the *Act* means (1) that the title to reserve lands remains with the Crown, and (2) that the reserve must consist of lands “set apart” for the use and benefit of a band of Indians. If the royal prerogative were completely unlimited by statute, the Crown would essentially be able to create reserves, in any manner it wished, including the transfer of title by sale, grant or gift to a First Nation or some of its members. However, in the Yukon, so long as the Crown intends to create a reserve as defined by the *Indian Act*, Parliament has put limits on the scope and effects of the power to create reserves at whim, through the application of the statutory definition of a reserve in s. 2(1). If the Crown intended to transfer land to a First Nation outside the scope of the *Indian Act*, the role and effects of the prerogative would not be constrained by this Act and would have to be examined in a different legal environment.

59

Section 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* has similarly placed limits on the royal prerogative with respect to the creation of reserves by establishing a new and different source of authority whose exercise may trigger the process of reserve creation.

laquelle la Couronne peut créer des réserves, mais qu’il ne pourvoit pas à la création même des réserves. Au soutien de leur argument, ils invoquent l’affaire *Ville de Hay River c. La Reine*, [1980] 1 C.F. 262 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Mahoney a affirmé, à la p. 265, dans des remarques incidentes, qu’« il appert que le pouvoir de mettre à part des terres de la Couronne pour une réserve indienne dans les Territoires du Nord-Ouest se fonde entièrement sur la prérogative royale, qui n’est soumise à aucune limitation statutaire ».

À mon avis, ce cadre législatif a restreint dans une certaine mesure — sans toutefois l’écarter — l’application de la prérogative royale en matière de création, au Yukon, de réserves indiennes au sens de la *Loi sur les Indiens*. Chaque fois que la Couronne décide d’établir une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, le par. 2(1) de celle-ci a à tout le moins pour conséquence de limiter les effets de cette décision, en ce sens que la définition de « réserve » y figurant permet d’établir les points suivants : (1) Sa Majesté continue d’être propriétaire des terres formant la réserve; (2) la réserve doit être constituée de terres « mise[s] de côté » à l’usage et au profit d’une bande indienne. Si la loi n’assortissait la prérogative royale d’aucune limite à cet égard, la Couronne serait essentiellement en mesure de créer des réserves de la façon qui lui plairait, y compris en cédant le titre de propriété à une première nation ou à certains de ses membres par vente, concession ou don. Cependant, au Yukon, pour autant que la Couronne entend créer une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, le Parlement a, par l’application de la définition de réserve prévue au par. 2(1) de la Loi, limité la portée et les effets du pouvoir de l’État de créer des réserves à son gré. Si la Couronne entend céder des terres à une première nation en dehors du régime de la *Loi sur les Indiens*, le rôle et les effets de la prérogative ne seraient pas limités par cette loi et devraient être examinés dans un contexte juridique différent.

L’alinéa 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 limite lui aussi de manière analogue l’application de la prérogative royale en matière de création de réserves en établissant des pouvoirs de source nouvelle et différente, dont l’exercice peut mettre en

It indicates that at least some of the lands used to fulfill treaty requirements, which include the creation of reserves for signatory First Nations, are to be drawn from lands set apart and appropriated for that purpose by the Governor in Council under the terms of the 1952 *Territorial Lands Act*.

That said, it would not be accurate to state that the royal prerogative has been completely ousted from the field by the 1952 *Territorial Lands Act*. Section 18(d) does, on its face, seem to bestow a power on the Governor in Council to set apart lands for the creation of reserves. However, as the respondent Government of Canada points out, this does not necessarily mean that this section grants authority to actually create the reserve and that the prerogative no longer plays any part in the process. The setting apart and appropriating of land is not the entire matter; the Crown must also manifest an intent to make the land so set apart a reserve. The use of the words “as may be necessary” implies a separation in time between the appropriation of the lands and the fulfilment of the treaty obligations. In other words, once the land is appropriated, it does not yet have the legal status of a reserve; something more is required to accomplish that end. This requirement reflects the nature of a process which is political, at least in part. Given the consequences of the creation of a reserve for government authorities, for the bands concerned and for other non-native communities, the process will often call for some political assessment of the effect, circumstances and opportunity of setting up a reserve, as defined in the *Indian Act*, in a particular location or territory.

