

Delgamuukw c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010

**Delgamuukw, connu également sous le nom d'Earl Muldoe,
en son propre nom et au nom de tous les membres des maisons Delgamuukw et
Haaxw (et d'autres personnes en leur propre nom et au nom des membres de
trente-huit maisons Gitksan et de douze maisons
Wet'suwet'en, selon ce qui est indiqué à l'annexe 1)**

*Appellants /
Intimés dans le pourvoi incident*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la
province de la Colombie-Britannique**

*Intimée /
Appelante dans le pourvoi incident*

et

Le procureur général du Canada

Intimé

et

**Le First Nations Summit,
la Nation Musqueam et autres (selon ce qui est indiqué à l'annexe 2),
la Première nation de Westbank,
la B.C. Cattlemen's Association et autres (selon ce qui est indiqué à l'annexe 3),
Skeena Cellulose Inc.,
Alcan Aluminium Ltée**

Intervenants

Répertorié: Delgamuukw c. Colombie-Britannique

N° du greffe: 23799.

1997: 16 et 17 juin; 1997: 11 décembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka*, Cory, McLachlin et Major.

en appel de la cour d'appel de la Colombie-Britannique

Droit constitutionnel -- Droits ancestraux -- Titre aborigène sur des terres -- Revendication d'un vaste territoire -- Contenu du titre aborigène -- Comment l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 protège-t-il le titre aborigène? -- Quels sont les éléments de preuve requis pour établir le titre aborigène? -- Le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a-t-il été établi? -- La province pouvait-elle, après 1871, éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens (qui incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale)? -- Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) -- Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

Droit constitutionnel -- Droits ancestraux -- Titre aborigène sur des terres -- Preuve -- Récits oraux et règles de droit et traditions autochtones -- Poids à donner aux éléments de preuve -- Pouvoir d'intervention de la Cour quant aux conclusions de fait du juge de première instance.

Tribunaux -- Procédure -- Revendications territoriales -- Titre aborigène et autonomie gouvernementale -- Revendication modifiée mais sans modification formelle des actes de procédure -- Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'entendre les revendications?

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

Les appelants, tous des chefs héréditaires Wet'suwet'en ou Gitksan, revendiquent tant en leur propre nom qu'au nom de leurs «maisons» des parties distinctes d'un territoire de 58 000 kilomètres carrés situé en Colombie-Britannique. Aux fins de la revendication, ce grand territoire a été divisé en 133 territoires distincts, revendiqués par les 71 maisons. Y sont représentés tous les Wet'suwet'en et toutes les maisons Gitksan, à l'exception de 12. Initialement, les appelants revendiquaient la «propriété» du territoire et la «compétence» sur celui-ci. (Devant la Cour, cette revendication a changé et est devenue principalement la revendication d'un titre aborigène sur le territoire en question.) La Colombie-Britannique a présenté une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicite une déclaration portant que les appelants n'ont aucun droit ou intérêt dans le territoire, ou, subsidiairement, que la cause d'action des appelants devrait être l'obtention d'une indemnité de la part du gouvernement du Canada.

Au procès, les appelants ont fondé leur revendication sur la «propriété» et l'utilisation historiques d'un ou de plusieurs des territoires. En outre, les maisons Gitksan ont un «adaawk», c'est-à-dire un ensemble de traditions orales sacrées au sujet de leurs ancêtres, de leur histoire et de leurs territoires. Chaque maison Wet'suwet'en possède un «kungax», c'est-à-dire un chant, une danse ou une représentation spirituelle qui les rattache à leur territoire. Ces deux éléments ont été déposés en preuve au nom des appelants. Le signe le plus important du lien spirituel entre les différentes maisons et leur territoire est la salle des célébrations. C'est là que les Wet'suwet'en et les Gitksan disent et redisent leurs récits et identifient leurs territoires afin de se rappeler le lien sacré qu'ils entretiennent avec leurs terres. Ces célébrations ont une fin rituelle, mais elles sont aussi l'occasion de prise de décisions importantes.

Le juge de première instance n'a pas accepté les récits oraux que les appelants présentaient comme éléments de preuve de leur attachement au territoire. Il a rejeté l'action contre le Canada, il a rejeté les revendications, par les demandeurs, de la propriété du territoire, de la compétence sur celui-ci ou de droits ancestraux à son égard, il a accordé une déclaration portant que les demandeurs avaient le droit d'utiliser toute terre inoccupée ou vacante, sous réserve du respect des lois d'application générale de la province, il a rejeté la demande de dommages-intérêts et il a rejeté la demande reconventionnelle de la province. Il n'a rendu aucune ordonnance concernant les dépens. En appel, la revendication initiale a été modifiée de deux façons. Premièrement, les revendications relatives à la propriété des territoires et à la compétence sur ceux-ci ont été remplacées respectivement par la revendication du titre aborigène et la revendication de l'autonomie gouvernementale. Deuxièmement, les revendications individuelles présentées par chaque maison ont été fusionnées en deux revendications collectives, une au nom de chaque nation. Aucune modification en ce sens n'a été apportée formellement aux actes de procédure. L'appel a été rejeté par la Cour d'appel à la majorité.

Les principales questions dans le pourvoi sont les suivantes: (1) Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale? (2) Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance? (3) Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et comment fait-on la preuve de son existence? (4) Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale? (5) La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté.

La Cour était-elle régulièrement saisie des revendications?

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: La Cour était régulièrement saisie des revendications. Même si les actes de procédure n'ont pas été formellement modifiés, le juge de première instance a bel et bien accepté une modification *de facto* pour permettre la revendication de droits ancestraux autres que la propriété et la compétence. Les intimés n'ont pas interjeté appel contre cette modification *de facto* et la décision du juge de première instance sur ce point doit être maintenue.

Aucune modification n'a été apportée en ce qui a trait à la fusion des revendications individuelles présentées par les maisons Wet'suwet'en et Gitksan en deux revendications collectives, une pour chaque nation, sollicitant un titre aborigène et l'autonomie gouvernementale. Les revendications collectives n'étaient tout simplement pas en litige en première instance, et redéfinir le litige en appel aurait pour effet de nier rétroactivement aux intimés la possibilité de savoir quelle est la cause des appelants.

