

Gilbert A. Smith *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Quebec *Intervenors*.

File No.: 16383.

1982: February 22, 23; 1983: May 17.

Present: Laskin C. J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Lands reserved for Indians — Effects of surrender of lands — Action by the federal Crown for possession of surrendered lands occupied by the appellant — Whether federal Crown retained an interest enabling it to institute proceedings — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 109 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 2(1), 31, 53.

Respondent, in the right of Canada and on behalf of the Red Bank Band of Indians, brought an action for possession of appellant's parcel of land allegedly located within the Indian reserve. Lands forming part of the reserve, including the disputed lands, were surrendered by the Indians to the Crown in 1895 to be sold with the proceeds therefrom going to the Indian Band. The Crown, however, never disposed of the lands. Appellant, who purchased the land in 1952, supported the validity of his title on the basis of adverse possession. In the Federal Court, the trial judge found that there had been continuous adverse possession from 1838 to 1973 and dismissed respondent's action. The Court of Appeal reversed the judgment holding that the appellant had not established a possessory title and that his parcel, though surrendered by the Indians, remained land reserved for the Indians within the meaning of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. This appeal is to determine whether this release was effective in terminating the operation of s. 91(24) and the attendant rights of the beneficiary Indians.

Held: The appeal should be allowed.

An absolute surrender of lands by Indians for whose benefit the lands were set aside leaves no retained or other interest in the Crown enabling the government of

Gilbert A. Smith *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Québec *Intervenants*.

N° du greffe: 16383.

1982: 22, 23 février; 1983: 17 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Terres réservées aux Indiens — Effets de la cession de terres — Action de la Couronne fédérale pour obtenir la possession des terres cédées occupées par l'appellant — La Couronne fédérale conserve-t-elle un droit lui permettant d'intenter des procédures? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 109 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 2(1), 31, 53.

La Reine du chef du Canada, agissant pour le compte de la bande d'Indiens de Red Bank, a intenté une action visant à obtenir la possession du bien-fonds de l'appellant, bien-fonds qui serait situé dans la réserve indienne. Des terres faisant partie de la réserve et comprenant le bien-fonds en litige ont été cédées par les Indiens à la Couronne en 1895 pour que celle-ci les vende au profit de la bande. La Couronne n'a toutefois jamais aliéné les terres. L'appellant, qui s'est porté acquéreur du bien-fonds en cause en 1952, appuie la validité de son titre sur la possession acquisitive. En Cour fédérale, le juge de première instance a estimé qu'il y avait eu une possession acquisitive non interrompue de 1838 à 1973 et a rejeté l'action de l'intimée. La Cour d'appel a infirmé ce jugement, concluant que l'appellant n'avait pas prouvé l'existence d'un titre de propriété acquis par prescription et que son bien-fonds, bien qu'il ait été cédé par les Indiens, n'en relevait pas moins de la catégorie des terres réservées aux Indiens au sens du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La question en l'espèce est de savoir si la cession rend inopérant le par. 91(24) et entraîne l'extinction des droits des Indiens qui bénéficient de l'application de cette disposition.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Lorsque les Indiens au profit desquels elles ont été réservées effectuent une cession absolue de terres, la Couronne ne conserve sur ces terres aucun droit permet-

Canada to retain the surrendered lands within the federal jurisdiction under s. 91(24). Here, the release was unqualified and absolute. The *habendum* clause did not have the effect of reducing the express terms employed in the release. Consequently, both before and after 1895, the Province owned the lands in title and by beneficial interest, subject, prior to 1895, to the burden created by s. 91(24). This burden disappeared because of the surrender. The 1958 Agreement between the Province and Canada for the transfer of certain lands surrendered by the Indians from the Province to the federal government did not relate to appellant's parcel of land. The Queen in right of Canada, therefore, had no enforceable interest in appellant's parcel of land and was without a legal right to commence the action which gave rise to these proceedings.

St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen (1888), 14 App. Cas. 46, applied; *Mowat v. Casgrain* (1897), 6 Que. Q.B. 12; *The King v. McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68; *Surrey (Corpn.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380 (B.C.C.A.); *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, distinguished; *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *Goodtitle v. Gibbs* (1826), 5 B. & C. 709; *Myers v. Marsh* (1852), 9 U.C.Q.B. 242, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1981] 1 F.C. 346, 113 D.L.R. (3d) 522, 34 N.R. 91, [1980] 4 C.N.L.R. 29, setting aside a judgment of the Trial Division, [1978] 1 F.C. 653, [1978] 4 C.N.L.R. 121. Appeal allowed.

B. A. Crane, Q.C., and *J. Anderson*, for the appellant.

E. Neil McKelvey, Q.C., and *Robert R. Anderson, Q.C.*, for the respondent.

D. W. Mundell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

William J. Atkinson and *René Morin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—These proceedings were commenced under s. 31 of the *Indian Act* of Canada, R.S.C. 1970, c. I-6, by an action in the Federal Court of

tant au gouvernement du Canada de continuer à exercer sur les terres la compétence fédérale en vertu du par. 91(24). En l'espèce, la cession est sans restriction et absolue. La clause *habendum* n'a pas eu pour effet de restreindre la portée du langage exprès employé dans l'acte de cession. Par conséquent, avant comme après 1895, la province était propriétaire des terres en cause autant de par le titre de propriété que de par le droit de jouissance sous réserve, avant 1895, de la charge qu'impose le par. 91(24). La cession a éteint cette charge. La convention de 1958 par laquelle la province a transféré au gouvernement fédéral certaines terres cédées par les Indiens ne vise aucunement le bien-fonds de l'appellant. La Reine du chef du Canada n'avait donc aucun droit sur ce bien-fonds ni n'avait qualité pour introduire l'action qui est à l'origine des procédures.

Jurisprudence: arrêt suivi: *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; distinction faite avec les arrêts: *Mowat c. Casgrain* (1897), 6 B.R. 12; *The King v. McMaster*, [1926] R.C. de l'É. 68; *Surrey (Corpn.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380 (C.A.C.-B.); *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] R.C.S. 211; arrêts mentionnés: *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *Goodtitle v. Gibbs* (1826), 5 B. & C. 709; *Myers v. Marsh* (1852), 9 U.C.Q.B. 242.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1981] 1 C.F. 346, 113 D.L.R. (3d) 522, 34 N.R. 91, [1980] 4 C.N.L.R. 29, qui a infirmé un jugement de la Division de première instance, [1978] 1 C.F. 653, [1978] 4 C.N.L.R. 121. Pourvoi accueilli.

B. A. Crane, c.r., et *J. Anderson*, pour l'appellant.

E. Neil McKelvey, c.r., et *Robert R. Anderson, c.r.*, pour l'intimée.

D. W. Mundell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

William J. Atkinson et *René Morin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Ces procédures, fondées sur l'art. 31 de la *Loi sur les Indiens* du Canada, S.R.C. 1970, chap. I-6, découlent d'une action

Canada by the Queen in the right of Canada on behalf of the Red Bank Band of Indians for a declaration of the right to possession and for vacant possession of the lands of the appellant located in the Province of New Brunswick and claimed to be sited within an Indian reservation.

The lands occupied by the appellant, and hereinafter for convenience referred to as "the said lands", appear to have been included in a grant of occupation made in 1783 to the Micmac Indians then living in the region of the Little South West Miramichi River in the Province of New Brunswick. Subsequently, and while New Brunswick was still a colony, these lands were surveyed and a formal licence of occupation was granted to these Indians, the land then (1808) being referred to as "the Little South West tract" which contained about 10,000 acres straddling the Little South West Miramichi River. By Confederation the area of the Little South West Reserve, as described in the Crown Lands Office in Fredericton, comprised about 8,124 acres. It is agreed by the parties that this tract included the said lands.

The first significant event with respect to the said lands occurred on June 6, 1895 when it is alleged that these lands were formally surrendered by the Indians. In the instrument the land is described as being included in the "Red Bank Reserves" and its release was in these words:

The Indians owning the ... Red Bank Reserves ... for and acting on behalf of the whole people of our said Band in Council assembled, Do hereby release, remise, surrender, quit claim and yield up unto Our Sovereign Lady the Queen ... ALL AND SINGULAR, that certain parcel or tract of land and premises ... being composed of Lots ... Five, Six ... on the North side of the Little South West Miramichi River, all of the above Lots being in the Red Bank Indian Reserve, (so called) ...

The release includes the following *habendum*:

TO HAVE AND TO HOLD the same unto Her said Majesty The Queen, her Heirs and Successors forever,

intentée devant la Cour fédérale du Canada par la Reine du chef du Canada pour le compte de la bande d'Indiens de Red Bank. Cette action visait à obtenir un jugement déclaratoire portant droit de possession et possession effective des terres de l'appellant situées dans la province du Nouveau-Brunswick, terres qu'on prétend faire partie d'une réserve indienne.

Les terres occupées par l'appellant, ci-après appelées, par souci de commodité, «les terres en cause», semblent avoir été comprises dans une cession du droit d'occupation faite en 1783 aux Indiens Micmacs qui habitaient à l'époque la région de la rivière Little South West Miramichi dans la province du Nouveau-Brunswick. Par la suite, alors que le Nouveau-Brunswick était encore une colonie, ces terres ont été arpentées et un permis d'occupation en bonne et due forme a été accordé à ces Indiens. Connues alors (en 1808) sous le nom de «la zone de la Little South West», les terres avaient une superficie d'environ 10 000 acres situées sur les deux rives de la rivière Little South West Miramichi. À l'époque de la Confédération, la superficie de la réserve de Little South West, selon la description du bureau des terres de la Couronne à Fredericton, était d'environ 8 124 acres englobant, comme les parties le reconnaissent, les terres en cause.

Le premier événement d'importance touchant les terres en cause a eu lieu le 6 juin 1895, date où les Indiens les auraient officiellement cédées. Selon l'acte de cession, les terres étaient comprises dans la réserve de Red Bank et la cession est ainsi formulée:

[TRADUCTION] Nous, soussignés chefs et dirigeants des Indiens propriétaires [de la réserve] ... Red Bank ... pour et au nom de tout le peuple de nos dites bandes en conseil assemblées, par les présentes cédon, transférons, abandonnons et transmettons à Notre Souveraine, la Reine ... TOUS ET CHACUN une certaine région ou étendue de terre, avec bâtiments ... composée des lots ... cinq, six ... sur la rive nord de la rivière Little South West Miramichi ... ces lots se trouvant dans la réserve indienne Red Bank (ainsi appelée) ...

L'acte de cession contient la clause suivante:

[TRADUCTION] POUR QUE Sa Majesté La Reine, ses héritiers et successeurs possèdent et détiennent les-

in trust to sell the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of the Dominion of Canada may deem most conducive to our welfare and that of our people.

The instrument then imposes the following condition:

AND upon the further condition that all moneys received from the sale thereof, shall, after deducting the usual proportion for expenses of management, be placed to our credit and the interest thereon paid to us and our descendants as to the Department of Indian Affairs may seem right.

It is to be observed:

- a) The reference to the Queen contains no description as to whether the reference to the Monarch is in the right of the Province of New Brunswick or Canada. The document does refer to the Federal Department of Indian Affairs.
- b) The instrument is not executed by either the federal or provincial governments but is witnessed by an authority of the federal department who describes himself as "Indian Agent".
- c) The document bears an endorsement of registration in the Indian Land Registry, Department of Indian Affairs and Northern Development, Ottawa.
- d) The regularity of the release as to form and substance is not challenged in these proceedings.
- e) It is agreed by all the parties hereto that the lands described in the document of surrender include the said lands.
- f) The condition referring to the sale of the lands appears to be a misapprehension of the *St. Catherine's Milling* case, *infra*, as regards the nature of the interest in Indian lands and the effect of surrender thereof.

In 1958 the Province of New Brunswick and Canada entered into an agreement whereby certain lands were transferred from the Province to the Federal Government, which transfer was confirmed by statutes enacted by Parliament and the Legislature respectively: 1958 (N.B.), c. 4; 1959 (Can.), c. 47. The agreement recites that since Confederation, certain lands have been surrendered to the Crown by the Indians "entitled thereto" and that the Crown in the right of Canada had thereafter purported to convey some of these sur-

dités terres en fiducie pour les vendre à la personne ou aux personnes et aux conditions que le gouvernement du Dominion du Canada jugera les plus favorables pour notre bien-être et celui de notre peuple.

^a Puis l'acte impose la condition suivante:

[TRADUCTION] ET à la condition que la totalité du produit de leur vente, après déduction du pourcentage usuel pour frais de gestion, soit déposée à notre compte et l'intérêt versé à nous-mêmes et à nos descendants, comme il semblera juste au département des Affaires des Sauvages.

Il convient de souligner les points suivants:

- ^c a) Le document ne précise pas s'il s'agit de la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick ou du chef du Canada. En revanche, il mentionne le département fédéral des Affaires des Sauvages.
- ^d b) L'acte n'a été signé ni par le gouvernement fédéral ni par le gouvernement provincial, mais un représentant du ministère fédéral, qui s'appelait à l'époque «agent des Sauvages», l'a signé à titre de témoin.
- ^e c) Le document est revêtu d'une mention indiquant qu'il a été enregistré dans le registre des terres indiennes du département fédéral des Affaires des Sauvages à Ottawa.
- ^f d) La régularité de la cession quant à la forme et quant au fond n'est pas contestée en l'espèce.
- e) Les parties reconnaissent que les terres décrites dans l'acte de cession comprennent celles présentement en cause.
- ^g f) La condition relative à la vente des terres paraît reposer sur une interprétation erronée de l'arrêt *St. Catherine's Milling, infra*, en ce qui a trait à la nature du droit sur les terres indiennes et à l'effet d'une cession de celles-ci.

