

**The Attorney General of Quebec** *Appellant*

v.

**Régent Sioui, Conrad Sioui, Georges Sioui  
and Hugues Sioui** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada and the  
National Indian Brotherhood/Assembly of  
First Nations** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SIOUI

File No.: 20628.

1989: October 31, November 1; 1990: May 24.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and  
McLachlin J.J.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Indians — Treaty — Rights — Customs and religion*  
— *Huron band Indians charged with cutting down trees, camping and making fires in places not designated in Jacques-Cartier park contrary to provincial regulations — Whether regulations applicable to Hurons practising customs and religious rites — Whether document signed by General Murray in 1760 guaranteeing them free exercise of their customs and religion is a treaty — Whether treaty still in effect — Whether territorial scope of treaty extends to territory of park so as to make regulations unenforceable in respect of accused — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88 — Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 O.G. II 3518, ss. 9, 37.*

The respondents are members of the Huron band on the Lorette Indian reserve. They were convicted by the Court of Sessions of the Peace of cutting down trees, camping and making fires in places not designated in Jacques-Cartier park contrary to ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier*, adopted pursuant to the Quebec *Parks Act*. The respondents appealed to the Superior Court against this judgment by way of trial *de novo*. They admitted committing the acts with which they were charged in the park, which is located outside the boundaries of the Lorette reserve. However, they alleged that they were practising certain ancestral customs and religious rites

**Le procureur général du Québec** *Appelant*

c.

**Régent Sioui, Conrad Sioui, Georges Sioui et  
Hugues Sioui** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada et la  
Fraternité des Indiens du Canada/  
l'Assemblée des premières nations**  
*Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SIOUI

c N° du greffe: 20628.

1989: 31 octobre, 1<sup>er</sup> novembre; 1990: 24 mai.Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer,  
Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier,  
Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Indiens — Traité — Droits — Coutumes et religion*  
— *Indiens d'une bande huronne accusés d'avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés dans le Parc de la Jacques-Cartier en contravention d'un règlement provincial — Ce règlement est-il applicable aux Hurons qui exercent leurs coutumes et leurs rites religieux? — Le document signé par le général Murray en 1760 qui garantit aux Hurons le libre exercice de leurs coutumes et de leur religion constitue-t-il un traité? — Ce traité est-il encore en vigueur? — La portée territoriale du traité s'étend-elle au territoire du Parc de façon à rendre inopérant le règlement à l'égard des accusés? — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88 — Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier, (1981) 113 G.O. II 4815, art. 9, 37.*

Les intimés sont membres de la bande huronne de la réserve indienne de Lorette. Ils ont été trouvés coupables par la Cour des sessions de la paix d'avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés dans le Parc de la Jacques-Cartier en contravention des art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*, adopté en vertu de la *Loi sur les parcs* du Québec. Les intimés ont interjeté appel de ce jugement en Cour supérieure par voie de procès *de novo*. Ils ont reconnu avoir commis les actes qu'on leur reproche dans le Parc qui est situé hors des limites de la réserve de Lorette. Ils affirment cependant qu'ils pratiquaient certaines coutumes ancestrales et rites religieux qui font

which are the subject of a treaty between the Hurons and the British, a treaty which brings s. 88 of the *Indian Act* into play and exempts them from compliance with the regulations. The treaty that the respondents rely on is a document of 1760 signed by General Murray. This document guaranteed the Hurons, in exchange for their surrender, British protection and the free exercise of their religion, customs and trade with the English. At that time the Hurons were settled at Lorette and made regular use of the territory of Jacques-Cartier park. The Superior Court held that the document was not a treaty and dismissed the appeal. A majority of the Court of Appeal reversed this judgment. The court found that the 1760 document was a treaty and that the customary activities or religious rites practised by the Hurons in Jacques-Cartier park were protected by the treaty. Section 88 of the *Indian Act* made the respondents immune from any prosecution. This appeal is to determine (1) whether the 1760 document is a treaty; (2) whether it is still in effect; and (3) whether it makes ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* unenforceable in respect of the respondents.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The 1760 document is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. Though the wording of the document does not suffice to determine its legal nature, the historical context and evidence relating to facts which occurred shortly before or after the signing of the document indicate that General Murray and the Hurons entered into an agreement to make peace and guarantee it. They entered into this agreement with the intention to create mutually binding obligations that would be solemnly respected. All the parties involved were competent to enter into this treaty. Even if Great Britain was not sovereign in Canada in 1760, the Hurons could reasonably have believed that it had the power to enter into a treaty with them and that this treaty would be in effect as long as the British controlled Canada. The circumstances prevailing at the time indicate that Murray had the necessary capacity to enter into a treaty, or at least that the Hurons could reasonably have assumed he did in view of the importance of his position in Canada at the time. In the case of the Hurons, though they could not claim historical occupation or possession of the lands in question, this did not prevent them from concluding a treaty with the British Crown. A territorial claim is not essential to the existence of a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*.

l'objet d'un traité entre les Hurons et les Britanniques, traité qui entraîne l'application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et les dispense de respecter le Règlement. Le traité que les intimés invoquent est un document de 1760 signé par le général Murray. Ce document assure aux Hurons, en échange de leur reddition, la protection britannique et le libre exercice de leur religion, de leurs coutumes et du commerce avec les Anglais. À cette époque, les Hurons étaient établis à Lorette et ils fréquentaient alors le territoire du Parc de la Jacques-Cartier. La Cour supérieure a décidé que le document ne constituait pas un traité et a rejeté l'appel. La Cour d'appel à la majorité a infirmé ce jugement. La cour a statué que le document de 1760 constituait un traité et que les activités coutumières ou les rites religieux pratiqués par des Hurons dans le Parc de la Jacques-Cartier bénéficiaient de la protection de ce traité. Vu l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, les intimés ne pouvaient donc être poursuivis. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le document de 1760 constitue un traité; (2) s'il est toujours en vigueur; et (3) s'il rend inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* à l'égard des intimés.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le document de 1760 constitue un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Bien que le libellé du document ne permette pas de déterminer avec précision sa nature juridique, le contexte historique et les éléments de preuve relatant les faits qui ont précédé ou suivi de peu la conclusion du document indiquent que le général Murray et les Hurons ont conclu une entente pour faire la paix et pour la garantir. Ils ont conclu cette entente avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Toutes les parties impliquées étaient compétentes pour conclure ce traité. Même si la Grande-Bretagne n'était pas souveraine au Canada en 1760, les Hurons pouvaient raisonnablement croire qu'elle avait le pouvoir de conclure un traité avec eux et que ce traité serait en vigueur tant que les Britanniques contrôlèrent le Canada. Quant à Murray, les circonstances prévalant à l'époque démontrent qu'il avait la capacité requise pour conclure un traité, ou du moins que les Hurons pouvaient raisonnablement le croire vu l'importance de son rôle à l'époque au Canada. Pour ce qui est des Hurons, même s'ils ne pouvaient pas prétendre à l'occupation ou à la possession historiques du territoire concerné, cela ne les empêchait pas de conclure un traité avec la Couronne britannique. Une revendication territoriale ne constitue pas un élément essentiel à l'existence d'un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

The treaty was still in effect when the offences with which the respondents were charged were committed. The Act of Capitulation of Montreal in 1760 and the Treaty of Paris in 1763 did not have the effect of terminating rights resulting from the treaty. At the time, France could no longer claim to represent the Hurons. Since the Hurons had the capacity to enter into a treaty with the British Crown, they were the only ones who could give the necessary consent to its extinguishment. Similarly, the silence of the Royal Proclamation of 1763 regarding the treaty cannot be interpreted as extinguishing it. The change in use of the land by legislation in 1895 (creation of the Jacques-Cartier park) also did not terminate the right protected by the treaty. If the treaty gives the Hurons the right to carry on their customs and religion in the territory of the park, the existence of a provincial statute and subordinate legislation will not ordinarily affect that right. Finally, non-user of the treaty over a long period of time does not result in its extinguishment.

Although the treaty gives the Hurons the freedom to carry on their customs and religion, it makes no mention of the territory over which these rights may be exercised. As there is no express indication of the territorial scope of the treaty, it must be interpreted by determining the intention of the parties at the time it was concluded. When the historical context is given its full meaning, the interpretation that is called for is that the parties contemplated that the rights guaranteed by the treaty could be exercised over the entire territory frequented by the Hurons in 1760, so long as the carrying on of the customs and rites was not incompatible with the particular use made by the Crown of this territory. This interpretation would reconcile the Hurons' need to protect the exercise of their customs and the desire of the British conquerors to expand. It gave the British the necessary flexibility to be able to respond in due course to the increasing need to use Canada's resources, in the event that Canada remained under British suzerainty, and it allowed the Hurons to continue carrying on their rites and customs on the lands frequented to the extent that those rites and customs did not interfere with enjoyment of the lands by their occupier. The Hurons could not reasonably expect that the use would remain forever what it was in 1760. Jacques-Cartier park is land occupied by the Crown, since the province has set it aside for a specific use. The park falls within the class of conservation parks and is intended to ensure the permanent protection of territory representative of the natural regions of Quebec or natural sites presenting exceptional features, while rendering them accessible to the public for the purposes of education and cross-country recreation. This type of occupancy is not incompatible with the

Le traité était encore en vigueur au moment où les infractions reprochées aux intimés ont été commises. L'Acte de capitulation de Montréal de 1760 et le Traité de Paris de 1763 n'ont pas eu pour effet de mettre fin aux droits issus du traité. La France à l'époque ne pouvait plus prétendre représenter les Hurons. Puisqu'ils avaient la capacité de conclure un traité avec la Couronne britannique, les Hurons étaient les seuls à pouvoir donner le consentement nécessaire à son extinction. De même, le silence de la Proclamation royale de 1763 au sujet du traité ne peut être interprété comme entraînant son extinction. Le changement de vocation du territoire (la création du Parc Jacques-Cartier) effectué par voies législatives en 1895 n'a pas non plus mis fin aux droits protégés par le traité. Si le traité accorde aux Hurons le droit d'exercer leurs coutumes et leur religion sur le territoire du Parc, l'existence d'une loi et d'un règlement provinciaux n'affecterait normalement pas ce droit. Finalement, la non-utilisation du traité sur une longue période de temps n'entraîne pas son extinction.

Bien que le traité accorde aux Hurons la liberté d'exercer leurs coutumes et leur religion, il ne fait aucune mention du territoire sur lequel ces droits peuvent s'exercer. Vu l'absence d'indication expresse de la portée territoriale du traité, il faut l'interpréter en recherchant l'intention des parties au moment de la conclusion du traité. Lorsqu'on donne toute son importance au contexte historique, l'interprétation qui s'impose est que les parties envisageaient que les droits garantis par le traité pourraient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons en 1760 en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire. Cette interprétation concilie le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes et le désir d'expansion du conquérant britannique. Elle assure aux Anglais la flexibilité nécessaire pour répondre aux éventuels besoins grandissants d'utilisation des ressources du Canada, dans l'hypothèse où le Canada resterait sous la tutelle britannique, et permet aux Hurons de continuer à exercer leurs rites et coutumes sur les terres fréquentées en autant que ces rites et coutumes ne portent pas atteinte à la jouissance des terres par leur occupant. Les Hurons ne pouvaient raisonnablement pas s'attendre à ce que l'occupation soit figée à jamais au niveau de 1760. Le Parc de la Jacques-Cartier est un territoire occupé par la Couronne puisque la province l'a affecté à une utilisation particulière. Ce parc est classé dans la catégorie des parcs de conservation et vise à assurer la protection permanente de territoires représentatifs des régions naturelles du Québec ou des sites naturels à caractère exceptionnel tout en les rendant accessibles au public pour des fins d'éducation

exercise of Huron rites and customs. For such an exercise to be incompatible with occupancy of the park by the Crown, it must not only be contrary to the purpose underlying that occupancy but it must prevent the realization of that purpose. Crown lands are held for the benefit of the community (exclusive use is not an essential aspect of public ownership) and the activities with which the respondents are charged do not seriously compromise the Crown's objectives in occupying the park. Neither the representative nature of the natural region where the park is located nor the exceptional nature of this natural site are threatened. These activities also present no obstacle to cross-country recreation. Under s. 88 of the *Indian Act*, the respondents could therefore not be prosecuted since the activities in question were the subject of a treaty.

#### Cases Cited

**Applied:** *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), aff'd (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (S.C.C.); **referred to:** *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899); *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187; *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118.

#### Statutes and Regulations Cited

Act of Capitulation of Montreal (1760), arts. 40, 50.  
Act of Capitulation of Québec (1759).  
*Act to establish the Laurentides National Park*, S.Q. 1895, 58 Vict., c. 22.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 [formerly R.S.C. 1970, c. I-6], s. 88.  
*Parks Act*, R.S.Q., c. P-9, ss. 1(c), (e), 11.  
*Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier*, (1981) 113 O.G. II 3518, ss. 9, 37 [now R.R.Q. 1981, c. P-9, r. 2, ss. 10, 38].  
Royal Proclamation, 1763 [reprinted R.S.C., 1985, App. II, No. 1].  
Treaty of Paris (1763).

#### Authors Cited

*Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791*, 2nd and rev. ed., Part I. Edited by Adam Shortt and Arthur G. Doughty. Ottawa: King's Printer, 1918.  
Colden, Cadwallader. *The History of the Five Indian Nations of Canada*. London: T. Osborne, 1747.

et de récréation extensive. Ce type d'occupation n'est pas incompatible avec l'exercice par les Hurons de leurs rites et coutumes. Pour qu'un tel exercice soit incompatible avec l'occupation que la Couronne fait du Parc, il faudrait non seulement qu'il soit contraire à l'objectif qui sous-tend l'occupation, mais encore qu'il en empêche la réalisation. Or, les terres de la Couronne sont détenues à l'avantage de la collectivité (l'exclusivité de l'utilisation n'est pas intrinsèque à la propriété publique) et les activités reprochées aux intimés ne compromettent pas sérieusement les desseins de la Couronne dans son occupation du Parc. Ni le caractère représentatif de la région naturelle où se situe le Parc, ni le caractère exceptionnel de ce site naturel ne sont menacés. Ces activités ne représentent pas non plus un obstacle à la récréation extensive. En vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les intimés ne pouvaient donc être poursuivis puisque les activités reprochées faisaient l'objet d'un traité.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), conf. (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (C.S.C.); **arrêts mentionnés:** *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899); *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118.

#### Lois et règlements cités

Acte de capitulation de Montréal (1760), art. 40, 50.  
Acte de capitulation de Québec (1759).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi établissant le Parc national des Laurentides*, S.Q. 1895, 58 Vict., ch. 22.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 [auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6], art. 88.  
*Loi sur les parcs*, L.R.Q., ch. P-9, art. 1(c), (e), 11.  
Proclamation royale, 1763 [reproduite L.R.C. (1985), app. II, n° 1].  
*Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*, (1981) 113 G.O. II 4815, art. 9, 37 [maintenant R.R.Q. 1981, ch. P-9, r. 2, art. 10, 38].  
Traité de Paris (1763).

#### Doctrine citée

*Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791*, 2nd and rev. ed., Part I. Edited by Adam Shortt and Arthur G. Doughty. Ottawa: King's Printer, 1918.  
Colden, Cadwallader. *The History of the Five Indian Nations of Canada*. London: T. Osborne, 1747.

- Garneau, François Xavier. *Histoire du Canada français*, t. 3. Montréal: Les Amis de l'Histoire, 1969.
- Jésuites. *Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, vol. 2. Québec: Augustin Côté, 1858.
- Johnson, Sir William. *The Papers of Sir William Johnson*, vols. I, III, X, XIII. Prepared for publication by the Division of Archives and History of the University of the State of New York. Albany: University of the State of New York, 1921 to 1962.
- Knox, John. *An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760*, vol. II. London, 1769.
- Knox, John. *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760*, vol. III. Toronto: Champlain Society, 1916.
- MacKenzie, N. A. M. "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561.
- Montcalm, Louis-Joseph. *Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759*. Publié sous la direction de H.-R. Casgrain. Québec: Imprimerie De L.-J. Demers & Frère, 1895.
- Murray, James. *Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec*. Toronto: Rous & Mann Ltd., 1939.
- O'Callaghan, E. B., ed. *Documents relative to the Colonial History of New York*, vol. VII. Albany, N.Y.: Weed, Parsons and Co., 1856.
- Ortolan, Eugène. *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'État entre les nations*. Paris: Amyot, 1851.
- Québec. Archives de Québec. *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924*. Québec: Imprimeur de Sa Majesté le Roi, 1924.
- Ratelle, Maurice. *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours*. Publié en collaboration avec le Bureau du coordonnateur aux Affaires autochtones, ministère de l'Énergie et des Ressources, 1987.
- Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763*. Ottawa: Research Branch, Indian and Northern Affairs Canada, 1981.
- Vattel, Emer de. *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, vol. II, book III. London, 1758. Translation of the Edition of 1758 by Charles G. Fenwick [reprinted in the *Classics of the International Law*. Geneva: Slatkine Reprints—Henry Dunant Institute, 1983].
- Garneau, François Xavier. *Histoire du Canada français*, t. 3. Montréal: Les Amis de l'Histoire, 1969.
- Jésuites. *Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France*, vol. 2. Québec: Augustin Côté, 1858.
- Johnson, Sir William. *The Papers of Sir William Johnson*, vols. I, III, X, XIII. Prepared for publication by the Division of Archives and History of the University of the State of New York. Albany: University of the State of New York, 1921 to 1962.
- Knox, John. *An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760*, vol. II. London, 1769.
- Knox, John. *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760*, vol. III. Toronto: Champlain Society, 1916.
- MacKenzie, N. A. M. «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561.
- Montcalm, Louis-Joseph. *Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759*. Publié sous la direction de H.-R. Casgrain. Québec: Imprimerie De L.-J. Demers & Frère, 1895.
- Murray, James. *Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec*. Toronto: Rous & Mann Ltd., 1939.
- O'Callaghan, E. B., ed. *Documents relative to the Colonial History of New York*, vol. VII. Albany, N.Y.: Weed, Parsons and Co., 1856.
- Ortolan, Eugène. *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'État entre les nations*. Paris: Amyot, 1851.
- Québec. Archives de Québec. *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924*. Québec: Imprimeur de Sa Majesté le Roi, 1924.
- Ratelle, Maurice. *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours*. Publié en collaboration avec le Bureau du coordonnateur aux Affaires autochtones, ministère de l'Énergie et des Ressources, 1987.
- Stagg, Jack. *Anglo-Indian Relations in North America to 1763*. Ottawa: Research Branch, Indian and Northern Affairs Canada, 1981.
- Vattel, Emer de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, t. II, livre III. Londres, 1758 [reproduit dans les *Classics of the International Law*. Geneva: Slatkine Reprints—Henry Dunant Institute, 1983].

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1722, 8 Q.A.C. 189, [1987] C.N.L.R. 118, reversing a judgment of the Superior Court, J.E. 85-947, dismissing the respondents' appeals by way of trial *de novo* from

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1722, 8 Q.A.C. 189, [1987] C.N.L.R. 118, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, J.E. 85-947, qui avait rejeté les appels des intimés par voie de procès *de novo* de

their convictions for offences under the *Parks Act*, J.E. 83-722. Appeal dismissed.

*Robert Décary, Q.C.*, and *René Morin*, for the appellant.

*Jacques Larochelle* and *Guy Dion*, for the respondents.

*Jean-Marc Aubry, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Peter W. Hutchins* and *Franklin S. Gertler*, for the intervener National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—

### I—Facts and Relevant Legislation

The four respondents were convicted by the Court of Sessions of the Peace of cutting down trees, camping and making fires in places not designated in Jacques-Cartier park contrary to ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* (Order in Council 3108-81 of November 11, 1981, (1981) 113 O.G. II 3518), adopted pursuant to the *Parks Act*, R.S.Q., c. P-9. The regulations state that:

9. In the Park, users may not:

1. destroy, mutilate, remove or introduce any kind of plant or part thereof.

However, the collection of edible vegetable products is authorized solely for the purpose of consumption as food on the site, except in the preservation zones where it is forbidden at all times;

37. Camping and fires are permitted only in the places designated and arranged for those purposes.

The *Parks Act*, under which the foregoing regulations were adopted, provides the following penalties for an offence:

11. Every person who infringes this act or the regulations is guilty of an offence and liable on summary proceedings, in addition to the costs, to a fine of not less than \$50 nor more than \$1,000 in the case of an individual and to a fine of not less than \$200 nor more than \$5,000 in the case of a corporation.

The respondents appealed unsuccessfully to the Superior Court against this judgment by way of

leur condamnation pour des infractions à la *Loi sur les parcs*, J.E. 83-722. Pourvoi rejeté.

*Robert Décary, c.r.*, et *René Morin*, pour l'appellant.

*Jacques Larochelle* et *Guy Dion*, pour les intimés.

*Jean-Marc Aubry, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Peter W. Hutchins* et *Franklin S. Gertler*, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—

### I—Les faits et la législation pertinente

Les quatre intimés ont été trouvés coupables par la Cour des sessions de la paix d'avoir coupé des arbres, campé et fait des feux à des endroits non désignés dans le Parc de la Jacques-Cartier en contravention des art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* (décret 3108-81 du 11 novembre 1981, (1981) 113 G.O. II 4815), adopté en vertu de la *Loi sur les parcs*, L.R.Q., ch. P-9. Le Règlement porte que:

9. Dans ce parc, un usager doit s'abstenir:

1) d'abattre, mutiler, prélever ou introduire toute espèce végétale ou partie de celle-ci;

Toutefois, la cueillette de produits végétaux comestibles est autorisée uniquement pour des fins de consommation alimentaire sur les lieux sauf dans les zones de préservation où elle est interdite en tout temps;

37. Le camping et les feux sont permis seulement aux endroits désignés et aménagés à cette fin.

La *Loi sur les parcs*, en vertu de laquelle le précédent règlement a été adopté, prévoit les peines suivantes en cas de contravention:

11. Quiconque enfreint l'une des dispositions de la présente loi ou des règlements commet une infraction et est passible, sur poursuite sommaire, en outre des frais, d'une amende d'au moins 50\$ et d'au plus 1 000\$ s'il s'agit d'un individu et d'une amende d'au moins 200\$ et d'au plus 5 000\$ s'il s'agit d'une corporation.