The appellants have not pointed to any other statutory provision which identifies the process by which the Crown takes lands set apart and appropriated under s. 18(d) and turns them into a reserve. Indeed, the Act remains entirely silent in this respect. Rather, the appellants seem to rely on a logical leap from the fact of setting apart and

branle le processus de création d’une réserve. Cette disposition précise qu’au moins certaines des terres utilisées pour satisfaire aux obligations prévues par les traités — y compris la création de réserves pour les Premières nations signataires — doivent provenir des terres mises à part et affectées à cette fin par le gouverneur en conseil conformément à la *Loi sur les terres territoriales* de 1952.

Cela dit, il serait inexact d’affirmer que la prérogative royale a été complètement écartée dans ce secteur d’activité par la *Loi sur les terres territoriales* de 1952. À première vue, l’al. 18d) semble conférer au gouverneur en conseil le pouvoir de mettre à part des terres pour créer des réserves. Cependant, comme le souligne le gouvernement du Canada intimé, il ne s’ensuit pas nécessairement que cette disposition accorde le pouvoir de créer concrètement une réserve ni que la prérogative n’intervient plus dans ce processus. Il ne suffit pas que la Couronne mette à part et affecte les terres concernées, elle doit aussi manifester l’intention de constituer en réserve les terres ainsi mises à part. L’expression « qui peuvent être nécessaires » suppose un laps de temps entre le moment où il y a affectation des terres et celui où il y a exécution des obligations prévues par le traité. En d’autres termes, même une fois affectées, les terres n’ont pas encore la qualité juridique de réserve; il faut quelque chose de plus pour que cela se réalise. Cette exigence témoigne de la nature du processus, qui revêt, au moins en partie, un caractère politique. Compte tenu des conséquences qu’entraîne la création d’une réserve pour les autorités gouvernementales, les bandes visées et les collectivités non autochtones, il est souvent nécessaire de procéder à une certaine évaluation, sur le plan politique, des effets, des circonstances et de l’opportunité de l’établissement d’une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* dans un endroit ou territoire particulier.

Les appellants n’ont fait état d’aucune autre disposition législative précisant le processus par lequel la Couronne prend des terres affectées en vertu de l’al. 18d) et en fait une réserve. De fait, la Loi est muette sur ce point. Les appelants semblent plutôt inférer un rapport de cause à effet entre l’affectation de terres et la création d’une réserve. Comme je

appropriating the land to the creation of a reserve. As I have said, the language of s. 18(d) does not make that leap. If Parliament had meant in s. 18(d) to grant the Governor in Council the power to both appropriate lands for the purpose of meeting treaty obligations to create reserves and to create the reserves from the lands appropriated, it would have used more specific language to effect such a grant of authority.

62 Even if I were to find that s. 18(d) has occupied the field with respect to the creation of Indian reserves, it is nevertheless clear from the language of the section that the Governor in Council has been given the power to create reserves from lands set apart. The Governor in Council is given discretion (indicated by the use of the word “may”) to decide whether to set apart lands and whether to designate said lands as the reserve of any particular First Nation. Further, the Governor in Council is under no obligation to set apart particular lands for the use and benefit of a band, unless that has been provided for under treaty or some other land settlement agreement. Otherwise, the Governor in Council is free to designate any Crown land the Crown chooses as a reserve for a particular band. Although this is not at stake in the present appeal, it should not be forgotten that the exercise of this particular power remains subject to the fiduciary obligations of the Crown as well as to the constitutional rights and obligations which arise under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

63 It is worth noting that, in either situation, it is the Governor in Council who exercises the authority granted. The royal prerogative in Canada is exercised by the Governor General under the letters patent granted by His Majesty King George VI in 1947 (see *Letters Patent constituting the office of Governor General of Canada* (1947), in *Canada Gazette*, Part I, vol. 81, p. 3014 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 31)). In the usual course of things, the Governor General exercises these powers for the Queen in right of Canada, acting on the advice of a Committee of the Privy Council (which consists of the Prime Minister and Cabinet of the

l’ai dit plus tôt, le texte de l’al. 18d) ne permet pas de tirer cette inférence. Si le législateur avait voulu, à l’al. 18d), donner au gouverneur en conseil à la fois le pouvoir d’affecter des terres pour qu’il respecte ses obligations prévues par traités en matière de création de réserves et le pouvoir de créer des réserves sur les terres ainsi affectées, il aurait utilisé des termes plus explicites pour accorder de tels pouvoirs.