En 1958 la province du Nouveau-Brunswick et le Canada ont conclu une convention qui a transféré au gouvernement fédéral certaines terres relevant de la province, transfert qui a été confirmé par des lois fédérale et provinciale: 1958 (N.B.), chap. 4; 1959 (Can.), chap. 47. La convention porte que, depuis la Confédération, certaines terres ont été cédées à la Couronne par les Indiens «qui y avaient droit» et que, par la suite, la Couronne du chef du Canada a voulu transférer une partie de ces terres cédées à différentes personnes. Compte

rendered lands to individuals. By reason of subsequent decisions in the courts, the parties concluded that the lands in question could only have been lawfully conveyed by the Province with the result that the grantees found themselves holding defective titles. By section 2 of the agreement the parties thereto, including the Province of New Brunswick, "confirmed" all such grants. By section 3 the Province transferred to Canada "all rights and interests of the Province" in certain "Reserve lands" including that Reserve north of the Little South West Miramichi River opposite Red Bank Indian Reserve No. 4. The description in the appendix to the agreement, and as confirmed by the two statutes, does not make reference to lot numbers, surveys or any other documents or instruments whereby a description of the transferred lands can be established. The parties are not in agreement that the 1958 agreement does or does not include the said lands. The Court of Appeal found that the agreement did not deal with the said lands; the trial judge came to the opposite conclusion. The effect of this 1958 agreement will be considered later.

It is common ground that the said lands, which the parties agreed were included in the lands described in the surrender document, have not been sold or conveyed to the appellant or to his predecessors in title by the Crown. Because much argument was made on the question of possessory title, and certain conclusions were reached with reference thereto in the courts below, it is appropriate to summarize the history of the occupation and the limited conveyancing of the said lands. The appellant purchased the said lands, which comprise about 25 acres, in 1952 from one Isaac Mutch. In the 1952 conveyance they are described as being the southwest corner of Lot 6 in a Plan of Survey prepared by William Fish in 1904. There is no question but that the appellant occupied these lands, and some adjoining lands later acquired, from the respective dates of occupation down to the date of trial. His occupation consisted of living on the premises during the summer months, operating thereon a small gravel pit, and the payment of taxes every year to the Province. There is no evidence of any Indian claims to the said lands during the Smith years of occupation until

tenu des décisions judiciaires ultérieures, les parties ont conclu que la province était seule habilitée à transférer les terres en cause, de sorte que les cessionnaires ont acquis des titres de propriété défectueux. Par la clause 2 de la convention, les parties, y compris la province du Nouveau-Brunswick, ont confirmé toutes ces concessions. Par la clause 3, le Nouveau-Brunswick a transféré au Canada «tous les droits et intérêts de la province» dans certaines «terres de réserve», notamment dans la réserve située au nord de la rivière Little South West Miramichi, en face de la réserve indienne n° 4 de Red Bank. La description qui figure en annexe à la convention et qui est confirmée par les deux lois, ne mentionne ni numéros de lots, ni plans ni aucun autre document ou acte qui permettrait d'établir les limites des terres transférées. Quant à la question de savoir si la convention de 1958 vise les terres en cause, les parties sont en désaccord. La Cour d'appel a conclu que ces terres échappent à la convention; le juge de première instance pour sa part a tiré la conclusion contraire. Nous allons examiner plus loin l'effet de la convention de 1958.

Les parties reconnaissent que les terres en cause font partie des terres visées par l'acte de cession et que la Couronne ne les a ni vendues ni transférées à l'appellant ou à ses auteurs. Puisqu'on a beaucoup débattu la question de la prescription acquisitive et que les cours d'instance inférieure ont tiré certaines conclusions à ce sujet, il convient de présenter un bref historique de l'occupation et des transferts limités des terres en cause. L'appellant a acheté ces terres, qui ont une superficie d'environ 25 acres, en 1952, à un nommé Isaac Mutch. L'acte de transfert établi à ce moment-là indique que les terres sont situées au coin sud-ouest du lot 6 qui figure sur le plan dressé par William Fish en 1904. Il ne fait pas de doute qu'après être entré en possession de ces terres et de certaines terres attenantes acquises ultérieurement, l'appellant a continué à les occuper jusqu'au moment du procès. Son occupation des terres a consisté à y établir sa demeure pendant l'été, à y exploiter une petite carrière de gravier et à payer annuellement des taxes à la province. Rien n'indique dans la preuve que, pendant que Smith occupait les terres en cause, celles-ci aient fait l'objet d'une revendica-

immediately prior to the commencement of these proceedings. It is the state of the title prior to purchase by the appellant that gives rise to some difficulty in determining whether title may have been acquired by possession. The earliest known non-Indian occupation of the said lands was by one Ebenezer Travis commencing in 1838. His occupancy can be traced through various reports and surveys until his death in 1871 when his grandson, Allan Travis, continued to live on the land. This occupancy appears to have continued to at least 1898 when the witness to the aforementioned surrender document reported that Lot 5 was "occupied by Stephen Johnson (away) and Ebenezer Travis". This appears to be a reference to Ebenezer Allan Travis. Stephen Johnson, according to the evidence, was related to the earlier Ebenezer Travis. The land description continues to be "Lot No. 5". The adjoining Lot No. 6, at least by 1898, was occupied by James Mutch, the grandfather of the appellant's grantor. The Fish survey of 1904, *supra*, realigned the lot lines with the result that the said lands appear to have been moved over, at least in part, to Lot 6 in the Fish survey, and this was so found by the Court of Appeal. It would appear that Isaac Mutch, *supra*, moved on to the said lands about 1904 having received a grant from his father, Edmond, and his grandfather, James. It is certain at least that by 1906 the appellant's grantor is shown as the owner on the assessment list. The Court of Appeal found that Isaac Mutch occupied these said lands until the early 1920's and thereafter the lands were occupied by members of his family while he continued to farm and cut wood on the said lands. The Court of Appeal found that Isaac Mutch was not a successor in title to Travis and Johnson but owned the land adjoining their lands, having acquired it from his father, Edmond Mutch.

On February 24, 1919, Isaac Mutch wrote a letter to the Indian Affairs Department which attracted much attention in these proceedings. In this letter he said:

I am living on a piece of Indian land which lies on the North side of the Lyttle South West River the East side

tion indienne, si ce n'est immédiatement avant l'introduction de ces procédures. C'est la situation du titre antérieure à l'achat par l'appellant qui rend difficile de déterminer si le titre de propriété a pu être acquis par possession. Ebenezer Travis, qui est entré en possession des terres en 1838, paraît avoir été le premier non-Indien à les occuper. Différents rapports et plans permettent d'établir qu'il a occupé les terres jusqu'à son décès en 1871 et que son petit-fils, Allan Travis, a continué cette occupation. Cela paraît avoir duré au moins jusqu'en 1898, date où le témoin à l'acte de cession susmentionné a fait savoir que le lot 5 était [TRADUCTION] «occupé par Stephen Johnson (absent) et Ebenezer Travis». Il paraît s'agir là d'Ebenezer Allan Travis. La preuve révèle que Stephen Johnson était apparenté à Ebenezer Travis, grand-père. À cette époque-là, les terres étaient encore désignées comme le «lot n° 5». En 1898 au plus tard, le lot n° 6 attenant était occupé par James Mutch, le grand-père de celui qui a cédé les terres à l'appellant. Le levé susmentionné effectué par Fish en 1904 a rectifié les limites des lots de sorte que les terres en cause paraissent avoir été comprises, du moins en partie, dans le lot n° 6, et c'est ce qu'a conclu la Cour d'appel. Les terres lui ayant été cédées par son père, Edmond, et son grand-père, James, il appert que le susnommé Isaac Mutch s'y est installé vers 1904. Une chose au moins est certaine: dès 1906 celui qui a cédé les terres à l'appellant figure à titre de propriétaire sur le rôle d'évaluation. La Cour d'appel a conclu qu'Isaac Mutch a occupé les terres en cause jusqu'au début des années 20; par la suite elles ont été occupées par des membres de sa famille, bien que Mutch ait continué à les cultiver et à y couper du bois. La Cour d'appel a conclu en outre qu'en ce qui concerne le titre de propriété, Isaac Mutch n'était pas l'ayant cause de Travis et Johnson, mais qu'il était propriétaire des terres attenantes à celles de ces derniers, les ayant acquises de son père, Edmond Mutch.

Le 24 février 1919, Isaac Mutch a écrit au département des Affaires des Sauvages une lettre qui a suscité beaucoup d'intérêt en l'espèce et dans laquelle il disait:

[TRADUCTION] Je vis sur une parcelle de terre indienne située entre le côté nord de la rivière Lyttle

of Lot No. 6 $\times$ 42 Rods in width Bounded on the West by land claimed by Ebenezer Traviss [*sic*]. And I would like to get the grant of it.

The learned trial judge did not find this letter to be an acknowledgement of title in the Crown. The Court of Appeal, however, found that it was and so adverse possession was not achieved whatever the applicable limitations law may be.

In the result, the learned trial judge found that there had been continuous adverse possession for 135 years from the time of Ebenezer Travis in 1838 to the appellant at the commencement of these proceedings in 1973 and dismissed the action. The Court of Appeal, however, concluded that while the evidence did not support the finding that the occupation by the Travis families was continued by the Mutch families so as to create the necessary period of 60 years continuous adverse possession (according to the New Brunswick statutes), the occupation by Isaac Mutch from 1904 through to the commencement of these proceedings did establish adverse possession for more than 60 years. However, the Court of Appeal also found that the above letter of 1919 constituted an interruption in the period of adverse possession and consequently such right to ownership could not be established under the *Limitation of Actions Act* of New Brunswick, R.S.N.B. 1973, c. L-8, if applicable. More fundamentally, Le Dain J., on behalf of the Court of Appeal, concluded that the New Brunswick statutes could not operate to erase the federal interest under s. 91(24) and that the provincial limitations statute was excluded by other federal legislation.

The Court of Appeal, after a comprehensive review of the lengthy record by Le Dain J., concluded that the respondent could not bring this action under the *Indian Act*, s. 31, but could under the general law relating to the administration by the Government of Canada of its responsibilities under s. 91(24) of the *Constitution Act*; and that the Crown in the right of Canada was entitled to

South West, le côté est du lot n° 6, mesurant 42 perches de largeur, bornée à l'ouest par une terre réclamée par Ebenezer Traviss [*sic*]. Et j'aimerais en obtenir la concession.

Le savant juge de première instance a estimé que cette lettre ne constituait pas une reconnaissance du titre de propriété de la Couronne. La Cour d'appel, cependant, a été d'avis contraire, concluant qu'il n'y a pas eu possession acquisitive quelle que soit la loi applicable en matière de prescription.

En définitive, le savant juge de première instance a rejeté l'action estimant qu'il y a eu une possession acquisitive ininterrompue de 135 années depuis l'occupation par Ebenezer Travis en 1838 jusqu'à celle de l'appelant au moment où ces procédures ont été entamées en 1973. La Cour d'appel a toutefois décidé que bien que la preuve ne permette pas de conclure que les familles Mutch ont continué l'occupation commencée par les familles Travis, de sorte qu'il ne s'est pas écoulée la période nécessaire à la possession acquisitive ininterrompue de 60 ans (comme l'exigent les lois du Nouveau-Brunswick), l'occupation par Isaac Mutch de 1904 jusqu'au début de ces procédures établit effectivement une possession acquisitive de plus de 60 ans. Cependant, la Cour d'appel a conclu en outre que la lettre de 1919, susmentionnée, a interrompu la possession acquisitive et que, par conséquent, ce droit de propriété ne pouvait être établi en vertu de la *Loi sur la prescription* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, chap. L-8, si elle s'applique. Plus fondamental encore, le juge Le Dain, au nom de la Cour d'appel, a conclu que les lois du Nouveau-Brunswick ne peuvent enlever au Parlement fédéral le droit que lui confère le par. 91(24) et que d'autres lois fédérales rendent inapplicable la loi provinciale en matière de prescription.

Après un examen exhaustif du dossier volumineux, le juge Le Dain de la Cour d'appel a conclu que l'intimée ne pouvait fonder son action sur l'art. 31 de la *Loi sur les Indiens*, mais qu'elle pouvait l'appuyer sur le droit général relatif à l'exercice par le gouvernement du Canada des responsabilités que lui impose le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle*; il a conclu en outre que la Couronne

an order for possession as the surrendered lands remained within the constitutional authority of the Parliament of Canada and its enactment, the *Indian Act*. In leading up to that decision, the Court of Appeal found that the appellant had not established a possessory title either before or after the surrender of 1895 and that that instrument was in law, indeed, an unconditional and effective surrender of title. The principal theme of the reasons for judgment of the Court of Appeal is that this land, though surrendered by the Indians, "remains land reserved for the Indians within the meaning of section 91(24) of the *B.N.A. Act*" because the land remained unsold "and continues to be held by the Crown for the benefit of the Indians because of their financial interest in it" For reasons later to be developed it is not in my view necessary, nor indeed advisable, to determine the issue of possessory title in these proceedings. Should the issue of title arise between the appellant and the Province of New Brunswick or others, the legal significance of the history of possession and of the request for grant will no doubt become a central issue.