Les intimés se sont pourvus, sans succès, contre ce jugement en Cour supérieure par voie de procès

trial *de novo*. However, the Court of Appeal allowed their appeal and acquitted the respondents, Jacques J.A. dissenting.

The respondents are Indians within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (formerly R.S.C. 1970, c. I-6), and are members of the Huron band on the Lorette Indian reserve. They admit that they committed the acts with which they were charged in Jacques-Cartier park, which is located outside the boundaries of the Lorette reserve. However, they alleged that they were practising certain ancestral customs and religious rites which are the subject of a treaty between the Hurons and the British, a treaty which brings s. 88 of the *Indian Act* into play and exempts them from compliance with the regulations. Section 88 of the *Indian Act* states that:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

The document the respondents rely on in support of their contentions is dated September 5, 1760 and signed by Brigadier General James Murray. It reads as follows:

THESE are to certify that the CHIEF of the HURON tribe of Indians, having come to me in the name of His Nation, to submit to His BRITANNICK MAJESTY, and make Peace, has been received under my Protection, with his whole Tribe; and henceforth no English Officer or party is to molest, or interrupt them in returning to their Settlement at LORETTE; and they are received upon the same terms with the Canadians, being allowed the free Exercise of their Religion, their Customs, and Liberty of trading with the English: — recommending it to the Officers commanding the Posts, to treat them kindly.

Given under my hand at Longueil, this 5th day of September, 1760.

By the Genl's Command,  
JOHN COSNAN,  
Adjut. Genl.

JA. MURRAY.

*de novo*. La Cour d'appel a toutefois accueilli leur appel et acquitté les intimés, le juge Jacques étant dissident.

Les intimés sont des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6) et sont membres de la bande des Hurons de la réserve indienne de Lorette. Ils reconnaissent avoir commis les actes qu'on leur reproche dans le Parc de la Jacques-Cartier qui est situé hors des limites de la réserve de Lorette. Ils affirment cependant qu'ils pratiquaient certaines coutumes ancestrales et rites religieux qui font l'objet d'un traité entre les Hurons et les Britanniques, traité qui entraîne l'application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* et les dispense de respecter le Règlement. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* porte que:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Le document que les intimés invoquent à l'appui de leurs prétentions est daté du 5 septembre 1760 et signé par le brigadier général James Murray. Il se lit comme suit:

[TRADUCTION] PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que le CHEF de la tribu des HURONS, étant venu à moi pour se soumettre au nom de sa nation à la COURONNE BRITANNIQUE et faire la paix, est reçu sous ma protection lui et toute sa tribu; et dorénavant ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE; ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais: nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment.

Signé par moi à Longueil, ce 5<sup>e</sup> jour de septembre 1760.

Sur l'ordre du général,  
JOHN COSNAN,  
Adjudant général

JA. MURRAY.

The Hurons had been in the Québec area since about 1650, after having had to leave their ancestral lands located in territory which is now in Ontario. In 1760, they were settled at Lorette on land given to them by the Jesuits eighteen years earlier and made regular use of the territory of Jacques-Cartier park at that time.

## II—Judgments

### A. *Court of Sessions of the Peace*

The questions regarding the existence of a treaty, its extinguishment and its scope were not raised before Judge Bilodeau of the Court of Sessions of the Peace: J.E. 83-722. The respondents argued instead that the regulations were adopted without authority, that they were illegal because they were too vague and imprecise and that they had not been infringed, at least as regards the cutting down and mutilation of trees. Judge Bilodeau rejected each of these arguments.

Finally, the respondents contended that as the relevant provincial legislation was not of general application, s. 88 of the *Indian Act* made them immune to prosecution under this legislation. Judge Bilodeau concluded that the provincial legislation was general in scope and so found the respondents guilty of the offences with which they were charged.

### B. *Superior Court*

The issue which is the subject of the appeal to this Court was considered by Desjardins J.: J.E. 85-947. He rejected the respondents' argument that the document of September 5 was a treaty, on the ground that Murray had neither the powers nor the intention to enter into a treaty giving territorial rights to the Hurons. He concluded that it was actually a certificate of protection or a safe conduct, and based his conclusion on the fact that neither the Huron nation nor the Sovereign ever regarded the document of September 5 as a treaty.

In the Superior Court the respondents also made the following argument, which was then abandoned in the subsequent appeals: an ancestral right to hunt and fish for their sustenance and that of

Les Hurons étaient présents dans la région de Québec depuis environ 1650 après avoir dû quitter leurs terres ancestrales situées sur un territoire qui est aujourd'hui en Ontario. En 1760, ils étaient établis à Lorette sur des terres que leur avaient concédées les Jésuites 18 ans plus tôt et ils fréquentaient alors le territoire du Parc de la Jacques-Cartier.

### b II—*Les jugements*

#### A. *La Cour des sessions de la paix*

Les questions concernant l'existence d'un traité, son extinction et son domaine d'application n'ont pas été soulevées devant le juge Bilodeau de la Cour des sessions de la paix: J.E. 83-722. Les intimés plaidèrent plutôt que le Règlement avait été adopté sans pouvoir, qu'il était illégal parce que trop vague et imprécis et qu'il n'avait pas été enfreint, du moins en ce qui concerne la coupe et la mutilation d'arbres. Le juge Bilodeau rejeta chacun de ces arguments.

Les intimés invoquèrent enfin que la législation provinciale pertinente n'étant pas d'application générale, l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* les immunisait de la possibilité d'être poursuivis en vertu de cette législation. Le juge Bilodeau conclut que la législation provinciale était de portée générale et par conséquent, déclara les intimés coupables des infractions qu'on leur reprochait.

#### B. *La Cour supérieure*

Le juge Desjardins a été appelé à examiner la question qui fait l'objet du pourvoi devant cette Cour: J.E. 85-947. Il rejeta la prétention des intimés à l'effet que le document du 5 septembre constituait un traité au motif que Murray n'avait ni les pouvoirs ni l'intention de conclure un traité qui aurait pour effet d'accorder des droits territoriaux aux Hurons. Il conclut qu'il s'agissait plutôt d'un certificat de protection ou d'un sauf-conduit et appuya sa conclusion sur le fait que ni la nation huronne ni le souverain n'avaient jamais considéré le document du 5 septembre comme un traité.

Devant la Cour supérieure, les intimés soulevèrent aussi l'argument suivant qui a ensuite été abandonné au moment des appels subséquents: un droit ancestral de chasser et pêcher pour leur



their families was enjoyed by the Hurons over the territory in question and necessarily implied the right to move about and set up their tents. Desjardins J. considered that such a right had not been proven and that, even if it had been, the provincial legislation would nonetheless have regulated its exercise.

### C. Court of Appeal

In the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1722, the respondents abandoned all arguments based on ancestral rights, rights that might result from the Royal Proclamation of October 7, 1763 or s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Bisson J.A., as he then was, whose opinion was concurred in by Paré J.A., saw the document of September 5 as a treaty by which the Hurons surrendered to the British and made peace in exchange for British protection and the free exercise of their religion, customs and trade with the English. The presence of this specific mention of free exercise of religion, customs and liberty of trading with the English is, in the view of the majority, the decisive factor making the document at issue a treaty. Bisson J.A. further concluded that the Act of Capitulation of Montreal had not extinguished the treaty. On the question of whether the customary activities or religious rites practised by the Hurons in Jacques-Cartier park were protected by the treaty, Bisson J.A. considered that all the evidence tended to show that the Hurons moved freely in the area in 1760 and carried on religious and customary activities there. Accordingly it followed, he said, that s. 88 of the *Indian Act* made the respondents immune from any prosecution for the activities with which they were charged, since the latter were the subject of a treaty whose rights could not be limited by provincial legislation.

Jacques J.A., dissenting, considered that the respondents' claim was of an essentially territorial nature and that neither the document at issue nor the Royal Proclamation of October 7, 1763 conferred rights of this kind on the native peoples.

subsistance et celle de leur famille existait au profit des Hurons sur le territoire concerné et impliquait nécessairement le droit de circuler et de planter leur tente. Le juge Desjardins fut d'avis qu'un tel droit n'avait pas été prouvé et que même s'il l'avait été, la législation provinciale en aurait malgré tout aménagé l'exercice.

### C. La Cour d'appel

Devant la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1722, les intimés ont abandonné tout argument concernant les droits ancestraux, les droits pouvant découler de la Proclamation royale du 7 octobre 1763 ou de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le juge Bisson, alors juge puîné de la Cour d'appel, dont l'opinion a rallié l'accord du juge Paré, reconnut dans le document du 5 septembre un traité par lequel les Hurons se rendaient aux Britanniques et faisaient la paix en échange de la protection britannique et du libre exercice de leur religion, de leurs coutumes et du commerce avec les Anglais. La présence de cette mention spécifique du libre exercice de la religion, des coutumes et de la liberté de commercer avec les Anglais est, de l'avis de la majorité, l'élément déterminant qui fait du document en litige un traité. Le juge Bisson conclut, de plus, que l'Acte de capitulation de Montréal n'avait pas éteint le traité. Quant à savoir si les activités coutumières ou les rites religieux pratiqués par des Hurons dans le Parc de la Jacques-Cartier bénéficiaient de la protection du traité, le juge Bisson fut d'avis que toute la preuve tendait à démontrer que les Hurons y circulaient librement en 1760 et qu'ils y exerçaient des activités religieuses et coutumières. Il s'ensuit donc, selon lui, que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* immunisent les intimés de toute poursuite pour les activités qu'on leur reproche puisque celles-ci faisaient l'objet d'un traité dont les droits ne peuvent être limités par un texte législatif provincial.

En dissidence, le juge Jacques fut plutôt d'avis que la revendication des intimés revêtait un caractère essentiellement territorial et que ni le document en litige ni la Proclamation royale du 7 octobre 1763 ne reconnaissaient aux autochtones des droits de cette nature.

## III—Points at Issue

The respondents are asking this Court to dispose of the appeal solely on the basis of the document of September 5, 1760 and s. 88 of the *Indian Act*. The following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Does the following document, signed by General Murray on 5 September 1760, constitute a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. 1-6?

“THESE are to certify that the CHIEF of the HURON tribe of Indians, having come to me in the name of His Nation, to submit to His BRITANNICK MAJESTY, and make Peace, has been received under my Protection, with his whole Tribe; and henceforth no English Officer or party is to molest, or interrupt them in returning to their Settlement at LORETTE; and they are received upon the same terms with the Canadians, being allowed the free Exercise of their Religion, their Customs, and Liberty of trading with the English:—recommending it to the Officers commanding the Posts, to treat them kindly.

Given under my hand at Longueil, this 5th day of September, 1760.

By the Genl's Command,  
JOHN COSNAN,  
Adjut. Genl.”

JA. MURRAY.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, was the “treaty” still operative on 29 May 1982, at the time when the alleged offences were committed?

3. If the answers to questions 1 and 2 are in the affirmative, are the terms of the document of such a nature as to make ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* (Order in Council 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, Part II, November 25, 1981, pp. 3518 *et seq.*) made under the *Parks Act*, R.S.Q., c. P-9, unenforceable in respect of the respondents?

To decide the case at bar I will consider first the question of whether Great Britain, General Murray and the Hurons had capacity to sign a treaty, assuming that those parties intended to do so. If they had, I will then consider whether the parties actually did enter into a treaty. Finally, if the document of September 5, 1760 is a treaty, I will analyse its contents to determine the nature of

## III—Les questions en litige

Les intimés demandent à cette Cour de disposer du pourvoi en se fondant uniquement sur le document du 5 septembre 1760 et sur l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef:

1. Le document suivant, signé au nom du général Murray le 5 septembre 1760, constitue-t-il un traité, au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. 1-6?

[TRADUCTION] «PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que le CHEF de la tribu des HURONS, étant venu à moi pour se soumettre au nom de sa nation à la COURONNE BRITANNIQUE et faire la paix, est reçu sous ma protection lui et toute sa tribu; et dorénavant ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE; ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais: nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment.

Signé par moi à Longueil, ce 5<sup>e</sup> jour de septembre 1760.

Sur l'ordre du général,  
JOHN COSNAN,  
Adjutant général»

JA. MURRAY.

2. Si la réponse à la question 1 est dans l'affirmative, ce «traité» produisait-il encore des effets juridiques le 29 mai 1982, au moment où les infractions reprochées ont été commises?

3. Si les réponses aux questions 1 et 2 sont affirmatives, les termes de ce document étaient-ils de nature à rendre inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* (décret 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, partie II, 25 novembre 1981, pp. 4815 *et suiv.*) adoptés en vertu de la *Loi sur les parcs*, L.R.Q., ch. P-9, à l'égard des intimés?

Pour décider de la présente affaire je me pencherai dans un premier temps sur la question de savoir si la Grande-Bretagne, le général Murray et les Hurons avaient la capacité de signer un traité, en tenant pour acquis que ces parties en aient eu l'intention. Dans l'affirmative, j'examinerai ensuite si les parties ont effectivement conclu un traité. Enfin, si le document du 5 septembre 1760 est un

the rights guaranteed therein and establish whether they have territorial application.

#### IV—Analysis

##### A. Introduction

Our courts and those of our neighbours to the south have already considered what distinguishes a treaty with the Indians from other agreements affecting them. The task is not an easy one. In *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, this Court adopted the comment of Norris J.A. in *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.) (affirmed in the Supreme Court (1965), 52 D.L.R. (2d) 481), that the courts should show flexibility in determining the legal nature of a document recording a transaction with the Indians. In particular, they must take into account the historical context and perception each party might have as to the nature of the undertaking contained in the document under consideration. To the question of whether the document at issue in *White and Bob* was a treaty within the meaning of the *Indian Act*, Norris J.A. replied (at pp. 648-49):

The question is, in my respectful opinion, to be resolved not by the application of rigid rules of construction without regard to the circumstances existing when the document was completed nor by the tests of modern day draftsmanship. In determining what the intention of Parliament was at the time of the enactment of s. 87 [now s. 88] of the *Indian Act*, Parliament is to be taken to have had in mind the common understanding of the parties to the document at the time it was executed.

As the Chief Justice said in *Simon, supra*, treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and uncertainties resolved in favour of the Indians (at p. 410). In our quest for the legal nature of the document of September 5, 1760, therefore, we should adopt a broad and generous interpretation of what constitutes a treaty.

In my opinion, this liberal and generous attitude, heedful of historical fact, should also guide

traité, j'en analyserai le contenu afin de déterminer la nature des droits qui y sont garantis et d'établir s'ils ont une portée territoriale.

#### IV—Analyse

##### A. Introduction

Nos cours, ainsi que celles de nos voisins du sud, se sont déjà appliquées à déterminer les éléments qui distinguent un traité avec les Indiens des autres ententes les impliquant. La tâche n'est pas sans difficulté. Cette Cour dans l'arrêt *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, adoptait le commentaire du juge Norris dans *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.) (confirmé en Cour suprême (1965), 52 D.L.R. (2d) 481) à l'effet que les tribunaux doivent faire preuve de flexibilité lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique d'un document qui consigne une transaction avec les Indiens. Ils doivent tenir compte, en particulier, du contexte historique et de la perception que chacune des parties pouvait avoir à l'égard de la nature de l'engagement qui est rapporté dans le document étudié. À la question de savoir si le document qui faisait l'objet de la contestation dans l'affaire *White and Bob* était un traité au sens de la *Loi sur les Indiens*, le juge Norris répondait (aux pp. 648 et 649):

[TRADUCTION] La question ne doit pas, à mon humble avis, être tranchée par l'application de règles d'interprétation rigides, sans tenir compte des circonstances qui existaient lorsque le document a été rédigé, ni selon les critères des rédacteurs modernes. Afin de déterminer quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'art. 87 [maintenant l'art. 88] de la *Loi sur les Indiens*, il faut présumer que le législateur tenait compte de la façon dont toutes les parties comprenaient le document au moment où il a été signé.

Comme le disait le Juge en chef dans l'arrêt *Simon*, précité, les lois et les traités relatifs aux Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et les ambiguïtés doivent être résolues en faveur des Indiens (p. 410). Dans notre recherche de la nature juridique du document du 5 septembre 1760, nous devrions ainsi adopter une interprétation large et généreuse de ce qui constitue un traité.

À mon avis, cette attitude libérale, généreuse et attentive aux faits de l'histoire doit également nous

us in examining the preliminary question of the capacity to sign a treaty, as illustrated by *Simon* and *White and Bob*.

Finally, once a valid treaty is found to exist, that treaty must in turn be given a just, broad and liberal construction. This principle, for which there is ample precedent, was recently reaffirmed in *Simon*. The factors underlying this rule were eloquently stated in *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), a judgment of the United States Supreme Court, and are I think just as relevant to questions involving the existence of a treaty and the capacity of the parties as they are to the interpretation of a treaty (at pp. 10-11):

In construing any treaty between the United States and an Indian tribe, it must always . . . be borne in mind that the negotiations for the treaty are conducted, on the part of the United States, an enlightened and powerful nation, by representatives skilled in diplomacy, masters of a written language, understanding the modes and forms of creating the various technical estates known to their law, and assisted by an interpreter employed by themselves; that the treaty is drawn up by them and in their own language; that the Indians, on the other hand, are a weak and dependent people, who have no written language and are wholly unfamiliar with all the forms of legal expression, and whose only knowledge of the terms in which the treaty is framed is that imparted to them by the interpreter employed by the United States; and that the treaty must therefore be construed, not according to the technical meaning of its words to learned lawyers, but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians.

The Indian people are today much better versed in the art of negotiation with public authorities than they were when the United States Supreme Court handed down its decision in *Jones*. As the document in question was signed over a hundred years before that decision, these considerations argue all the more strongly for the courts to adopt a generous and liberal approach.

animer lorsqu'il s'agit d'examiner la question préliminaire de la capacité de signer un traité, tel que l'illustrent les affaires *Simon* et *White and Bob*.

a

Enfin, une fois que l'on constate l'existence d'un traité valide, ce traité doit, à son tour, recevoir une interprétation juste, large et libérale. Ce principe, amplement reconnu par la jurisprudence, a été récemment réaffirmé dans l'arrêt *Simon*. Les considérations qui sous-tendent ce principe ont été éloquemment présentées dans l'arrêt *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), de la Cour suprême des États-Unis et sont, à mes yeux, tout aussi pertinentes aux questions relatives à l'existence d'un traité et à la capacité des parties qu'elles ne le sont à l'égard de l'interprétation d'un traité (aux pp. 10 et 11):

d

[TRADUCTION] Lorsqu'on interprète un traité conclu entre les États-Unis et une tribu indienne, il faut toujours [. . .] avoir à l'esprit que les négociations relatives au traité ont été menées pour le compte des États-Unis, une nation éclairée et puissante, par des représentants experts en diplomatie, qui maîtrisent une langue écrite, qui comprennent les modes et les formes pour créer les divers types de propriétés qui relèvent de leur droit, et qui ont reçu l'assistance d'un interprète à leur service; que le traité a été rédigé par ceux-ci et dans leur propre langue; que, par ailleurs, les Indiens sont un peuple faible et dépendant qui ne possède aucune langue écrite et n'est absolument pas familier avec toute forme d'expression juridique et dont la seule connaissance des termes dans lesquels le traité est formulé lui a été donnée par l'interprète au service des États-Unis; et le traité doit par conséquent être interprété non pas selon le sens technique de ses termes pour des avocats compétents, mais selon ce qui serait, pour les Indiens, leur sens naturel.

h

Les peuples indiens sont aujourd'hui beaucoup plus versés dans l'art de la négociation avec les autorités publiques qu'ils ne l'étaient à l'époque où la Cour suprême des États-Unis rendait sa décision dans *Jones*. Le document sous étude ayant été conclu plus de cent ans avant cette décision, ces considérations ne plaident qu'avec plus de force la nécessité pour les tribunaux d'adopter une attitude généreuse et libérale.

## B. *Question of Capacity of Parties Involved*

Before deciding whether the intention in the document of September 5, 1760 was to enter into a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, this Court must decide preliminary matters regarding the capacity of Great Britain, General Murray and the Huron nation to enter into a treaty. If any one of these parties was without such capacity, the document at issue could not be a valid treaty and it would then be pointless to consider it further.

As to General Murray's capacity, the appellant argued that Bisson J.A. erred in suggesting that he had admitted Murray's capacity to enter into a treaty. He said he only admitted that the signature on the document was that of Murray and that the document was a safe conduct. As I consider that Murray had the capacity to enter into a treaty, the question of whether or not an admission was made in this regard is of no importance.

I will first examine the capacity of Great Britain to enter into a treaty and then consider that of Murray and the Hurons.

### 1. Capacity of Great Britain

At this preliminary stage of the analysis, and for purposes of discussion, it has to be assumed that the document of September 5, 1760 possesses the characteristics of a treaty and that the only issue that arises concerns the capacity of the parties to create obligations of the kind contained in a treaty.