Même si je devais conclure que la question de la création des réserves indiennes est entièrement régie par l’al. 18d), il ressort néanmoins clairement du texte de cette disposition que le gouverneur en conseil a reçu le pouvoir de créer des réserves à partir des terres mises à part. Le gouverneur en conseil s’est vu accorder le pouvoir discrétionnaire (comme en témoigne l’utilisation du mot « peut ») de mettre à part des terres et de les désigner comme réserve d’une Première nation donnée. En outre, le gouverneur en conseil n’a aucune obligation de mettre à part des terres précises à l’usage et au profit d’une bande, à moins d’y être tenu aux termes d’un traité ou d’un autre accord sur des revendications territoriales. Hormis cette situation, il lui est loisible de désigner comme réserve d’une bande donnée toute terre de la Couronne choisie par cette dernière. Bien qu’il ne s’agisse pas là d’une question en litige dans le présent pourvoi, il ne faut cependant pas oublier que l’exercice de ce pouvoir particulier demeure évidemment assujéti au respect des obligations et droits constitutionnels établis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi qu’aux obligations de fiduciaire de la Couronne.

Il convient de signaler que, quoi qu’il en soit, c’est le gouverneur en conseil qui exerce le pouvoir ainsi conféré. Au Canada, la prérogative royale est exercée par le gouverneur général en vertu des lettres patentes délivrées par Sa Majesté le Roi George VI en 1947 (voir *Lettres patentes constituant la charge de gouverneur général du Canada* (1947), *Gazette du Canada*, partie I, vol. 81, p. 3109 (reproduites dans L.R.C. 1985, App. II, n<sup>o</sup> 31)). Dans le cours normal des choses, le gouverneur général exerce ces pouvoirs pour le compte de la Reine du chef du Canada, sur l’avis du Comité du Conseil privé (qui comprend le premier ministre et le Cabinet du

government of the day). Thus, if the power to create reserves is derived from the royal prerogative, the Governor General, or Governor in Council, would normally exercise that power. On the other hand, s. 18(d) of the 1952 *Territorial Lands Act* specifically designates the Governor in Council as the holder of the power to set apart and appropriate lands for the fulfilment of treaty obligations. In effect, the holder of the power is the same person in both cases.

The question arises in both cases as to whether the powers of the Governor in Council must be exercised personally or if those powers may be delegated to a government official. As the intervener Coalition submits, one must look both at the Crown and Aboriginal perspectives to determine on the facts of a given case whether the party alleged to have exercised the power to create a reserve could reasonably have been seen to have the authority to bind the Crown to act to appropriate or set apart the lands and then to designate them as a reserve. In my view, the correct test of this is to be found in this Court's judgment in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1040:

To arrive at the conclusion that a person had the capacity to enter into a treaty with the Indians, he or she must thus have represented the British Crown in very important, authoritative functions. It is then necessary to take the Indians' point of view and to ask whether it was reasonable for them to believe, in light of the circumstances and the position occupied by the party they were dealing with directly, that they had before them a person capable of binding the British Crown by treaty.

While these words were said in the context of treaty creation, they seem relevant in principle to the creation of a reserve. In both cases, an agent of the Crown, duly authorized, acts in the exercise of a delegated authority to establish or further elaborate upon the relationship that exists between a First Nation and the Crown. The Crown agent makes representations to the First Nation with respect to the Crown's intentions. And, in both cases, the honour of the Crown rests on the Governor in Council's willingness to live up to those representations made

gouvernement de l'heure). Par conséquent, si le pouvoir de créer des réserves découle de la prérogative royale, c'est le gouverneur général — ou le gouverneur en conseil — qui exerce normalement ce pouvoir. Par contre, l'al. 18d) de la *Loi sur les terres territoriales* de 1952 désigne explicitement le gouverneur en conseil en tant que titulaire du pouvoir de mettre à part et d'affecter des terres pour satisfaire aux obligations prévues par les traités. En fait, le titulaire du pouvoir est la même personne dans les deux cas.