The consequences of a surrender by the occupying Indians of Indian lands under s. 91(24) of the *Constitution Act* were examined in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, where Lord Watson said at pp. 58-9:

The Crown has all along had a present proprietary estate in the land, upon which the Indian title was a mere burden. The ceded territory was at the time of the union, land vested in the Crown, subject to "an interest other than that of the Province in the same," within the meaning of sect. 109; and must now belong to Ontario in terms of that clause, unless its rights have been taken away by some provision of the Act of 1867 other than those already noticed.

His Lordship concluded at p. 59:

Their Lordships are, however, unable to assent to the argument for the Dominion founded on sect. 91(24). There can be no a priori probability that the British Legislature, in a branch of the statute which professes to deal only with the distribution of legislative power, intended to deprive the Provinces of rights which are

du chef du Canada avait droit à une ordonnance de possession, car les terres cédées relevaient toujours du pouvoir conféré au Parlement du Canada par la Constitution que traduit la *Loi sur les Indiens*. Pour en décider ainsi, la Cour d'appel a jugé que l'appelant n'avait pas établi un titre de propriété antérieur ou postérieur à la cession de 1895 et que, du point de vue juridique, cet acte constituait en fait une cession valide et absolue du titre de propriété. Le thème principal des motifs du jugement de la Cour d'appel est que ces terres, bien que cédées par les Indiens, «demeurent des terres réservées aux Indiens au sens de l'article 91(24) de l'*A.A.N.B.*» parce qu'elles n'ont pas été vendues «et qu'elles continuent d'être détenues par la Couronne pour le bénéfice des Indiens à cause de leur intérêt pécuniaire dans celles-ci . . . » Pour des raisons que j'exposerai plus loin, je n'estime pas nécessaire ni même opportun de trancher en l'espèce la question de la prescription acquisitive. Si jamais le titre de propriété fait l'objet d'un litige entre l'appelant et la province du Nouveau-Brunswick ou d'autres personnes, l'importance juridique de la possession antérieure et de la demande de concession sera sans aucun doute une question fondamentale.

Les conséquences de la cession de terres indiennes, au sens du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle*, par les Indiens qui les occupent, ont été étudiées dans l'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson dit aux pp. 58 et 59:

[TRADUCTION] La Couronne a toujours eu un droit de propriété actuel sur les terres et le titre des Indiens ne faisait que le grever. Le territoire cédé était, à l'époque de l'union, dévolu à la Couronne, sous réserve de «tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province» au sens de l'art. 109; suivant cet article, ledit territoire doit maintenant appartenir à l'Ontario, à moins que quelque disposition, non encore mentionnée, de la Loi de 1867 ne lui enlève son droit.

Sa Seigneurie ajoute à la p. 59:

[TRADUCTION] Nous ne pouvons toutefois retenir l'argument du Canada, fondé sur le par. 91(24). Au premier abord, il est improbable que le législateur britannique ait voulu, dans une partie de la loi qui apparemment vise uniquement la répartition du pouvoir législatif, porter atteinte aux droits qui sont expressément

expressly given them in that branch of it which relates to the distribution of revenues and assets. The fact that the power of legislating for Indians, and for lands which are reserved to their use, has been entrusted to the Parliament of the Dominion is not in the least degree inconsistent with the right of the Provinces to a beneficial interest in these lands, available to them as a source of revenue whenever the estate of the Crown is disencumbered of the Indian title.

The authority of that decision has never been challenged or indeed varied by interpretations and application. Neither the parties to that proceeding nor the Privy Council appear to have had any doubt about the efficacy in law of a surrender by the Indians of their interests in a particular part of the land theretofore set aside for their benefit. There had been challenges to the surrender process where the procedure or the evidence of the process had left some doubt as to whether a surrender was indeed intended. The law therefore came to recognize the right and ability of the benefitted Indians to give up their relationship to lands theretofore devoted to their use and occupation, and the result of such a process is the revival or restoration of the complete beneficial ownership in the Province without further burden by reason of s. 91(24).

What then is the effect of the purported document of surrender here executed in 1895? There is no question but that the reference to "Our Sovereign Lady the Queen", to whom the release and surrender were therein made, was a reference to the Queen in the right of Canada as was the case in the *St. Catherine's* proceedings. This creates no difficulty because it is with respect to the legislative interest of the Parliament of Canada that the surrender is related, and consequently the surrender was obtained by the executive branch of the national government. The fact that the title to the lands, both in the registration system and by reason of s. 109 of the *Constitution Act*, was in the Province and held by the Queen in the right of the Province, is not a complicating factor in the surrender process. What is a complicating factor, however, is the *habendum* clause, already set out, as well as the succeeding clause relating to the application of funds realised from the sale of the surrendered interests. The authors of the form

ment conférés aux provinces dans la partie qui se rapporte à la distribution des revenus et des biens. Le fait que le pouvoir de légiférer relativement aux Indiens et aux terres qui ont été réservées à leur usage a été confié au Parlement du Canada n'est aucunement incompatible avec le droit des provinces à la jouissance de ces terres comme source de revenus lorsque le droit de la Couronne cesse d'être grevé par le titre des Indiens.

La validité de cet arrêt est demeurée incontestée et, qui plus est, il n'a jamais été interprété ni appliqué de manière à le modifier. Ni les parties dans cette affaire-là ni le Conseil privé ne paraissent avoir entretenu de doute quant à la validité en droit d'une cession par les Indiens de leurs droits sur une partie précise des terres réservées à leur profit. On avait déjà attaqué une cession lorsque ses modalités ou la preuve y afférente laissaient planer des doutes quant à savoir s'il y avait effectivement eu intention d'effectuer une cession. On en est donc venu à reconnaître juridiquement le droit et la capacité des Indiens d'abandonner tout lien avec les terres jusque-là destinées à leur usage et à leur occupation, auquel cas le droit de propriété complet revient à la province, les terres n'étant plus alors grevées d'aucune charge en vertu du par. 91(24).

Quel est donc l'effet du présumé acte de cession de 1895 dont il s'agit en l'espèce? Il est incontestable que «Notre Souveraine, la Reine», à qui l'acte effectue la cession, est la Reine du chef du Canada, comme c'était le cas dans l'arrêt *St. Catherine's*. Cela ne présente aucune difficulté parce que la cession relève du pouvoir législatif du Parlement du Canada, raison pour laquelle elle a été obtenue par le pouvoir exécutif du gouvernement fédéral. Le fait que l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle* attribue les terres à la province et que le titre de propriété y afférent est enregistré au nom de la Reine du chef de la province ne complique aucunement la cession. Il en est toutefois autrement de la clause *habendum*, précitée, et de la clause suivante relative à l'affectation du produit de la vente des droits cédés. Les rédacteurs de l'acte de cession de 1895 ont sans doute mal compris (à supposer même qu'ils en aient eu connaissance) l'arrêt *St. Catherine's*. Je dis cela parce que, dans un rapport en date du 9 juillet 1895, où

employed in the 1895 surrender no doubt misapprehended (if indeed they were aware of it at all) the *St. Catherine's* case. This comment is made by reason of the observation made in a report dated July 9, 1895 by the Superintendent General of Indian Affairs in which reference is made to the surrender, "which lots are occupied by squatters, the object of the surrenders being to enable the Department of Indian Affairs to sell the lots to the parties in occupation". In the *St. Catherine's* case the surrender was made in a Treaty under one term of which the Indians retained rights to hunt and fish on the surrendered lands. This did not qualify or limit the effect of the surrender. Indeed the many possible issues arising through the surrender process and documentation in the quit claiming party are not before the Court in these proceedings. Any such rights which might be advanced can neither be claimed nor disposed of in this proceeding. The same applies, as will be seen shortly, to any possible rights the appellant may have pursuant to New Brunswick legislation or any other laws against the proper authorities in the Government of New Brunswick or of Canada with respect to their interests in law in these lands. Here there is no challenge as to the procedural correctness or substantive efficacy of the surrender nor that the process related to the said lands.

The respondent has contended throughout these proceedings that the surrender was not absolute but rather conditional, and consequently, that the *St. Catherine's* decision does not come to the aid of the appellant in his argument that the Indian title has been extinguished and with it any cloud on the provincial ownership of the said lands. The Court of Appeal, as already mentioned, took the view that, while the surrender was complete and included the said lands, the said lands remained under the legislative control of the Federal Parliament "based on the continuing jurisdiction and responsibility of the federal government with respect to such lands under the *Indian Act*". Section 53(1) of the *Indian Act*, *supra*, does indeed provide for a continuing executive interest in the administration of surrendered lands "in accordance with this Act and the terms of the surrender". By section 2(1) of the Act as it stood at the

il est question de la cession, le surintendant général des Affaires des Sauvages observe que les lots étaient [TRADUCTION] «occupés par des colons sans titre, la cession ayant pour but de permettre au département des Affaires des Sauvages de vendre les lots aux parties qui les occupent». Dans l'affaire *St. Catherine's*, la cession avait été effectuée par un traité qui portait notamment que les Indiens gardaient leurs droits de chasser et de pêcher sur les terres cédées. Cela n'a apporté aucune restriction ou limitation à l'effet de la cession. En fait, nous ne sommes pas saisis en l'espèce de la multiplicité de questions que la partie renonçant au droit de propriété pourrait soulever relativement à la cession et aux documents y afférents. Les droits qui peuvent exister à cet égard ne peuvent ni être revendiqués ni faire l'objet d'une décision dans la présente affaire. Il en va de même, comme nous allons le voir un peu plus loin, des droits que l'appelant peut, en vertu d'une loi du Nouveau-Brunswick ou de toute autre loi, faire valoir à l'encontre des autorités dûment constituées du gouvernement du Nouveau-Brunswick ou du Canada relativement aux droits de ces dernières sur les terres en cause. Ici, on ne prétend pas que la cession fût entachée d'un vice de forme ou de fond; on n'allègue pas non plus qu'elle ne se rapportait pas auxdites terres.

Tout au cours de ces procédures, l'intimée a soutenu qu'il s'agit d'une cession non pas absolue mais conditionnelle, et que, par conséquent, l'arrêt *St. Catherine's* n'appuie aucunement l'argument de l'appelant selon lequel, le titre des Indiens ayant été éteint, le droit de propriété de la province sur les terres en cause est dès lors absolu. La Cour d'appel, comme je l'ai déjà mentionné, a été d'avis que, si la cession a été complète et visait les terres en cause, celles-ci n'en demeuraient pas moins soumises au pouvoir législatif du Parlement fédéral en raison de la «compétence et la responsabilité continues du gouvernement fédéral relativement à ces terres en vertu de la *Loi sur les Indiens*». Le paragraphe 53(1) de la *Loi sur les Indiens*, précitée, prévoit effectivement que le gouvernement doit s'occuper d'une manière continue de l'administration des terres cédées «en conformité de la présente loi et des conditions de la cession». Aux

commencement of these proceedings, "surrendered lands" is defined as:

... a reserve or part of a reserve or any interest therein, the legal title to which remains vested in Her Majesty, that has been released or surrendered by the band for whose use and benefit it was set apart.

There may be some confusion by reason of the use in the Act of the terms "reserve" and "surrendered" on a defined basis, whereas in some of the documents now before the Court the terms are used in their ordinary sense in the language. The lands 'reserved' for the benefit of Indians, on being released by the Indians for whose benefit the lands had been set aside, cease thereby in law to be within the legislative reach of Parliament under the Constitution. The Federal Government never had a proprietary interest in such lands as were set aside for the use of Indians in the circumstances of the said lands. These 'reserves' were set up in the earliest days of the colony of New Brunswick and the title has never been transferred to the Government of Canada. The effect of a complete release, therefore, would be the withdrawal of these lands from Indian use within the contemplation of s. 91(24) of the *Constitution Act*. As found in *St. Catherine's*, the title of the Province would be unencumbered by any operation of s. 91(24). Here the effect of the release as a legal instrument was complete, albeit that it was accompanied by a request by the releasing Indian band for a financial credit equal to the proceeds of sale of the released interest, which of course was not, in law, saleable by the Government of Canada. The released interest was but the right of the Indians in question to enjoy the use of the land under federal legislative regulation. This might give rise to differences as between the parties to the release, but does not go either to the validity of the release as a conveyancing instrument or the state of the provincial title. If and when such related, but here extraneous, issues arise, the courts then concerned may find of interest the comment of Street J. in the judgment of the Divisional Court of Ontario in *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73 (at p. 81):

termes du par. 2(1) de la Loi, tel qu'il était au début de ces procédures, les mots «terres cédées» désignent:

... une réserve ou partie d'une réserve, ou tout intérêt y afférent, dont le titre juridique demeure attribué à Sa Majesté et que la bande à l'usage et au profit de laquelle il avait été mis de côté a abandonné ou cédé.