Il est nécessaire de tenir un nouveau procès. Premièrement, le vice dans les actes de procédure a empêché la Cour d'examiner le fond du pourvoi. Il reviendra aux parties à un nouveau procès de se demander si une modification est nécessaire pour rendre les actes de procédure conformes à la preuve. En outre, sauf erreur manifeste et dominante, les cours d'appel ne devraient pas substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge de première instance, même lorsque ce dernier a mal saisi le droit qu'il a appliqué aux faits en question. Par contre, une cour d'appel est justifiée d'intervenir dans le cas où le juge de première instance n'a pas tenu compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux, lorsqu'il a appliqué les règles de preuve et a interprété la preuve qui lui était présentée.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: La fusion des revendications individuelles des appelants a empêché, sur le plan de la forme, la Cour d'examiner le fond de l'affaire. Cependant, les actes de procédure posent un problème encore plus substantiel. Même si les appelants ont sollicité un jugement déclarant l'existence d'un «titre aborigène», ils ont essentiellement tenté d'établir qu'ils exerçaient un contrôle complet sur le territoire en question. Il s'ensuit que ce que les appelants ont demandé à la Cour de leur reconnaître, par voie de jugement déclaratoire, et ce qu'ils se sont efforcés d'établir par la preuve, étaient deux choses différentes. La tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

Le pouvoir de la Cour de modifier les conclusions de fait du juge de première instance

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Les conclusions de fait tirées en première instance ne pouvaient être maintenues en raison du fait que le traitement accordé aux divers types de récits oraux par le juge de première instance ne respecte pas les principes établis dans *R. c. Van der Peet*. Ces récits ont été invoqués pour tenter d'établir l'occupation et l'utilisation du territoire contesté, condition essentielle à l'existence du titre aborigène. Après avoir refusé d'admettre ces récits oraux ou de leur accorder quelque valeur probante indépendante que ce soit, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les appelants n'avaient pas démontré l'existence du degré d'occupation requis du territoire pour fonder la «propriété» de celui-ci. Si le juge du procès avait apprécié correctement les récits oraux, ses conclusions sur ces questions de fait auraient pu être très différentes.

Le contenu du titre aborigène, la façon dont il est protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et les exigences en matière de preuve de son existence

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour différentes fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive. Ces utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres.

Le titre aborigène est un droit *sui generis*; il se distingue de ce fait des autres intérêts de propriété et est caractérisé par différentes dimensions. Le titre aborigène est inaliénable et ne peut être transféré, cédé ou vendu à personne d'autre que la Couronne. Les origines du titre aborigène constituent une autre dimension de celui-ci: sa reconnaissance par la *Proclamation royale de 1763* et le rapport entre la common law, qui reconnaît l'occupation comme preuve de la possession en droit, et les systèmes juridiques autochtones qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté britannique. Finalement, le titre aborigène est détenu collectivement.

Le droit exclusif d'utiliser les terres ne comprend pas simplement le droit d'exercer des activités qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit. La jurisprudence canadienne relative au titre aborigène définit le «droit d'occuper et de posséder» en termes généraux et, fait important, ne l'assortit pas d'une réserve le limitant aux utilisations liées à des coutumes, pratiques ou traditions. La nature du droit des Indiens sur les terres des réserves, qui a été déclaré être le même que leur droit sur les terres tribales, est très générale et intègre les besoins actuels des

collectivités autochtones. Finalement, le titre aborigène comprend les droits miniers, et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène devraient pouvoir être exploitées pour ces ressources, ce qui ne constitue certes pas une utilisation traditionnelle.

Le contenu du titre aborigène comporte une limite intrinsèque, savoir que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres. Cette limite intrinsèque découle du fait que rien ne devrait empêcher ce rapport de continuer dans le futur. L'occupation est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question. Si des terres font l'objet d'une telle occupation, il existera entre ce groupe et les terres visées un lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont inaliénables parce qu'elles ont en elles-mêmes une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur. Enfin, l'importance de la continuité du rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec ses terres et la valeur non économique ou intrinsèque de celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant obstacle à la possibilité d'une cession à la Couronne moyennant contrepartie de valeur. Au contraire, l'idée de cession renforce la conclusion que le titre aborigène est limité. Si les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène.

Le titre aborigène a été reconnu en common law bien avant 1982 et est par conséquent protégé dans sa forme complète par le par. 35(1). Toutefois, la constitutionnalisation par le par. 35(1) des droits ancestraux reconnus en common law

ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu du par. 35(1). L'existence d'un droit ancestral reconnu en common law est donc suffisante, mais pas nécessaire, pour la reconnaissance et la confirmation de ce droit par le par. 35(1).

Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a le cas des droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question mais où l'occupation et l'utilisation du territoire sur lequel l'activité est pratiquée sont insuffisantes pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu'un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l'existence d'un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit -- spécifique à un site -- de s'adonner à une activité particulière. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit, qui confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. L'existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l'existence d'un titre ne peut pas l'être. Étant donné que les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire, il est possible que certains groupes autochtones soient incapables d'établir le bien-fondé de leur revendication d'un titre, mais qu'ils possèdent néanmoins des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), notamment des droits spécifiques à un site d'exercer des activités particulières.

Le titre aborigène est le droit au territoire lui-même. Sous réserve des limites inhérentes au titre aborigène, ce territoire peut être utilisé pour diverses activités, dont

aucune ne doit nécessairement être protégée individuellement en tant que droit ancestral prévu au par. 35(1). Ces activités sont des parasites du titre sous-jacent. Comme l'objet du par. 35(1) est de concilier la présence antérieure des peuples autochtones en Amérique du Nord avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, cette disposition doit reconnaître et confirmer les deux aspects de cette préexistence, savoir l'occupation du territoire, d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire, d'autre part.