La question qui se pose dans l'un et l'autre cas est de savoir si les pouvoirs du gouverneur en conseil doivent être exercés par lui personnellement ou s'ils peuvent être délégués à un représentant du gouvernement. Comme le soutient la Coalition intervenante, il faut examiner à la fois le point de vue de la Couronne et celui des Autochtones pour déterminer, au regard des faits d'une affaire donnée, si la partie qui, prétend-on, aurait exercé le pouvoir de créer une réserve pouvait raisonnablement être considérée comme titulaire du pouvoir de lier la Couronne lorsqu'elle a mis à part et affecté des terres et les a ensuite désignées comme réserve. À mon avis, le critère applicable dans un tel cas est celui qui a été énoncé dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1040 :

Pour en arriver à la conclusion qu'une personne avait la capacité de conclure un traité avec les Indiens, il faut donc qu'elle ait représenté la Couronne britannique dans des fonctions très importantes d'autorité. Il faut ensuite se placer du point de vue des Indiens et se demander s'il était raisonnable de leur part, eu égard aux circonstances et à la position occupée par leur interlocuteur direct, de croire qu'ils avaient devant eux une personne capable d'engager la Couronne britannique par traité.

Bien que ces propos aient été formulés dans le contexte de la conclusion de traités, ils semblent en principe pertinents relativement à la création d'une réserve. En effet, dans les deux cas, un représentant de la Couronne dûment autorisé exerce un pouvoir délégué pour établir des rapports entre une Première nation et la Couronne ou pour renforcer ceux qui existent déjà. Le représentant de la Couronne communique à la Première nation concernée les intentions de la Couronne. Et, dans les deux cas, l'honneur de la Couronne dépend de l'empressement du

to the First Nation in an effort to induce it to enter into some obligation or to accept settlement on a particular parcel of land.

66

However, from the passage from *Sioui*, it is also clear that not just any Crown agent will do. Many minor officials who are Crown agents could hardly be said to act to bind the Crown in this case or any other, in a process which involves significant political considerations or concerns about the Crown's duties and obligations towards First Nations. The Crown agent must "have represented [the Crown] in very important, authoritative functions" (*Sioui*, *supra*, at p. 1040). Similarly, where reserves have been created by means of an Order-in-Council, there is no question that it is the Governor in Council who is making the representations and who is exercising the power to create the reserve. On the other hand, in the circumstances of this case, the registration in the Yukon Territory Land Registry of the setting aside of land for the Indian Affairs Branch is not sufficient to show intent to create a reserve given the widely varying types of interests in land recorded in that Register.

E. *Summary of Principles Governing the Creation of Reserves Applicable to this Case*

67

Thus, in the Yukon Territory as well as elsewhere in Canada, there appears to be no single procedure for creating reserves, although an Order-in-Council has been the most common and undoubtedly best and clearest procedure used to create reserves. (See: *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at pp. 674-75; Woodward, *supra*, at pp. 233-37.) Whatever method is employed, the Crown must have had an intention to create a reserve. This intention must be possessed by Crown agents holding sufficient authority to bind the Crown. For example, this intention may be evidenced either by an exercise of executive authority such as an Order-in-Council, or on the basis of specific statutory provisions

gouverneur en conseil à respecter les déclarations faites à la Première nation dans le but de l'inciter à contracter certaines obligations ou à accepter un règlement relativement à une parcelle de terre donnée.

Cependant, il ressort également de façon claire de ce passage de l'arrêt *Sioui* que ce ne sont pas tous les représentants de la Couronne qui peuvent lier cette dernière. Il serait difficile d'affirmer que les actes qu'accomplissent de nombreux fonctionnaires subalternes en qualité de représentants de la Couronne ont pour effet de la lier dans le cadre d'un processus mettant en jeu d'importantes questions touchant aux devoirs et obligations de la Couronne envers les Premières nations. L'agent doit « [avoir] représenté la Couronne [. . .] dans des fonctions très importantes d'autorité » (voir *Sioui*, précité, p. 1040). De même, lorsqu'il y a création d'une réserve par décret, il ne fait aucun doute que les déclarations qui sont faites à cet égard émanent du gouverneur en conseil et que c'est ce dernier qui exerce le pouvoir de créer la réserve. Par contre, dans les circonstances de la présente affaire, l'inscription au bureau d'enregistrement des droits fonciers du Yukon des terres mises à part pour la Division des affaires indiennes n'est pas suffisante pour établir l'intention de créer une réserve, compte tenu du large éventail de droits fonciers inscrits dans le registre concerné.