Il peut y avoir confusion du fait que dans la Loi les mots «réserve» et «[terres] cédées» sont des termes définis, alors que certains des documents que nous avons maintenant à examiner les emploient dans leur sens ordinaire. Une fois cédées par les Indiens au profit desquels elles ont été mises de côté, les terres «réservées» échappent en droit à la compétence législative dont la Constitution investit le Parlement. Dans des circonstances comme celles qui entourent les terres en cause, le gouvernement fédéral n'a jamais joui d'un droit de propriété quelconque sur les terres réservées à l'usage des Indiens. Ces «réserves» ont été constituées au tout début de l'existence de la colonie du Nouveau-Brunswick et le titre de propriété y afférent n'a jamais été transféré au gouvernement du Canada. Une cession absolue voudrait donc dire que ces terres ne seraient plus destinées à l'usage des Indiens au sens du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle*. Comme on a conclu dans l'arrêt *St. Catherine's*, le par. 91(24) ne s'appliquerait plus alors de manière à grever le titre de propriété de la province. En l'espèce, l'acte de cession a réalisé une cession absolue, bien que la bande d'Indiens cessionnaire ait demandé dans le même document que leur compte soit crédité d'un montant égal au produit de la vente du droit cédé; il va sans dire que le gouvernement du Canada ne pouvait en droit effectuer une telle vente. Ce qui a été cédé n'était en réalité que le droit des Indiens en cause à la jouissance des terres soumises à la réglementation législative fédérale. Cela pourrait susciter des différends entre les parties à la cession, mais ne porte atteinte ni à la validité de l'acte de cession en tant qu'acte translatif de propriété ni au titre de propriété de la province. Lorsque ces questions connexes, mais étrangères au présent litige, seront soulevées, les tribunaux qui s'en trouveront saisis pourront avoir intérêt à lire les propos du juge Street de la Cour divisionnaire de l'Ontario, cités dans l'arrêt *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73 (à la p. 81):

The surrender was undoubtedly burdened with the obligation imposed by the treaty to select and lay aside special portions of the tract covered by it for the special use and benefit of the Indians. The Provincial Government could not without plain disregard of justice take advantage of the surrender and refuse to perform the condition attached to it; but it is equally plain that its ownership of the tract of land covered by the treaty was so complete as to exclude the Government of the Dominion from exercising any power or authority over it. The act of the Dominion officers, therefore, in purporting to select and set aside out of it certain parts as special reserves for Indians entitled under the treaty, and the act of the Dominion Government afterwards in founding a right to sell these so-called reserves upon the previous acts of their officers, both appear to stand upon no legal foundation whatever. The Dominion Government, in fact, in selling the land in question, was not selling 'lands reserved for Indians,' but was selling lands belonging to the province of Ontario.

The authorities cited below and by the parties to this action relating to the consequences in law of releases, do not, on closer analysis, bear upon the question of whether or not the release in the circumstances here present is effective in terminating the operations of s. 91(24) and the attendant rights of the beneficiary Indians. In this connection mention is made in the Court of Appeal of *Mowat v. Casgrain* (1897), 6 Que. Q.B. 12; *The King v. McMaster*, [1926] Ex. C.R. 68; and *Surrey (Corp.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380 (B.C.C.A.).

In *Mowat v. Casgrain* there was no suggestion of any surrender of their rights by the Iroquois Band for whose benefit the lands had been set aside. The Court recognized that the title of the reserved lands was in the Province of Quebec subject to the usufructuary rights of the Indians. Similarly, the Court was not faced with any surrender of rights by the Indian occupiers of the lands in *The King v. McMaster*. The issue there was whether the limited rights of occupancy of the Indians enabled them to grant a valid lease of part of the Reserve for a renewable term of 99 years. The Court found the lease to be void as beyond the rights of the Indians to grant, and therefore the Crown in the right of Canada could recover

[TRANSLATION] La cession a sans doute été grevée par l'obligation qu'imposait le traité de choisir et de mettre de côté à l'usage et au profit particuliers des Indiens, des parties précises des terres qu'il visait. Le gouvernement provincial ne pouvait, sans bafouer ouvertement la justice, se prévaloir de la cession et en même temps refuser de respecter la condition dont elle était assortie; mais il est tout aussi évident que son droit de propriété sur les terres visées par le traité était à ce point complet que le gouvernement fédéral ne pouvait exercer aucun pouvoir ni aucune autorité sur elles. Il appert donc que les agents fédéraux, en choisissant et en mettant de côté, pour les Indiens qui y avaient droit en vertu du traité, certaines parties de ces terres à titre de réserves spéciales, et que le gouvernement fédéral, en fondant le droit de vendre ces réserves, comme on les appelle, sur les actes antérieurs de ses agents, ont accompli des actes n'ayant aucun fondement juridique. En fait, le gouvernement fédéral, en vendant les terres en cause, a vendu non pas des «terres réservées pour les Indiens» mais des terres appartenant à la province de l'Ontario.

Si on les examine de plus près, on constate que les arrêts cités par les parties devant les cours d'instance inférieure et devant cette Cour relativement aux conséquences juridiques d'une cession ne se rapportent pas à la question de savoir si, en l'espèce, la cession rend inopérant le par. 91(24) et entraîne l'extinction des droits des Indiens qui en bénéficient. Sous ce rapport, on a mentionné en Cour d'appel les affaires *Mowat c. Casgrain* (1897), 6 B.R. 12; *The King v. McMaster*, [1926] R.C. de l'É. 68; et *Surrey (Corp.) v. Peace Arch Enterprises Ltd.* (1970), 74 W.W.R. 380 (C.A.C.-B.).

Dans l'affaire *Mowat c. Casgrain*, on n'a pas prétendu que la bande iroquoise au profit de laquelle les terres avaient été réservées avait cédé ses droits. La cour a reconnu que la province de Québec détenait le titre de propriété afférent à ces terres, sous réserve des droits usufructuaires des Indiens. Dans l'affaire *The King v. McMaster*, il ne s'agissait pas non plus d'une cession de droits par les Indiens qui occupaient les terres. La question était de savoir si les Indiens pouvaient, en vertu de leurs droits limités d'occupation, consentir à l'égard d'une partie de la réserve un bail valide de 99 ans renouvelable à son expiration. La cour a conclu que le bail était nul parce que les Indiens n'avaient pas le droit de le consentir et que, par

possession. Maclean J. in the Exchequer Court said at p. 73:

The Crown could not itself lease, or ratify any lease, made by the Indians of such lands at any time since the proclamation, save upon a surrender of the same by the Indians to the Crown.

and continued on pp. 74-75, after referring to the *St. Catherine's* case and another case:

In the two authorities cited the lands had been surrendered by the Indians to the Crown, and the substantial point in issue in both cases was whether in virtue of secs. 109 and 117 of the British North America Act such lands had passed to the Crown in the right of the province interested. Here there has been no surrender [...] The Parliament of Canada, in virtue of sec. 91(24) B.N.A. Act has exclusive legislative authority over "Indians and lands reserved for Indians," and there never having been any surrender of the lands in question to the Crown, and the control, direction and management of lands reserved for Indians being in the Dominion, I think the Crown is entitled to seek possession of the property in question from the defendants for the benefit of the Indians.

In *Peace Arch*, *supra*, the Band, by the instrument then in question, employed the terminology: "Do hereby surrender unto Her Majesty ... To Have and To Hold ... in trust to lease the same to such person ... as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people" (pp. 381-82). The Court found this to be "a qualified or conditional surrender", and speaking through Maclean J.A. stated at p. 385:

Under this form of surrender, "in trust" and for a particular purpose that is "to lease the same" it seems to me that it cannot be said the tribal interest in these lands has been extinguished.

In my view the "surrender" under the *Indian Act* is not a surrender as a conveyancer would understand it.

and concluded on p. 386:

This land was reserved for the Indians in 1887, and the Indians still maintain a reversionary interest in it.

conséquent, la Couronne du chef du Canada pouvait recouvrer la possession des terres. Le juge Maclean de la Cour de l'Échiquier dit à la p. 73:

[TRADUCTION] La Couronne ne pouvait elle-même donner ces terres à bail ni ratifier un tel bail consenti par les Indiens depuis la proclamation, à moins que les Indiens ne lui aient cédé lesdites terres.

Après avoir mentionné l'affaire *St. Catherine's* et une autre affaire, le juge poursuit aux pp. 74 et 75:

[TRADUCTION] Dans les deux affaires citées, les Indiens avaient cédé les terres à la Couronne et la question essentielle était de savoir si en vertu des art. 109 et 117 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, ces terres avaient été transférées à la Couronne du chef de la province. En l'espèce il n'y a pas eu de cession ... Le par. 91(24) de l'*A.A.N.B.* investit le Parlement du Canada d'un pouvoir législatif exclusif sur les «Indiens et les terres réservées pour les Indiens», et vu que les terres en cause n'ont jamais été cédées à la Couronne, vu en outre que le fédéral est chargé de l'administration et de la gestion des terres réservées aux Indiens, j'estime que la Couronne peut à bon droit revendiquer auprès des défendeurs la possession, au profit des Indiens, des biens-fonds en question.

Dans l'affaire *Peace Arch*, précitée, il s'agissait d'un acte où la bande avait employé les mots suivants: [TRADUCTION] «par les présentes cédon à Sa Majesté ... pour [qu'elle] les possède ... et les détienne ... en fiducie pour les louer à la personne ... que le gouvernement du Canada jugera le ... plus favorable ... pour notre bien-être et celui de notre peuple» (aux pp. 381 et 382). La Cour a conclu qu'il s'agissait là d'une «cession restreinte ou conditionnelle», et a dit par l'intermédiaire du juge Maclean à la p. 385:

[TRADUCTION] Dans le cas d'une cession de ce type, c'est-à-dire «en fiducie» et avec un objet précis, savoir «pour les louer», il me semble impossible de prétendre qu'il y a eu extinction du droit de la tribu sur les terres en question.

À mon avis, le mot «cession» employé dans la *Loi sur les Indiens* n'a pas le sens que lui donnerait un «notaire».

Le juge Maclean conclut à la p. 386:

[TRADUCTION] Ces terres ont été réservées aux Indiens en 1887 et ces derniers conservent à leur égard un droit de retour.

The Court in British Columbia appeared to take the view that the leasing of the land was but a "use" of the lands by the Indians and that the mechanics of surrender there employed followed the prescribed procedure of the *Indian Act* so as to facilitate the granting of the lease on behalf of the Indians by the Government of Canada and in its role with reference to 'Indian Lands' under s. 91(24).

Support for this approach to the determination of the consequences of the "surrender" there in question is found in *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, to which I will return shortly. The release and surrender here, however, are, in form and substance, much different. The release was in terms absolute: "Do hereby release, remise, surrender, quit claim and yield up". The added condition of trust relates to the proceeds of sale and not the profits from any further "use" of the lands or reversionary interest. In *St. Ann's*, *supra*, there had been a history of leasing of lands by the Indians themselves to third parties followed by a procedure under the *Indian Act* of a "formal surrender" for the purpose of leasing by the Crown pursuant to an order in council promulgated under the *Indian Act*. The proceedings in question were taken by the third party in order to enforce an asserted right of renewal of a lease entered into subsequently and not authorized by Order in Council. Taschereau J., as he then was, observed (at p. 215):

... there is no doubt that [the lands] could not be originally leased in May, 1881, to the predecessors of the appellant, unless they had been *surrendered* to the Crown. The effect of a surrender is to make a reserve or part of a reserve, "Indian Lands", defined in section 2 of the *Indian Act*, para. (k) as "any reserve or portion of a reserve which has been surrendered to the Crown".

It is important to note that the term "surrender" is there employed as defined in the *Indian Act* and relates to a surrender for the purpose of making use of the lands by the Indians by means of a lease of part of the lands to third parties. The mechanics for so doing were and are provided in the *Indian*

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique paraît avoir été d'avis que la location constituait simplement un «usage» des terres par les Indiens et que les modalités de cession alors suivies étaient conformes à la procédure prescrite par la *Loi sur les Indiens*, de sorte que le gouvernement du Canada pouvait plus facilement, dans l'exercice de son pouvoir relatif aux «terres indiennes» dont l'investit le par. 91(24), consentir le bail pour le compte des Indiens.

Cette façon de déterminer les conséquences de la «cession» alors en cause est appuyée par l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] R.C.S. 211, sur lequel je reviendrai un peu plus loin. La cession en l'espèce est toutefois, quant à la forme et au fond, bien différente. Sa formulation est catégorique: [TRADUCTION] «par les présentes cédon, transférone, abandonnons et transmettons». La condition supplémentaire portant constitution d'une fiducie se rapporte au produit de la vente et non pas aux profits tirés de tout autre «usage» des terres ou du droit de retour. Dans l'affaire *St. Ann's*, précitée, les Indiens avaient eux-mêmes loué des terres à des tiers; plus tard, ils avaient effectué une «cession formelle» conformément à l'*Acte relatif aux Sauvages*, afin de permettre à la Couronne de louer les terres en vertu d'un décret du Conseil promulgué sous le régime de cette loi. Les procédures ont été entamées par la locataire pour faire valoir son droit à la reconduction d'un bail signé ultérieurement sans autorisation par voie de décret. Le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, a fait remarquer (à la p. 215):

[TRADUCTION] ... il ne fait pas de doute que le bail initial n'aurait pu être consenti aux prédécesseurs de l'appelante en mai 1881 si les terres n'avaient pas été *cédées* à la Couronne. Une cession a pour effet de constituer une réserve ou une partie d'une réserve en des «terres des sauvages» qui, aux termes de l'al. 2k) de la *Loi des sauvages*, comprennent «toute réserve ou partie de réserve qui a été cédée à la Couronne».