Bien que le critère applicable pour déterminer l'existence de droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités particulières et le critère applicable pour déterminer l'existence d'un titre aborigène comportent de grandes similitudes, ils se distinguent l'un de l'autre de deux façons: premièrement, dans le cadre du critère relatif au titre aborigène, l'exigence que le territoire fasse partie intégrante de la culture distincte des demandeurs est subsumée sous l'exigence d'occupation; deuxièmement, alors que c'est le moment du premier contact avec les Européens qui est le moment pertinent pour la détermination des droits ancestraux, dans le cas du titre aborigène, c'est le moment de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire.

Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique le titre doit démontrer qu'il occupait les terres en question au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté sur ces terres. Lorsqu'il est question de titre aborigène, la période de l'affirmation de la souveraineté est celle qui doit être prise en considération, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, d'un point de vue théorique, le titre aborigène découle de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants. Le titre aborigène grève le titre sous-jacent de la Couronne. Cependant, celle-ci n'a acquis ce titre qu'à compter du moment où elle a affirmé sa

souveraineté sur le territoire en question et il serait absurde de parler d'une charge grevant le titre sous-jacent avant que celui-ci ait existé. Le titre aborigène s'est cristallisé au moment de l'affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, le titre aborigène ne soulève pas le problème que pose la distinction entre les coutumes, pratiques et traditions distinctives faisant partie intégrante d'une société autochtone et celles qui ont été introduites par suite du contact avec les Européens ou influencées par celui-ci. En vertu de la common law, le fait de l'occupation ou de la possession suffit pour fonder un titre aborigène, et il n'est pas nécessaire de prouver que le territoire en question faisait partie intégrante de la société autochtone visée avant l'arrivée des Européens ou qu'il était un élément distinctif de celle-ci. Finalement, la date de l'affirmation de la souveraineté a un caractère plus certain que celle du premier contact avec les Européens.

Tant la common law que le point de vue des autochtones à l'égard du territoire devraient être pris en compte dans la démonstration de l'occupation. En common law, l'occupation physique fait preuve de la possession en droit, fait qui à son tour fondera le droit au titre sur les terres. L'occupation physique peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs. Dans l'examen de la question de savoir si on a fait la preuve d'une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées. Compte tenu de l'exigence d'occupation, il n'est pas nécessaire d'inclure dans le critère relatif au titre aborigène la question de savoir si le groupe concerné a démontré que le lien qui le rattache au territoire visé est d'une

importance fondamentale pour sa culture distinctive. En définitive, la preuve de l'occupation physique est une question de fait à trancher au procès.

Si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, il faut qu'il y ait une continuité entre l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté et l'occupation actuelle. Étant donné qu'il peut s'avérer difficile d'apporter des éléments de preuve concluants d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, une collectivité autochtone peut produire, au soutien de la revendication d'un titre aborigène, des éléments de preuve de l'occupation actuelle comme preuve de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une continuité parfaite entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure. Le fait que la nature de l'occupation ait changé ne fera généralement pas obstacle à la revendication d'un titre aborigène, dans la mesure où un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu. La seule restriction à ce principe pourrait être qu'il ne soit pas fait du territoire des utilisations incompatibles avec son usage continu par les générations autochtones futures.

L'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Cette exigence d'exclusivité découle de la définition même du titre aborigène, défini comme étant le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées. Le critère doit prendre en compte le contexte de la société autochtone au moment de l'affirmation de la souveraineté. Il est possible de concilier l'exigence d'occupation exclusive et l'existence possible d'un titre conjoint en reconnaissant qu'un titre conjoint peut découler d'une exclusivité partagée. De même, l'existence de droits ancestraux non exclusifs partagés ne constituant pas un titre, mais par ailleurs liés au territoire et permettant certaines utilisations, peut être établie, même si l'exclusivité ne

peut être prouvée. La common law doit évoluer pour reconnaître les droits ancestraux qui étaient reconnus soit par une pratique *de facto*, soit par un régime de gestion autochtone.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Le «titre aborigène» se fonde sur l'occupation et l'utilisation ininterrompues des terres visées par le peuple autochtone dans le cadre de son mode de vie traditionnel. Ce droit *sui generis* n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens. Il est personnel en ce sens qu'il est généralement inaliénable, sauf en faveur de la Couronne qui, dans ses opérations concernant un tel droit, est assujettie à une obligation de fiduciaire, savoir celle de traiter équitablement les peuples autochtones. On hésite à définir avec plus de précision le droit des peuples autochtones de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres.

Le point de vue adopté pour définir le droit d'occupation ancestral est éminemment contextuel. Il est nécessaire de faire la distinction entre les deux aspects suivants: (1) la reconnaissance d'un droit général d'occuper et de posséder des terres ancestrales; (2) la reconnaissance d'un droit distinct d'exercer une activité autochtone dans une région particulière. Ce dernier aspect a été défini comme étant l'utilisation traditionnelle -- remontant avant l'arrivée des Européens -- que fait une tribu indienne d'un territoire donné, à une fin particulière. À l'opposé, une revendication générale visant le droit d'occuper et de posséder de vastes étendues de territoire concerne le droit d'utiliser ces terres pour y exercer différentes activités liées aux habitudes et au mode de vie de la société autochtone concernée. En outre, en définissant la nature du «titre aborigène», il n'est pas nécessaire de se référer aux dispositions législatives et réglementaires concernant les terres des réserves.

En définissant la nature du «titre aborigène», il n'est pas nécessaire de se référer aux dispositions législatives et réglementaires visant spécifiquement les terres des réserves. Même s'il a été jugé que le droit que possède une bande indienne sur une réserve découle du droit de la société autochtone sur ses terres tribales traditionnelles, il ne s'ensuit aucunement que les dispositions législatives particulières régissant les terres des réserves s'appliquent automatiquement aux terres tribales traditionnelles.

Il est satisfait, dans le présent pourvoi, aux facteurs «clés» permettant de reconnaître des droits ancestraux en vertu du par. 35(1). Premièrement, la nature d'une revendication autochtone doit être rattachée précisément à des coutumes, pratiques et traditions particulières. Le tribunal qui examine la revendication d'un «titre aborigène» se demande principalement si l'occupation et l'utilisation des terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée.