E. *Sommaire des principes qui régissent la création des réserves et s'appliquent en l'espèce*

Par conséquent, tant au Yukon qu'ailleurs au Canada, il ne semble pas exister une seule et unique procédure de création de réserves, quoique la prise d'un décret ait été la mesure la plus courante et, indubitablement, la meilleure et la plus claire des procédures utilisées à cette fin. (Voir : *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 674-675; Woodward, *op. cit.*, p. 233-237.) Quelle que soit la méthode utilisée, la Couronne doit avoir eu l'intention de créer une réserve. Il faut que ce soit des représentants de la Couronne investis de l'autorité suffisante pour lier celle-ci qui aient eu cette intention. Par exemple, cette intention peut être dégagée soit de l'exercice du pouvoir de

creating a particular reserve. Steps must be taken in order to set apart land. The setting apart must occur for the benefit of Indians. And, finally, the band concerned must have accepted the setting apart and must have started to make use of the lands so set apart. Hence, the process remains fact-sensitive. The evaluation of its legal effect turns on a very contextual and fact-driven analysis. Thus, this analysis must be performed on the basis of the record.

It should be noted that the parties did not raise, in the course of this appeal, the impact of the fiduciary obligations of the Crown. It must be kept in mind that the process of reserve creation, like other aspects of its relationship with First Nations, requires that the Crown remain mindful of its fiduciary duties and of their impact on this procedure, and taking into consideration the *sui generis* nature of native land rights: see the comments of Lamer C.J. in *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at paras. 14-16.

F. *The Evidence Relating to the Creation of a Reserve at Ross River*

To succeed, the appellants in this case have to show at least that land had been set apart for them. No real dispute arises with respect to the setting aside of land, nor with respect to the absence of an Order-in-Council, which latter issue, in my view, is not determinative of the issue. The key question remains whether there was an intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown. In other words, what is critical is whether the particular Crown official, on the facts of a given case, had authority to bind the Crown or was reasonably so seen by the First Nation, whether the official made representations to the First Nation that he was binding the Crown to create a reserve, and whether the official had the authority to set apart lands for the creation of the reserve or was reasonably so seen.

l'exécutif — par exemple la prise d'un décret — soit de l'application de certaines dispositions législatives créant une réserve particulière. Des mesures doivent être prises lorsqu'on veut mettre des terres à part. Cette mise à part doit être faite au profit des Indiens. Et, enfin, la bande visée doit avoir accepté la mise à part et avoir commencé à utiliser les terres en question. Le processus demeure donc fonction des faits. L'évaluation de ses effets juridiques repose sur une analyse éminemment contextuelle et factuelle. En conséquence, l'analyse doit être effectuée au regard des éléments de preuve au dossier.

Il convient de signaler que, dans l'affaire qui nous occupe, les parties n'ont pas soulevé la question de l'incidence des obligations de fiduciaire de la Couronne. Il faut se rappeler que, dans le cadre de la procédure de création des réserves, comme dans les autres aspects de ses rapports avec les Premières nations, la Couronne doit rester consciente de ses obligations de fiduciaire et de leur incidence sur cette procédure, et prendre en considération la nature *sui generis* des droits fonciers des Autochtones : voir les commentaires du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 14-16.

F. *La preuve relative à la création d'une réserve à Ross River*

Pour avoir gain de cause en l'espèce, les appellants doivent au moins démontrer que des terres ont été mises à part pour eux. Personne ne conteste vraiment la mise de côté des terres ni l'absence de décret, fait qui, à mon avis, n'est pas à lui seul déterminant quant à la question en litige. La question clé demeure celle de savoir si des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne ont eu l'intention de créer une réserve. En d'autres mots, il est essentiel de déterminer si, eu égard aux faits d'une affaire donnée, le représentant de la Couronne concerné avait le pouvoir de lier la Couronne ou a raisonnablement été considéré comme tel par la Première nation concernée, si ce représentant a déclaré à la Première nation qu'il engageait la Couronne à créer une réserve et s'il avait le pouvoir de mettre des terres de côté en vue de la création d'une réserve ou s'il a raisonnablement été considéré comme tel.

68

69

70

The appellants pointed to parts of the evidence which, in their opinion, indicated that such an intention had existed and had led to the setting apart of the lands where the Band had been living for many years. The appellants point to a number of individuals involved in the management of native affairs in the Yukon who recommended to the Minister of Citizenship and Immigration, Indian Affairs Branch, and/or the Supervisor of Lands and Mining, Department of Northern Affairs and National Resources, that a reserve be created for the Band. They placed strong emphasis on their recommendations as well as on the fact that a village was established at Ross River, as had also been recommended.