Il importe de noter qu'il s'agit là d'une «cession» au sens de la *Loi des sauvages* et que les Indiens l'ont effectuée afin de faire usage des terres en louant une partie de celles-ci à des tiers. Les modalités d'une telle cession étaient alors prévues dans la *Loi des sauvages* et elles le sont aujourd'hui dans la

Act. Taschereau J., as he then was, at p. 216, observed with reference to the form of surrender therein employed: "The object of the surrender was to legalize what was rightly thought to be illegal, and to ratify what had been done". The Act then and today follows along the line of the Royal Proclamation of 1763 which required any dealings in the lands set aside for Indians by the public to be carried out through the intermediary of the government of the region in which the lands are situate. Rand J. reaches the same conclusion, and at p. 217 expresses it this way:

Under the *Indian Act* of 1880, a surrender of the Indian interest was required before an effective lease could be made. On February 6, 1882, as a result of enquiries made by the lessees, at a meeting of the Band, an instrument was signed on its behalf which, after referring to the resolution of March 18, 1880, formally surrendered the lands to Her Majesty "to the end that said described territory may be leased to the applicants for the purpose of shooting and fishing for such term and on such conditions as the Superintendent General of Indian Affairs may consider best for our advantage."

Later in his reasons Rand J. points out: "Upon the expiration of the holding by the Club, the reversion of the original privileges of the Indians fell into possession" (p. 219). It may be thought that the employment of the technical term "reversion" results in an unfortunate confusion, but surely all that was intended by His Lordship was a reference to the reality that the lessor, having put his interest to use by leasing, will, on the expiration of the term of the lease, resume sole occupancy as another form of his continued use of the land.

In these proceedings, however, the Court is not called upon to decide if such a leasing arrangement or leasing mechanics amount to another form of "use" or "benefit" to the Indians. Here the release of the right of occupancy is unfettered and absolute. The provisions of s. 53(1) are not here applicable. The consequence in law of the surrender of 1895 is that described in the *St. Catherine's* case. The rights of the surrendering party were thereby terminated.

The right of the Indians to the lands in question was described by Lord Watson in *St. Catherine's*

Loi sur les Indiens. Le juge Taschereau dit à la p. 216: [TRADUCTION] «La cession avait pour objet la légalisation de ce qu'on croyait à juste titre illégal et la ratification de ce qui avait déjà été fait.» La Loi s'inscrivait alors, et c'est encore le cas aujourd'hui, dans la tradition de la Proclamation royale de 1763 qui obligeait le public à effectuer toutes opérations touchant les terres réservées pour les Indiens par l'intermédiaire du gouvernement de la région où se trouvaient les terres. Le juge Rand, qui est arrivé à la même conclusion, dit à la p. 217:

[TRADUCTION] Suivant l'*Acte relatif aux Sauvages* de 1880, il fallait que le droit des Indiens sur les terres soit cédé pour qu'un bail valide puisse être consenti. Le 6 février 1882, par suite de certaines demandes faites par les locataires à l'occasion d'une assemblée de bande, un acte a été signé pour le compte de celle-ci. Après avoir fait mention de la résolution du 18 mars 1880, l'acte a formellement cédé les terres à Sa Majesté «pour que ledit territoire puisse être loué à l'auteur de la demande pour la chasse et la pêche pendant la durée et aux conditions que, selon le Surintendant-Général des affaires des Sauvages, nous seront les plus avantageuses.»

Le juge Rand signale plus loin: [TRADUCTION] «À l'expiration du bail, le droit de retour dont les Indiens étaient titulaires est devenu un droit de possession» (à la p. 219). L'emploi de l'expression technique «droit de retour» porte malheureusement à confusion, mais Sa Seigneurie a sans doute voulu simplement dire, ce qui est l'évidence même, que le propriétaire, s'étant servi de son droit en consentant un bail, redeviendra, à l'expiration dudit bail, l'unique occupant du bien-fonds dans le cadre de l'utilisation continue de celui-ci.

La Cour n'est toutefois pas appelée en l'espèce à décider si un tel bail constitue une autre forme d'usage ou de profit pour les Indiens. Ici la cession du droit d'occupation est absolue et sans restriction. Les dispositions du par. 53(1) sont inapplicables ici. Les conséquences juridiques de la cession de 1895 sont donc celles décrites dans l'affaire *St. Catherine's*. Elle a mis fin aux droits de la partie cédante.

Dans l'arrêt *St. Catherine's*, à la p. 54, lord Watson décrit le droit des Indiens sur les terres en

at p. 54 as "a personal and usufructuary right". The latter term is defined as follows:

Usufruct

1. *Law*. The right of temporary possession, use, or enjoyment of the advantages of property belonging to another, so far as may be had without causing damage or prejudice to it.
2. Use, enjoyment, or profitable possession (of something) 1811.

Usufructuary

1. *Law*. One who enjoys the usufruct of a property, etc.

(*The Shorter Oxford English Dictionary*, 1959, at p. 2326.)

The release, therefore, is of a personal right which by law must disappear upon surrender by the person holding it; such an ephemeral right cannot be transferred to a grantee, be it the Crown or an individual. The right disappears in the process of the release, and a release couched in terms inferring a transfer cannot operate effectively in law on the personal right any more than an express transfer could. In either process the right disappears. This is a surrender of rights in the broad sense of the common law. Whatever 'surrender' may mean in the *Indian Act*, a surrender in law has the immediate result of extinguishing the personal right of the Indians to which federal jurisdiction attaches under s. 91(24). Nevertheless, it may be asserted that the release was rendered conditional, or something less than absolute, by reason of the *habendum* attached. In addition to the other applicable considerations already mentioned, it should be noted that the release in the *St. Catherine's* case was conditional but in a more direct sense. The releasors, the several Indian tribes who joined in the agreement, retained the right "to hunt and fish throughout the surrendered territory". Nevertheless, it was determined that the release was absolute and relieved the provincial title of the burden of the Indian rights under s. 91(24). It follows necessarily that a claim for the proceeds of any sale of the disappearing right does not vitiate the surrender of that right under the terms of the surrender in these proceedings. I respectfully share the view held by the Court of

question comme [TRADUCTION] «un droit personnel et usufructuaire». Il fournit les définitions suivantes:

[TRADUCTION] Usufruit

1. *Droit*. Le droit de possession, d'usage ou de jouissance temporaires des avantages d'un bien appartenant à une autre personne, dans la mesure où cela ne cause aucun dommage ou préjudice à ce bien.
2. L'usage, la jouissance ou la possession profitable (de quelque chose) 1811.

Usufructuaire

1. *Droit*. Une personne qui jouit de l'usufruit d'un bien-fonds, etc.

(*The Shorter Oxford English Dictionary*, 1959, à la p. 2326.)

Il s'agit donc d'un droit personnel qui, juridiquement, doit s'éteindre dès lors qu'il est cédé par son titulaire; un droit aussi éphémère ne peut être transféré à un cessionnaire, que ce soit la Couronne ou un particulier. La cession entraîne l'extinction du droit et un acte de cession qui transfère implicitement ce droit personnel n'est pas plus valable en droit qu'un transfert exprès. Dans l'un ou l'autre cas, le droit s'éteint. Il s'agit en l'espèce d'une cession de droits au sens large de la *common law*. Quel que puisse être le sens de «cession» dans la *Loi sur les Indiens*, une «cession» entraîne en droit l'extinction immédiate du droit personnel des Indiens qui relève de la compétence fédérale en vertu du par. 91(24). Néanmoins, on peut prétendre que la clause *habendum* a rendu la cession conditionnelle ou moins qu'absolue. En plus des autres considérations pertinentes susmentionnées, il y a lieu de signaler que la cession dans l'affaire *St. Catherine's* était conditionnelle, mais d'une façon plus directe. Les cédants, savoir les différentes tribus d'Indiens qui avaient participé à l'accord, avaient gardé le droit [TRADUCTION] «de chasser et de pêcher partout sur le territoire cédé». On a toutefois décidé qu'il s'agissait d'une cession absolue qui dégrevait le titre de propriété provincial de la charge que constituaient les droits conférés aux Indiens dans le par. 91(24). Il s'ensuit nécessairement qu'une revendication du produit de toute vente du droit qui s'éteint ne vicie pas la cession de ce dernier droit effectuée par l'acte de cession en l'espèce. Avec égards, je partage l'avis

Appeal on this point. Other consequences could arguably flow from such a transaction but we are here concerned only with the surrender and its consequences in law in relation to the title to the said lands. It is not entirely without relevance in assessing the circumstances of this case that not for almost 80 years after the release does the record reveal any interest in or any concern with these lands on the part of those who surrendered this right to possession of them.

In any case, the effect of the *habendum*, *supra*, cannot be, as a tail, to wag the dog, the grant. The learned authors of *Canadian Law of Real Property*, Anger & Honsberger, 1959, state [at p. 16]:

The general rule is that the *habendum* may explain, qualify, lessen or even enlarge an estate granted by the operative words but it cannot contradict or be repugnant to them.

In the old authority, *Goodtitle v. Gibbs* (1826), 5 B. & C. 709, Abbott C.J. said at p. 717:

... if an estate and interest be mentioned in the premises, the intention of the parties is shewn, and the deed may be effectual without any *habendum*, and if an *habendum* follow which is repugnant to the premises, or contrary to the rules of law, and incapable of a construction consistent with either, the *habendum* shall be rejected, and the deed stand good upon the premises.

In *Myers v. Marsh* (1852), 9 U.C.Q.B. 242, the court decided that, where the operative words grant an unqualified estate in fee simple and the *habendum* purports to reduce that grant, it must fail in law to have that effect, and being repugnant to the unqualified grant, is inoperative. Here the release is unqualified and absolute and hence the following clause in the form traditionally described as a *habendum* must be read as being independent of the release and so as not to attribute to it the effect of reducing the express and absolute terms employed in the release.

The Privy Council returned to the *St. Catherine's* issue in *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401.

de la Cour d'appel sur ce point. D'autres conséquences pourraient découler d'une pareille opération, mais nous ne nous intéressons ici qu'à la cession et à ses effets juridiques sur le titre de propriété relatif aux terres en cause. Il n'est pas sans intérêt de noter, dans l'appréciation des circonstances de la présente affaire, que d'après le dossier presque 80 ans se sont écoulés après la cession sans que les cédants du droit de possession ne se montrent intéressés à ces terres ou qu'ils ne s'en préoccupent.

Quoi qu'il en soit, la clause *habendum*, précitée, ne peut primer la cession. Anger et Honsberger, les savants auteurs de *Canadian Law of Real Property*, 1959, déclarent [à la p. 16]:

[TRADUCTION] Selon la règle générale, la clause *habendum* peut expliquer, restreindre, diminuer ou même étendre un droit conféré par les mots essentiels, mais ne peut les contredire ou être incompatible avec eux.

Dans l'arrêt ancien *Goodtitle v. Gibbs* (1826), 5 B. & C. 709, le juge en chef Abbott dit à la p. 717:

[TRADUCTION] ... s'il est fait mention d'un droit quelconque sur le bien-fonds, cela établit l'intention des parties et l'acte peut avoir son plein effet sans clause *habendum*, et s'il y a une telle clause et qu'elle soit incompatible avec les clauses qui la précèdent ou contraire aux règles de droit et si elle n'est pas susceptible d'une interprétation compatible avec les unes ou les autres, elle doit être rejetée et l'acte sera néanmoins valide.

Dans l'affaire *Myers v. Marsh* (1852), 9 U.C.Q.B. 242, la cour a décidé que, lorsque l'acte confère un droit de propriété absolu et que la clause *habendum* a pour effet d'y apporter une restriction, elle ne doit pas avoir cet effet en droit et elle est inopérante parce qu'elle est incompatible avec la cession d'un droit de propriété absolu. En l'espèce, la cession est illimitée et absolue; par conséquent, la clause suivante, appelée traditionnellement une clause *habendum*, doit être lue indépendamment de la cession de sorte qu'elle n'ait pas pour effet de restreindre la portée du langage exprès et absolu employé dans la clause qui effectue la cession.

Dans l'arrêt *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, le Conseil privé s'est de nouveau penché sur la

The question there raised was whether lands set aside for use by Indians in a pre-Confederation statute (1853) and surrendered to the Crown in 1882, resulted in the title being in the Crown in the right of the Dominion or in the right of the Province of Quebec. Applying *St. Catherine's* the Court found that the lands passed, by virtue of s. 109 of the *Constitution Act*, to the Province. The conveyancing was again complicated by the Dominion Government, upon receipt of the surrender in 1882, granting the lands by Letters Patent to non-Indians. Duff J., as he then was, speaking for the Privy Council, observed [at p. 408]:

... their Lordships think the contention of the Province to be well founded to this extent, that the right recognized by the statute is a usufructuary right only and a personal right in the sense that it is in its nature inalienable except by surrender to the Crown.