The appellant argued that the British Crown could not validly enter into a treaty with the Hurons as it was not sovereign in Canada in 1760. The appellant based this argument on the rules of international law, as stated by certain eighteenth and nineteenth century writers, which required that a state should be sovereign in a territory before it could alienate that territory. (See E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law* (1758), vol. II, book III, para. 197; E. Ortolan, *Des moyens d'acquérir le domaine*

## B. *La question de la capacité des parties impliquées*

Avant de décider si on a voulu par le document du 5 septembre 1760 conclure un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, cette Cour doit décider de questions préliminaires touchant à la capacité de la Grande-Bretagne, du général Murray et de la nation huronne de conclure un traité. Si l'une quelconque de ces parties était dépourvue de cette capacité, le document en l'espèce ne pourrait être un traité valide et il serait alors inutile de l'examiner plus en détail.

En ce qui concerne la capacité du général Murray, l'appelant a plaidé que le juge Bisson a fait erreur en suggérant qu'il avait admis la capacité de Murray de conclure un traité. Il soutient avoir seulement admis que la signature sur le document était celle de Murray et que le document était un sauf-conduit. Comme je suis d'avis que Murray avait la capacité de conclure un traité, la question de savoir s'il y a eu ou non admission à cet égard est sans importance.

J'examinerai d'abord la capacité de la Grande-Bretagne de conclure un traité pour ensuite me pencher sur celle de Murray et des Hurons.

### 1. La capacité de la Grande-Bretagne

À ce stade préliminaire de l'analyse, et aux fins de la discussion, il faut tenir pour acquis que le document du 5 septembre 1760 présente les caractéristiques d'un traité et que la seule question qui se soulève porte sur la capacité des parties de créer des obligations de la nature de celles contenues dans un traité.

L'appelant prétend que la Couronne britannique ne pouvait valablement conclure un traité avec les Hurons, du fait qu'elle n'était pas souveraine au Canada en 1760. L'appelant fonde cet argument sur les principes de droit international, tels que les rapportent certains auteurs du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècles, qui exigeaient qu'un État soit souverain sur un territoire avant qu'il ne puisse l'aliéner. (Voir E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), t. II, livre III, par. 197; E. Ortolan, *Des moyens d'acquérir le domaine inter-*

*international ou propriété d'État entre les nations* (1851), para. 167.)

Without deciding what the international law on this point was, I note that the writers to whom the appellant referred the Court studied the rules governing international relations and did not comment on the rules which at that time governed the conclusion of treaties between European nations and native peoples. In any case, the rules of international law do not preclude the document being characterized as a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. At the time with which we are concerned relations with Indian tribes fell somewhere between the kind of relations conducted between sovereign states and the relations that such states had with their own citizens. The *Simon* decision, *supra*, is clear in this regard: an Indian treaty is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law (p. 404).

Of course, if the document is a treaty, it could not have been binding on France if Canada had remained under its sovereignty at the end of the war. It would be fair to assume that the Hurons knew enough about warfare to understand that a treaty concluded with the enemy would be of little use to them if the French regained *de facto* control of New France.

Both *Simon* and *White and Bob* make it clear that the question of capacity must be seen from the point of view of the Indians at that time, and the Court must ask whether it was reasonable for them to have assumed that the other party they were dealing with had the authority to enter into a valid treaty with them. I conclude without any hesitation that the Hurons could reasonably have believed that the British Crown had the power to enter into a treaty with them that would be in effect as long as the British controlled Canada. France had not hesitated to enter into treaties of alliance with the Hurons and no one ever seemed to have questioned France's capacity to conclude such agreements. From the Hurons' point of view, there was no difference between these two European states. They were both foreigners to the

*national ou propriété d'État entre les nations* (1851), par. 167.)

Sans décider de l'état du droit international sur cette question, je note que les auteurs auxquels l'appellant nous a référés étudiaient les principes régissant les relations internationales et ne se prononçaient pas sur les principes qui régissaient, à l'époque, la conclusion de traités entre les nations européennes et les peuples autochtones. De toute façon, les principes de droit international ne sont pas un obstacle à ce que le document puisse être qualifié de traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Les relations avec les tribus indiennes se situaient à l'époque qui nous concerne, quelque part entre le genre de relations qu'entretenaient des États souverains et les relations que de tels États entretenaient avec leurs propres citoyens. L'arrêt *Simon*, précité, est clair à cet égard: un traité avec les Indiens est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international (p. 404).

Bien sûr, si le document est un traité, il n'aurait pas pu lier la France si le Canada était resté sous sa souveraineté à la fin de la guerre. En effet, il serait juste de présumer que les Hurons connaissaient suffisamment les choses de la guerre pour comprendre qu'un traité conclu avec l'ennemi leur serait de peu d'utilité si les Français reprenaient le contrôle *de facto* de la Nouvelle-France.

Tant *Simon* que *White and Bob* mettent clairement en évidence qu'il faut voir la question de la capacité avec les yeux des Indiens de l'époque et se demander s'il était raisonnable qu'ils aient présumé que leur interlocuteur était habilité à conclure un traité valide avec eux. C'est sans hésitation aucune que je conclus que les Hurons pouvaient raisonnablement croire que la Couronne britannique avait le pouvoir de conclure un traité avec eux qui serait en vigueur tant que les Britanniques contrôlèrent le Canada. En effet, la France n'avait pas hésité à conclure des traités d'alliance avec les Hurons et personne ne semblait jamais avoir mis en doute la capacité de la France de conclure de telles ententes. Du point de vue des Hurons, rien ne distinguait ces deux États européens. Tant l'un que l'autre leur étaient étrangers

Hurons and their presence in Canada had only one purpose, that of controlling the territory by force.

## 2. General Murray's Capacity

The appellant disputes Murray's capacity to sign a treaty on behalf of Great Britain on the ground that he was at that time only Governor of the city and district of Québec and a brigadier general in the British Army. As Governor, he was subject to the authority of His Majesty's Secretary of State for the Southern Department, and as a soldier he was the subordinate of General Amherst, the "Commander in Chief of His Britannic Majesty's Troops and Forces in North America". It is true that Murray's capacity to enter into this treaty is less obvious than that of Great Britain to "treat" with the Indians.

In *Simon Dickson C.J.* cited with approval, at pp. 400-401, N. A. M. MacKenzie in "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561, on the question of a person's powers to enter into a treaty with the Indians:

As to the capacity of the Indians to contract and the authority of Governor Hopson to enter into such an agreement, with all deference to His Honour, both seem to have been present. Innumerable treaties and agreements of a similar character were made by Great Britain, France, the United States of America and Canada with the Indian tribes inhabiting this continent, and these treaties and agreements have been and still are held to be binding. Nor would Governor Hopson require special "powers" to enter into such an agreement. Ordinarily "full powers" specially conferred are essential to the proper negotiating of a treaty, but the Indians were not on a par with a sovereign state and fewer formalities were required in their case. Governor Hopson was the representative of His Majesty and as such had sufficient authority to make an agreement with the Indian tribes.

The Chief Justice went on as follows, at p. 401:

The Treaty was entered into for the benefit of both the British Crown and the Micmac people, to maintain peace and order as well as to recognize and confirm the existing hunting and fishing rights of the Micmac. In

et leur présence au Canada n'avait qu'un seul et même but: celui de contrôler par la force le territoire.

## 2. La capacité du général Murray

L'appelant conteste la capacité de Murray de signer un traité au nom de la Grande-Bretagne au motif qu'il n'était alors que gouverneur de la ville et du district de Québec et brigadier général de l'armée britannique. En tant que gouverneur, il était soumis à l'autorité du secrétaire d'État de Sa Majesté pour le Département du sud et en tant que militaire, il était le subalterne du général Amherst, qui lui était le «Commandant en chef des troupes et forces de Sa Majesté britannique en Amérique septentrionale». Il est vrai que la capacité de Murray de conclure ce traité est moins évidente que celle de la Grande-Bretagne de «traiter» avec les Indiens.

Dans l'arrêt *Simon*, le juge en chef Dickson citait avec approbation, aux pp. 400 et 401, N. A. M. MacKenzie dans «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561 sur la question des pouvoirs d'une personne de conclure un traité avec les Indiens:

[TRADUCTION] Quant à la capacité des Indiens de contracter et au pouvoir du gouverneur Hopson de conclure un tel accord, avec tout le respect à l'égard de son honneur, il semble que les deux aient été présents. De nombreux traités et accords d'un caractère semblable ont été conclus par la Grande-Bretagne, la France, les États-Unis d'Amérique et le Canada avec des tribus indiennes habitant ce continent et ces traités et accords ont été et sont toujours considérés comme exécutoires. Le gouverneur Hopson n'avait pas non plus besoin de «pouvoirs» spéciaux pour conclure un tel accord. D'habitude, les «pouvoirs complets» qui sont conférés spécialement sont essentiels pour négocier de façon appropriée un traité, toutefois les Indiens n'étaient pas sur un pied d'égalité avec un état souverain et moins de formalités étaient nécessaires dans leur cas. Le gouverneur Hopson était le représentant de Sa Majesté et, à ce titre, il avait le pouvoir nécessaire pour conclure un accord avec les tribus indiennes.

Le Juge en chef poursuivait ainsi à la p. 401:

Le traité a été conclu dans l'intérêt de la Couronne britannique et du peuple micmac, pour maintenir la paix et l'ordre ainsi que pour reconnaître et confirmer les droits de chasse et de pêche existants des Micmacs. À

my opinion, both the Governor and the Micmac entered into the Treaty with the intention of creating mutually binding obligations which would be solemnly respected. It also provided a mechanism for dispute resolution. The Micmac Chief and the three other Micmac signatories, as delegates of the Micmac people, would have possessed full capacity to enter into a binding treaty on behalf of the Micmac. Governor Hopson was the delegate and legal representative of His Majesty the King. It is fair to assume that the Micmac would have believed that Governor Hopson, acting on behalf of His Majesty the King, had the necessary authority to enter into a valid treaty with them. I would hold that the Treaty of 1752 was validly created by competent parties.

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. To determine whether the Hurons' perception of Murray's capacity to sign a treaty on behalf of Great Britain was reasonable, the importance of the part played by the latter in Canada in 1760 has to be established.

Although during the siege of Québec James Murray was the fourth ranking officer in the British military hierarchy in Canada, after the death of Wolfe and the departure of Townshend and Monckton he became the highest ranking officer in the British Army stationed in Canada. General Amherst was the highest military authority in North America and his authority covered all British soldiers in Canada. Murray received the command of the troops at Québec from him. A very important fact is that since 1759 Murray had also acted as military governor of the Québec district, which included Lorette. He had used his powers to regulate, *inter alia*, the currency exchange rate and the prices of grain, bread and meat and to create civil courts and appoint judges (*Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec* (1939), at pp. 10, 11, 12, 14, 16 and 17).

mon avis, le gouverneur et les Micmacs ont conclu le traité avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Il prévoyait également un mécanisme pour régler les litiges. Le chef micmac et les trois autres signataires micmacs, à titre de délégués du peuple micmac, possédaient l'entière capacité de conclure un traité exécutoire pour le compte des Micmacs. Le gouverneur Hopson était le délégué et le représentant légal de Sa Majesté Le Roi. Il est juste de présumer que les Micmacs ont cru que le gouverneur Hopson, agissant pour le compte de Sa Majesté le Roi, avait le pouvoir pour conclure un traité valide avec eux. Je suis d'avis de conclure que le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes.

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. Pour déterminer si la perception des Hurons concernant la capacité de Murray de signer un traité pour le compte de la Grande-Bretagne était raisonnable, il faut établir l'importance du rôle que jouait ce dernier au Canada en 1760.

Même si James Murray était le quatrième officier dans la hiérarchie militaire britannique au Canada durant le siège de Québec, il devint, suite à la mort de Wolfe et aux départs de Townshend et Monckton, l'officier de plus haut rang de l'armée britannique en poste au Canada. Le général Amherst était la plus haute autorité militaire en Amérique du Nord et son autorité s'étendait à tous les militaires britanniques au Canada. C'est de lui que Murray avait reçu le commandement des troupes à Québec. Fait très important, Murray agissait également, depuis 1759, en tant que gouverneur militaire du district de Québec, ce qui incluait Lorette. Il avait utilisé ses pouvoirs pour régler, entre autres, le cours de la monnaie, le prix du grain, du pain et de la viande et pour constituer des tribunaux civils et nommer des juges (*Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec* (1939), aux pp. 10, 11, 12, 14, 16 et 17).



At the time the document under consideration was signed, General Amherst and his troops were occupied in crossing the rapids upstream of Montréal and it was not until some days later, probably on September 8, 1760, that they reached that city (see in this regard the work of F. X. Garneau, *Histoire du Canada français* (1969), vol. 3, at pp. 269-72). In my view, therefore, the respondents are correct in stating that on September 5, 1760, Murray was the highest ranking British officer with whom the Hurons could have conferred. The circumstances prevailing at the time, in my view, thus support the respondents' proposition that Murray in fact had the necessary capacity to enter into a treaty. Furthermore, if there is still any doubt, I think it is clear in any event that Murray had such authority in New France that it was reasonable for the Hurons to believe that he had the power to enter into a treaty with them.

It is useful at this point to note a passage from the decision of the British Columbia Court of Appeal in *White and Bob*, cited with approval by this Court in *Simon* (at p. 649):

In the section [88] "Treaty" is not a word of art and in my respectful opinion, it embraces all such engagements made by persons in authority as may be brought within the term "the word of the white man" the sanctity of which was, at the time of British exploration and settlement, the most important means of obtaining the goodwill and co-operation of the native tribes and ensuring that the colonists would be protected from death and destruction. On such assurance the Indians relied.

Murray was one of those persons who could reasonably have been assumed to be capable of giving the word of the white man. Finally, I would even go so far as to say that Murray, as Governor of the Québec district, might reasonably have been regarded by the Hurons living in that district as the person most competent to sign a treaty with them. The fact that they belonged to the territory which was Murray's responsibility and in which he represented His Majesty, in my opinion, entitled them to assume he had the capacity to enter into a valid treaty with them.

Or, au moment de la signature du document sous étude, le général Amherst et ses troupes étaient occupés à franchir les rapides en amont de Montréal et ce n'est que quelques jours plus tard, vraisemblablement le 8 septembre 1760, qu'ils atteignirent cette ville (à cet effet, voir l'ouvrage de F. X. Garneau, *Histoire du Canada français* (1969), t. 3, aux pp. 269 à 272). À mon avis, les intimés affirment donc avec raison que le 5 septembre 1760, Murray était l'officier britannique de plus haut rang avec lequel les Hurons auraient pu conférer. Les circonstances prévalant à l'époque soutiennent donc, à mon avis, la proposition des intimés à l'effet que Murray avait, en fait, la capacité requise pour conclure un traité. Et, si des doutes peuvent encore subsister, je crois de toute façon qu'il est clair que Murray jouissait d'une autorité telle en Nouvelle-France qu'il était raisonnable pour les Hurons de croire qu'il possédait le pouvoir de conclure un traité avec eux.

Il convient à ce point de rappeler un passage de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *White and Bob*, cité avec approbation par cette Cour dans l'arrêt *Simon* (à la p. 649):

[TRADUCTION] Dans l'article [88], le mot «traité» n'est pas un mot technique et, à mon humble avis, il comprend tous les accords conclus par des personnes ayant autorité que peut englober l'expression «la parole de l'homme blanc» dont le caractère sacré était, à l'époque de l'exploration et de la colonisation britanniques, le moyen le plus important pour se concilier et obtenir la bienveillance et la collaboration des tribus autochtones et pour protéger la vie et la propriété des colons. Les Indiens se fondaient sur cette assurance.

Murray était l'une de ces personnes qui pouvaient raisonnablement être présumées capables de donner la parole de l'homme blanc. Enfin, en tant que gouverneur du district de Québec, j'irais même jusqu'à affirmer que Murray pouvait être raisonnablement perçu par les Hurons qui habitaient ce district comme la personne la plus compétente à signer un traité avec eux. Leur appartenance au territoire dont Murray avait la charge et où il représentait Sa Majesté, les autorisaient, à mon avis, à présumer de sa capacité de conclure un traité valide avec eux.

In short, even apart from my conclusion with respect to Murray's actual authority to sign a treaty, I am of the view that the Hurons could reasonably have assumed that, as a general, Murray was giving them a safe conduct to return to Lorette, and that as Governor of the Québec district, he was signing a treaty guaranteeing the Hurons the free exercise of their religion, customs and trade with the English. In either case no problems concerning Murray's capacity would invalidate the treaty, if there was one.

For all these reasons, therefore, I conclude that Murray had the necessary powers to enter into a treaty with the Hurons that would be binding on the British.

### 3. Capacity of the Hurons

The appellant argues that the Hurons could not enter into a treaty with the British Crown because this Indian nation had no historical occupation or possession of the territory extending from the St-Maurice to the Saguenay. Without going so far as to suggest that there cannot be treaties other than agreements under which the Indians cede land to the Crown, the appellant argues that a treaty could not confer rights on the Indians unless the latter could claim historical occupation or possession of the lands in question. The appellant deduces this requirement from the fact that most of the cases involving treaties between the British and the Indians concern territories which had traditionally been occupied or held at the time in question by the Indian nation which signed the treaty. The academic commentary cited by the appellant also deals with the aspect of historical occupation or possession of land found in treaties with Indians.

There is no basis either in precedent or in the ordinary meaning of the word "treaty" for imposing such a restriction on what can constitute a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. In *Simon* (at p. 410) this Court in fact rejected the argument that s. 88 applied only to land cession treaties. In the Court's opinion that would limit severely the scope of the word "treaty"

En somme, même indépendamment de ma conclusion quant à l'existence réelle de l'autorité de Murray de signer un traité, je suis d'avis que les Hurons pouvaient raisonnablement percevoir que Murray, en tant que général, leur donnait un sauf-conduit pour retourner à Lorette et que, en tant que gouverneur du district de Québec, il signait un traité garantissant aux Hurons le libre exercice de leur religion, de leurs coutumes et du commerce avec les Anglais. Dans un cas comme dans l'autre, aucun problème de capacité concernant Murray n'invaliderait le traité, si traité il y a.

Pour toutes ces raisons, j'en viens donc à la conclusion que Murray détenait les pouvoirs nécessaires pour conclure avec les Hurons un traité qui lierait les Britanniques.

### 3. La capacité des Hurons

L'appellant argumente que les Hurons ne pouvaient conclure un traité avec la Couronne britannique parce que cette nation indienne n'avait pas d'occupation ou de possession historiques du territoire s'étendant du St-Maurice au Saguenay. Sans aller jusqu'à prétendre qu'il ne peut y avoir de traités autres que les ententes en vertu desquelles les Indiens cèdent des terres à la Couronne, l'appellant soutient qu'un traité ne pourrait reconnaître de droits aux Indiens sans que ces derniers puissent prétendre à l'occupation ou à la possession historiques des terres concernées. L'appellant déduit cette exigence du fait que la plupart des affaires impliquant des traités entre les Britanniques et les Indiens ont trait à des territoires qui avaient été occupés ou possédés traditionnellement par la nation indienne signataire au moment où un tel traité était conclu. La doctrine citée par l'appellant se penche aussi sur l'aspect d'occupation ou de possession historique de terres que l'on retrouve dans les traités avec les Indiens.

Ni la jurisprudence ni le sens ordinaire du mot «traité» ne justifient qu'une telle restriction soit imposée à ce qui peut constituer un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Dans *Simon* (p. 410) cette Cour rejeta en effet l'argument alléguant que l'art. 88 ne s'appliquait qu'à des traités portant cession de terres. La Cour fut d'avis que cela restreindrait sérieusement la portée du

and run contrary to the principle that Indians treaties should be liberally construed and uncertainties resolved in favour of the Indians. The argument made here must be rejected in the same way. There is no reason why an agreement concerning something other than a territory, such as an agreement about political or social rights, cannot be a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. There is also no basis for excluding agreements in which the Crown may have chosen to create, for the benefit of a tribe, rights over territory other than its traditional territory. Accordingly, I consider that a territorial claim is not essential to the existence of a treaty.

I therefore conclude that all the parties involved were competent to enter into a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. This leads me to consider the next question: did General Murray and the Hurons in fact enter into such a treaty?

C. *Legal Nature of the Document of September 5, 1760*

1. Constituent Elements of a Treaty

In *Simon* this Court noted that a treaty with the Indians is unique, that it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law. In that case the accused had relied on an agreement concluded in 1752 between Governor Hopson and the Micmac Chief Cope, and the Crown disputed that this was a treaty. The following are two extracts illustrating the reasons relied on by the Chief Justice in concluding that a treaty had been concluded between the Micmacs and the British Crown (at pp. 401 and 410):

In my opinion, both the Governor and the Micmac entered into the Treaty with the intention of creating mutually binding obligations which would be solemnly respected. It also provided a mechanism for dispute resolution.

The Treaty was an exchange of solemn promises between the Micmacs and the King's representative entered into to achieve and guarantee peace. It is an enforceable obligation between the Indians and the

mot «traité» et serait contraire au principe voulant que les traités avec les Indiens soient interprétés de façon libérale et que les ambiguïtés soient résolues en leur faveur. L'argument présenté ici doit être écarté de la même façon. Il n'y a aucune raison qu'une convention portant sur autre chose qu'un territoire, par exemple, une convention concernant des droits politiques ou sociaux, ne soit un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Rien ne justifie non plus l'exclusion d'accords où la Couronne aurait choisi de créer, pour le bénéfice d'une tribu, des droits portant sur un territoire autre que son territoire traditionnel. Par conséquent, je suis d'avis qu'une revendication territoriale ne constitue pas un élément essentiel à l'existence d'un traité.

Je conclus donc que toutes les parties impliquées étaient compétentes pour conclure un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Ceci m'amène à me pencher sur la question suivante: le général Murray et les Hurons ont-ils effectivement conclu un tel traité?