71

In my view, the critical flaw in the appellants' reliance on the authority of these Crown officials to bind the Crown appears when one asks whether these agents either (1) made representations to the Ross River Band that they had authority to create reserves; or (2) both made the representations and set apart the lands by legal act. On this appeal, the appellants have made no attempt to show that in fact these Crown agents ever made representations to the members of the Ross River Band that the Crown had decided to create a reserve for them. Nowhere in the appellants' lengthy review of the facts is there any reference to such evidence. Nor did Maddison J., in his reasons for judgment at trial, make any such reference. The evidence presented by the appellants all relates to recommendations made by Crown officials to other Crown officials, which recommendations were generally ignored or rejected. There appears to have been a long-lasting and deep-seated tension, even disagreement, as to the opportunity of creating new reserves between the civil servants working directly with native groups in the Yukon and their superiors in Ottawa. The evidence shows that no person having the authority to bind the Crown ever agreed to the setting up of a reserve at Ross River. Every representation made by those Crown officials actually in a position to set apart the lands was to the effect that no reserves existed in the Yukon Territory and that it was contrary to government policy to create reserves there. There is simply no evidence provided by the appellants which suggests that any Crown agents with the authority to set

Les appelants ont fait état d'éléments de preuve qui, selon eux, indiquaient que cette intention avait existé et avait abouti à la mise de côté des terres qui étaient habitées par la Bande depuis de nombreuses années. Ils ont mentionné certaines personnes ayant participé à la gestion des affaires autochtones au Yukon qui ont recommandé au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (Division des affaires indiennes) ou au Superviseur des terres et des mines (ministère du Nord canadien et des Ressources nationales) la création d'une réserve pour la Bande. Les appelants ont attaché une grande importance à ces recommandations ainsi qu'au fait qu'un village avait été établi à Ross River, conformément à une autre recommandation.

À mon avis, la faille cruciale de l'argument des appelants reposant sur le pouvoir des représentants de la Couronne de lier celle-ci apparaît lorsque l'on se demande si ces mandataires ont (1) soit déclaré à la bande de Ross River qu'ils avaient le pouvoir de créer des réserves; (2) soit fait une telle déclaration et mis les terres de côté au moyen d'un acte juridique. Dans le présent pourvoi, les appelants n'ont pas tenté de démontrer que, dans les faits, ces représentants de la Couronne avaient à quelque moment que ce soit déclaré aux membres de la bande de Ross River que la Couronne avait décidé de créer une réserve à leur intention. Nulle part dans l'examen approfondi des faits effectué par les appelants il n'est fait mention d'une telle preuve. Le juge Maddison du tribunal de première instance n'en parle pas non plus dans ses motifs. La preuve produite par les appelants porte entièrement sur les recommandations qui ont été présentées par certains fonctionnaires à d'autres fonctionnaires et qui, de façon générale, ont été ignorées ou rejetées. Il semble avoir existé pendant longtemps, entre les fonctionnaires qui travaillaient directement avec les groupes autochtones au Yukon et les supérieurs de ces fonctionnaires à Ottawa, des tensions profondes voire un désaccord quant à l'opportunité de créer de nouvelles réserves. La preuve indique qu'aucune personne habilitée à lier la Couronne n'a donné son aval à l'établissement d'une réserve à Ross River. Toutes les déclarations faites par les fonctionnaires réellement en mesure de mettre de côté des terres précisaient qu'il n'existait pas de réserve au Yukon

apart lands went to the members of the Band and in effect said: “The Crown is now creating a reserve for you, a reserve of the type contemplated under the *Indian Act* and which will be subject to all of the terms of that Act”. Conversely, those Crown officials who did advocate the creation of a reserve, whether or not they made representations to the Band, never had the authority to set apart the lands and create a reserve.

Some specific facts are particularly telling in this respect. They confirm that the appellants failed to demonstrate the existence of the intentional component of the reserve-creation process. At most, as indicated above, they proved that there had been a long-standing disagreement between the local agents of DIAND and its predecessors and its central administration in Ottawa. This conflict originated in the 1950s. For example, the Indian Commissioner for British Columbia, who was also in charge of native affairs in the Yukon, recommended that a number of new reserves, including one at Ross River, be created in the territory. The Deputy Minister of the Department of Citizenship and Immigration, Indian Affairs Branch, advised the Acting Minister against such a move and no action was taken.

A few years later, in 1957, the Deputy Minister recommended against the creation of new reserves. As a result, the Government of Canada decided not to implement a recommendation to set up 10 new reserves including one at Ross River. In 1958, the Deputy Minister received new recommendations against the creation of reserves.