In commenting upon the effect of the earlier decision of the Privy Council in *St. Catherine's*, Duff J. continued at pp. 411-12 by stating that the effect of the pre-Confederation statute was not to:

... create an equitable estate in lands set apart for an Indian tribe of which the Commissioner is made the recipient for the benefit of the Indians, but that the title remains in the Crown and that the Commissioner is given such an interest as will enable him to exercise the powers of management and administration committed to him by the statute.

The Dominion Government had, of course, full authority to accept the surrender on behalf of the Crown from the Indians, but, to quote once more the judgment of the Board in the *St. Catherine's Milling Co.'s Case* [*supra*], it had "neither authority nor power to take away from Quebec the interest which had been assigned to that Province by the Imperial statute of 1867."

The relationship between the two Crowns and lands set aside for the use of Indians is further illustrated by the decision of the Privy Council in *Ontario Mining Co. v. Seybold*, *supra*. Lands set aside for Indians by pre-Confederation arrangements had been surrendered by treaty in 1873. Thereupon the Dominion Government, without the approval of the Province, purported to set aside part of the surrendered lands as a reserve for

question posée dans l'affaire *St. Catherine's*. La question cette fois-ci était de savoir si, par suite de la mise de côté de certaines terres à l'usage des Indiens par une loi antérieure à la Confédération (1853) et de leur cession à la Couronne en 1882, le titre de propriété était dévolu à la Couronne du chef du Canada ou à la Couronne du chef de la province de Québec. Appliquant l'arrêt *St. Catherine's*, la Cour a conclu qu'en vertu de l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle*, les terres étaient passées à la province. Là aussi, il y avait une complication du fait que le gouvernement fédéral, lorsque la cession a eu lieu en 1882, avait concédé les terres par des lettres patentes à des non-Indiens. Le juge Duff, alors juge puîné, parlant au nom du Conseil privé, a fait remarquer [à la p. 408]:

[TRADUCTION] ... leurs Seigneuries estiment que l'argument de la province est dans cette mesure bien fondé, c'est-à-dire que le droit reconnu par la loi est un droit de la nature d'un usufruit seulement et d'un droit personnel en ce sens que, par sa nature, il est inaliénable, sauf par cession à la Couronne.

Commentant la portée de l'arrêt antérieur du Conseil privé *St. Catherine's*, le juge Duff dit aux pp. 411 et 412 que la loi adoptée avant la Confédération n'avait pas pour effet de:

[TRADUCTION] ... créer un droit d'*equity* dans les terres réservées à une tribu indienne et tenues par le commissaire au profit des Indiens, mais la Couronne continue à détenir le titre de propriété et le commissaire ne reçoit qu'un droit suffisant pour lui permettre d'exercer les pouvoirs de gestion et d'administration dont il est investi par la loi.

Le gouvernement fédéral avait, bien entendu, plein pouvoir de recevoir, pour le compte de la Couronne, la cession faite par les Indiens, mais, et je cite encore une fois le Conseil privé dans l'arrêt *St. Catherine's Milling Co.*, [précité], il n'avait «ni l'autorité ni le pouvoir d'enlever au Québec le droit que lui avait attribué la loi impériale de 1867».

L'arrêt du Conseil privé *Ontario Mining Co. v. Seybold*, précité, illustre aussi le rapport qui existe entre la Couronne du chef du Canada et du chef de la province d'une part et les terres réservées à l'usage des Indiens d'autre part. Les terres réservées pour les Indiens antérieurement à la Confédération avaient été cédées par voie de traité en 1873. Le gouvernement fédéral a alors, sans l'approbation de la province, voulu mettre de côté

Indians in accordance with the Treaty of Surrender. It was there found that the federal authority was limited by s. 91(24) which provided no proprietary rights in such lands and that accordingly, the action taken by the federal authority was *ultra vires*. Lord Davey, on behalf of the Judicial Committee, stated, after reviewing the disposition made by the Judicial Committee in the *St. Catherine's* case (at p. 79):

Their Lordships think that it should be added that the right of disposing of the land can only be exercised by the Crown under the advice of the Ministers of the Dominion or province, as the case may be, to which the beneficial use of the land or its proceeds has been appropriated, and by an instrument under the seal of the Dominion or the province.

The practical application of this principle is found in the *Seybold* case *per* Lord Davey at p. 80:

On October 8, 1886, the Rat Portage band surrendered a portion of Reserve 38 B, comprising the land in question, to the Crown, in trust to sell the same and invest the proceeds and pay the interest from such investment to the Indians and their descendants for ever. This surrender was made in accordance with the provisions of a Dominion Act known as the Indian Act, 1880. But it was not suggested that this Act purports, either expressly or by implication, to authorize the Dominion Government to dispose of the public lands of Ontario without the consent of the Provincial Government. No question as to its being within the legislative jurisdiction of the Dominion therefore arises.

It should be noted that the terms of surrender in that case paralleled the surrender now before the Court. It is clear that the consequence of such a surrender on terms requiring sale and the use of proceeds received therefrom for the benefit of Indians, may give rise to other contests but no doubt remains that the consequences of such a surrender do not include the accession by the federal authority to any power of disposition over the surrendered lands.

Indian Act

This statute, which was first enacted in 1868 (Can.), c. XLII, provides extensive arrangements for the discharge of Parliament's legislative function under s. 91(24). Amongst its principal provisions was the prohibition against the sale or leasing of land set aside for the benefit of Indians "until

comme réserve indienne une partie des terres cédées conformément au traité de cession. Il fut alors décidé que le par. 91(24) limitait le pouvoir fédéral en ce sens qu'il ne conférait aucun droit de propriété sur ces terres et que, par conséquent, l'action prise par les autorités fédérales était inconstitutionnelle. Après avoir examiné l'arrêt *St. Catherine's* rendu par le Comité judiciaire, lord Davey a dit au nom de ce dernier (à la p. 79):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries jugent bon d'ajouter que le droit de disposer des terres ne peut être exercé que par la Couronne sur l'avis des ministres du Canada ou de la province, selon que l'un ou l'autre a reçu le droit de jouir desdites terres ou de leur produit, et ce au moyen d'un acte revêtu du sceau du Canada ou de la province.

On voit l'application pratique de ce principe dans l'arrêt *Seybold*, où lord Davey dit à la p. 80:

[TRADUCTION] Le 8 octobre 1886, la bande de Rat Portage a cédé à la Couronne en fiducie une partie de la réserve n° 38 B, qui comprenait le bien-fonds en cause, pour que celle-ci vende ladite partie, investisse le produit et paie les intérêts en résultant aux Indiens et à leurs descendants à perpétuité. La cession s'est effectuée conformément à la loi fédérale intitulée Acte relatif aux Sauvages, 1880. Mais on n'a pas prétendu que cette loi autorise le gouvernement fédéral, expressément ou implicitement, à disposer des terres publiques de l'Ontario sans le consentement du gouvernement provincial. La question de savoir si la loi relève de la compétence législative fédérale ne se pose donc pas.

Il est à noter que la formulation de la cession dans cette affaire ressemble à celle de la cession présentement en cause. Bien sûr, une telle cession, assortie de la condition qu'il y ait vente et utilisation du produit au profit des Indiens, peut donner lieu à des litiges sur d'autres points, mais indubitablement elle n'a pas pour conséquence d'accorder aux autorités fédérales le pouvoir de disposer des terres cédées.

La Loi sur les Indiens

Cette loi, initialement adoptée en 1868 (Can.), chap. XLII, pourvoit en détail à l'acquittement de la fonction législative que le par. 91(24) confie au Parlement. Selon une de ses principales dispositions, les terres réservées au profit des Indiens ne pouvaient être vendues ou affermées «avant d'avoir

they have been released or surrendered to the Crown for the purposes of this Act". Detailed provisions were made for the procedure to be followed upon the release or surrender of lands reserved for the use of Indians, and any surrender of such lands to any party other than the Crown was prohibited. In this, the Act is following the pattern of the Royal Proclamation of 1763. It is interesting to note that in s. 11 of this first statute, provision is made for disposition of the proceeds "arising from sales of Indian Lands". There is in the 1868 Act, no express definition of 'reserved lands' but s. 6 provides:

6. All lands reserved for Indians or for any tribe, band or body of Indians, or held in trust for their benefit, shall be deemed to be reserved and held for the same purposes as before the passing of this Act, but subject to its provisions;

In the Act of 1876 (Can.), c. XVIII, the term "reserve" is defined by subs. 6 of s. 3 as:

... any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal title is in the Crown, but which is unsurrendered, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals, or other valuables thereon or therein.

By subsection 8 of s. 3 the term "Indian lands" is defined as:

... any reserve or portion of a reserve which has been surrendered to the Crown.

The difficulties encountered throughout the judgments which ensued perhaps originate in the concept introduced by subs. 8 because in the result, those cases, from and including the *St. Catherine's* case, actually bring about the reverse result from that prescribed by Parliament in subs. 8 in that land ceased to be lands set aside for the use of Indians and thereby under the legislative control of the Parliament of Canada upon being surrendered to the Crown. There was no change in these provisions of the *Indian Act* until the 1886 version where the term "reserve" was defined as follows:

(k.) The expression "reserve" means any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians,

été cédées à la couronne pour les objets prévus au présent acte». Des dispositions détaillées établissaient les modalités de cession de terres réservées à l'usage des Indiens, et il était interdit de céder ces terres à une personne autre que la Couronne. En cela, la Loi suivait le modèle de la Proclamation royale de 1763. Il est intéressant de remarquer que l'art. 11 de cette première loi édictait le placement des deniers «provenant des ventes des terres des Sauvages». Bien que la loi de 1868 ne définît pas expressément les mots «terres réservées», son art. 6 disposait:

6. Toutes les terres réservées pour les Sauvages, ou pour toute nation, tribu ou peuplade de Sauvages, ou possédées en leur nom (*held in trust*) pour leur bénéfice, seront censées être réservées et possédées pour les mêmes fins qu'avant la passation du présent acte, tout en restant assujéties à ses dispositions;

Aux termes du par. 3(6) de la loi de 1876 (Can.), chap. XVIII, le mot «réserve» signifiait:

... toute étendue ou toutes étendues de terres mises à part, par traité ou autrement, pour l'usage ou le bénéfice d'une bande particulière de Sauvages, ou qui lui est concédée, dont le titre légal reste à la Couronne, mais qui ne lui sont pas transportées, et comprend tous les arbres, les bois, le sol, la pierre, les minéraux, les métaux ou autres choses de valeur qui s'y trouvent, soit à la surface, soit à l'intérieur.

Au paragraphe 3(8) l'expression «terres des Sauvages» était ainsi définie:

... toute réserve ou partie de réserve qui a été transportée par cession à la Couronne.

Les difficultés qui se présentent dans les décisions qui ont suivi sont peut-être attribuables au concept qu'introduisait le par. (8) car, en définitive, l'arrêt *St. Catherine's* et les décisions qui l'ont suivi ont abouti à l'effet inverse de celui prescrit par le Parlement dans ce paragraphe, en ce sens qu'un bien-fonds cessait d'être une terre réservée à l'usage des Indiens et de ce fait échappait au pouvoir législatif du Parlement du Canada dès lors qu'il était cédé à la Couronne. Ces dispositions de la loi sont demeurées inchangées jusqu'à la version de 1886 qui définissait ainsi le mot «réserve»:

(k.) L'expression «réserve» signifie toute étendue de terre mise à part, par traité ou autrement, pour l'usage ou le profit d'une bande particulière de sauvages, ou

of which the legal title is in the Crown, and which remains a portion of the said reserve, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals and other valuables thereon or therein.

(R.S.C. 1886, c. 43, s. 2)

It will be noted that the definition, while not excluding surrendered lands, limits the extent of the reserve to those lands remaining a portion thereof which presumably would exclude surrendered lands. In any case, the version of the Act found in R.S.C. 1906, c. 81, s. 2(i) restores the express exclusion as follows:

(i) 'reserve' means any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal title is in the Crown, and which remains so set apart and has not been surrendered to the Crown, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals and other valuables thereon or therein.

This definition continued until the adoption of the Act found in R.S.C. 1970, c. I-6, which is the statute which was in effect at the time of the commencement of these proceedings. Section 2(1) thereof defines these terms as follows:

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

"surrendered lands" means a reserve or part of a reserve or any interest therein, the legal title to which remains vested in Her Majesty, that has been released or surrendered by the band for whose use and benefit it was set apart.

The result of all this legislative activity is that at the time of the commencement of these proceedings, Parliament distinguished between "reserve lands" and "surrendered lands". There is no question but that the said lands are in the category of surrendered lands. Some confusion results in the inclusion of surrendered lands in the reserve by reason of the above definition of surrendered lands. The question, therefore, is whether Parliament, by adopting such a definition, may have sought thereby to retain legislative control of the

concedée à cette bande et dont le titre légal est attribué à la Couronne, mais qui fait encore partie de la réserve, et elle comprend les arbres, le bois, la terre, la pierre, les minéraux, les métaux ou autres choses de valeur qui se trouvent à la surface ou à l'intérieur du sol.