Deuxièmement, la société autochtone doit spécifier le territoire qui a été utilisé et occupé de façon ininterrompue en indiquant les limites générales. L'exclusivité signifie que le groupe autochtone doit établir que le territoire qu'il revendique est, en fait, son territoire ancestral et non celui d'une autre société autochtone avec laquelle il n'a aucun lien. Comme il est possible que deux groupes autochtones ou plus aient occupé le même territoire, il est donc possible de conclure à l'existence d'une occupation conjointe.

Troisièmement, le droit de possession ancestral se fonde sur l'occupation et l'utilisation ininterrompues de terres tribales traditionnelles depuis l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté. Cependant, il est possible que la date de l'affirmation de la souveraineté ne soit pas le seul moment pertinent dont il faille tenir compte. Il peut encore y avoir continuité lorsque l'occupation actuelle d'une région est liée à

l'occupation d'une autre région avant l'affirmation de la souveraineté. En outre, les peuples autochtones qui revendiquent un droit de possession peuvent présenter des éléments de preuve de l'occupation actuelle du territoire visé pour établir son occupation antérieure. De plus, il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une continuité parfaite.

Quatrièmement, si des peuples autochtones continuent d'occuper et d'utiliser le territoire visé dans le cadre de leur mode de vie traditionnel, ce territoire a une importance fondamentale pour eux. La notion d'occupation d'un territoire par des autochtones ne s'entend pas seulement de la présence de peuples autochtones dans des villages ou des établissements permanents, mais également de l'utilisation de terres adjacentes et même de territoires éloignés dans le cadre d'un mode de vie traditionnel. L'occupation constitue un aspect de la culture autochtone prise dans un sens large et s'intègre, par conséquent, à la notion de caractère distinctif. Cette approche relative à la nature de l'occupation est étayée par la *Proclamation royale de 1763*.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

Les atteintes au titre aborigène: le critère de justification

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Les droits ancestraux reconnus et confirmés par la Constitution ne sont pas absolus, et tant le gouvernement fédéral que les gouvernements provinciaux peuvent y porter atteinte si (1) l'atteinte au droit ancestral visé se rapporte à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel; (2) l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones. L'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la

protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet. Trois aspects du titre aborigène sont pertinents quant à la deuxième étape du critère. Premièrement, le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées est pertinent pour ce qui est du degré d'examen auquel est soumis la mesure ou l'acte qui porte atteinte au titre. Deuxièmement, le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites de ces terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures de peuples autochtones, indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation et, dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Troisièmement, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ont une composante économique inéluctable qui montre que l'indemnisation est également un facteur pertinent à l'égard de la question de la justification. Il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnité en cas d'atteinte à un titre aborigène.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Des mesures de réglementation prises par le gouvernement peuvent porter atteinte aux droits ancestraux si elles satisfont au critère de justification des atteintes aux droits visés au par. 35(1). La méthode adoptée est éminemment contextuelle.

Le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique par l'agriculture, l'exploitation minière, la foresterie et l'énergie hydroélectrique, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des

populations requises par ce développement sont des objectifs législatifs réguliers qui, en principe, satisfont au premier volet du critère de justification. Dans le cadre du second volet de ce critère, ces objectifs législatifs doivent tenir compte des intérêts des peuples autochtones. Cette prise en compte doit toujours être faite conformément à l'obligation de la Couronne d'agir honorablement et de bonne foi. L'un des aspects de cette prise en compte, dans un tel contexte, consiste à informer et à consulter les peuples autochtones relativement au développement du territoire visé. Un autre aspect de la prise en compte est la question de la juste indemnisation.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

L'autonomie gouvernementale

La Cour: En raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour la Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a été établi.

L'extinction

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (le pouvoir du fédéral de légiférer sur les Indiens) emporte le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène et par implication, celui d'éteindre ce titre. Le droit de propriété de la province sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène (en vertu de l'art. 109) est distinct de la compétence exercée à l'égard de ces terres. Malgré le par. 91(24), les lois provinciales

d'application générale s'appliquent *proprio vigore* (d'elles-mêmes) aux Indiens et aux terres indiennes.

Une loi provinciale d'application générale ne peut pas éteindre des droits ancestraux. Premièrement, par définition, une loi provinciale d'application générale ne peut pas, sans être *ultra vires*, respecter la norme de l'«intention claire et expresse» établie à l'égard de l'extinction des droits ancestraux. Deuxièmement, le par. 91(24) protège le fondement de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d'application générale, par l'application du principe de l'exclusivité des compétences. Il a été dit que ce fondement se rapporte à des questions touchant à la «quiddité indienne», ou indianité, ou à l'«essentiel de l'indianité».

Des règles de droit provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas d'elles-mêmes aux Indiens peuvent le faire par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale. Cependant, cette disposition ne «revigore» pas des règles de droit provinciales qui sont invalides parce qu'elles se rapportent aux Indiens et aux terres indiennes.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: La province n'avait pas le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les indiens*.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, conf. *sub nom. St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Mabo c. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Uukw c. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, conf. *R. c. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 109.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. (1985), ch. I-7, art. 6(2).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 18, 88.

Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.

Treaty Between Her Majesty And The United States Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary (Oregon Boundary Treaty, 1846), TS 120.

Doctrine citée

Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 14th ed. London: Butterworths, 1988.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1 (*Un passé, un avenir*) et 2 (*Une relation à redéfinir*). Ottawa: La Commission, 1996.

Gagne, Jocelyn. «The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim» (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309.

- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- Howard, Michael Newman, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
- Macklem, Patrick. «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382.
- McLeod, Clay. «The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276.
- McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.
- McNeil, Kent. «The Meaning of Aboriginal Title». In Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*. Vancouver: U.B.C. Press, 1997.
- Megarry, Robert E., and H. W. R. Wade. *The Law of Real Property*, 4th ed. London: Stevens, 1975.
- O'Reilly, James. «La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones» (1984), 25 *C. de D.* 125.
- Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Sanders, Douglas. «Les droits préexistants: les peuples autochtones du Canada». Dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 779.
- Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.
- Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.
- Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232.
- Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 30 B.C.A.C. 1, 49 W.A.C. 1, 104 D.L.R. (4th) 470, [1993] 5 W.W.R. 97, [1993] 5 C.N.L.R. 1, [1993] B.C.J. No. 1395 (QL), modifiant une

ordonnance du juge en chef McEachern, [1991] 3 W.W.R. 97, [1991] 5 C.N.L.R. xiii, (1991), 79 D.L.R. (4th) 185, [1991] B.C.J. No. 525 (QL), et rejetant le pourvoi incident de la Colombie-Britannique pour cause d'abandon. Pourvoi accueilli en partie; pourvoi incident rejeté.

Stuart Rush, c.r., Peter Grant, Michael Jackson, Louise Mandell et David Paterson, pour les appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Gitksan et autres.

Marvin R. V. Storrow, c.r., Joanne R. Lysyk et Joseph C. McArthur, pour les appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Wet'suwet'en et autres.

Joseph J. Arvay, c.r., Mark G. Underhill et Brenda Edwards, pour l'intimée et appelante dans le pourvoi incident, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Graham Garton, c.r., Judith Bowers, c.r., Murray T. Wolf et Geoffrey S. Lester, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Arthur Pape, Harry A. Slade, Peter Hogg et Jean Teillet, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Jack Woodward et Albert C. Peeling, pour l'intervenante la Première nation de Westbank.

Marvin R. V. Storrow, c.r., Joanne R. Lysyk et Joseph C. McArthur, pour les intervenants la Nation Musqueam et autres.

J. Keith Lowes, pour les intervenants la B.C. Cattlemen's Association et autres.

Charles F. Willms, pour l'intervenante Skeena Cellulose Inc.

J. Edward Gouge, c.r., et Jill M. Marks, pour l'intervenante Alcan Aluminium Ltée.

//*Le Juge en chef*//

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF --

I. Introduction

1. Le présent pourvoi est le plus récent d'une série d'affaires où notre Cour a été appelée à interpréter et à appliquer la garantie relative aux droits ancestraux existants prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que cette série de décisions -- qui a commencé par l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, s'est poursuivie par la trilogie *Van der Peet* (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723), et s'est terminée par les arrêts *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, *R. c. Adams*,

[1996] 3 R.C.S. 101, et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 -- ait établi le cadre jurisprudentiel d'analyse du par. 35(1), le présent pourvoi soulève un ensemble de nouvelles questions interreliées, qui concernent une seule et même question -- la nature et la portée de la protection constitutionnelle accordée par le par. 35(1) au titre aborigène reconnu en common law.

2. Dans *Adams*, ainsi que dans l'arrêt connexe *Côté*, j'ai examiné et rejeté l'argument voulant qu'une revendication visant des droits ancestraux doive aussi s'appuyer sur une revendication sous-jacente visant un titre aborigène. J'ai néanmoins conclu que le titre aborigène était une espèce distincte de droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1). Comme aucun titre aborigène n'était revendiqué dans ces pourvois antérieurs, il n'était pas nécessaire d'en dire davantage. Cependant, dans le cadre du présent pourvoi, la Cour doit examiner et élucider les conséquences de la constitutionnalisation du titre aborigène. La première conséquence a trait au contenu précis du titre aborigène, question à laquelle notre Cour n'a pas encore répondu de manière définitive, tant au regard de la common law que du par. 35(1). La deuxième est la question connexe du critère applicable pour faire la preuve du titre qui, quel que soit son contenu, est un droit foncier, et de sa relation avec la définition des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) qui a été donnée dans *Van der Peet* en fonction de la notion d'activités. La troisième est la question de savoir si le titre aborigène, en tant que droit foncier, commande une approche modifiée à l'égard du critère de justification qui d'abord a été énoncé dans *Sparrow* puis précisé dans *Gladstone*.

3. En plus du rapport entre le titre aborigène et le par. 35(1), le présent pourvoi soulève aussi un problème pratique important en matière de preuve du titre aborigène, problème généralement commun à tout litige portant sur des droits ancestraux, soit le traitement réservé par les tribunaux aux récits oraux des peuples autochtones du Canada.

Dans *Van der Peet*, j'ai conclu que les règles de la common law en matière de preuve devaient être adaptées pour tenir compte du caractère *sui generis* des droits ancestraux. Dans le présent pourvoi, notre Cour doit se demander quelle forme précise doivent prendre ces modifications.

4. Finalement, vu l'existence du titre aborigène en Colombie-Britannique, notre Cour doit examiner, dans un pourvoi incident, la question de savoir si, à compter de son entrée dans la Confédération en 1871 jusqu'à l'inscription du par. 35(1) dans la Constitution en 1982, la province de la Colombie-Britannique a eu le pouvoir d'éteindre, sur son territoire, les droits des peuples autochtones, y compris le titre aborigène. En outre, si la province n'avait pas ce pouvoir, se pose alors une autre question: est-ce que les lois provinciales d'application générale, qui seraient normalement inapplicables aux Indiens et à leurs terres, pourraient néanmoins éteindre les droits ancestraux sous l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

II. Les faits

5. En Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge en chef McEachern a présidé à 374 jours de déposition et d'argumentation. Une partie de la preuve n'était pas dans une forme familière aux tribunaux de common law et comportait notamment des récits oraux et des légendes. Un autre bloc considérable d'éléments de preuve était constitué de témoignages d'experts en généalogie, en linguistique, en archéologie, en anthropologie et en géographie.
6. La décision du juge de première instance (publié à [1991] 3 W.W.R. 97) compte près de 400 pages, auxquelles s'ajoute une autre centaine de pages d'annexes.

Même si je suis d'avis qu'il faut un nouveau procès, je crois néanmoins utile de résumer certains des faits pertinents, de manière à mettre en contexte le reste du jugement.