In 1962, the Yukon Agency of the Indian Affairs Branch of the Department of Citizenship and Immigration applied to the Department of Northern

et que la création de réserves allait à l’encontre de la politique du gouvernement pour ce territoire. Les appelants n’ont tout simplement pas présenté d’élément de preuve tendant à indiquer qu’un représentant de la Couronne habilité à mettre des terres de côté soit allé rencontrer les membres de la Bande et leur ait dit : « La Couronne est actuellement en train de créer, à votre intention, une réserve du type prévu par la *Loi sur les Indiens*, qui sera assujettie à toutes les dispositions de cette loi ». Au contraire, aucun des fonctionnaires qui préconisaient effectivement la création d’une réserve, qu’ils aient ou non fait des déclarations à la Bande, n’a jamais détenu le pouvoir de mettre des terres à part et de créer une réserve.

Certains faits sont particulièrement révélateurs à cet égard. Ils confirment que les appelants ont omis de démontrer l’existence de l’élément intentionnel du processus de création des réserves. Comme je l’ai indiqué ci-dessus, ces faits établissent tout au plus qu’il y avait depuis longtemps désaccord entre les représentants locaux du MAINC et de ses prédécesseurs et l’administration centrale à Ottawa. Ce conflit remontait aux années 50. Par exemple, le commissaire aux Affaires indiennes pour la Colombie-Britannique, qui était également responsable des affaires autochtones au Yukon, avait recommandé la création d’un certain nombre de nouvelles réserves au Yukon, notamment à Ross River. Le sous-ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, Division des affaires indiennes, avait déconseillé au ministre par intérim de l’époque de donner suite à cette recommandation et aucune mesure n’avait été prise.

Quelques années plus tard, en 1957, le sous-ministre a recommandé qu’on ne crée pas de nouvelles réserves. Le gouvernement du Canada a en conséquence décidé de ne pas donner suite à la recommandation d’établir 10 nouvelles réserves, dont une à Ross River. En 1958, le sous-ministre a reçu de nouvelles recommandations défavorables à la création de réserves.

En 1962, l’Agence du Yukon de la Division des affaires indiennes du ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration a présenté au ministère du

72

73

74

Affairs and National Resources and asked that land be set aside for the Ross River Indian Village site, presumably pursuant to the *Territorial Lands Act*. After a series of correspondence about the location and size of the site, the Department of Northern Affairs and National Resources informed the Indian Affairs Branch that land had been set aside “for [the] Indian Affairs Branch”, but not specifically for the Ross River Band.

75 After the village was established and the land was set aside, the Department constantly maintained the position that it had not intended to create a reserve. In 1972, a published list of reserves restated the official position that no reserve had been created in the Yukon, within the meaning of the *Indian Act*. In 1973, the Department reversed in part its previous stance. It acknowledged that six reserves had been created by Orders-in-Council, between 1900 and 1941. The Ross River site was not among them.

76 After 1965, the reality of these set-asides which do not constitute reserves seems to have been well established. There was an early illustration of this fact. In 1966, the Government of Yukon took back control of a lot on the site of the Ross River Indian Village and leased it to a private citizen. There was consultation with the Band, but no authorization or consent was requested from it. No suggestion was made at the time that the Band’s consent would be required. Finally, as we shall see, the existence of these lands set aside, while not having the status of reserves, was recognized during the negotiations leading to the conclusion of the Umbrella Final Agreement.

#### G. *The Effect of the Setting Aside*

77 As argued by the respondent, the Government of Canada, what happened in this case was the setting aside of lands for the use of the Band. No reserve was legally created. This procedure may raise concerns because it may amount to a bureaucratic attempt to sidestep the process of reserve creation and establish communities which remain in legal limbo. The use of this procedure may leave

Nord canadien et des Ressources nationales une demande sollicitant que des terres soient mises de côté comme site du village indien de Ross River, vraisemblablement en vertu de la *Loi sur les terres territoriales*. Après un échange de correspondance concernant l’emplacement et la superficie du site envisagé, le ministère du Nord canadien et des Ressources nationales a informé la Division des affaires indiennes que des terres avaient été mises de côté [TRADUCTION] « pour la Division des affaires indiennes », mais non expressément pour la bande de Ross River.