C. *La nature juridique du document du 5 septembre 1760*

1. Les éléments constitutifs d'un traité

Dans l'arrêt *Simon*, cette Cour a souligné qu'un traité avec les Indiens est unique, qu'il constitue un accord *sui generis* qui n'est ni créé, ni éteint selon les règles du droit international. Dans cette affaire, l'accusé avait invoqué une entente conclue en 1752 entre le gouverneur Hopson et le chef des Micmacs Cope et le ministère public contestait qu'il s'agissait d'un traité. Voici deux passages illustrant les considérations sur lesquelles le Juge en chef s'est fondé pour conclure qu'un traité avait été conclu entre les Micmacs et la Couronne britannique (aux pp. 401 et 410):

À mon avis, le gouverneur et les Micmacs ont conclu le traité avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Il prévoyait également un mécanisme pour régler les litiges.

Le traité était un échange de promesses solennelles entre les Micmacs et le représentant du Roi conclu pour faire la paix et la garantir. Il s'agit d'une obligation exécutoire entre les Indiens et l'homme blanc et, comme telle,

white man and, as such, falls within the meaning of the word "treaty" in s. 88 of the *Indian Act*.

From these extracts it is clear that what characterizes a treaty is the intention to create obligations, the presence of mutually binding obligations and a certain measure of solemnity. In the Court of Appeal Bisson J.A. in fact adopted a similar approach when he wrote (at p. 1726):

[TRANSLATION] I feel that in order to determine whether document D-7 [the document of September 5, 1760] is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, the fundamental question is as follows: is it an agreement in which the contracting parties ... intended to create mutual obligations which they intended to observe solemnly?

In *White and Bob*, *supra*, Norris J.A. also discussed the nature of a treaty under the *Indian Act*. As he mentioned in the passage I have already quoted, the word "treaty" is not a term of art. It merely identifies agreements in which the "word of the white man" is given and by which the latter made certain of the Indians' co-operation. Norris J.A. also wrote at p. 649:

In view of the argument before us, it is necessary to point out that on numerous occasions in modern days, rights under what were entered into with Indians as solemn engagements, although completed with what would now be considered informality, have been whittled away on the excuse that they do not comply with present day formal requirements and with rules of interpretation applicable to transactions between people who must be taken in the light of advanced civilization to be of equal status. Reliance on instances where this has been done is merely to compound injustice without real justification at law. The transaction in question here was a transaction between, on the one hand, the strong representative of a proprietary company under the Crown and representing the Crown, who had gained the respect of the Indians by his integrity and the strength of his personality and was thus able to bring about the completion of the agreement, and, on the other hand, uneducated savages. The nature of the transaction itself was consistent with the informality of frontier days in this Province and such as the necessities of the occasion and the customs and illiteracy of the Indians demanded ... The unusual (by the standards of legal draftsmen) nature and form of the document considered in the light

elle est visée par le mot «traité» à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Il ressort de ces passages que ce qui caractérise un traité c'est l'intention de créer des obligations, la présence d'obligations mutuellement exécutoires et d'un certain élément de solennité. Le juge Bisson, en Cour d'appel, a d'ailleurs adopté une approche similaire lorsqu'il a écrit (à la p. 1726):

Je crois que, pour déterminer si le document D-7 [le document du 5 septembre 1760] constitue un traité au sens de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, la question fondamentale est la suivante: s'agit-il d'une entente où les parties contractantes [...] avaient l'intention de créer des obligations réciproques auxquelles elles entendaient se conformer [...] de façon solennelle?

Le juge Norris dans *White and Bob*, précité, a également discuté de la nature du traité dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*. Tel qu'il le mentionnait dans le passage que j'ai déjà cité, le mot «traité» n'est pas un mot technique. Il ne fait qu'identifier les ententes où la «parole de l'homme blanc» est donnée et par lesquelles ce dernier s'assurait de la coopération des Indiens. Le juge Norris écrivait aussi à la p. 649:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'argumentation qui nous est soumise, il est nécessaire de souligner qu'à plusieurs reprises de nos jours, des droits découlant de ce que les Indiens considéraient comme des engagements solennels, bien que pris, suivant les critères d'aujourd'hui, sans formalités, ont été réduits progressivement sous prétexte qu'ils n'étaient pas conformes aux exigences formelles actuelles et aux règles d'interprétation applicables aux opérations entre des peuples qui doivent être considérés selon la civilisation évoluée comme égaux. Si l'on se fonde sur des cas où cela a été fait, c'est simplement pour composer avec la justice sans apporter de justification juridique réelle. La convention en question en l'espèce a été conclue entre, d'une part, un représentant expérimenté d'une société propriétaire régie par la Couronne et représentant la Couronne, qui avait acquis le respect des Indiens par son intégrité et la force de sa personnalité et qui avait été ainsi en mesure de conclure l'entente et, d'autre part, des sauvages sans éducation. La nature de la convention elle-même correspondait au caractère informel du temps de la colonisation de cette province et aux besoins de l'occasion ainsi que des coutumes et de l'analphabétisme des Indiens. [...] La nature et la forme inhabituelles (selon les normes des rédacteurs juridiques) du document, considérées en tenant compte des circonstances qui existaient

of the circumstances on Vancouver Island in 1854 does not detract from it as being a "Treaty".

This lengthy passage brings out the importance of the historical context, including the interpersonal relations of those involved at the time, in trying to determine whether a document falls into the category of a treaty under s. 88 of the *Indian Act*. It also shows that formalities are of secondary importance in deciding on the nature of a document containing an agreement with the Indians.

The decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, also provides valuable assistance by listing a series of factors which are relevant to analysis of the historical background. In that case the Court had to interpret a treaty, and not determine the legal nature of a document, but the factors mentioned may be just as useful in determining the existence of a treaty as in interpreting it. In particular, they assist in determining the intent of the parties to enter into a treaty. Among these factors are:

1. continuous exercise of a right in the past and at present,
2. the reasons why the Crown made a commitment,
3. the situation prevailing at the time the document was signed,
4. evidence of relations of mutual respect and esteem between the negotiators, and
5. the subsequent conduct of the parties.

2. Analysis of the Document in Light of These Factors

(a) *Wording*

Bisson J.A. of the Court of Appeal felt that the document of September 5, 1760 was a treaty because there was no need to include a reference to religion and customs in a mere safe conduct. In view of the presence of protection for certain "fundamental" rights, the document of September 5,

sur l'Île de Vancouver en 1854, ne l'empêchent pas de constituer un «traité».

Ce long passage met en relief l'importance du contexte historique, incluant les relations interpersonnelles des acteurs de l'époque, lorsqu'on recherche si un document entre dans la catégorie des traités selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Il révèle aussi que les formalités sont d'une importance secondaire lorsqu'on recherche la nature d'un document consignant une entente avec les Indiens.

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Taylor and Williams* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 nous fournit aussi une aide précieuse en énumérant une série d'éléments qui sont pertinents à l'analyse du contexte historique. Dans cette affaire, il s'agissait d'interpréter un traité et non pas de déterminer la nature juridique d'un document, mais les éléments mis en relief peuvent être aussi utiles à la recherche de l'existence d'un traité qu'à son interprétation. Ils facilitent, en particulier, la recherche de l'intention des parties de conclure un traité. Parmi ces éléments, on retrouve:

1. l'exercice continu d'un droit dans le passé et aujourd'hui;
2. les raisons pour lesquelles la Couronne s'est engagée;
3. la situation qui prévalait au moment où le document a été signé;
4. la preuve de relations de respect et d'estime entre les négociateurs; et
5. la conduite subséquente des parties.

2. Analyse du document à la lumière de ces éléments

a) *Le libellé*

Le juge Bisson de la Cour d'appel est d'avis que le document du 5 septembre 1760 est un traité parce qu'il n'y aurait eu aucune nécessité d'inclure une référence à la religion et aux coutumes dans un simple sauf-conduit. Étant donné la présence d'une protection à l'égard de certains droits «fon-

1760 was thus a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*.

Several aspects of the wording of the document are consistent with the appellant's position that it was an act of surrender and a safe conduct rather than a treaty. The following is a brief review of the appellant's five main arguments in this regard. First, the document opens with the words "THESE are to certify that . . .", which would suggest that the document in question is a certificate or an acknowledgment of the Hurons' surrender, made official by Murray in order to inform the British troops. Bisson J.A. gave these introductory words an interpretation more favourable to the Hurons: the Hurons did not know how to write and the choice of words only makes it clear that the document of September 5, 1760 recorded an oral treaty.

Second, General Murray used expressions which appear to involve him only personally, which do not suggest that he was acting as a representative of the British Crown. Thus, the following expressions are used:

1. "having come to me",
2. "has been received under my Protection",
3. "By the Genl's Command".

Although the Hurons had surrendered to His Britannic Majesty, wording the document in this way could tend to show that Murray intended only to give his personal undertaking to protect the Hurons, without thereby binding the British Crown in the long term. Murray, it is argued, had only offered the Hurons military protection and had no intention of entering into a treaty.

Thirdly, the orders given to British soldiers stationed in Canada ("no English Officer or party is to molest, or interrupt them in returning to their Settlement at LORETTE . . . recommending it to the Officers commanding the Posts, to treat them kindly . . . By the Genl's Command") would more naturally form part of a document such as a safe conduct or pass than of a treaty.

damentaux», le document du 5 septembre 1760 serait donc un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

Plusieurs éléments du texte du document sont compatibles avec la position de l'appelant à l'effet qu'il s'agit d'un acte de capitulation et d'un sauf-conduit plutôt que d'un traité. Voici un exposé succinct des cinq arguments principaux de l'appelant à cet égard. Premièrement, le document s'ouvre sur les mots «PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que . . .» ce qui suggérerait que le document en question constitue un certificat ou une reconnaissance de la reddition des Hurons que Murray aurait officialisée afin d'en informer les troupes britanniques. Par ailleurs, le juge Bisson a fourni une explication plus favorable aux Hurons à ces mots introductifs: les Hurons ne savaient pas écrire et le choix des mots ne fait que mettre en évidence le fait que le document du 5 septembre 1760 consigne un traité oral.

Deuxièmement, le général Murray utilise des expressions qui ne semblent l'impliquer que personnellement, qui ne suggèrent pas qu'il agissait en tant que représentant de la Couronne britannique. Ainsi, sont employées les expressions suivantes:

1. «étant venu à moi»
2. «est reçu sous ma protection»
3. «Sur l'ordre du général»

Bien que les Hurons se soient rendus à Sa Majesté britannique, cette formulation du document pourrait tendre à démontrer que Murray n'entendait donner qu'un engagement personnel de protéger les Hurons, sans pour autant engager la Couronne britannique à long terme. Murray n'aurait offert qu'une protection militaire aux Hurons et n'aurait pas eu l'intention de conclure un traité.

Troisièmement, les ordres aux soldats britanniques en poste au Canada (ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE [ . . . ] nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment [ . . . ] Sur l'ordre du général») trouveraient plus élégamment place dans un document de la nature d'un sauf-conduit ou un laissez-passer que dans un traité.

These points bring out the unilateral aspect of the document of September 5: it could be an administrative document issued by General Murray, recognizing that the Hurons had laid down their arms and giving orders to British soldiers accordingly. Finally, the document was signed only by the General's representative with no indication that it had been assented to by the Hurons' in one way or another. The main purpose of the document is thus, it is argued, to recognize the surrender, and what was more important to the Hurons, allow them to return to Lorette safely without fear of being mistaken for enemies by British soldiers they might meet along the way.

Fourth, the reference to a specific event, namely the return journey to Lorette, as opposed to a document recognizing rights in perpetuity or without any apparent time limit, could show that the purpose of this document was not to settle long-term relations between the Hurons and the British. The temporary and specific nature of the document would indicate that the parties did not intend to enter into a treaty.

Fifth, the document does not possess the formality which is usually to be found in the wording of a treaty. First, it is not the General himself who signed the document, but his adjutant on his behalf. Second, the language used in the document does not have the formalism generally accompanying the signature of a treaty with Indians. Here, for example, are extracts from the treaty at issue in *Simon* (at pp. 392-93 and 395):

Treaty or  
Articles of Peace and Friendship Renewed  
between

His Excellency Peregrine Thomas Hopson Esquire Captain General and Governor in Chief in and over His Majesty's Province of Nova Scotia or Acadie. Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's Regiments of Foot, and His Majesty's Council on behalf of His Majesty.

and

Ces éléments mettent en relief l'aspect unilatéral du document du 5 septembre: il pourrait s'agir d'un acte administratif émanant du général Murray qui reconnaît que les Hurons ont déposé les armes et qui donne, conséquemment, des ordres aux soldats britanniques. Enfin, le document n'est signé que par le représentant du général sans aucune mention que le document a reçu, d'une façon ou d'une autre, l'assentiment des Hurons. L'objet principal du document consisterait donc à reconnaître la reddition et, ce qui est plus important pour les Hurons, à leur permettre de rentrer en sécurité à Lorette sans peur d'être considérés, à tort, comme des ennemis par les soldats britanniques qu'ils croiseraient sur le chemin du retour.

Quatrièmement, la référence à un événement précis, soit le voyage de retour à Lorette, par opposition à un document qui reconnaîtrait des droits à perpétuité ou sans limite apparente dans le temps, pourrait signaler que ce document n'avait pas pour but de régir à long terme les relations entre les Hurons et les Britanniques. La nature temporaire et ponctuelle du document indiquerait que les parties n'entendaient pas conclure un traité.

Cinquièmement, le document n'est pas empreint de solennité, solennité qui caractérise habituellement le libellé même d'un traité. D'abord ce n'est pas le général lui-même qui a signé le document, mais son adjutant en son nom. Ensuite, le langage employé dans le document ne présente pas le formalisme entourant généralement la signature d'un traité avec les Indiens. Voici, par exemple, des extraits du traité sous étude dans l'affaire *Simon* (aux pp. 392, 393 et 395):

Traité ou  
Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvelée  
«Entre»

Son Excellence Peregrine Thomas Hopson Ecuyer Capitaine Général du Gouverneur en Chef pour le Roy de la Grande Bretagne de la Province de la Nouvelle Écosse de L'Acadie Vice Admiral de la ditte Province et Colonel d'un Régiment d'Infanterie et le Conseil de sa Majesté Dans cette Province en faveur de la ditte Majesté d'une Part—

et

Major Jean Baptiste Cope, chief Sachem of the Tribe of Mick Mack Indians Inhabiting the Eastern Coast of the said Province, and Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin & Francis Jeremiah, Members and Delegates of the said Tribe, for themselves and their said Tribe their Heirs, and the Heirs of their Heirs forever, Begun made and concluded in the manner, form and Tenor following, vizt:

In Faith and Testimony whereof, the Great Seal of the Province is hereunto Appended, and the party's to these presents have hereunto interchangeably Set their Hands in the Council Chamber at Halifax this 22nd day of Nov. 1752, in the Twenty sixth year of His Majesty's Reign.

The appellant argues that the Hurons did not formalize the document either by their signature (which would not be absolutely necessary to make it a treaty) or by the use of necklaces or belts of shells which were the traditional method used by the Hurons to formalize agreements at the time. Clearly, this argument has weight only if the document accurately indicates all the events surrounding the signature. Otherwise, extrinsic proof of solemnities could help to show that the parties intended to enter into a formal agreement and that they manifested this intent in one way or another.

While the analysis thus far seems to suggest that the document of September 5 is not a treaty, the presence of a clause guaranteeing the free exercise of religion, customs and trade with the English cannot but raise serious doubts about this proposition. It seems extremely strange to me that a document which is supposedly only a temporary, unilateral and informal safe conduct should contain a clause guaranteeing rights of such importance. As Bisson J.A. noted in the Court of Appeal judgment, there would have been no necessity to mention the free exercise of religion and customs in a document the effects of which were only to last for a few days. Such a guarantee would definitely have been more natural in a treaty where "the word of the white man" is given.

Le Major Jean Baptiste Cope Chef Sachem de la Tribu des Sauvages Mick Mack habitans les Côtes de l'Est de la dite province et Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin et François Jeremie Membres et envoyés de la susdite Tribu pour eux mêmes et leurs héritiers et les Héritiers de leurs Héritiers à Jamais d'une autre Part le dit Traité commencé fait et conclu dans la manière Forme et Teneur qui s'ensuivent.

En Foi et en Témoignage de Quoi on a apposé le Grand Seau de ladite Province et les Parties y ont réciproquement souscroïtes et Signés dans la Chambre du Concel à Halifax le 22<sup>me</sup> Novembre 1752 dans la 26<sup>me</sup> Année du Règne de sa Majesté.

L'appelant soutient que les Hurons n'ont pas formalisé le document ni par leur signature (ce qui ne serait pas absolument nécessaire pour qu'il s'agisse d'un traité), ni par l'utilisation de colliers ou ceintures de coquillages qui constituait le moyen traditionnel pour les Hurons de l'époque de formaliser des ententes. Évidemment, cet argument n'a de poids que si le document relate fidèlement tous les événements qui en ont entouré la signature. Sinon, une preuve extrinsèque de solennités pourra contribuer à démontrer que les parties entendaient s'obliger de façon solennelle et qu'elles l'ont manifesté d'une façon ou d'une autre.

Si l'analyse jusqu'à maintenant semble suggérer que le document du 5 septembre n'est pas un traité, la présence d'une clause qui garantit le libre exercice de la religion, des coutumes et du commerce avec les Anglais ne peut que faire naître de sérieux doutes à l'égard de cette proposition. Il m'apparaît extrêmement étrange qu'un document qui ne serait qu'un sauf-conduit temporaire, unilatéral et informel contienne une clause qui garantisse des droits d'une telle importance. Comme le souligne le juge Bisson dans le jugement de la Cour d'appel, il n'y aurait aucune nécessité à ce qu'on mentionne le libre exercice de la religion et des coutumes dans un document ne devant produire des effets que durant quelques jours. Une telle garantie trouverait définitivement mieux sa place dans un traité où «la parole de l'homme blanc» est donnée.



The appellant and the Attorney General of Canada put forward certain explanations for the presence of such guarantees in the document:

1. the free exercise of religion and customs was part of the protection under which General Murray received the Hurons;
2. the free exercise of religion and customs is mentioned because these benefits had been conferred on Canadians laying down their arms earlier.

As this Court recently noted in *R. v. Horse*, [1988] 1 S.C.R. 187, at p. 201, extrinsic evidence is not to be used as an aid to interpreting a treaty in the absence of ambiguity or where the result would be to alter its terms by adding words to or subtracting words from the written agreement. This rule also applies in determining the legal nature of a document relating to the Indians. However, a more flexible approach is necessary as the question of the existence of a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* is generally closely bound up with the circumstances existing when the document was prepared (*White and Bob*, *supra*, at pp. 648-49, and *Simon*, *supra*, at pp. 409-10). In any case, the wording alone will not suffice to determine the legal nature of the document before the Court. On the one hand, we have before us a document the form of which and some of whose subject-matter suggest that it is not a treaty, and on the other, we find it to contain protection of fundamental rights which supports the opposite conclusion. The ambiguity arising from this document thus means that the Court must look at extrinsic evidence to determine its legal nature.

#### (b) *Extrinsic Evidence*

It was suggested that the Court examine three types of extrinsic evidence to assist it in determining whether the document of September 5 is a treaty. First, to indicate the parties' intent to enter into a treaty, the Court was offered evidence to present a picture of the historical context of the period. Then, evidence was presented of certain facts closely associated with the signing of the document and relating to the existence of the

L'appelant et le procureur général du Canada avancent certaines explications concernant la présence de ces garanties dans le document:

1. le libre exercice de la religion et des coutumes faisait partie de la protection en vertu de laquelle le général Murray a reçu les Hurons.
2. le libre exercice de la religion et des coutumes est mentionné parce que ces avantages étaient accordés aux Canadiens qui déposaient les armes auparavant.

Comme l'a récemment rappelé cette Cour dans l'arrêt *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187, à la p. 201, on ne doit pas avoir recours à une preuve extrinsèque pour interpréter un traité s'il n'y a aucune ambiguïté ou si cela aurait pour effet d'en modifier le texte par l'adjonction ou la suppression de certains termes. Cette règle s'applique aussi lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique d'un document relatif aux Indiens. Toutefois, il faut faire preuve de plus de flexibilité car la question de l'existence d'un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* est généralement intimement liée aux circonstances qui existaient lorsque le document a été rédigé (*White and Bob*, précité, aux pp. 648 et 649, et *Simon*, précité, aux pp. 409 et 410). De toute façon, le seul libellé ne nous permet pas de déterminer la nature juridique du document qui nous occupe. D'une part, nous sommes confrontés à un document dont la forme et certains des sujets qu'il aborde suggèrent qu'il ne s'agit pas d'un traité et d'autre part, nous y retrouvons une protection de droits fondamentaux qui appuie la conclusion opposée. L'ambiguïté qui se dégage de ce document rend donc inévitable que l'on ait recours à la preuve extrinsèque pour en déterminer la nature juridique.

#### b) *La preuve extrinsèque*

On nous propose ici d'examiner trois types de preuve extrinsèque pour nous éclairer quant à savoir si le document du 5 septembre est un traité. On nous offre d'abord, à titre d'indication de l'intention des parties de conclure un traité, une preuve brossant un tableau du contexte historique de l'époque. Puis, on nous présente la preuve de certains faits ayant entouré de près la conclusion du document pertinents à l'existence des divers

various constituent elements of a treaty. Finally, still with a view to determining whether the parties intended to enter into a treaty, the Court was told of the subsequent conduct of the parties in respect of the document of September 5, 1760.