(S.R.C. 1886, chap. 43, art. 2)

On peut constater que la définition, bien que n'excluant pas les terres cédées, limitait l'étendue de la réserve aux terres qui continuaient à en faire partie, ce qui emportait vraisemblablement l'exclusion des terres cédées. Quoi qu'il en soit, la version française de la Loi qui figure dans les S.R.C. 1927, chap. 98, al. 2*h*) * a rétabli l'exclusion expresse:

h) «réserve» signifie toute étendue de terre mise à part, par traité ou autrement, pour l'usage ou le profit d'une bande particulière d'Indiens, ou concédée à cette bande, et dont le titre légal est attribué à la Couronne, et qui fait encore partie de la réserve et n'a pas été rétrocédée à la Couronne, et comprend les arbres, le bois, la terre, la pierre, les minéraux, les métaux et autres choses de valeur qui se trouvent à la surface ou à l'intérieur du sol;

Cette définition n'a été modifiée qu'avec l'adoption de la Loi qui se trouve dans les S.R.C. 1970, chap. I-6 et qui était en vigueur au moment où les présentes procédures ont été entamées. Son paragraphe 2(1) contient les définitions suivantes:

«réserve» signifie une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande;

«terres cédées» signifie une réserve ou partie d'une réserve, ou tout intérêt y afférent, dont le titre juridique demeure attribué à Sa Majesté et que la bande à l'usage et au profit de laquelle il avait été mis de côté a abandonné ou cédé.

Il résulte de cet ensemble législatif qu'à l'introduction de ces procédures, le Parlement faisait une distinction entre les «terres de réserve» et les «terres cédées». Les terres en cause tombent incontestablement dans la catégorie des terres cédées. Le fait que la définition précitée des terres cédées inclut ces terres dans la réserve, prête dans une certaine mesure à confusion. La question est donc de savoir si le Parlement, par l'adoption de cette définition, a pu chercher à garder son pouvoir législatif sur l'usage des terres cédées parce qu'il s'agit de terres

* N.E.D. L'exclusion se trouve dans le texte anglais de la Loi dès 1906, R.S.C. 1906, c. 81, s. 2(i).

use of such surrendered lands as being Indian lands under s. 91(24), in the face of its constitutional position as settled in the *St. Catherine's* and subsequent decisions.

The reference from the first *Indian Act* onwards in the definition of "reserve lands", and in later statutes in the definition of "surrendered lands", to the requirement that "title [be] vested in Her Majesty" is also a source of confusion in that the right of the Crown in respect of which the land is held remains unspecified. The definition of "Her Majesty" in the *Interpretation Act* of Canada, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28, is of no assistance in determining on whose behalf, federal or provincial, the lands so defined are held.

By reason of the strictures placed upon disposition of the Indians' interest in these lands, it is not surprising to find, from the earliest version of the *Indian Act* down to the provisions of that statute as it existed at the time of the commencement of these proceedings in 1973, a detailed procedure for the surrender of these lands by the Indians. The surrender procedures are found in ss. 37 *et seq.* and expressly require that a surrender may only be to Her Majesty together with an express prohibition against the sale of lands in a reserve. Section 37 provides:

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

The comparable term in the Royal Proclamation of 1763 stated:

And We do hereby strictly forbid, on Pain of our Displeasure, all our loving Subjects from making any Purchases or Settlements whatever, or taking Possession of any of the Lands above reserved, without our especial leave and Licence for that Purpose first obtained.

Section 37, of course, in the light of the aforementioned cases, must be read as meaning that the right of the Indians may not be sold or otherwise dealt with prior to surrender to Her Majesty in the

indiennes au sens du par. 91(24), malgré l'arrêt *St. Catherine's* et les décisions subséquentes qui ont déterminé sa situation constitutionnelle.

Le fait que les définitions des expressions «réserve» et «terres cédées» qui figurent dans les lois successives portant sur les Indiens exige que «le titre ... [soit] attribué à Sa Majesté», prête également à confusion en ce sens qu'il n'est pas précisé si c'est la Couronne du chef du Canada ou la Couronne du chef de la province qui possède les terres. La définition des mots «Sa Majesté» qui figurent à l'art. 28 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, du Canada n'est d'aucun secours lorsqu'il s'agit de déterminer qui, du fédéral ou de la province, possède les terres ainsi définies.

Vu les restrictions imposées à l'aliénation des droits des Indiens sur ces terres, il n'est pas surprenant de découvrir que, depuis sa première version jusqu'à celle en vigueur au moment où ces procédures ont été engagées en 1973, la *Loi sur les Indiens* a prévu d'une façon détaillée les modalités de cession desdites terres par les Indiens. Ces modalités sont énoncées aux art. 37 *et suiv.* qui exigent expressément qu'une cession soit faite uniquement à Sa Majesté et interdisent formellement la vente de terres d'une réserve. L'article 37 est ainsi rédigé:

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

La Proclamation royale de 1763 contient une disposition analogue dont voici le texte:

Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s'attirer Notre déplaisir, d'acheter ou posséder aucune terre ci-dessus réservée, ou d'y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet.

Compte tenu des arrêts susmentionnés, l'art. 37 doit évidemment signifier que le droit des Indiens ne peut être vendu ou qu'il ne peut en être autrement disposé avant qu'il n'y ait eu cession à Sa

manner prescribed by the statute, but cannot be read as establishing a right in Her Majesty in the right of Canada to sell or otherwise dispose of the fee in these lands either before or after surrender. The inferential power to lease by the Crown after surrender relates, in my view, as can be seen in some of the cases already reviewed, to leasing as one of the ways in which the lands may be made use of by the Indians in whom reposes the possessory title. Section 37, therefore, is but an exercise of the legislative authority under s. 91(24). Because there is no question here but that the procedure for surrender has been fully complied with, it is not necessary to examine these detailed provisions.

A later segment of the statute under the heading "Management of Reserves and Surrendered Lands", commencing with s. 53, deals with the power of the Minister to sell, lease or otherwise dispose of surrendered lands. Section 53 (1) of the present *Indian Act* provides:

53. (1) The Minister or a person appointed by him for the purpose may manage, sell, lease or otherwise dispose of surrendered lands in accordance with this Act and the terms of the surrender.

If these lands are indeed held by Her Majesty in the right of the Province, as has long since been determined, then the question immediately arises as to what further legislative interest Parliament may have in such lands. The confusion continues in subs. (2) of s. 53 where provision is made for a confirming grant of surrendered lands to the heirs and devisees of the original purchaser of these lands from the Crown. It may be that reference is here made to lands where, as we have seen in the case of New Brunswick lands covered in the 1958 agreement, the title is held by the Crown in the right of Canada. Otherwise the power of disposition purported to be granted by s. 53 offends the rights of the provinces in these lands after their surrender. The reference to leasing the lands is of course capable of innocent interpretation, namely that the Crown in the right of Canada pursuant to authority granted to Parliament under s. 91(24) may manage the Indians' interest in these lands by the leasing thereof for the benefit of the Indians.

Majesté de la manière prescrite par la loi; mais on ne saurait y voir l'attribution à Sa Majesté du chef du Canada d'un droit de vendre ces terres ou d'en disposer autrement avant ou après la cession. Selon moi, et cela se dégage de certains des arrêts déjà examinés, la Couronne détient par déduction un pouvoir de donner les terres en location après leur cession parce que la location est l'une des manières dont les Indiens, détenteurs du droit à la possession, peuvent en faire usage. L'article 37 ne représente donc qu'un exercice du pouvoir législatif que confère le par. 91(24). Puisqu'il est incontestable en l'espèce que les modalités de cession ont été suivies à la lettre, point n'est besoin d'étudier ces dispositions détaillées.

Plus loin, dans une série de dispositions commençant à l'art. 53 et groupées sous la rubrique «Administration des réserves et des terres cédées», la Loi traite du pouvoir du ministre de vendre, louer ou autrement aliéner les terres cédées. Le paragraphe 53(1) de la *Loi sur les Indiens* actuelle dispose:

53. (1) Le Ministre ou une personne nommée par lui à cette fin peut administrer, vendre, louer ou autrement aliéner les terres cédées en conformité de la présente loi et des conditions de la cession.

S'il s'agit bien là de terres possédées par Sa Majesté du chef de la province, ce qui est établi depuis longtemps, cela soulève immédiatement la question de savoir quel pouvoir législatif le Parlement peut continuer à avoir à leur égard. Le paragraphe 53(2) relatif à la confirmation de la concession de terres cédées aux héritiers et aux légataires de la personne qui les a initialement achetées de la Couronne ne fait rien pour dissiper la confusion. Il est possible que l'on parle ici de terres à l'égard desquelles, comme c'est le cas des terres du Nouveau-Brunswick visées par la convention de 1958, le titre de propriété est détenu par la Couronne du chef du Canada. Autrement, le pouvoir de disposition qu'accorde l'art. 53 viole les droits qu'ont les provinces sur ces terres après leur cession. Le fait qu'on mentionne la location des terres est, bien entendu, susceptible d'une interprétation inoffensive, savoir que la Couronne du chef du Canada peut en vertu du pouvoir accordé par le par. 91(24) gérer le droit des Indiens sur ces terres

Examples of this we have seen in some of the cases already reviewed. Other sections of the currently applicable statute provide for the possession of lands in reserves by Indians (s. 20); for the transfer of possessory rights by Indians (s. 24); and for the enforcement of the possessory right in s. 31, which is the section under which these proceedings were launched.

It is interesting to note that in s. 35 provision is made for the expropriation of the Indian interest by either level of government with the proceeds received therefrom being held by the Receiver General of Canada for the benefit of the Indians whose possessory title has been removed. This procedure is of course consistent with the constitutional position of the Government of Canada and the provinces under the authorities. Similarly, provisions relating to the management of Indian moneys (defined as "all moneys collected, received or held by Her Majesty for the use and benefit of Indians or Bands") are found in the statute as an exercise of the supervisory authority under the federal constitutional powers (see ss. 61 *et seq.*).

Section 53(1), *supra*, would therefore appear to have been based upon an assumption that after the surrender of lands set aside for Indians under s. 91(24), some interest therein remains in the Government of Canada; or alternatively, that a facilitative surrender has been taken so as to enable the Crown to manage the lands for the continued use and benefit by and of the Indians. The *St. Catherine's* case, of course, has long since decided otherwise when the surrender of the usufructuary interest is complete. It may be that s. 53 and like provisions in the *Indian Act* are predicated upon the assumption that lands comprised in the Indian Reserves have been conveyed by the Province to the Federal Government. Since these lands would then become public lands of the Government of Canada, Parliament could validly make provision for their continued use under s. 91(1A). However, insofar as s. 53(1) purports to affect lands held by the province, it would be *ultra vires*. It should be noted that under s. 2 of the *Public Lands Grants Act*, R.S.C. 1970, c. P-29,

en les louant à leur profit. Certains des arrêts déjà examinés en fournissent des exemples. D'autres articles de la Loi présentement en vigueur prévoient la possession de terres dans les réserves par des Indiens (art. 20), le transfert par les Indiens de leur droit à la possession (art. 24), et des mesures pour assurer le respect de ce droit à l'art. 31 sur lequel sont fondées les présentes procédures.

Il est à noter que l'art. 35 prévoit qu'en cas d'expropriation du droit des Indiens par l'un ou l'autre palier de gouvernement, le montant de l'indemnité accordée à cet égard sera détenu par le receveur général du Canada au profit des Indiens qui sont ainsi privés de leur droit à la possession. Cela concorde de toute évidence avec la situation constitutionnelle du gouvernement du Canada et des provinces suivant la jurisprudence. De même, aux art. 61 et suiv. de la Loi, on trouve des dispositions relatives à l'administration des deniers des Indiens (définis comme étant «toutes les sommes d'argent perçues, reçues ou détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des Indiens ou des bandes») en tant qu'exercice du pouvoir de surveillance dont le fédéral est investi par la Constitution.

Le paragraphe 53(1), précité, paraît donc reposer sur l'hypothèse selon laquelle, après la cession des terres réservées aux Indiens en vertu du par. 91(24), le gouvernement du Canada garde un droit y afférent; ou encore, sur la théorie voulant qu'il s'agisse d'une cession de commodité visant à permettre à la Couronne de gérer les terres pour l'usage et le profit continus des Indiens. Il y a longtemps, évidemment, que l'arrêt *St. Catherine's* a décidé que ce n'est pas le cas lorsque la cession du droit usufruitaire est absolue. Il est possible que l'art. 53 et les dispositions analogues de la *Loi sur les Indiens* soient fondés sur l'idée que les terres comprises dans les réserves indiennes ont été transférées par la province au gouvernement fédéral. Puisque ces terres deviendraient alors des terres publiques appartenant au gouvernement du Canada, le Parlement pourrait légitimement, en vertu du par. 91(1A), prévoir leur usage continu. Toutefois, dans la mesure où le par. 53(1) se veut applicable aux terres appartenant à une province, il serait inconstitutionnel. Il est à noter qu'aux

“public lands” is defined as meaning “land belonging to Her Majesty in right of Canada and includes lands of which the Government of Canada has power to dispose”. Such legislation has of course no application here because the lands in question have never been in the name of the Government of Canada, and administrative and legislative rights under s. 91(24) do not give the Government of Canada “power to dispose” of these lands.