A. La revendication au procès

7. La présente action a été engagée par les appelants, tous des chefs héréditaires Wet'suwet'en ou Gitksan, qui, tant en leur propre nom qu'au nom de leurs «maisons», revendiquent des parties distinctes d'un territoire de 58 000 kilomètres carrés situé en Colombie-Britannique. Aux fins de la revendication, ce grand territoire a été divisé en 133 territoires distincts, revendiqués par les 71 maisons. Y sont représentés tous les Wet'suwet'en et toutes les maisons Gitksan, à l'exception de 12. Initialement, les appelants revendiquaient la «propriété» du territoire et la «compétence» sur celui-ci. (Devant notre Cour, cette revendication a changé et est devenue principalement la revendication d'un titre aborigène sur le territoire en question.) La province de la Colombie-Britannique a présenté une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicite une déclaration portant que les appelants n'ont aucun droit ou intérêt dans le territoire, ou, subsidiairement, que la cause d'action des appelants devrait être l'obtention d'une indemnité de la part du gouvernement du Canada.

B. Les Gitksan et les Wet'suwet'en

(1) La démographie

8. Les Gitksan sont un groupe d'environ 4 000 à 5 000 personnes, dont la plupart vivent maintenant dans le territoire revendiqué, c'est-à-dire de façon générale le bassin centre-nord des rivières Skeena, Nass et Babine et de leurs affluents. Les Wet'suwet'en, qui sont environ 1 500 à 2 000, habitent eux aussi de façon prédominante

le territoire revendiqué. Leur territoire est situé principalement dans le bassin de la rivière Bulkley et, en partie, dans le système hydrographique formé par les rivières Fraser et Nechako et leurs affluents. Ce territoire se trouve immédiatement à l'est et au sud de celui des Gitksan.

9. Les Gitksan et les Wet'suwet'en ne sont évidemment pas les seules personnes vivant dans le territoire revendiqué. Comme l'ont souligné tant le juge en chef McEachern en première instance (à la p. 440) que le juge Lambert en appel (à la p. 243), d'autres autochtones vivent sur ce territoire, notamment les Carrier-Sekani et les Nishga. Certains d'entre eux ont des revendications territoriales pendantes qui chevauchent en partie le territoire en cause dans la présente affaire. En outre, de nombreux non-autochtones y vivent. Le juge en chef McEachern a conclu que, au moment du procès, la population non autochtone du territoire dépassait 30 000 personnes.

(2) L'histoire

10. De nombreuses thèses ont été présentées au juge de première instance sur l'histoire des Gitksan et des Wet'suwet'en. De la preuve présentée, il a conclu que leurs ancêtres ont émigré d'Asie, probablement en passant par l'Alaska, et qu'ils se sont dispersés au sud et à l'ouest dans les régions qu'ils jugèrent habitables. Il a accepté des éléments de preuve archéologique indiquant que le territoire et ses alentours ont connu une certaine forme d'occupation humaine il y a de 3 500 à 6 000 ans et qu'il y a eu une occupation intense du site du canyon Hagwilget (près de Hazelton) il y a plus de 4 000 à 3 500 ans. Cette occupation s'est faite principalement dans des villages ou près de villages situés sur les rivières Skeena, Babine ou Bulkley, où le saumon, l'élément principal de leur régime alimentaire, était abondant. Les autres parties du territoire, autour des villages et des rivières ou entre ceux-ci, étaient utilisées pour la chasse et la

cueillette tant à des fins alimentaires que rituelles. L'étendue de ce territoire de chasse et de cueillette était largement tributaire de la disponibilité des denrées requises autour des villages. Avant le début du commerce des fourrures, les personnes qui habitaient les villages n'avaient aucune raison de s'en éloigner si ce n'était pour assurer leur subsistance.

(3) L'exploration de l'Amérique du Nord

11. L'influence européenne ne s'est vraiment fait sentir dans l'Ouest du Canada qu'à l'arrivée du capitaine Cook à Nootka, sur l'île de Vancouver, en 1778, événement qui a entraîné la chasse à la loutre de mer dans le Pacifique Nord. Cette influence a crû par suite de l'établissement du premier poste de traite de la Baie d'Hudson à l'ouest des Rocheuses (quoiqu'à l'est des territoires revendiqués) par Simon Fraser en 1805 et 1806. Le trappage des fourrures à des fins commerciales n'était pas une pratique autochtone, mais plutôt une pratique qui a été induite par le contact avec les Européens. Le juge de première instance a statué que la date approximative du contact direct entre les peuples autochtones habitant le territoire revendiqué et les Européens était 1820, après l'arrivée du commerçant William Brown et la fusion de la Baie d'Hudson et de la Compagnie du Nord-Ouest.

(4) L'organisation sociale actuelle

12. Le juge en chef McEachern a décrit l'organisation sociale actuelle des appelants. À son avis, il était nécessaire de le faire parce que [TRADUCTION] «l'un des éléments des revendications territoriales des autochtones est qu'elles reposent sur une longue utilisation ou possession collective -- plutôt qu'individuelle -- du territoire» (à la p. 147). La caractéristique fondamentale de l'organisation sociale des Gitksan et des

Wet'suwet'en est qu'ils sont divisés en clans et en maisons. Toute personne dont la mère est Gitksan ou Wet'suwet'en est d'office membre de la maison et du clan de sa mère. Il y a quatre clans Gitksan et quatre clans Wet'suwet'en, clans qui sont subdivisés en maisons. Chaque maison compte un ou plusieurs chefs héréditaires qui agissent à titre de chef titulaire et sont choisis par les aînés de leur maison, et aussi, parfois, par le grand chef des autres maisons du clan. Le clan n'a pas de grand chef, mais il y a un ordre de préséance au sein des collectivités ou des villages où une maison ou un clan prédomine.