I should first mention that the admissibility of certain documents submitted by the intervenor the National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations in support of its arguments was contested. The intervenor was relying on documents that were not part of the record in the lower courts. The appellant agreed that certain of these documents, namely Murray's Journal, letters and instructions, should be included in the record provided this Court considered that their admissibility was justified by the concept of judicial notice. I am of the view that all the documents to which I will refer, whether my attention was drawn to them by the intervenor or as a result of my personal research, are documents of a historical nature which I am entitled to rely on pursuant to the concept of judicial knowledge. As Norris J.A. said in *White and Bob* (at p. 629):

The Court is entitled "to take judicial notice of the facts of history whether past or contemporaneous" as Lord du Parc said in *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 at p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 at p. 20, and it is entitled to rely on its own historical knowledge and researches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, Lord Halsbury, L.C., at pp. 652-4.

The documents I cite all enable the Court, in my view, to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this case.

The appellant argues that the historical context at the time the document of September 5 was concluded shows that the parties had no intention to enter into a treaty. The respondents and the intervenor the National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations, on the other hand, maintain that the historical background to this document supports the existence of a common intent to sign a treaty.

éléments constitutifs d'un traité. Toujours dans le but de déterminer si les parties avaient ou non l'intention de conclure un traité, on nous a enfin relaté la conduite postérieure des parties à l'égard du document du 5 septembre 1760.

Je dois d'abord mentionner que l'admissibilité de certains documents que nous a présentés l'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations, à l'appui de ses prétentions a fait l'objet de contestation. L'intervenante a en effet invoqué des documents qui ne faisaient pas partie du dossier devant les instances inférieures. L'appelant a accepté que certains de ces documents, soit le Journal de Murray, des lettres et des instructions, soient versés au dossier à condition que cette Cour soit d'avis que leur admissibilité se justifie par la notion de connaissance judiciaire. Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l'intervenante ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire. Comme le disait le juge Norris dans *White and Bob* (à la p. 629):

[TRADUCTION] La cour a le droit «de prendre connaissance d'office des faits historiques passés ou contemporains» comme l'a dit lord du Parc dans l'arrêt *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196, à la p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 à la p. 20, et a le droit de se fonder sur sa propre connaissance de l'histoire et sur ses recherches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, le lord chancelier Halsbury, aux pp. 652 à 654.

Les documents que je cite nous permettent tous, à mon avis, d'identifier avec plus de précision la réalité historique essentielle à la résolution du présent litige.

L'appelant soutient que le contexte historique lors de la conclusion du document du 5 septembre démontre que les parties n'avaient aucune intention de conclure un traité. À l'opposé, les intimés et l'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations, prétendent que le contexte historique dans lequel s'intègre ce document supporte l'existence d'une intention commune de signer un traité.

On September 5, 1760, France and England were engaged in a war begun four years earlier, which ended with the Treaty of Paris signed on February 10, 1763. About a year earlier, the battle of the Plains of Abraham had allowed the British to take control of Québec City and the surrounding area. During the year following this victory, British troops had worked to consolidate their military position in Canada and to solve the supply and other practical problems engendered by the very harsh winter of 1759.

In his work *An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760* (1769), vol. II, at p. 382 (day of September 3, 1760), Captain Knox also relates the efforts of General Murray to win the loyalty of the Canadians. General Murray at that time invited French soldiers to surrender and Canadians to lay down their arms. He had made it widely known that he would pardon those who surrendered and allow them to keep their land. He had also promised them that he would make larger grants of land and protect them. He gave those who responded to his appeal and took the oath of allegiance to the British Crown safe conducts to return to their parishes. Steps were also taken to inform the Indians who were allies of the British of these changes of allegiance so as to ensure that they would not be attacked on the way back.

As the advantageous position and strength of the British troops became more and more apparent, several groups did surrender and it appears that this movement accelerated in the days preceding that on which the document at issue was signed. In his *Historical Journal*, at the entries for September 1, 2 and 3, 1760, Knox indicates that:

The whole parish of Varenne have surrendered, delivered up their arms, and taken the oaths; their fighting-men consisted of five companies of militia: two other parishes, equally numerous, have signified their intentions of submitting to-morrow.

Le 5 septembre 1760, la France et l'Angleterre s'opposaient dans une guerre entreprise quatre ans auparavant et qui devait se conclure avec le Traité de Paris, signé le 10 février 1763. Environ une année plus tôt, la bataille des Plaines d'Abraham avait permis aux Britanniques de prendre le contrôle de la ville de Québec et de la région environnante. Les troupes britanniques s'employèrent, durant l'année qui suivit cette victoire, à consolider leur position militaire au Canada et à résoudre les problèmes d'approvisionnement et autres problèmes pratiques engendrés par l'hiver très rigoureux de 1759.

Le capitaine Knox, dans son ouvrage intitulé *An Historical Journal of the Campaigns in North-America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760* (1769), vol. II, à la p. 382 (journée du 3 septembre 1760), nous fait aussi part des efforts du général Murray pour gagner la loyauté des Canadiens. Le général Murray invitait alors les soldats français à se rendre et les Canadiens à déposer les armes. Il avait largement fait diffuser qu'il pardonnerait à ceux qui se rendraient et qu'il leur permettrait de garder leurs terres. Il leur avait également promis de leur faire de plus larges concessions et de les protéger. Il fournissait à ceux qui répondaient à son appel et prêtaient le serment d'allégeance à la Couronne britannique des sauf-conduits pour rentrer dans leur paroisse. De plus, des mesures étaient prises afin d'informer les Indiens alliés des Britanniques de ces changements d'allégeance pour éviter qu'ils ne les attaquent sur le chemin du retour.

L'avantage et la force des troupes britanniques devenant de plus en plus évidents, plusieurs groupes s'étaient en effet rendus et il semble que ce mouvement se soit intensifié dans les jours qui ont précédé celui de la signature du document qui nous concerne. Knox, dans son *Historical Journal*, aux entrées du 1<sup>er</sup>, 2 et 3 septembre 1760, nous révèle que:

[TRADUCTION] Toute la paroisse de Varenne s'est rendue, nous a livré ses armes et a prêté serment; les combattants étaient rassemblés dans cinq compagnies de milice: deux autres paroisses, aussi populeuses, ont signé leur intention de se rendre demain.

The Canadians are surrendering every-where; they are terrified at the thoughts of Sir William Johnson's Indians coming among them, by which we conjecture they are near at hand.

The regulars now desert to us in great numbers, and the Canadian militia are surrendering by hundreds.

In fact, the total defeat of France in Canada was very near: the Act of Capitulation of Montreal, by which the French troops stationed in Canada laid down their arms, was signed on September 8, 1760 and signalled the end of France's *de facto* control in Canada.

Great Britain's *de jure* control of Canada took the form of the Treaty of Paris of February 10, 1763, a treaty which *inter alia* ensured that the "Inhabitants of Canada" would be free to practise the Roman Catholic religion. Some months later, the Royal Proclamation of October 7, 1763 organized the territories recently acquired by Great Britain and reserved two types of land for the Indians: that located outside the colony's territorial limits and the establishments authorized by the Crown inside the colony.

From the historical situation I have just briefly outlined the appellant deduced that the document at issue is only a capitulation and that the legal nature of such a document should not be construed differently depending on whether it relates to the Indians or to the French. The Court has before it, he submitted, only a capitulation comparable to a capitulation of French soldiers or Canadians, which cannot be elevated to the category of a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* simply because an Indian tribe was a party to it. In other words, as Murray signed the same kind of document with respect to the Indians, the French or the Canadians his intent could not have been any different. The appellant also maintains that, like the capitulations of the Canadians and the French soldiers, this document was only temporary in nature in that its consequences would cease when the fate of Canada was finally settled at the end of the war.

I consider that, instead, we can conclude from the historical documents that both Great Britain

Les Canadiens se rendent partout; ils sont terrifiés à la pensée d'être attaqués par les Indiens de sir William Johnson, ce qui nous amène à croire qu'ils seraient dans les environs.

Maintenant les réguliers désertent en grand nombre et les miliciens canadiens se rendent par centaines.

En fait, la défaite totale de la France au Canada était imminente; l'Acte de capitulation de Montréal, par lequel les troupes françaises postées au Canada déposaient les armes, fut signé le 8 septembre 1760 et sonna le glas du contrôle de fait de la France au Canada.

Le contrôle *de jure* de la Grande-Bretagne sur le Canada prit la forme du Traité de Paris du 10 février 1763, traité qui assura, entre autres, la liberté de la religion catholique aux «Habitans du Canada». Quelques mois plus tard, la Proclamation royale du 7 octobre 1763 organisa les territoires récemment acquis par la Grande-Bretagne et réserva aux Indiens deux catégories de terres: celles situées à l'extérieur des limites territoriales de la colonie et les établissements permis par la Couronne à l'intérieur de la colonie.

L'appelant déduit de la situation historique que je viens brièvement d'exposer que le document sous étude ne constitue qu'une capitulation et qu'il n'y pas lieu d'interpréter différemment la nature juridique d'un tel acte selon qu'il concerne les Indiens ou les Français. Nous n'aurions devant nous qu'une capitulation comparable à une capitulation de soldats français ou de Canadiens qui ne peut s'élever à la catégorie des traités au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* du seul fait qu'une tribu indienne y soit partie. En d'autres mots, Murray ne pouvait avoir une intention différente à l'égard des Indiens et des Français ou des Canadiens alors qu'il signait le même type de document. L'appelant soutient également que ce document, comme les capitulations des Canadiens et des soldats français, n'avait qu'un caractère temporaire en ce que ses effets devaient s'éteindre avec le règlement final du sort du Canada à la fin de la guerre.

Je suis d'avis que les documents historiques nous permettent plutôt de conclure que tant la Grande-

and France felt that the Indian nations had sufficient independence and played a large enough role in North America for it to be good policy to maintain relations with them very close to those maintained between sovereign nations.

The mother countries did everything in their power to secure the alliance of each Indian nation and to encourage nations allied with the enemy to change sides. When these efforts met with success, they were incorporated in treaties of alliance or neutrality. This clearly indicates that the Indian nations were regarded in their relations with the European nations which occupied North America as independent nations. The papers of Sir William Johnson (*The Papers of Sir William Johnson*, 14 vol.), who was in charge of Indian affairs in British North America, demonstrate the recognition by Great Britain that nation-to-nation relations had to be conducted with the North American Indians. As an example, I cite an extract from a speech by Sir Johnson at the Onondaga Conference held in April 1748, attended by the Five Nations:

Brethren of the five Nations I will begin upon a thing of a long standing, our first Brotherhood. My Reason for it is, I think there are several among you who seem to forget it; It may seem strange to you how I a Foreigner should know this, But I tell you I found out some of the old Writings of our Forefathers which was thought to have been lost and in this old valuable Record I find, that our first Friendship Commenced at the Arrival of the first great Canoe or Vessel at Albany . . . [Emphasis added.]

(*The Papers of Sir William Johnson*, vol. I, 1921, at pp. 157-58.)

As the Chief Justice of the United States Supreme Court said in 1832 in *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), at pp. 548-49, about British policy towards the Indians in the mid-eighteenth century:

Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines.

En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations coalisées à l'ennemi à changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité. Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes. Les documents de sir William Johnson (*The Papers of Sir William Johnson*, 14 vol.), responsable des affaires indiennes en Amérique du Nord britannique témoignent de la reconnaissance de la part de la Grande-Bretagne du fait qu'il fallait entretenir des relations de nation à nation avec les Indiens d'Amérique du Nord. À titre d'exemple, je cite un extrait du discours de sir Johnson à la Conférence d'Onondaga tenue en avril 1748 et à laquelle assistaient les Cinq Nations:

[TRADUCTION] Frères des Cinq Nations, je tiens tout d'abord à souligner quelque chose qui dure depuis longtemps, notre première relation de Frères. La raison pour laquelle je le fais, c'est que je crois que plusieurs d'entre vous semblent l'oublier; il peut vous sembler insolite qu'un étranger comme moi le sache, mais je puis vous dire que j'ai découvert certains des anciens écrits de nos ancêtres qu'on croyait perdus, et dans un ancien document important j'ai trouvé que notre première amitié a commencé lors de l'arrivée du premier grand canoë ou vaisseau à Albany . . . [Je souligne.]

(*The Papers of Sir William Johnson*, vol. I, 1921, aux pp. 157 et 158.)

Comme le disait le Juge en chef de la Cour suprême des États-Unis en 1832 dans l'affaire *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), aux pp. 548 et 549, à propos de la politique britannique du milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle envers les Indiens:

Such was the policy of Great Britain towards the Indian nations inhabiting the territory from which she excluded all other Europeans; such her claims, and such her practical exposition of the charters she had granted: she considered them as nations capable of maintaining the relations of peace and war; of governing themselves, under her protection; and she made treaties with them, the obligation of which she acknowledged. [Emphasis added.]

Further, both the French and the English recognized the critical importance of alliances with the Indians, or at least their neutrality, in determining the outcome of the war between them and the security of the North American colonies.

Following the crushing defeats of the English by the French in 1755, the English realized that control of North America could not be acquired without the co-operation of the Indians. Accordingly, from then on they made efforts to ally themselves with as many Indian nations as possible. The French, who had long realized the strategic role of the Indians in the success of any war effort, also did everything they could to secure their alliance or maintain alliances already established (J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763* (1981); "Mr. Nelson's Memorial about the State of the Northern Colonies in America", September 24, 1696, reproduced in E. B. O'Callaghan, ed., *Documents relative to the Colonial History of New York* (1856), vol. VII, at p. 206<sup>1</sup>; "Letter from Sir William Johnson to William Pitt", October 24, 1760, in *The Papers of Sir William Johnson*, vol. III, 1921, at pp. 269 et seq.; "Mémoire de Bougainville sur l'artillerie du Canada", January 11, 1759, in *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924* (1924), at p. 58; *Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759* (1895), at p. 428).

England also wished to secure the friendship of the Indian nations by treating them with generosity and respect for fear that the safety and development of the colonies and their inhabitants would be compromised by Indians with feelings of hostility

[TRADUCTION] C'était la politique de la Grande-Bretagne à l'égard des nations indiennes qui habitaient le territoire d'où elle avait exclu tous les autres Européens; c'était ses revendications et sa présentation pratique des chartes qu'elle a accordées: elle les considérait comme des nations capables de maintenir les relations de paix et de guerre, de se gouverner elles-mêmes, sous sa protection, et elle a conclu des traités avec elles, dont elle a reconnu le caractère obligatoire. [Je souligne.]

De plus, tant les Français que les Anglais reconnaissaient l'importance déterminante des alliances ou du moins, de la neutralité, des Indiens quant à l'issue de la guerre qui les opposait et à la sécurité des colonies d'Amérique du Nord.

Suite aux défaites écrasantes des Anglais aux mains des Français en 1755, les Anglais s'étaient rendu compte que le contrôle de l'Amérique du Nord ne pourrait s'acquérir sans la collaboration des Indiens. Aussi, s'employaient-ils depuis à s'allier le plus grand nombre possible de nations indiennes. Conscients depuis longtemps du rôle stratégique des Indiens pour le succès de tout effort de guerre, les Français n'épargnaient rien non plus pour se les allier ou s'assurer du maintien des alliances déjà acquises (J. Stagg, *Anglo-Indian Relations in North America to 1763* (1981); «Mr. Nelson's Memorial about the State of the Northern Colonies in America» du 24 septembre 1696, reproduit dans E. B. O'Callaghan, éd., *Documents relative to the Colonial History of New York* (1856), vol. VII, à la p. 206<sup>1</sup>; «Lettre de sir William Johnson à William Pitt» du 24 octobre 1760, dans *The Papers of Sir William Johnson*, vol. III, 1921, aux pp. 269 et suiv.; «Mémoire de Bougainville sur l'artillerie du Canada» du 11 janvier 1759, dans le *Rapport de l'archiviste de la Province de Québec pour 1923-1924* (1924), à la p. 58; *Journal du Marquis de Montcalm durant ses campagnes en Canada de 1756 à 1759* (1895), à la p. 428).

L'Angleterre désirait aussi s'assurer de l'amitié des nations indiennes en les traitant avec générosité et égards par peur que la sécurité et le développement des colonies et de leurs habitants ne soient compromis par des Indiens atteints d'un

<sup>1</sup> The original of this document is marked "Colonial Office 323, vol. 2, document A42".

<sup>1</sup> L'original de ce document porte la cote «Colonial Office 323, vol. 2, document A42».

ty. One of the extracts from Knox's work which I cited above reports that the Canadians and the French soldiers who surrendered asked to be protected from Indians on the way back to their parishes. Another passage from Knox, also cited above, relates that the Canadians were terrified at the idea of seeing Sir William Johnson's Indians coming among them. This proves that in the minds of the local population the Indians represented a real and disturbing threat. The fact that England was also aware of the danger the colonies and their inhabitants might run if the Indians withdrew their co-operation is echoed in the following documents: "Letter from Sir William Johnson to the Lords of Trade", November 13, 1763, reproduced in O'Callaghan, ed., *op. cit.*, at pp. 574, 579 and 580<sup>2</sup>; "Letter from Sir William Johnson to William Pitt", October 24, 1760, in *The Papers of Sir William Johnson*, vol. III, at pp. 270 and 274; M. Ratelle, *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours* (1987); "Letter from Amherst to Sir William Johnson", August 30, 1760, in *The Papers of Sir William Johnson*, vol. X, 1951, at p. 177; "Instructions from George II to Amherst", September 18, 1758, National Archives of Canada (MG 18 L 4 file 0 20/8); C. Colden, *The History of the Five Indian Nations of Canada* (1747), at p. 180; Stagg, *op. cit.*, at pp. 166-67; and by analogy *Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec*, entry of December 31, 1759, at pp 15-16.

This "generous" policy which the British chose to adopt also found expression in other areas. The British Crown recognized that the Indians had certain ownership rights over their land, it sought to establish trade with them which would rise above the level of exploitation and give them a fair return. It also allowed them autonomy in their internal affairs, intervening in this area as little as possible.

<sup>2</sup> The original of this document is numbered "Colonial Office 323, vol. 18, document R51", pp. 97-116. Note that the reproduction in O'Callaghan wrongly gives the date of November 13, 1763. The document is in fact dated November 18, 1763.

sentiment d'inimitié. Un des extraits de l'ouvrage de Knox que j'ai cités plus haut rapporte que les Canadiens et les soldats français qui se rendaient demandaient à ce qu'on les protège des Indiens sur le chemin du retour vers leur paroisse. Un autre passage de Knox, également précité, relate que les Canadiens étaient terrifiés à l'idée de voir les Indiens à la suite de sir William Johnson arriver au Canada. Cela prouve que les Indiens représentaient une menace réelle et inquiétante dans l'esprit de la population locale. Que l'Angleterre était aussi consciente du danger que pourrait courir les colonies et leurs habitants si les Indiens retiraient leur collaboration trouve écho dans les documents suivants: «Lettre de sir William Johnson aux Lords of Trade» du 13 novembre 1763, reproduit dans O'Callaghan, éd., *op. cit.*, aux pp. 574, 579 et 580<sup>2</sup>; «Lettre de sir William Johnson à William Pitt» du 24 octobre 1760, dans *The Papers of Sir William Johnson*, vol. III, aux pp. 270 et 274; M. Ratelle, *Contexte historique de la localisation des Attikameks et des Montagnais de 1760 à nos jours* (1987); «Lettre d'Amherst à sir William Johnson» du 30 août 1760, dans *The Papers of Sir William Johnson*, vol. X, 1951, à la p. 177; «Instructions from George II to Amherst» du 18 septembre 1758, Archives nationales du Canada (MG 18 L 4 file 0 20/8); C. Colden, *The History of the Five Indian Nations of Canada* (1747), à la p. 180; Stagg, *op. cit.*, aux pp. 166 et 167, et par analogie, *Governor Murray's Journal of the Siege of Quebec*, entrée du 31 décembre 1759, aux pp. 15 et 16.

Cette politique «généreuse» qu'avaient choisi d'adopter les Britanniques trouvait aussi son expression dans d'autres domaines. La Couronne britannique reconnaissait, en effet, aux Indiens certains droits de propriété sur leurs terres, elle cherchait à établir un commerce avec eux qui s'élèverait au-dessus du niveau de l'exploitation et leur apporterait un juste avantage. Elle leur reconnaissait aussi l'autonomie dans leurs affaires internes, intervenant ainsi le moins possible dans ce domaine.

<sup>2</sup> L'original de ce document porte la cote «Colonial Office 323, vol. 18, document R51», pp. 97 à 116. À noter que la reproduction dans O'Callaghan porte erronément la date du 13 novembre 1763. Ce document est en fait daté du 18 novembre 1763.

Whatever the similarities between a document recording the laying down of arms by French soldiers or Canadians and the document at issue, the analogy does not go so far as to preclude the conclusion that the document was nonetheless a treaty.

Such a document could not be regarded as a treaty so far as the French and the Canadians were concerned because under international law they had no authority to sign such a document: they were governed by a European nation which alone was able to represent them in dealings with other European nations for the signature of treaties affecting them. The colonial powers recognized that the Indians had the capacity to sign treaties directly with the European nations occupying North American territory. The *sui generis* situation in which the Indians were placed had forced the European mother countries to acknowledge that they had sufficient autonomy for the valid creation of solemn agreements which were called "treaties", regardless of the strict meaning given to that word then and now by international law. The question of the competence of the Hurons and of the French or the Canadians is essential to the question of whether a treaty exists. The question of capacity has to be examined from a fundamentally different viewpoint and in accordance with different principles for each of these groups. Thus, I reject the argument that the legal nature of the document at issue must necessarily be interpreted in the same way as the capitulations of the French and the Canadians. The historical context which I have briefly reviewed even supports the proposition that both the British and the Hurons could have intended to enter into a treaty on September 5, 1760. I rely, in particular, on Great Britain's stated wish to form alliances with as many Indians as possible and on the demoralizing effect for the French, the Canadians and their allies which would result from the loss of this long-standing Indian ally whose allegiance to the French cause had until then been very seldom shaken.