Après l’établissement du village et la mise de côté des terres, le ministère a continué de maintenir qu’il n’avait pas voulu créer une réserve. En 1972, sur une liste publique des réserves, on réitérait la position officielle indiquant qu’aucune réserve au sens de la *Loi sur les Indiens* n’avait été créée au Yukon. En 1973, le ministère a partiellement modifié sa position antérieure, reconnaissant que six réserves avaient été créées par décret de 1900 à 1941. Le site de Ross River ne figurait pas parmi celles-ci.

Après 1965, la réalité de ces mises de côté n’ayant pas pour effet de constituer des réserves semble avoir été bien établie. On trouve une illustration de ce fait dès 1966, date à laquelle le gouvernement du Yukon a récupéré un lot sur le site du village indien de Ross River et l’a loué à un particulier. La Bande a été consultée, mais on ne lui a pas demandé son autorisation ni son consentement. À l’époque, personne n’avait suggéré qu’une telle démarche serait nécessaire. Finalement, comme nous le verrons plus loin, on a reconnu l’existence de ces terres mises de côté — qui n’ont pas la qualité de réserves — au cours des négociations ayant abouti à la conclusion de l’Accord-cadre définitif.

#### G. *L’effet de la mise de côté de certaines terres*

Comme l’a fait valoir le gouvernement du Canada intimé, il y a eu en l’espèce mise de côté de terres à l’usage de la Bande. Aucune réserve n’a été créée du point de vue juridique. Une telle façon de faire peut inquiéter du fait qu’elle pourrait être une tentative, par l’administration, en vue d’éviter le recours au processus de création des réserves et d’établir des collectivités qui demeurent dans une situation

considerable uncertainty as to the rights of the Band and its members in relation to the lands they are allowed to use in such a manner. Nevertheless, it must not be forgotten that the actions of the Crown with respect to the lands occupied by the Band will be governed by the fiduciary relationship which exists between the Crown and the Band. It would certainly be in the interests of fairness for the Crown to take into consideration in any future negotiations the fact that the Ross River Band has occupied these lands for almost half a century.

The Umbrella Final Agreement acknowledges that these set asides were common practice in the Yukon. Indeed, as pointed out in the factum of the Government of Yukon, the Umbrella Final Agreement provides for rules and procedures designed to deal with the status of lands set aside, which set-aside lands are clearly distinguished from *Indian Act* reserves. Under this agreement, lands set aside must become settlement land under a Yukon First Nation Final Agreement. Such settlement land is specifically identified as not being reserve land. Thus, it may well be thought that the alleged claim of the appellants should have been pursued through the negotiation process, given the absence of intention to create a reserve on the part of the Crown.

## VI. Conclusion

For these reasons, the appeal should be dismissed, with no order as to costs.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent the Government of Yukon: The Minister of Justice of the Yukon Territory, Whitehorse.*

juridique incertaine. L'utilisation de cette procédure peut créer beaucoup d'incertitude quant aux droits de la Bande et de ses membres sur les terres qu'ils sont ainsi autorisés à utiliser. Néanmoins, il ne faut pas oublier que les actes accomplis par la Couronne relativement aux terres occupées par la Bande sont régis par les rapports de fiduciaire qui existent entre cette dernière et la Couronne. Il serait certainement conforme à l'équité que, dans toutes négociations futures, la Couronne tienne compte du fait que la bande de Ross River occupe ces terres depuis près d'un demi-siècle.

L'Accord-cadre définitif constitue une reconnaissance que ces mises de côté étaient pratique courante au Yukon. De fait, comme on le souligne dans le mémoire du gouvernement du Yukon, l'Accord-cadre définitif établit des règles et des procédures applicables aux terres mises de côté, terres que l'on différencie clairement des réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*. Aux termes de cet accord, les terres mises de côté doivent devenir des terres visées par un règlement en vertu de l'accord définitif conclu par une Première nation du Yukon. On précise explicitement que ces terres visées par un règlement ne sont pas des terres de réserve. Par conséquent, il est permis de considérer que, vu l'absence d'intention par la Couronne de créer une réserve, les appelants auraient dû avoir recours au processus de négociation pour faire valoir leur revendication.

## VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Aucune ordonnance n'est rendue en ce qui concerne les dépens.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé le gouvernement du Yukon : Le ministre de la Justice du Territoire du Yukon, Whitehorse.*

78

79

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Coalition of B.C. First Nations: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante la Coalition of B.C. First Nations : Mandell Pinder, Vancouver.*