I must with all deference therefore conclude, contrary to the Court of Appeal, that an absolute surrender of lands by Indians for whose benefit the lands were set aside, leaves no retained or other interest in the Crown enabling the Government of Canada to retain the surrendered lands within the federal jurisdiction under s. 91(24), and therefore “under the *Indian Act* until finally disposed of”. To conclude otherwise would be to allow the federal authority to extend its limited relationship to these lands at the expense of the provincial title in fee simple by the simple device of an ‘absolute surrender’ coupled with a ‘directive’ to sell the lands and to hold the proceeds of sale for the benefit of he who has surrendered his personal possessory right to these lands.

This would not be so, of course, if these lands had not been surrendered and if thereafter the fee in the lands had been conveyed by the Province to Canada. It was argued that this was the effect of the 1958 agreement of which mention has already been made. Although not strictly necessary by reason of the conclusion reached as to the effect in law of the surrender of 1895, the earlier discussion of this agreement should be completed. What then is the effect in law of the 1958 agreement approved legislatively, as has been seen, by both Canada and New Brunswick? The recited purpose of the agreement was to make good defective titles created by grants made of those Indian lands by the Government of Canada after surrender by the Indians, but only with reference to surrendered lands which had been set aside in the Province of New Brunswick and where the title has remained

termes de l’art. 2 de la *Loi sur les concessions de terres publiques*, S.R.C. 1970, chap. P-29, l’expression «terres publiques» signifie «des terres appartenant à Sa Majesté du chef du Canada, et comprend les terres dont le gouvernement du Canada a le pouvoir de disposer». Bien sûr, cette loi ne s’applique pas en l’espèce parce que les terres en cause n’ont jamais été enregistrées au nom du gouvernement du Canada et que les droits administratifs et législatifs dont le par. 91(24) l’investit ne lui confèrent pas le «pouvoir de disposer» de ces terres.

Je dois donc, avec égards et contrairement à la Cour d’appel, conclure que, lorsque les Indiens au profit desquels elles ont été réservées effectuent une cession absolue des terres, la Couronne ne garde sur ces terres aucun droit permettant au gouvernement du Canada de continuer à exercer sur les terres cédées la compétence fédérale en vertu du par. 91(24) et, partant, en vertu de la *Loi sur les Indiens* jusqu’à ce qu’il en soit disposé d’une manière définitive. Tirer une autre conclusion serait permettre au fédéral d’étendre son pouvoir limité sur ces terres aux dépens du droit de propriété (*title in fee simple*) de la province par le simple mécanisme d’une «cession absolue» assortie d’une «directive» de vendre les terres et de garder le produit au profit de celui qui a cédé son droit de possession personnel afférent à ces terres.

Il va de soi que ce ne serait pas le cas si lesdites terres n’avaient pas été cédées et que, par la suite, la province en avait transféré la propriété (*fee*) au Canada. On a fait valoir que c’était précisément l’effet de la convention de 1958 susmentionnée. Bien que ce ne soit pas strictement nécessaire, vu ma conclusion quant à l’effet juridique de la cession de 1895, il convient d’achever l’analyse déjà entamée de cette convention. Quelles sont alors les conséquences juridiques de la convention de 1958 sanctionnée législativement comme nous l’avons vu, tant par le Canada que par le Nouveau-Brunswick? La convention a pour objet de valider les titres défectueux résultant de ce que le gouvernement du Canada a fait des concessions de terres lui ayant été cédées par les Indiens; mais ces concessions ne visaient que les terres cédées mises de côté dans la province du Nouveau-Brunswick et

in the Province. Indeed the recitals refer to decisions of the Privy Council which no doubt is a reference to the *St. Catherine's* case which indicated that the title remained in the Province and that the only effect of the surrender was to remove from the title to those lands the burden arising under s. 91(24) upon the lands being set aside for Indian purposes. The agreement then goes on to establish that the parties had entered into it with a view:

- a) to settling "all outstanding problems relating to Indian reserves in the Province of New Brunswick; and,
- b) "to enabl[ing] Canada to deal effectively in future with lands forming part of the said reserves".

It follows from both the recitals and the asserted purpose of the entry into the agreement that the agreement does not relate to the said lands:

- a) because they were surrendered without any subsequent patent being issued to the defendant or to anyone else, and hence no defective paper title had been created; and
- b) since these lands had been surrendered, they were not comprised in "Indian reserves in the Province" so as to require any future dealing therein by Canada.

Section 2 of the agreement is a joint confirmation by the federal and provincial governments of grants theretofore made by Canada. This section of course does not relate to the said lands. Section 3 of the agreement "hereby transfers to Canada all rights and interests of the Province in reserve lands ...". By section 1(b), Reserve lands are defined as those Reserves in the Province referred to in the appendix to the agreement. The appendix refers to Red Bank Reserves Nos. 4 and 7. The said lands are clearly not included in those Reserves, and in any event could not be included in Reserve lands because all parties have agreed that the said lands had been surrendered and no longer formed part of the lands set aside for the benefit of Indians under s. 91(24). The balance of the agreement relates to the surrender of lands which in 1958 formed part of the Indian Reserves in New Brunswick conveyed under the agreement to

à l'égard desquelles celle-ci avait conservé le titre de propriété. En fait, le préambule de la convention mentionne des décisions du Conseil privé, ce qui sans aucun doute est un renvoi à l'arrêt *St. Catherine's* qui établissait que la province gardait le titre de propriété et que la cession avait pour seul effet de dégrever ce titre de la charge qu'imposait le par. 91(24) sur les terres réservées aux Indiens. La convention porte en outre que les parties l'ont conclue en vue:

- a) de régler «tous les problèmes en cours relatifs aux réserves indiennes dans la province du Nouveau-Brunswick» et
- b) «de permettre au Canada de prendre à l'avenir des mesures efficaces à l'égard des terres faisant partie desdites réserves».

Il découle tant de son préambule que de ce qu'elle dit avoir pour objet que la convention ne se rapporte pas aux terres en cause:

- a) parce qu'elles ont été cédées sans qu'il y ait eu par la suite délivrance de lettres patentes au défendeur ou à qui que ce soit d'autre et que, par conséquent, aucun titre défectueux n'a été créé; et
- b) puisqu'il s'agit de terres cédées, elles ne font pas partie des «réserves indiennes dans la province» et le Canada n'a donc plus à s'en occuper.

Par l'article 2 de la convention, les gouvernements fédéral et provincial confirment les concessions faites jusque-là par le Canada. Cet article ne vise évidemment pas les terres en cause. L'article 3 de la convention «transfère par les présentes au Canada tous les droits et intérêts de la province dans les terres de réserve ...». Suivant l'alinéa 1b), l'expression «terres de réserve» désigne les réserves dans la province, dont fait mention l'appendice de la convention. L'appendice mentionne les réserves nos 4 et 7 de Red Bank. Il est clair que les terres en cause ne sont pas comprises dans ces réserves et, de toute façon, elles ne pouvaient être comprises dans les terres de réserve parce que les parties ont convenu qu'elles avaient fait l'objet d'une cession et ne faisaient plus partie des terres mises de côté au profit des Indiens conformément au par. 91(24). Pour le reste, la convention porte sur la cession de terres qui en 1958 faisaient partie

Canada, and of course has no bearing on the ownership of the said lands. It is therefore clear that the agreement and the implementing statutes of 1958 do not control the outcome of the issue of ownership of the said lands.

In the result, therefore, the said lands were a part of those lands in New Brunswick which historically had been set aside for use by the Indians prior to Confederation and which continued to be so dedicated after Confederation. Therefore, both before and after 1895, the said lands were at law, both in title and by beneficial interest, owned by the Province of New Brunswick and held by that Province as public lands as a result of s. 109 of the *Constitution Act*. The legal and beneficial interest of the Province in the said lands was of course subject to the "burden", to use the expression of the Privy Council, created by s. 91(24) of the *Constitution Act*. By reason of the surrender of these lands in 1895 the burden of s. 91(24) disappeared and the legal and beneficial interest, unencumbered thereby, continued in the Province of New Brunswick. The Federal Government thereafter had no interest in the said lands legislatively under s. 91(24), and of course the Crown in the right of Canada at no time had a beneficial interest in the ownership of the said lands, nor did that government hold any right to dispose of the said lands. The ownership of the Province in these lands was in no way affected by the agreement of 1958, nor did the Federal Government acquire any interest therein under that agreement.

It therefore follows that in 1973 Her Majesty the Queen in right of Canada had no enforceable interest in or in relation to the said lands and had no connection therewith which afforded a status to commence the action which gave rise to these proceedings. Whether or not any such status might exist to raise the question, the answer must be that the action should be dismissed. It is therefore unnecessary to determine whether any prescriptive legislation, either federal or provincial, can operate against the usufructuary rights under s. 91(24). Unless the surrender document of 1895 is ineffective, the courts are not concerned with the opera-

des réserves indiennes au Nouveau-Brunswick, réserves dont elle opère le transfert au Canada; mais cela n'a bien entendu aucune incidence sur la question de savoir qui est propriétaire des terres en cause. Il est donc clair que la convention et les lois de 1958 adoptées pour sa mise en œuvre ne sont pas déterminantes sur cette question.

En définitive, les terres en cause font partie des terres du Nouveau-Brunswick qui historiquement ont été réservées à l'usage des Indiens avant la Confédération et qui ont continué à l'être après. Par conséquent, avant 1895 comme après, les terres en cause appartenaient en droit, autant de par le titre de propriété que de par le droit de jouissance, à la province du Nouveau-Brunswick qui les détenait à titre de terres publiques conformément à l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle*. Certes, le titre de propriété complet qu'avait la province à l'égard des terres en cause était assujéti à la «charge», pour employer le terme du Conseil privé, qu'impose le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle*. La cession de ces terres en 1895 a éteint cette charge et ledit titre de propriété, ainsi dégrevé, continuait à être détenu par la province du Nouveau-Brunswick. Le gouvernement fédéral n'avait désormais plus législativement aucun droit fondé sur le par. 91(24) et il va sans dire que la Couronne du chef du Canada n'a jamais eu de droit de propriété sur les terres en cause ni n'a été titulaire d'un droit quelconque d'en disposer. La convention de 1958 n'a nullement porté atteinte au droit de propriété de la province sur lesdites terres ni n'a conféré au gouvernement fédéral un droit quelconque y afférent.

Il s'ensuit donc qu'en 1973 Sa Majesté la Reine du chef du Canada n'avait aucun droit exécutoire sur les terres en cause ou relativement à celles-ci et qu'elle n'avait avec ces terres aucun rapport lui donnant qualité pour introduire l'action qui est à l'origine des présentes procédures. Mais, indépendamment de la qualité pour soulever la question en litige, l'action doit être rejetée. Nous ne sommes donc pas appelés à déterminer si une loi fédérale ou provinciale en matière de prescription peut porter atteinte aux droits usufruitaires que confère le par. 91(24). À moins que l'acte de cession de 1895 ne soit dénué de tout effet, les tribunaux

tion of provincial statutes prescribing the rights of prescription and limitation periods for the bringing of actions. It may well be that s. 38 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, has incorporated by reference the applicable provincial limitation statutes, but again this need not be here decided. It may of course be that the appellant has acquired prescriptive rights under the applicable New Brunswick statutes, but again this question must remain for decision in any action which might be brought against the Province, and/or others, under the appropriate legislation. In any such action the issues raised by the voluminous evidence in the record in these proceedings concerning the occupation and possession of the said lands from 1838 onwards will become germane and hence are not subjected to any determinative review here. In such an action one would be necessarily concerned with any consequences in law of the letter of 1919 written by the person then in possession of the said lands but none of these matters are related to the disposition of the present appeal and I make no comment upon them.

I therefore conclude, for the reasons aforesaid, that the appeal should be allowed with costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Anderson, Savoie & Dewitt, Moncton.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Attorney General for Ontario: A. Rendall Dick.

Solicitors for the intervenor the Attorney General of Quebec: William J. Atkinson and René Morin, Ste-Foy.

n'ont pas à se préoccuper de l'application de lois provinciales établissant les droits qui peuvent être acquis par prescription et fixant les délais dans lesquels une action doit être intentée. Il se peut bien que l'art. 38 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, ait incorporé par renvoi les lois provinciales pertinentes en matière de prescription, mais, là encore, point n'est besoin de trancher la question en l'espèce. Bien sûr, il est possible que l'appelant ait, en vertu des lois applicables du Nouveau-Brunswick, acquis des droits par prescription, mais cette question aussi devra être tranchée dans le cadre d'une action qui pourra être intentée contre la province ou d'autres personnes en vertu de la loi appropriée. Dans une action de ce genre, les questions soulevées par la preuve abondante contenue dans le dossier de la présente affaire relativement à l'occupation et la possession des terres en cause depuis 1838 seront pertinentes, et il n'est donc pas nécessaire de les trancher en l'espèce. Une telle action porterait obligatoirement sur les conséquences juridiques de la lettre écrite en 1919 par la personne qui possédait alors les terres en cause, mais ces questions sont étrangères à l'issue du présent pourvoi et je m'abstiens de toute observation à leur sujet.

Je conclus donc, pour les motifs déjà exposés, qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi avec dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Anderson, Savoie & Dewitt, Moncton.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: A. Rendall Dick.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: William J. Atkinson et René Morin, Ste-Foy.