Let us now turn to the second type of extrinsic evidence proposed by the parties, namely evidence

Quelles que soient les similarités entre un document constatant le dépôt des armes par des soldats français ou des Canadiens et le document qui nous occupe, l'analogie ne va pas jusqu'à empêcher qu'on en arrive à la conclusion que ce dernier constitue tout de même un traité.

À l'égard des Français et des Canadiens, un tel acte ne pouvait être considéré comme un traité parce que le droit international ne leur reconnaissait pas la compétence pour signer un tel document: ils dépendaient d'une nation européenne qui était la seule à pouvoir les représenter auprès des autres nations européennes pour la signature de traités les concernant. Or, les puissances coloniales reconnaissaient aux Indiens la capacité de signer directement des traités avec les nations européennes qui occupaient les territoires d'Amérique du Nord. La situation *sui generis* dans laquelle se trouvaient les Indiens avait forcé les métropoles européennes à leur reconnaître une autonomie suffisante pour que puissent être valablement créées des ententes solennelles qu'on a appelé «traités», indépendamment du sens strict que le droit international accordait et accorde toujours à ce terme. La question de la compétence des Hurons et des Français ou des Canadiens est essentielle à la question de l'existence d'un traité. Or, pour chacun de ces groupes la question de la capacité doit être examinée sous un angle foncièrement différent et à partir de principes différents. Aussi, je rejette l'argument qui veut qu'on interprète nécessairement de la même façon la nature juridique de l'acte qui nous concerne et les capitulations des Français et des Canadiens. Le contexte historique dont j'ai brièvement fait état supporte même la proposition que tant les Britanniques que les Hurons pouvaient avoir l'intention de conclure un traité le 5 septembre 1760. Je me fonde, en particulier, sur le désir avoué de la Grande-Bretagne de s'allier le plus grand nombre d'Indiens possible et sur l'effet démoralisant qu'engendrerait, chez les Français, les Canadiens et leurs alliés, la perte de cet allié indien de longue date et dont la fidélité à la cause française n'avait jusque-là été que très rarement ébranlée.

Examinons maintenant le deuxième type de preuve extrinsèque que nous proposent les parties,



relating to facts which were contemporaneous with or which occurred shortly before or after the signing of the document of September 5, 1760.

The respondents first presented evidence that the document of September 5, 1760 was the outcome of negotiations between Murray and certain Indian nations, including the Hurons, who wished to make peace with the British Crown. Knox's Journal reports the following events for September 6 (at p. 384):

Eight Sachems, of different nations, lately in alliance with the enemy, have surrendered, for themselves and their tribes, to General Murray: these fellows, after conferring with his Excellency, and that all matters had been adjusted to their satisfaction, stepped out to the beach opposite to Montreal, flourished their knives and hatchets, and set up the war-shout; intimating to the French, that they are now become our allies and their enemies. While these Chieftains were negotiating a peace, two of our Mohawks entered the apartment where they were with the General and Colonel Burton . . . [Emphasis added.]

Although it is not entirely clear, Knox appears to be relating here events which took place the preceding day, on September 5. This interpretation is confirmed by the fact that Murray makes no reference in his Journal to any meeting with the Indians on the 6th but mentions one on the 5th, while Knox records no meeting with the Indians on the 5th. Both are thus probably speaking of the same meeting on September 5.

The foregoing passage shows that the document of September 5 was not simply an expression of General Murray's wishes, but the result of negotiations between the parties. This document was thus not simply a unilateral act, a simple acknowledgment or safe conduct, but the embodiment of an agreement reached between the representative of the British Crown and the representatives of the Indian nations present, including the representative of the Lorette Hurons.

Knox goes on to say that the Mohawks wanted to turn on the various Indian groups allied with the French who had just concluded peace with the British. Murray and Burton intervened and the

soit les éléments de preuve relatant des faits contemporains ou qui ont précédé ou suivi de peu la conclusion du document du 5 septembre 1760.

<sup>a</sup> Les intimés nous ont d'abord présenté une preuve à l'effet que le document du 5 septembre 1760 serait l'aboutissement de négociations intervenues entre Murray et quelques nations indiennes, dont les Hurons, qui désiraient faire la paix avec la Couronne britannique. Le Journal de Knox rapporte les événements suivants pour le 6 septembre (à la p. 384):

[TRADUCTION] Huit Sachems, de différentes nations qui étaient récemment alliées à l'ennemi, se sont rendus en leur nom et en celui de leurs tribus au général Murray: ces personnes, après avoir discuté avec Son Excellence et après que toutes les questions eurent été réglées à leur satisfaction, se sont rendus sur la rive opposée à Montréal, ont brandi leurs couteaux et leurs haches et ont lancé leur cri de guerre, indiquant aux Français qu'ils étaient maintenant devenus nos alliés et leurs ennemis. Pendant que ces chefs étaient en train de négocier la paix, deux de nos Mohawks sont entrés dans la pièce où ils se trouvaient avec le général et le colonel Burton . . . [Je souligne.]

<sup>f</sup> Bien que cela ne soit pas sans ambiguïté, Knox semble ici relater des événements qui auraient eu lieu la veille, soit le 5 septembre. Cette interprétation est confirmée par le fait que Murray, dans son Journal, ne fait référence à aucune rencontre avec les Indiens le 6 mais en mentionne une le 5, alors que Knox ne fait état d'aucune rencontre avec des Indiens le 5. Tous deux parlent donc vraisemblablement de la même rencontre du 5 septembre.

<sup>h</sup> Le passage cité plus haut démontre que le document du 5 septembre n'est pas l'expression de la seule volonté du général Murray mais le résultat de négociations entre les parties. Ce document ne constitue donc pas simplement un acte unilatéral, une simple reconnaissance ou sauf-conduit, mais la matérialisation d'une entente intervenue entre le représentant de la Couronne britannique et les représentants des nations indiennes présents, dont celui des Hurons de Lorette.

<sup>j</sup> Knox poursuit en racontant que les Mohawks ont voulu s'en prendre aux différents groupes d'Indiens alliés des Français qui venaient de conclure la paix avec les Britanniques. Murray et Burton

Mohawks merely made threats against them. What is significant for purposes of this case is that these threats reflected the Mohawks' perception as to the nature of the agreement which had just been concluded between the eight Sachems and Murray. The Mohawks said the following (at p. 385):

Do you remember, when you treacherously killed one of our brothers at such a time? Ye shall one day pay dearly for it, ye cowardly dogs,—let the treaty be as it will:—I tell you, we will destroy you and your settlement. . . . [Emphasis added.]

The view taken by these Indians was apparently shared by Murray himself. The note written by Murray in his Journal, on September 5, 1760, indicates that he considered that a peace treaty had been concluded with the Indian nations in question:

Sepr. 5th. March'd with them myself and on the road, met the Inhabitants who were coming to deliver their arms, and take the oaths, there two nations of Indians, of Hurons and Iroquois, came in & made their Pace. . . . [Emphasis added.]

(Knox, *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760* (1916), vol. III, at p. 831.)

The accounts given by Knox and Murray himself of the events on the days that are critical for this case are quite consistent with British policy, which favoured alliance or at least neutrality for the greatest number of the Indian nations in the newly conquered territories. By holding negotiations to conclude a peace treaty between the Hurons and the British, Murray was only giving effect to this clear policy of Great Britain.

The intervenor the National Indian Brotherhood/Assemblée of First Nations provided the Court with some very interesting evidence in this regard. It submitted the minutes of a conference between Sir William Johnson and the representatives of the Eight Nations, including the Lorette Hurons, held in Montréal on September 16, 1760 (*The Papers of Sir William Johnson*, vol. XIII, 1962, at p. 163). Although the appellant objected to the Court considering this document, I feel it is a reliable source which allows us to take cogni-

étant intervenus, les Mohawks se sont limités à proférer des menaces à leur endroit. D'intérêt pour la présente affaire, ces menaces reflétaient la perception des Mohawks quant à la nature de l'entente qui venait d'être conclue entre les huit Sachems et Murray. Les Mohawks se sont ainsi exprimés (à la p. 385):

[TRADUCTION] Vous souvenez-vous lorsque vous avez traîtreusement tué un de nos frères à ce moment-là? Un jour vous le paierez cher, lâches, peu importe le traité: je vous le dis nous vous détruirons ainsi que votre village . . . [Je souligne.]

La perception de ces Indiens était, semble-t-il, partagée par Murray lui-même. En effet, la note qu'inscrit Murray le 5 septembre 1760 dans son Journal indique qu'il considérait qu'un traité de paix était intervenu avec les nations indiennes en question:

[TRADUCTION] Le 5 septembre. J'ai marché avec eux moi-même et sur la route j'ai rencontré les habitants qui venaient rendre leurs armes et prêter serment, il y avait deux nations d'Indiens, des Hurons et des Iroquois, qui sont venues et qui ont fait la paix . . . [Je souligne.]

(Knox, *Appendix to an Historical Journal of the Campaigns in North America for the Years 1757, 1758, 1759 and 1760* (1916), vol. III, à la p. 831.)

Les récits de Knox et de Murray lui-même relatant les faits des journées déterminantes pour cette affaire se marient tout à fait bien avec la politique britannique qui favorisait l'alliance, ou du moins la neutralité, du plus grand nombre de nations indiennes dans les territoires nouvellement conquis. En tenant des négociations pour la conclusion d'un traité de paix entre Hurons et Britanniques, Murray ne faisait que donner suite à cette politique claire de la Grande-Bretagne.

L'intervenante, la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations, nous a offert une preuve fort intéressante à cet égard. Elle nous a présenté le procès-verbal d'une conférence à laquelle participaient sir William Johnson et les représentants des Huit Nations, dont les Hurons de Lorette, qui a été tenue le 16 septembre 1760 à Montréal (*The Papers of Sir William Johnson*, vol. XIII, 1962, à la p. 163). Bien que l'appelant se soit opposé à ce que nous considérions ce document, j'estime qu'il s'agit d'une source fiable nous

zance of a historical fact. Its being submitted by the intervener does not in any way prevent the Court from taking judicial notice of it. Indeed, I can only express my appreciation to the intervener for facilitating my research.

The minutes of this conference refer in several places to the peace recently concluded between the Eight Nations and the English and their allies (at pp. 163-64):

B<sup>r</sup>. W<sup>s</sup>.

You desired of us to [*see*] deliver up your People who [*may be*] are still among us—[*We*] As you have now settled all matters w<sup>th</sup>. us & we are become firm Friends. . . .

a Belt

B<sup>r</sup>. W.

As we have now made a firm Peace w<sup>th</sup>. the Eng<sup>sh</sup>. & y<sup>e</sup>. 6 Nat<sup>s</sup>. we shall endeavour all in our Pow<sup>r</sup>. to keep it inviolably. . . .

a large Belt.

[Emphasis added.]

These words were spoken by spokesmen for the Eight Nations and clearly show that the Indians and Sir William Johnson considered that relations between these Indian nations and the British would now take the form of an alliance (“firm friends”). This new situation was undoubtedly the outcome of the peace concluded between the parties, a peace desired by the Eight Nations as well as the British (“. . . we have now made a firm Peace with the English . . .”).

Finally, it is worth noting that each of the contributions made by spokesmen at this conference was followed by the presentation of a belt to solemnize the content of the undertakings that had just been made or the words which had just been spoken. As we saw earlier, the appellant contends that the document of September 5, 1760 is not a treaty, *inter alia*, because the tokens of solemnity that ordinarily accompanied treaties between the Indians and the British are not present. I think it is reasonable to conclude that the circumstances existing on September 5 readily explain the absence of such solemnities. Murray was not given notice of the meeting, and *a fortiori* its purpose,

permettant de prendre connaissance d'un fait de l'histoire. Qu'il ait été mis de l'avant par l'intervenante n'empêche en rien qu'il fasse partie de la connaissance judiciaire. Je ne peux d'ailleurs que <sup>a</sup> lui être reconnaissant d'avoir ainsi facilité mes recherches.

Le procès-verbal de cette conférence fait référence à quelques reprises à la paix récemment conclue entre les Huit Nations et les Anglais et leurs alliés (aux pp. 163 et 164):

[TRADUCTION] B<sup>r</sup>. W<sup>s</sup>.

Vous désirez que nous livrions vos gens qui sont [*peuvent être*] toujours parmi nous—[*Nous*] Comme vous avez maintenant réglé toutes les questions avec nous et que nous sommes devenus de bons amis . . .

une ceinture

B<sup>r</sup>. W.

Étant donné que nous avons maintenant conclu une paix durable avec les Anglais et nous, les Six nations, nous tenterons de toutes nos forces de la respecter inviolablement. . . .

une grosse ceinture.

[Je souligne.]

<sup>e</sup> Ces paroles ont été prononcées par des porte-paroles des Huit Nations et démontrent bien que les Indiens et sir William Johnson considéraient que les relations entre ces nations indiennes et les Britanniques appartenaient désormais au domaine de l'alliance («bons amis»). Ce nouvel état de choses était sans contredit le fruit de la paix conclue entre les parties, paix intervenue tant par la volonté des Huit Nations que des Britanniques <sup>g</sup> («. . . nous avons maintenant conclu une paix durable avec les Anglais . . . »)

Enfin, il est intéressant de noter que chacune des interventions des porte-paroles lors de cette conférence a été suivie de la présentation d'une ceinture afin de solenniser le contenu des engagements qui venaient d'être pris ou paroles qui venaient d'être dites. Comme nous l'avons vu plus tôt, l'appellant soutient que le document du 5 septembre 1760 n'est pas un traité, entre autres, parce qu'il ne porte pas les marques de solennité qui caractérisent normalement les traités entre Indiens et Britanniques. Or, je crois qu'il est raisonnable de conclure que les circonstances qui existaient le 5 septembre expliquent facilement l'absence de telles solennités. En effet, la rencontre et, *a fortiori* son

and it was therefore largely improvised. Murray also had very little time to spend on ceremony: his troops were moving towards Montréal and were on a war footing. He himself was busy organizing the final preparations for a meeting between his army and that of Amherst and Haviland in Montréal, for the purpose of bringing down this last significant French bastion in Canada. Although solemnities are not crucial to the existence of a treaty, I think it is in any case reasonable to regard the presentation of belts at the conference on September 16 as a solemn ratification of the peace agreement concluded a few days earlier.

Lastly, the Court was asked to consider the subsequent conduct of the parties as extrinsic evidence of their intent to enter into a treaty. I do not think this is necessary, since the general historical context of the time and the events closely surrounding the document at issue have persuaded me that the document of September 5, 1760 is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. The fact that the document has allegedly not been used in the courts or other institutions of our society does not establish that it is not a treaty. Non-user may very well be explained by observance of the rights contained in the document or mere oversight. Moreover, the subsequent conduct which is most indicative of the parties' intent is undoubtedly that which most closely followed the conclusion of the document. Eleven days after it was concluded, at the conference to which I have just referred, the parties gave a clear indication that they had intended to conclude a treaty.

I am therefore of the view that the document of September 5, 1760 is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. At this point, the appellant raises two arguments against its application to the present case. First, he argues that the treaty has been extinguished. In the event that it has not been, he argues that the treaty is not such as to render ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* inopera-

but, n'avait pas été annoncée à Murray et fut donc en grande partie improvisée. De plus, Murray n'avait que peu de temps à consacrer aux cérémonies. Ses troupes se déplaçaient vers Montréal et étaient sur le pied de guerre. Lui-même s'ingéniait alors à orchestrer les derniers préparatifs de son armée pour le rendez-vous avec l'armée d'Amherst et de Haviland à Montréal qui avait pour but de faire tomber ce dernier bastion français important au Canada. Bien que la présence de solennités ne soit pas d'une importance cruciale pour l'existence d'un traité je crois, de toute façon, qu'il est raisonnable de voir dans la présentation des ceintures lors de la conférence du 16 septembre une ratification solennelle de l'accord de paix conclu quelques jours plus tôt.

En dernier lieu, on nous demande de considérer la conduite postérieure des parties comme preuve extrinsèque de l'intention de celle-ci de conclure un traité. Je considère que cela n'est pas nécessaire puisque le contexte historique général de l'époque et les faits ayant entouré de près le document qui nous occupe me convainquent que le document du 5 septembre 1760 est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. La prétendue non-utilisation du document devant les tribunaux ou devant d'autres institutions de notre société ne démontre pas qu'il ne s'agit pas d'un traité. La non-utilisation peut fort bien s'expliquer par le respect des droits contenus dans ce document ou par le simple oubli. D'ailleurs, la conduite postérieure la plus probante de l'intention des parties est sans doute celle qui suit de plus près la conclusion du document. Onze jours après la conclusion du document, lors de la conférence à laquelle je viens de faire référence, les parties ont donné une indication claire qu'ils avaient eu l'intention de conclure un traité.

Je suis donc d'avis que le document du 5 septembre 1760 est un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. À ce stade, l'appelant oppose deux moyens à son application dans la présente affaire. Il plaide d'abord que le traité a été éteint. Dans l'hypothèse où il ne l'aurait pas été, il soutient que ce traité n'est pas de nature à rendre inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*. Examinons d'abord si

tive. Let us first consider whether on May 29, 1982, the date on which the respondents engaged in the activities which are the subject of the charges, the treaty still had any legal effects.

V—Legal Effects of Treaty of September 5, 1760 on May 29, 1982

The appellant argues that, assuming the document of September 5 is a treaty, it was extinguished by the following documents or events:

1. the Act of Capitulation of Montreal<sup>3</sup>, signed on September 8, 1760;
2. the Treaty of Paris signed on February 10, 1763;
3. the Royal Proclamation of October 7, 1763;
4. the legislative and administrative history of the Hurons' land; and
5. the effect of time and non-user of the treaty.

Neither the documents nor the legislative and administrative history to which the appellant referred the Court contain any express statement that the treaty of September 5, 1760 has been extinguished. Even assuming that a treaty can be extinguished implicitly, a point on which I express no opinion here, the appellant was not able in my view to meet the criterion stated in *Simon* regarding the quality of evidence that would be required in any case to support a conclusion that the treaty had been extinguished. That case clearly established that the onus is on the party arguing that the treaty has terminated to show the circumstances and events indicating it has been extinguished. This burden can only be discharged by strict proof, as the Chief Justice said at pp. 405-6:

Given the serious and far-reaching consequences of a finding that a treaty right has been extinguished, it seems appropriate to demand strict proof of the fact of extinguishment in each case where the issue arises.

<sup>3</sup> See *Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791* (2nd and rev. ed. 1918), Part I, at p. 25.

le traité produisait toujours des effets juridiques le 29 mai 1982, date où les intimés exerçaient les activités qui font l'objet des accusations.

<sup>a</sup> V—Les effets juridiques du traité du 5 septembre 1760 le 29 mai 1982.

<sup>b</sup> L'appelant plaide que, dans la mesure où le document du 5 septembre est un traité, il a été éteint par les documents ou les événements suivants:

- <sup>c</sup> 1. l'Acte de capitulation de Montréal<sup>3</sup> signé le 8 septembre 1760;
2. le Traité de Paris signé le 10 février 1763;
- <sup>d</sup> 3. la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
4. l'histoire législative et administrative concernant les terres des Hurons; et
- <sup>e</sup> 5. l'effet du temps et la non-utilisation du traité.

Ni les documents ni l'histoire législative et administrative auxquels l'appelant nous réfère ne fournissent de déclaration expresse à l'effet que le traité du 5 septembre 1760 a été éteint. Même en supposant qu'un traité puisse être éteint implicitement, sujet sur lequel je n'exprime aucune opinion ici, l'appelant ne réussit pas, à mon avis, à satisfaire au critère énoncé dans *Simon* quant à la qualité de la preuve qui serait de toute façon requise pour qu'on puisse envisager conclure à l'extinction d'un traité. Cet arrêt a clairement établi qu'il appartient à la partie qui soutient que le traité a pris fin de démontrer les circonstances et les événements qui justifient son extinction. Ce fardeau ne pourra être déchargé que par une preuve absolue comme le disait le Juge en chef aux pp. 405 et 406:

<sup>i</sup> Vu la portée et la gravité des conséquences d'une conclusion selon laquelle le droit issu du traité a été éteint, il semble approprié d'exiger une preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction dans chaque cas où la question se pose.

<sup>3</sup> Voir *Canadian Archives: Documents relating to the Constitutional History of Canada 1759-1791* (2<sup>e</sup> éd. rév. 1918), Partie I, à la p. 7.

The appellant did not submit any persuasive evidence of extinguishment of the treaty. He argues, first, that the treaty had become obsolete because the Act of Capitulation of Montreal replaced all other acts of capitulation, thereby extinguishing them. This argument is based on art. 50 of the Act of Capitulation, which reads as follows:

[TRANSLATION] The present capitulation shall be inviolably executed in all its articles, and bona fide, on both sides, notwithstanding any infraction, and any other pretence, with regard to the preceding capitulations, and without making use of reprisals. [Emphasis added.]

As I have concluded that this is a peace treaty and not a capitulation, art. 50 has no application in this case, so far as extinguishment of the treaty of September 5 is concerned. That article was designed to ensure that the signatories would comply with the Act of Capitulation, in spite of the existence of reasons for retaliation which the parties might have had as the result of breaches of an earlier act of capitulation. Article 50 can only apply to preceding acts signed on behalf of France, such as the Act of Capitulation of Québec in late 1759. I see nothing here to support the conclusion that this article was also intended to extinguish a treaty between an Indian nation and the British.

The appellant also cites art. 40 of the Act of Capitulation of Montreal, which provides that:

[TRANSLATION] The Savages or Indian allies of his most Christian Majesty, shall be maintained in the Lands they inhabit; if they chuse to remain there; they shall not be molested on any pretence whatsoever, for having carried arms, and served his most Christian Majesty; they shall have, as well as the French, liberty of religion, and shall keep their missionaries. [Emphasis added.]