13. Au procès, les appelants ont fondé leur revendication sur la «propriété» et l'utilisation historiques d'un ou de plusieurs des territoires. Le juge de première instance a conclu que, dans certains cas, ces faits sont marqués par des indices physiques et tangibles de l'association des individus avec les territoires visés. Il a donné comme exemples les mâts totémiques sculptés aux emblèmes ou insignes distinctifs des maisons. En outre, les maisons Gitksan ont un «adaawk», c'est-à-dire un ensemble de traditions orales sacrées au sujet de leurs ancêtres, de leur histoire et de leurs territoires. Chaque maison Wet'suwet'en possède un «kungax», c'est-à-dire un chant, une danse ou une représentation spirituelle qui les rattache à leur territoire. Ces deux éléments ont été déposés en preuve au nom des appelants (voir, plus loin, mon analyse de l'opinion du juge de première instance sur ces éléments de preuve).

14. Le signe le plus important du lien spirituel entre les différentes maisons et leur territoire est la salle des célébrations. C'est là que les Wet'suwet'en et les Gitksan disent et redisent leurs récits et identifient leurs territoires afin de se rappeler le lien sacré qu'ils entretiennent avec leurs terres. Ces célébrations ont une fin rituelle, mais elles sont aussi l'occasion de prise de décisions importantes. Le juge de première instance a également souligné que, jusqu'en 1951, le *Code criminel* interdisait les cérémonies rituelles autochtones.

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

(1) Principes généraux

15. Le juge de première instance a commencé son analyse par l'examen des décisions importantes dans le domaine: *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.), *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, et *Sparrow*, précité. Se fondant sur cette jurisprudence, il a énoncé quatre propositions de droit. Premièrement, les droits ancestraux découlent de l'occupation ou de l'utilisation, à des fins autochtones, d'un territoire précis pendant une période indéfinie ou très longue avant l'affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, les droits ancestraux sont des droits collectifs, qui consistent en des activités de subsistance et non en des droits de propriété. Troisièmement, en common law, les droits ancestraux existent selon le bon plaisir de la Couronne et ils peuvent être éteints lorsque l'intention de la Couronne de le faire est claire et expresse. C'est la Couronne impériale qui détenait ce pouvoir au cours de la période coloniale. À la Confédération, la province a obtenu le titre relatif à toutes les terres publiques situées dans la province sous réserve de tout «intérêt» des Indiens. Finalement, les droits ancestraux non éteints ne sont pas absolus. Dans les circonstances appropriées, il est possible de concilier les actes de la Couronne et les droits ancestraux. De façon générale, les droits ancestraux peuvent être réglementés par l'État, mais seulement si cette réglementation ne porte pas atteinte de manière excessive à ces droits et qu'elle vise la poursuite par l'État d'objectifs légitimes

qui peuvent être honorablement justifiés. En outre, lorsqu'il régleme des activités, le gouvernement doit tenir compte du degré de priorité approprié qui doit être accordé à l'exercice de droits ancestraux sur l'exercice d'autres activités concurrentes et incompatibles.

16. Le juge en chef McEachern a divisé son analyse des revendications des appelants en trois parties: (1) la compétence sur le territoire; (2) la propriété du territoire; (3) (subsidiatement) les droits ancestraux particuliers visant le territoire. Dans leur revendication de la propriété, les appelants ont affirmé qu'ils avaient [TRADUCTION] «le droit absolu à la possession et à l'occupation des différents territoires» revendiqués (à la p. 126). Le juge de première instance a considéré que la revendication relative à la compétence visait la compétence sur le territoire et sur les personnes l'habitant, et qu'elle équivalait à la souveraineté autochtone, c'est-à-dire au droit de [TRADUCTION] «gouverner le territoire, libre de tout contrôle provincial sur les diverses questions où leurs règles de droit entrent en conflit avec le droit d'application générale» (à la p. 128). Bien que, en première instance, la revendication ait été présentée par chacun des chefs, en son propre nom et au nom des membres de sa maison, le juge de première instance a conclu que, vu la nature collective des droits ancestraux, tout jugement doit être prononcé au bénéfice des Gitksan et des Wet'suwet'en en général.

(2) La propriété autochtone

17. Le juge en chef McEachern est parti de la proposition -- au soutien de laquelle il a cité l'arrêt *St. Catharines Milling* -- que les droits ancestraux ne sont pas, par nature, des droits de propriété, mais plutôt des droits «personnels et usufruitaires», tributaires du bon vouloir du souverain. Il était convaincu que, au moment de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les ancêtres des appelants vivaient

dans leurs villages en bordure des grandes rivières, dans une forme de société communautaire. Il était convaincu qu'ils occupaient et possédaient des sites de pêche et les terres adjacentes, comme leurs ancêtres l'avaient fait pour y chasser et y cueillir ce dont ils avaient besoin pour assurer leur subsistance. Cependant, il n'était pas convaincu qu'ils étaient propriétaires de l'ensemble du territoire, dans quelque sens qui serait reconnu par le droit.

18. Les demandeurs ont fait valoir plusieurs revendications particulières visant des utilisations qu'ils faisaient du territoire avant l'affirmation de la souveraineté. Le juge de première instance a conclu que les ancêtres des appelants vivaient à l'intérieur du territoire, mais principalement dans le site des villages. Il a accepté, à la p. 372, qu'ils récoltaient les ressources du territoire, mais que la preuve étayait seulement l'existence de [TRADUCTION] «pratiques rationnelles de subsistance [. . .] tout à fait compatibles avec une simple occupation à des fins de subsistance». Il n'était pas convaincu qu'il existait quelque système de gestion ou de coutume uniforme visant les terres situées à l'extérieur des villages. Il a refusé de reconnaître que les croyances spirituelles respectées au sein du territoire étaient nécessairement communes à tous les autochtones et qu'elles constituaient des pratiques universelles. Il n'était pas convaincu que les institutions actuelles de la société des demandeurs étaient celles de leurs ancêtres. Il a plutôt conclu, à la p. 373, qu'[TRADUCTION] «il est plus vraisemblable qu'ils agissaient ainsi par instinct de survivance». Il a affirmé que, compte tenu des nombreuses intrusions d'autres peuples dans le territoire, on n'avait pas fait la preuve du maintien et de la protection de frontières. Les récits oraux, les mâts totémiques et les emblèmes n'étaient pas des éléments suffisamment fiables ou spécifiques à un site pour permettre aux demandeurs de s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombait. Même si le juge en chef McEachern a reconnu l'importance sociale de la pratique des célébrations et son évolution depuis ses premières manifestations, il n'a pas accepté le rôle qu'on lui

attribuait dans la gestion et l'attribution des terres, particulièrement après le début du commerce des fourrures. Le juge en chef McEachern a conclu ainsi, à la p. 383: [TRADUCTION] «je ne peux inférer de la preuve que les Indiens possédaient ou contrôlaient une partie quelconque du territoire, à l'exception du site des villages, et qu'ils l'utilisaient d'une manière qui justifierait une déclaration équivalente au droit de propriété».