France could not have claimed to represent the Hurons at the time the Act of Capitulation was made, since the latter had abandoned their alliance with the French some days before. As they were no longer allies of the French, this article does not apply to them. In my opinion, the article can only be interpreted as a condition on which the French agreed to capitulate. Though the Indian allies of

L'appellant n'a pas présenté une preuve convaincante de l'extinction du traité. Il argumente d'abord que le traité serait devenu caduc parce que l'Acte de capitulation de Montréal a remplacé tous les autres actes de capitulation, entraînant ainsi leur extinction. Cet argument s'appuie sur l'art. 50 de l'Acte de capitulation qui se lit comme suit:

La presente Capitulation Sera Inviolablement Exécutée En tous Ses Articles, de part et d'autre et de bonne foy, Non obstant toute Infraction et tout autre prétexte par Raport aux precedentes Capitulations, et Sans pouvoir Servir de représailles. [Je souligne.]

Ayant conclu que nous sommes en présence d'un traité de paix et non d'une capitulation, l'art. 50 ne trouve aucune application, en l'instance, en ce qui concerne l'extinction du traité du 5 septembre. Cet article visait à s'assurer que les parties signataires respecteraient l'Acte de capitulation malgré l'existence de motifs de rétorsion que les parties auraient pu faire valoir suite à la violation d'un acte de capitulation antérieur. L'article 50 ne peut viser que les actes précédents signés au nom de la France, tel l'Acte de capitulation de Québec survenu à la fin de l'année 1759. Je n'y vois rien qui nous permette de conclure que cet article visait également à éteindre un traité entre une nation indienne et les Britanniques.

L'appellant cite aussi l'art. 40 de l'Acte de capitulation de Montréal qui dispose que:

Les Sauvages ou Indiens Alliés de Sa M<sup>te</sup> tres Chretienne Seront maintenus dans Les Terres qu'ils habitent, S'ils Veulent y rester; Ils ne pourront Estre Inquietés Sous quelque prétexte que ce puisse Estre, pour avoir pris Les Armes et Servi Sa Ma<sup>te</sup> très Chretienne.—Ils auront Comme les François, la Liberté de Religion et Conserveront leurs Missionnaires. [Je souligne.]

La France ne pouvait prétendre représenter les Hurons au moment où l'Acte de capitulation est intervenu puisque ces derniers avaient abandonné leur alliance avec les Français quelques jours auparavant. N'étant plus des alliés des Français, cet article ne les vise donc pas. À mon avis, on ne peut interpréter cet article que comme une condition à laquelle les Français acceptaient de capituler.

the French were its beneficiaries, it was fundamentally an agreement between the French and the British which in no way prevented independent agreements between the British and the Indian nations, whether allies of the French or of the British, being concluded or continuing to exist. Further, I think it is clear that the purpose of art. 40 was to assure the Indians' of certain rights, not to extinguish existing rights.

It would be contrary to the general principles of law for an agreement concluded between the English and the French to extinguish a treaty concluded between the English and the Hurons. It must be remembered that a treaty is a solemn agreement between the Crown and the Indians, an agreement the nature of which is sacred: *Simon, supra*, at p. 410, and *White and Bob, supra*, at p. 649. The very definition of a treaty thus makes it impossible to avoid the conclusion that a treaty cannot be extinguished without the consent of the Indians concerned. Since the Hurons had the capacity to enter into a treaty with the British, therefore, they must be the only ones who could give the necessary consent to its extinguishment.

The same reasoning applies to the appellant's argument that the Treaty of Paris of February 10, 1763 between France and England terminated the treaty of September 5, 1760 between the Hurons and the English. England and France could not validly agree to extinguish a treaty between the Hurons and the English, nor could France claim to represent the Hurons regarding the extinguishment of a treaty the Hurons had themselves concluded with the British Crown.

The appellant then argued that it follows that the Royal Proclamation of October 7, 1763 extinguished the rights arising out of the treaty of September 5, 1760, because it did not confirm them. I cannot accept such a proposition: the silence of the Royal Proclamation regarding the treaty at issue cannot be interpreted as extinguishing it. The purpose of the Proclamation was first and foremost to organize, geographically and politically, the territory of the new American colonies, namely Quebec, East Florida, West Florida

ler. Même si les Indiens alliés des Français en étaient les bénéficiaires, il s'agissait fondamentalement d'un accord entre Français et Britanniques qui n'empêchait en rien que des accords indépendants entre les Britanniques et les nations indiennes, qu'elles soient alliées aux Français ou aux Britanniques, ne soient conclus ou subsistent. De plus, il me semble évident que l'art. 40 avait pour but d'assurer des droits aux Indiens et non pas d'éteindre des droits déjà existants.

Il serait contraire aux principes généraux de droit qu'un accord conclu entre les Anglais et les Français éteigne un traité conclu entre les Anglais et les Hurons. Il ne faut pas oublier qu'un traité est un accord solennel entre la Couronne et les Indiens, un accord dont le caractère est sacré: *Simon*, précité, à la p. 410, et *White and Bob*, précité, à la p. 649. La définition même d'un traité rend donc inéluctable la conclusion que l'extinction d'un traité ne peut survenir sans le consentement des Indiens impliqués. Puisque les Hurons avaient la capacité de conclure un traité avec les Britanniques, ils doivent donc être les seuls à pouvoir donner le consentement nécessaire à son extinction.

Le même raisonnement s'applique à l'argument de l'appellant selon lequel le Traité de Paris du 10 février 1763 intervenu entre la France et l'Angleterre aurait mis fin au traité du 5 septembre 1760 entre les Hurons et les Anglais. L'Angleterre et la France ne pouvaient pas s'entendre valablement pour éteindre un traité entre les Hurons et les Anglais. La France ne pouvait non plus prétendre représenter les Hurons quant à l'extinction d'un traité que les Hurons avaient eux-mêmes conclu avec la Couronne britannique.

L'appellant soutient ensuite qu'on doit déduire que la Proclamation royale du 7 octobre 1763 a éteint les droits issus du traité du 5 septembre 1760 parce qu'elle ne les a pas affirmés. Je ne peux accepter une telle proposition: le silence de la Proclamation royale au sujet du traité qui nous occupe ne peut être interprété comme entraînant son extinction. La Proclamation visait d'abord et avant tout à organiser, géographiquement et politiquement, le territoire des nouvelles colonies en Amérique, soit le Québec, la Floride orientale, la

and Grenada, and to distribute their possession and use. It also granted certain important rights to the native peoples and was regarded by many as a kind of charter of rights for the Indians: *White and Bob, supra*, at p. 636; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 395 (Hall J., dissenting); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.), at pp. 124-25 (Lord Denning). The very wording of the Royal Proclamation clearly shows that its objective, so far as the Indians were concerned, was to provide a solution to the problems created by the greed which hitherto some of the English had all too often demonstrated in buying up Indian land at low prices. The situation was causing dangerous trouble among the Indians and the Royal Proclamation was meant to remedy this:

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds.—We do therefore, with the Advice of our Privy Council, declare it to be our Royal Will and Pleasure, that no Governor or Commander in Chief in any of our Colonies of Quebec, East Florida or West Florida, do presume, upon any Pretence whatever, to grant Warrants of Survey or pass any Patents for Lands beyond the Bounds of their respective Governments, as described in their Commissions . . . .

And We do further declare it to be our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid.

I see nothing in these passages which can be interpreted as an intention on the part of the British Crown to extinguish the treaty of September 5. The Proclamation confers rights on the

Floride occidentale et Grenade, et à en répartir la possession et l'usage. Elle accordait aussi certains droits importants aux autochtones et fut considérée par plusieurs comme une sorte de Charte des droits des Indiens: *White and Bob*, précité, à la p. 636; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 395 (le juge Hall, dissident); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.), aux pp. 124 et 125 (lord Denning). Le texte même de la Proclamation royale démontre bien que son objectif, en ce qui concerne les Indiens, consistait à fournir une solution aux problèmes engendrés par la cupidité dont certains Anglais avaient trop souvent fait preuve jusque-là afin de s'approprier des terres indiennes à vil prix. La situation exaspérait dangereusement les Indiens et la Proclamation royale se voulait un remède à cela:

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse, Nous déclarons par conséquent de l'avis de Notre Conseil privé, que c'est Notre volonté et Notre plaisir et nous enjoignons à tout gouverneur et à tout commandant en chef de Nos colonies de Québec, de la Floride Orientale et de la Floride Occidentale, de n'accorder sous aucun prétexte des permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres situées au-delà des limites de leur gouvernement respectif, conformément à la délimitation contenue dans leur commission . . . .

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

Je ne vois rien dans ces passages qui puisse être interprété comme une intention de la part de la Couronne britannique d'éteindre le traité du 5 septembre. La Proclamation reconnaît des droits



Indians without necessarily thereby extinguishing any other right conferred on them by the British Crown under a treaty.

Legislative and administrative history also provides no basis for concluding that the treaty was extinguished. In 1853, 9,600 acres of land located outside the territory at issue were ceded to the Hurons by the Government of Lower Canada. These lands were within the boundaries of the lands frequented by the Hurons when the treaty of September 5 was concluded. In 1903 the Hurons again ceded these 9,600 acres, without reserving the rights that had been granted to them under the treaty of September 5. The Attorney General of Quebec considers that by making this cession without reservation, the Hurons indicated beyond all doubt that this document was not a source of rights so far as they were concerned. This argument cannot stand. Assuming that the 9,600 acres ceded were initially the subject of the treaty, the absence of any reservation in the deed ceding this territory clearly cannot be interpreted as a waiver of the benefits of the treaty in the territory which was not the subject of the cession, whatever the effect of the absence of such a reservation may be with respect to the territory ceded.

The appellant further argues that by adopting the *Act to establish the Laurentides National Park*, S.Q. 1895, 58 Vict., c. 22, and by making the territory in question a park, the Quebec legislator clearly expressed his intention to prohibit the carrying on of certain activities in this territory, whether or not such activities are protected by an Indian treaty.

Section 88 of the *Indian Act* is designed specifically to protect the Indians from provincial legislation that might attempt to deprive them of rights protected by a treaty. A legislated change in the use of the territory thus does not extinguish rights otherwise protected by treaty. If the treaty gives the Hurons the right to carry on their customs and religion in the territory of Jacques-Cartier park, the existence of a provincial statute and subordinate legislation will not ordinarily affect that right.

aux Indiens sans que cela n'entraîne nécessairement l'extinction de tout autre droit leur étant reconnu par la Couronne britannique en vertu d'un traité.

<sup>a</sup>

L'histoire législative et administrative ne permet pas non plus de conclure que le traité a été éteint. En 1853, 9 600 acres de terres situés en dehors du territoire en litige ont été cédés aux Hurons par le gouvernement du Bas-Canada. Ces terres se trouvaient dans les limites des terres fréquentées par les Hurons au moment où le traité du 5 septembre a été conclu. En 1903, les Hurons cédaient de nouveau ces 9 600 acres sans réserver les droits qui leur avaient été accordés en vertu du traité du 5 septembre. Le procureur général du Québec est d'avis qu'en faisant cette cession sans réserve, les Hurons ont indiqué hors de tout doute que ce document ne constituait pas, à leurs yeux, une source de droits. Cet argument ne peut tenir. À supposer que les 9 600 acres cédés aient initialement fait l'objet du traité, l'absence de réserve dans l'acte de cession de ce territoire ne peut certes pas être interprétée comme une renonciation aux avantages du traité sur le territoire qui ne faisait pas l'objet de la cession, quel que soit l'effet d'une telle absence de réserve à l'égard du territoire cédé.

<sup>f</sup>

L'appelant soulève aussi qu'en adoptant la *Loi établissant le Parc national des Laurentides*, S.Q. 1895, 58 Vict., ch. 22, et en faisant du territoire en litige un parc, le législateur québécois exprimait clairement son intention d'empêcher que ce territoire soit le cadre de certaines activités, que l'exercice de ces activités soit protégé ou non par traité à l'égard des Indiens.

<sup>h</sup>

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* vise justement à protéger les Indiens de la législation provinciale qui chercherait à abroger des droits protégés par un traité. Le changement de vocation du territoire, effectué par voies législatives, n'entraîne donc pas l'extinction de droits par ailleurs protégés par un traité. Si le traité accorde aux Hurons le droit d'exercer leurs coutumes et leur religion sur le territoire du Parc de la Jacques-Cartier, l'existence d'une loi et de législation subordonnée provinciales n'affecterait normalement pas ce droit.

Finally, the appellant argues that non-user of the treaty over a long period of time may extinguish its effect. He cites no authority for this. I do not think that this argument carries much weight: a solemn agreement cannot lose its validity merely because it has not been invoked to, which in any case is disputed by the respondents, who maintain that it was relied on in a seignorial claim in 1824. Such a proposition would mean that a treaty could be extinguished merely because it had not been relied on in litigation, which is untenable.

In view of the liberal and generous approach that must be adopted towards Indians rights and the evidence in the record, I cannot conclude that the treaty of September 5 no longer had any legal effect on May 29, 1982.

The question that arises at this point is as to whether the treaty is capable of rendering ss. 9 and 37 of the Regulations inoperative. To answer this it will now be necessary to consider the territorial scope of the rights guaranteed by the treaty, since the appellant recognizes that the activities with which the respondents are charged are customary or religious in nature.

#### VI—Territorial Scope of Rights Guaranteed by Treaty of September 5, 1760

Although the document of September 5 is a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, that does not necessarily mean that the respondents are exempt from the application of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier*. It is still necessary that the treaty protecting activities of the kind with which the respondents are charged cover the territory of Jacques-Cartier park. The appellant argues that the territorial scope of the treaty does not extend to the territory of the park. The respondents, on the other hand, argue that the treaty confers personal rights on them and that they are in no way seeking to assert rights of a territorial nature.

Although this case does not involve a territorial claim as such, in that the Hurons are not claiming control over territory, I am of the view that exercise of the right they are claiming has an essential territorial aspect. The respondents argue that they

En dernier lieu, l'appelant affirme que la non-utilisation du traité sur une longue période de temps peut en éteindre les effets. Il ne cite aucune autorité à l'appui. Je ne crois pas que cet argument présente beaucoup de sérieux: une entente solennelle ne peut perdre sa valeur du seul fait qu'elle n'a pas été invoquée, ce qui est d'ailleurs contesté par les intimés qui affirment qu'elle l'a été lors d'une revendication seigneuriale en 1824. Une conséquence intenable que suggérerait une telle proposition est qu'un traité pourrait être éteint du seul fait qu'il n'a pas été invoqué à l'occasion de litiges.

En regard de l'attitude libérale et généreuse qu'il faut adopter envers les droits des Indiens et de la preuve au dossier je ne peux conclure que le traité du 5 septembre ne produisait plus d'effet juridique le 29 mai 1982.

La question qui se soulève à ce point consiste à déterminer si le traité est de nature à rendre les art. 9 et 37 du Règlement inopérants. Pour y répondre, il convient dès maintenant d'examiner la portée territoriale des droits qui sont garantis par le traité puisque l'appelant reconnaît que les activités reprochées aux intimés sont de nature coutumière ou religieuse.

#### VI—La portée territoriale des droits garantis par le traité du 5 septembre 1760

Bien que le document du 5 septembre soit un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* cela ne signifie pas nécessairement que les intimés sont immunisés de l'application du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*. Encore faut-il que le traité qui protège des activités de la nature de celles reprochées aux intimés couvre le territoire du Parc de la Jacques-Cartier. L'appelant soutient que la portée territoriale du traité ne s'étend pas au territoire du Parc. Les intimés plaident, quant à eux, que le traité leur accorde des droits personnels et qu'ils ne cherchent nullement à se faire reconnaître des droits de nature territoriale.

Bien que cette affaire n'implique pas une revendication territoriale en soi en ce que les Hurons ne réclament pas le contrôle d'un territoire, je suis d'avis que la jouissance du droit qu'ils prétendent détenir comporte un aspect territorial essentiel. En

have a right to carry on their customs and religious rites in a specific territory, namely that of the park. The substantive content of the right cannot be considered apart from its territorial content. Just as it would distort the nature of a right of way to consider it while ignoring its territorial aspect, one cannot logically disregard the territorial aspect of the substantive rights guaranteed by the treaty of September 5, 1760. The respondents must therefore show that the treaty guaranteed their right to carry on their customs and religious rites in the territory of Jacques-Cartier park.

The treaty gives the Hurons the freedom to carry on their customs and their religion. No mention is made in the treaty itself of the territory over which these rights may be exercised. There is also no indication that the territory of what is now Jacques-Cartier park was contemplated. However, for a freedom to have real value and meaning, it must be possible to exercise it somewhere. That does not mean, despite the importance of the rights concerned, that the Indians can exercise it anywhere. Our analysis will be confined to setting the limits of the promise made in the treaty, since the respondents have at no time based their argument on the existence of aboriginal rights protecting the activities with which they are charged.

The respondents suggest that the treaty gives them the right to carry on their customs and religion in the territory of the park because it is part of the territory frequented by the Hurons in 1760, namely the area between the Saguenay and the St-Maurice. In their submission, customs as they existed at the time of the treaty and as they might reasonably be expected to develop subsequently are what the British Crown undertook to preserve and foster.

The appellant argued in the Court of Appeal that the free exercise of the customs mentioned in the document of September 5, 1760 has to be limited to the Lorette territory, a territory of 40 arpents by 40 arpents. In this Court, he argues that even if the treaty covers the activities with which the respondents are charged, these rights

effet, les intimés prétendent avoir le droit d'exercer leurs coutumes et leurs rites religieux sur un territoire précis, soit le territoire du Parc. Or, le contenu substantif du droit ne peut être considéré indépendamment de son contenu territorial. De la même façon que ce serait fausser la nature d'un droit de passage que de l'étudier en ignorant l'élément territorial, on ne peut logiquement faire abstraction de l'élément territorial qui s'attache aux droits substantifs garantis par le traité du 5 septembre 1760. Les intimés doivent donc démontrer que le traité leur garantissait le droit d'exercer leurs coutumes et leurs rites religieux sur le territoire du Parc de la Jacques-Cartier.

Le traité accorde aux Hurons la liberté d'exercer leurs coutumes et leur religion. Aucune mention n'est faite dans le traité lui-même du territoire sur lequel ces droits peuvent s'exercer. Rien n'y indique non plus que le territoire de ce qui constitue aujourd'hui le Parc de la Jacques-Cartier soit visé. Toutefois, pour qu'une liberté ait une valeur réelle et ait un sens, il faut pouvoir l'exercer quelque part. Cela ne signifie pas, malgré l'importance des droits concernés, que les Indiens puissent l'exercer n'importe où. Notre analyse doit se restreindre à fixer les limites de la promesse faite dans le traité puisque les intimés n'ont en aucun temps fondé leur argument sur l'existence de droits ancestraux protégeant les activités qu'on leur reproche.

Les intimés suggèrent que le traité leur donne le droit d'exercer leurs coutumes et leur religion sur le territoire du Parc parce qu'il fait partie du territoire que fréquentaient les Hurons en 1760, soit la région comprise entre le Saguenay et le St-Maurice. Selon eux, ce seraient les coutumes telles qu'elles existaient au moment du traité, et telles qu'elles pouvaient raisonnablement évoluer par la suite, que la Couronne britannique se serait engagée à conserver et à favoriser.

L'appellant a argumenté en Cour d'appel qu'il faut limiter le libre exercice des coutumes dont parle le document du 5 septembre 1760 au territoire de Lorette, ce qui représente un territoire de 40 arpents par 40 arpents. Devant cette Cour, il soutient que même si le traité couvre les activités reprochées aux intimés, ces droits doivent s'exercer

must be exercised in accordance with the legislation designed to protect users of the park and to preserve it. He further argues that, except as regards the cutting of trees, the legislation only affects the way in which the right can be exercised, not the substance of the right. This should be a sufficient basis for requiring the Hurons to observe the legislation. In his intervention the Attorney General of Canada argues that the respondents' claim is essentially a territorial one and that in order to establish their rights, the respondents must show a connection between the rights claimed and their exercise in a given territory. He is of the view that the document in the present case does not connect the freedom of exercise of religion, customs and trade with the English to any territory.

In my view, the treaty essentially has to be interpreted by determining the intention of the parties on the territorial question at the time it was concluded. It is not sufficient to note that the treaty is silent on this point. We must also undertake the task of interpreting the treaty on the territorial question with the same generous approach toward the Indians that applied in considering earlier questions. Now as then, we must do our utmost to act in the spirit of *Simon*.

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

Cases on Indian or aboriginal rights can never be determined in a vacuum. It is of importance to consider the history and oral traditions of the tribes concerned, and the surrounding circumstances at the time of the treaty, relied on by both parties, in determining the treaty's effect.

Before I again turn to history, the problems raised by the territorial question should be briefly stated. There are two rights in opposition here: the provincial Crown's right of ownership over the territory of the park and the Hurons' right to exercise their religion and ancestral customs on

dans le respect de la législation qui vise la protection des usagers et la préservation du Parc. De plus, il soutient que, sauf en ce qui concerne la coupe d'arbres, la législation ne fait qu'affecter les modalités d'exercice du droit et non la substance du droit. Cela devrait suffire à exiger des Hurons le respect de la législation. Le procureur général du Canada, dans son intervention, plaide que la revendication des intimés est essentiellement une revendication territoriale et que pour prouver leurs droits, les intimés doivent démontrer un lien entre les droits réclamés et leur exercice sur un territoire donné. Il est d'avis que le document en l'espèce ne lie la liberté d'exercice de la religion, des coutumes et du commerce avec les Anglais à aucun territoire.

Selon moi, il s'agit fondamentalement d'interpréter le traité en recherchant l'intention des parties sur la question territoriale au moment de la conclusion du traité. Il ne suffit pas de constater le silence du traité sur cette question. De plus, nous devons aborder la tâche d'interpréter le traité sur la question territoriale avec la même attitude généreuse à l'égard des Indiens que celle qui a présidé à l'étude des questions précédentes. Ici comme auparavant, nous devons nous appliquer à respecter l'esprit de l'arrêt *Simon*.

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

[TRADUCTION] Les affaires concernant les droits indiens ou aborigènes ne peuvent jamais être décidées dans l'abstrait. Il importe de tenir compte de l'histoire et des traditions orales des tribus concernées et des circonstances prévalant à l'époque du traité, sur lesquelles les parties se sont appuyées pour déterminer les incidences du traité.

Avant de me tourner de nouveau vers l'histoire, il convient d'exposer brièvement les problèmes que soulève la question territoriale. Deux droits s'affrontent ici: le droit de propriété de la Couronne provinciale sur le territoire du Parc et le droit des Hurons d'exercer sur ces terres leur religion et

this land. The ownership right suggests that ordinarily the Crown can do whatever it likes with its land. On the other hand, a very special importance seems to attach to territories traditionally frequented by the Hurons so that their traditional religious rites and ancestral customs will have their full meaning. Further, the Hurons are trying to protect the possibility of carrying on these rites and customs near Lorette on territory which they feel is suited to such purposes.

Bisson J.A., for the majority of the Court of Appeal, adopted the respondents' position that the territory which is the subject of the treaty is that frequented by the Hurons in 1760. In that case one can only note that if the rights of the Hurons are defined without introducing any limiting factor, a vast area would be subject to the rights recognized by the treaty of September 5, 1760. This could mean that persons who moved into the area frequented by the Hurons after 1760 may have limited the rights resulting from the treaty by making their exercise more difficult. This proposition might even lead one to suppose, *a priori*, that the Hurons could cut down trees and make fires on private property that had been part of the territory frequented by them at that time. With respect, I feel that adopting such a position would go beyond what General Murray intended. Even a generous interpretation of the document, such as Bisson J.A.'s interpretation, must be realistic and reflect the intention of both parties, not just that of the Hurons. The Court must choose from among the various possible interpretations of the common intention the one which best reconciles the Hurons' interests and those of the conqueror.

On the other hand, to accept the argument that the parties intended to limit the scope of the treaty to the Lorette territory would mean introducing a very severe restriction that is not justified by the wording of the document since Lorette is mentioned only as a destination for safe-conduct purposes. Given the nature of Indian religious rites and especially Indian customs at the time, any significant exercise of such rights would require territory extending beyond Lorette.

leurs coutumes ancestrales. Le droit de propriété suggère que la Couronne puisse normalement utiliser ses terres à sa guise. Par ailleurs, une importance toute particulière semble s'attacher aux territoires traditionnellement fréquentés par les Hurons pour que leurs rites religieux traditionnels et leurs coutumes ancestrales revêtent toute leur signification. De plus, les Hurons défendent la possibilité de pouvoir exercer ces rites et coutumes à proximité de Lorette sur un territoire convenable à leurs yeux à ces fins.

Le juge Bisson, pour la majorité de la Cour d'appel, a adopté la position des intimés à l'effet que le territoire qui fait l'objet du traité est celui que les Hurons fréquentaient en 1760. On ne peut alors que constater que si les droits des Hurons sont définis sans y introduire un facteur de limitation, un territoire énorme serait grevé des droits contenus dans le traité du 5 septembre 1760. Cela pourrait signifier que ceux qui se sont installés après 1760 dans la région fréquentée par les Hurons ont possiblement restreint les droits qui découlent du traité en rendant leur exercice plus difficile. Cette proposition pourrait même faire supposer, *a priori*, que les Hurons pourraient couper des arbres et faire des feux sur des propriétés privées qui ont déjà fait partie du territoire qu'ils fréquentaient à l'époque. Avec respect, je crois qu'adopter une telle position dépasserait la volonté du général Murray. Même une interprétation généreuse du document, comme celle du juge Bisson, doit être réaliste et refléter l'intention des deux parties et non seulement celle des Hurons. Il s'agit de choisir, parmi les interprétations de l'intention commune qui s'offrent à nous, celle qui concilie le mieux les intérêts des Hurons et ceux du conquérant.

D'un autre côté, si l'on retient l'hypothèse voulant que les parties aient eu l'intention de limiter la portée du traité au territoire de Lorette, ce serait introduire une restriction très sévère que le texte ne justifie pas puisque cet endroit n'est indiqué que comme destination pour fins de sauf-conduit. Étant donné la nature des rites religieux et surtout des coutumes indiennes de l'époque, tout exercice significatif de ces droits exigeait un territoire qui s'étendait hors de Lorette.

I consider that both the first and the second positions are unsatisfactory. In my view, neither one succeeds in deducing the common intention of the parties from the historical context. The interpretation which I think is called for when we give the historical context its full meaning is that Murray and the Hurons contemplated that the rights guaranteed by the treaty could be exercised over the entire territory frequented by the Hurons at the time, so long as the carrying on of the customs and rites is not incompatible with the particular use made by the Crown of this territory.

Let us look first at the relationship the Hurons had with the territory the respondents claim is covered by the treaty. No one argued that the area between the Saguenay and the St-Maurice was land over which there was an aboriginal title in favour of the Hurons. In fact, a group of about 300 people had been brought into the area around Québec by the Jesuits in 1650 ("Relation au R. P. Claude de Lingendes par Paul Ragueneau", of September 1, 1650, in *Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France* (1858), vol. 2, at pp. 27 et seq.) and its relatively recent presence in the Lorette area suggests that the Hurons did not have historical possession of these lands.

Next, the policy of the British toward the Indians in territorial matters has to be considered. In quite general terms, the evidence shows that during the Seven Years' War the British had adopted a conciliatory attitude toward the Indians because of the lesson they had learned from their earlier defeats at the hands of the French. As I mentioned earlier, they had realized the important role the Indians would necessarily play in the war between the mother countries. The British had also understood the importance for the security of the colony of continuing peace with the Indians once the war was over. I adopt the observations of Bisson J.A. in describing Murray's attitude to the Hurons (at p. 1728):

Je considère que tant la première position que la seconde sont insatisfaisantes. Ni l'une ni l'autre ne réussissent, à mon avis, à dégager du contexte historique l'intention commune des parties. L'interprétation qui selon moi s'impose lorsqu'on donne toute son importance au contexte historique, c'est que Murray et les Hurons envisageaient que les droits garantis par le traité pourraient s'exercer sur tout le territoire fréquenté par les Hurons à l'époque en autant que l'exercice des coutumes et des rites ne serait pas incompatible avec l'utilisation particulière que la Couronne ferait de ce territoire.

Examinons d'abord la relation qu'avaient les Hurons avec le territoire que les intimés prétendent être l'objet du traité. Personne n'a argumenté que la région comprise entre le Saguenay et le St-Maurice constituait des terres sur lesquelles existait un titre aborigène en faveur des Hurons. En fait, un groupe d'environ 300 personnes avait été amené dans les environs de Québec par les Jésuites en 1650 («Relation au R. P. Claude de Lingendes par Paul Ragueneau», du 1 septembre 1650, dans *Relations des jésuites contenant ce qui s'est passé de plus remarquable dans les missions des Pères de la Compagnie de Jésus dans la Nouvelle-France* (1858), vol. 2, aux pp. 27 et suiv.) et sa présence relativement récente dans la région de Lorette suggère que les Hurons n'avaient pas la possession historique de ces terres.

Ensuite, il faut examiner la politique des Britanniques envers les Indiens sur les questions territoriales. Dans une perspective assez générale, la preuve démontre que durant la guerre de Sept Ans, les Britanniques avaient adopté une attitude conciliatrice à l'égard des Indiens suite à la leçon tirée de leurs défaites antérieures aux mains des Français. Comme je l'ai relaté plus haut, ils s'étaient rendu compte du rôle important que joueraient nécessairement les Indiens au cours de la guerre entre les métropoles. Les Britanniques avaient aussi compris l'importance, pour la sécurité de la colonie, de voir les Indiens conserver une attitude pacifique une fois que la guerre aurait pris fin. J'adopte les propos du juge Bisson lorsqu'il décrit l'attitude de Murray à l'égard des Hurons (à la p. 1728):

[TRANSLATION] In this connection, the reference to customs in treaty D-7 takes on particular importance, as Murray held the Hurons in high regard and undoubtedly wanted to be as much help to them as possible.

However, the British Crown's desire to colonize the conquered land and use that land for its benefit also cannot be doubted. Murray had been engaged for years in a war the purpose of which was to expand the wealth, resources and influence of Great Britain. It is unlikely he would have granted, without further details, absolute rights which might paralyze the Crown's use of the newly conquered territories.

Accordingly, I conclude that in view of the absence of any express mention of the territorial scope of the treaty, it has to be assumed that the parties to the treaty of September 5 intended to reconcile the Hurons' need to protect the exercise of their customs and the desire of the British conquerors to expand. Protecting the exercise of the customs in all parts of the territory frequented when it is not incompatible with its occupancy is in my opinion the most reasonable way of reconciling the competing interests. This, in my view, is the definition of the common intent of the parties which best reflects the actual intent of the Hurons and of Murray on September 5, 1760. Defining the common intent of the parties on the question of territory in this way makes it possible to give full effect to the spirit of conciliation, while respecting the practical requirements of the British. This gave the English the necessary flexibility to be able to respond in due course to the increasing need to use Canada's resources, in the event that Canada remained under British suzerainty. The Hurons, for their part, were protecting their customs wherever their exercise would not be prejudicial to the use to which the territory concerned would be put. The Hurons could not reasonably expect that the use would forever remain what it was in 1760. Before the treaty was signed, they had carried on their customs in accordance with restrictions already imposed by an occupancy incompatible with such exercise. The Hurons were only asking to be permitted to continue to carry on their customs on the lands frequented to the extent that those customs did not interfere with enjoyment of

Dans cette perspective, la référence aux coutumes dans le traité D-7 prend une importance particulière, Murray tenant les Hurons en estime et voulant sans doute leur être du meilleur secours.

<sup>a</sup> Toutefois, le désir de la Couronne britannique de coloniser et d'utiliser à son profit les terres conquises ne peut pas non plus faire de doute. Murray s'employait depuis des années à une guerre qui avait pour but d'agrandir les richesses, les ressources et l'influence de la Grande-Bretagne. Il n'aurait vraisemblablement pas accordé, sans plus de précision, des droits absolus qui pourraient paralyser la Couronne dans l'utilisation des nouveaux territoires conquis.

<sup>a</sup> Je conclus donc que vu l'absence d'indication expresse de la portée territoriale du traité, il faut tenir pour acquis que les parties au traité du 5 septembre entendaient concilier le besoin des Hurons de protéger l'exercice de leurs coutumes et le désir d'expansion du conquérant britannique. Que l'exercice des coutumes soit protégé sur toutes les parties du territoire fréquenté lorsqu'il n'est pas incompatible avec son occupation est, à mon avis, la façon la plus raisonnable de concilier les intérêts en jeu. C'est là, à mon sens, la définition de l'intention commune des parties la plus apte à refléter l'intention réelle des Hurons et de Murray le 5 septembre 1760. Définir ainsi l'intention commune des parties sur la question du territoire permet de donner plein effet à l'esprit de conciliation tout en respectant les exigences pratiques des Britanniques. Cela assurait aux Anglais la flexibilité nécessaire pour pouvoir répondre à d'éventuels besoins grandissants d'utilisation des ressources du Canada dans l'hypothèse où le Canada resterait sous la tutelle britannique. Les Hurons, quant à eux, protégeaient leurs coutumes partout où leur exercice ne nuirait pas à l'occupation à laquelle le territoire concerné serait affecté. Les Hurons ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que l'occupation soit figée à jamais au niveau de 1760. Avant la signature du traité, ils exerçaient leurs coutumes eu égard aux restrictions déjà imposées par une occupation incompatible avec un tel exercice. Les Hurons demandaient seulement qu'on leur permette de continuer à exercer leurs coutumes sur les terres fréquentées en autant que ces coutumes ne portent pas atteinte à la jouissance

the lands by their occupier. I readily accept that the Hurons were probably not aware of the legal consequences, and in particular of the right to occupy to the exclusion of others, which the main European legal systems attached to the concept of private ownership. Nonetheless I cannot believe that the Hurons ever believed that the treaty gave them the right to cut down trees in the garden of a house as part of their right to carry on their customs.

Jacques-Cartier park falls into the category of land occupied by the Crown, since the province has set it aside for a specific use. What is important is not so much that the province has legislated with respect to this territory but that it is using it, is in fact occupying the space. As occupancy has been established, the question is whether the type of occupancy to which the park is subject is incompatible with the exercise of the activities with which the respondents were charged, as these undoubtedly constitute religious customs or rites. Since, in view of the situation in 1760, we must assume some limitation on the exercise of rights protected by the treaty, it is up to the Crown to prove that its occupancy of the territory cannot be accommodated to reasonable exercise of the Hurons' rights.

The Crown presented evidence on such compatibility but that evidence did not persuade me that exercise of the rites and customs at issue here is incompatible with the occupancy.

Jacques-Cartier park is a park that falls within the class of conservation parks. The *Parks Act* describes them in the following way:

1. ...

(c) "conservation park" means a park primarily intended to ensure the permanent protection of territory representative of the natural regions of Québec, or of natural sites presenting exceptional features, while rendering them accessible to the public for the purposes of education and cross-country recreation;

Cross-country recreation is given the following definition, again in s. 1 of the Act:

(e) "cross-country recreation" means a type of recreation characterized by the use of little frequented territory and the use of relatively simple equipment;

des terres par leur occupant. J'accepte sans hésitation que les Hurons n'étaient probablement pas au courant des conséquences juridiques, et en particulier de la faculté d'occuper à l'exclusion des autres, que les principaux systèmes juridiques européens attachaient au concept de propriété privée. Je ne peux tout de même pas croire que les Hurons aient jamais cru que le traité leur accordait le droit de couper des arbres dans le jardin d'une maison en vertu de leur droit d'exercer leurs coutumes.

Le Parc de la Jacques-Cartier entre dans la catégorie des terres occupées par la Couronne puisque la province l'a affecté à une utilisation particulière. Ce qui importe ce n'est pas tant que la province ait légiféré à l'égard de ce territoire mais qu'elle l'utilise, en occupe l'espace dans les faits. L'occupation ayant été établie, il faut alors se demander si le type d'occupation auquel est soumis le Parc est incompatible avec l'exercice des activités reprochées aux intimés qui constituent sans contredit des coutumes ou des rites religieux. Puisqu'il s'agit, en regard de la situation en 1760, d'envisager une restriction de l'exercice des droits protégés par le traité, il appartient à la Couronne de prouver que l'occupation qu'elle fait du territoire ne peut s'accommoder de l'exercice raisonnable des droits des Hurons.

Effectivement, le ministère public a présenté une preuve sur cette compatibilité mais cette preuve ne m'a pas convaincu que l'exercice des rites et coutumes en l'espèce soit incompatible avec l'occupation.

Le Parc de la Jacques-Cartier est un parc qui se classe dans la catégorie des parcs de conservation. La *Loi sur les parcs* les décrit de la façon suivante:

1. ...

(c) «parc de conservation»: un parc dont l'objectif prioritaire est d'assurer la protection permanente de territoires représentatifs des régions naturelles du Québec ou des sites naturels à caractère exceptionnel tout en les rendant accessibles au public pour des fins d'éducation et de récréation extensive;

La récréation extensive reçoit la définition suivante toujours à l'art. 1 de la Loi:

(e) «récréation extensive»: un type de récréation caractérisée par une faible densité d'utilisation du territoire et par l'exigence d'équipements peu élaborés;



Under the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier*, the park is divided into environmental zones, which are portions of the park for moderate use set aside for the discovery and exploration of the environment, and preservation zones, for limited use and set aside for the conservation, observation and enjoyment of the environment.

For the exercise of rites and customs to be incompatible with the occupancy of the park by the Crown, it must not only be contrary to the purpose underlying that occupancy, it must prevent the realization of that purpose. First, we are dealing with Crown lands, lands which are held for the benefit of the community. Exclusive use is not an essential aspect of public ownership. Second, I do not think that the activities described seriously compromise the Crown's objectives in occupying the park. Neither the representative nature of the natural region where the park is located nor the exceptional nature of this natural site are threatened by the collecting of a few plants, the setting up of a tent using a few branches picked up in the area or the making of a fire according to the rules dictated by caution to avoid fires. These activities also present no obstacle to cross-country recreation. I therefore conclude that it has not been established that occupancy of the territory of Jacques-Cartier park is incompatible with the exercise of Huron rites and customs with which the respondents are charged.

## VII—Conclusion

For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

I would dispose of the constitutional questions stated by the Chief Justice as follows:

1. Does the following document, signed by General Murray on 5 September 1760, constitute a treaty within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6?

"THESE are to certify that the CHIEF of the HURON tribe of Indians, having come to me in the name of His Nation, to submit to His BRITANNICK MAJESTY, and make Peace, has been received under my Protection, with his whole Tribe; and henceforth

En vertu du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier*, le Parc est divisé en zones d'ambiance qui sont des portions du Parc à utilisation modérée affectée à la découverte et à l'exploration du milieu ambiant et en zones de préservation, d'utilisation faible et affectées à la préservation, à l'observation et à l'appréciation du milieu.

Pour que l'exercice des rites et des coutumes soit incompatible avec l'occupation que la Couronne fait du Parc, il faudrait non seulement qu'il soit contraire à l'objectif qui sous-tend l'occupation, mais qu'il en empêche la réalisation. D'abord, nous sommes en présence de terres de la Couronne, terres qui sont détenues à l'avantage de la collectivité. L'exclusivité de l'utilisation n'est pas intrinsèque à la propriété publique. Ensuite, je ne crois pas que les activités décrites compromettent sérieusement les desseins de la Couronne dans son occupation du Parc. Ni le caractère représentatif de la région naturelle où se situe le Parc, ni le caractère exceptionnel de ce site naturel ne sont menacés par la cueillette de quelques plantes, par l'installation d'une tente faite à l'aide de quelques branches prises sur les lieux ou par la fabrication d'un feu fait selon les règles qu'impose la prudence pour éviter les incendies. Ces activités ne représentent aucun obstacle à la récréation extensive non plus. Je conclus donc que la preuve n'a pas été faite que l'occupation du territoire du Parc de la Jacques-Cartier est incompatible avec l'exercice des rites et coutumes hurons que l'on reproche aux intimés.

## VII—Conclusion

Pour toutes ces raisons, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Quant aux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef, j'en disposerais comme suit:

1. Le document suivant, signé au nom du général Murray le 5 septembre 1760, constitue-t-il un traité, au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6?

[TRADUCTION] «PAR LES PRÉSENTES, nous certifions que le CHEF de la tribu des HURONS, étant venu à moi pour se soumettre au nom de sa nation à la COURONNE BRITANNIQUE et faire la paix, est reçu sous ma protection lui et toute sa tribu; et

no English Officer or party is to molest, or interrupt them in returning to their Settlement at LORETTE; and they are received upon the same terms with the Canadians, being allowed the free Exercise of their Religion, their Customs, and Liberty of trading with the English:—recommending it to the Officers commanding the Posts, to treat them kindly.

Given under my hand at Longueil, this 5th day of September, 1760.

By the Genl's Command,  
JOHN COSNAN,  
Adjut. Genl."

JA. MURRAY.

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, was the "treaty" still operative on 29 May 1982, at the time when the alleged offences were committed?

Answer: Yes.

3. If the answer to questions 1 and 2 are in the affirmative, are the terms of the document of such a nature as to make ss. 9 and 37 of the *Regulation respecting the Parc de la Jacques-Cartier* (Order in Council 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, Part II, November 25, 1981, pp. 3518 *et seq.*) made under the *Parks Act*, R.S.Q., c. P-9, unenforceable in respect of the respondents?

Answer: Yes.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: The Department of Justice, Ste-Foy; Noël, Décary, Aubry & Associés, Hull.*

*Solicitor for the respondents: Jacques Larochelle, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener National Indian Brotherhood/Assemblée of First Nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*

dorénavant ils ne devront pas être molestés ni arrêtés par un officier ou des soldats anglais lors de leur retour à leur campement de LORETTE; ils sont reçus aux mêmes conditions que les Canadiens, il leur sera permis d'exercer librement leur religion, leurs coutumes et la liberté de commerce avec les Anglais: nous recommandons aux officiers commandant les postes de les traiter gentiment.

Signé par moi à Longueil, ce 5<sup>e</sup> jour de septembre 1760.

Sur l'ordre du général,  
JOHN COSNAN,  
Adjutant général»

JA. MURRAY.

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est dans l'affirmative, ce «traité» produisait-il encore des effets juridiques le 29 mai 1982, au moment où les infractions reprochées ont été commises?

Réponse: Oui.

3. Si les réponses aux questions 1 et 2 sont affirmatives, les termes de ce document étaient-ils de nature à rendre inopérants les art. 9 et 37 du *Règlement relatif au Parc de la Jacques-Cartier* (décret 3108-81, *Gazette officielle du Québec*, partie II, 25 novembre 1981, pp. 4815 *et suiv.*) adoptés en vertu de la *Loi sur les parcs*, L.R.Q., ch. P-9, à l'égard des intimés?

Réponse: Oui.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Le ministère de la Justice, Ste-Foy; Noël, Décary, Aubry & Associés, Hull.*

*Procureur des intimés: Jacques Larochelle, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Fraternité des indiens du Canada/l'Assemblée des premières nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.*