19. Même s'il était d'avis que les villages et leurs environs immédiats avait pu avoir un statut différent de celui du territoire pris dans son ensemble, ils étaient déjà constitués principalement de terres de réserve. Par conséquent, il n'était pas nécessaire d'examiner la question des droits des Gitksan et des Wet'suwet'en sur ces terres. De plus, s'il y avait des territoires de chasse qui n'étaient pas compris dans les limites de ces terres, le juge en chef McEachern était d'avis qu'il n'avait pas compétence pour élargir leurs limites.

(3) La souveraineté autochtone

20. Le juge en chef McEachern a considéré la revendication des appelants relative à la «compétence» comme étant la revendication du pouvoir de gouverner les territoires en question, notamment le droit d'appliquer les règles de droit autochtones existantes ainsi que le droit d'en adopter de nouvelles et de les faire respecter, selon ce qui est requis pour la gouverne des individus et leur territoire. De façon plus particulière, cela emporterait le droit d'écarter l'application des lois de la Colombie-Britannique en cas de conflit. Le juge en chef a rejeté la revendication par les appelants du droit à l'autonomie gouvernementale, fondant sa décision à la fois sur la souveraineté de la Couronne en common law et sur la rareté relative, selon lui, de preuves de l'existence d'une structure gouvernementale établie. Il a d'abord affirmé, à

la p. 386, que, lorsque la Colombie-Britannique a été unie au Canada, [TRADUCTION] «toutes les compétences législatives ont été réparties entre le Canada et la province, et il n'y avait aucune place pour quelque compétence ou souveraineté autochtone qui serait reconnue par le droit ou les tribunaux». Deuxièmement, il a qualifié le système juridique des Gitksan et des Wet'suwet'en, à la p. 379, d'[TRADUCTION] «ensemble de coutumes des plus incertaines et extrêmement souples qui, fréquemment, ne sont pas suivies par les Indiens eux-mêmes». Il a ajouté ceci, aux pp. 379 et 380:

[TRADUCTION] On m'a fait état de nombreux cas où des chefs en vue ne se sont pas conformés à ces règles, par exemple en faisant du piégeage ou en coupant du bois sur le territoire d'un autre chef, quoiqu'il semblait toujours y avoir une exception autochtone qui rendait licite presque toute dérogation aux règles autochtones. Selon moi, ces règles sont si souples et incertaines qu'elles ne peuvent être qualifiées de règles de droit.

En raison de la souplesse et de l'incertitude des coutumes et des règles, le juge en chef McEachern a rejeté la revendication de compétence ou de souveraineté sur les territoires visés qu'ont présentée les appelants.

(4) Les droits ancestraux

21. Après avoir rejeté la revendication des appelants relative à la propriété des territoires en cause et à la compétence sur ceux-ci, le juge en chef McEachern a ensuite examiné la possibilité que les appelants possèdent néanmoins des droits ancestraux pouvant y être exercés. Il a énoncé, à la p. 388, les quatre parties du critère établi dans *Baker Lake*, précité, pour la reconnaissance d'un droit ancestral:

[TRADUCTION] 1. Il faut que (les demandeurs) et leurs ancêtres aient été membres d'une société organisée;

2. que cette société organisée ait occupé le territoire particulier à l'égard duquel ses membres revendiquent un titre aborigène;
3. que cette occupation ait été à l'exclusion d'autres sociétés organisées;
4. que l'occupation ait été un fait établi au moment de l'affirmation de la souveraineté par l'Angleterre.

Le juge en chef McEachern a souligné qu'on avait satisfait à l'exigence concernant l'existence d'une société organisée, même s'il ne croyait pas que les ancêtres des appelants avaient des institutions et se gouvernaient eux-mêmes. Cependant, il a statué qu'aucun degré particulier de raffinement ne devrait être requis pour satisfaire à cette exigence. Il a ensuite affirmé qu'il y avait des éléments de preuve indiquant que les ancêtres des demandeurs avaient occupé des lieux précis dans le territoire (les villages) et qu'ils avaient utilisé les terres environnantes. Même si la preuve indiquait que les Gitksan et les Wet'suwet'en n'auraient pas été capables d'interdire leur territoire aux envahisseurs ou aux commerçants, aucune autre société organisée ne s'était établie avec quelque permanence que ce soit dans les principaux emplacements. De plus, au début de la partie de ses motifs sur ce point, le juge a souligné qu'il était incertain en ce qui concerne cette exigence d'exclusivité.

22. Les activités qui devaient être protégées se limitaient à celles qui étaient exercées au moment du contact avec les Européens ou au moment où l'influence de ceux-ci s'est fait sentir et qui étaient encore exercées au moment de l'affirmation de la souveraineté. Ces activités comprenaient effectivement: [TRADUCTION] «toutes les pratiques de subsistance ainsi que les activités de récolte des produits des terres et des eaux du territoire que je vais définir, qu'ils suivaient et exerçaient -- avant d'être exposés à la civilisation européenne (ou avant l'affirmation de la souveraineté) -- à des fins de subsistance ou de survie» (à la p. 391). Ceci ne comprenait pas le trappage en vue du commerce des fourrures ou d'autres entreprises commerciales fondées sur l'exploitation

du territoire. Le juge en chef McEachern a finalement conclu, à la p. 395, que [TRADUCTION] «les demandeurs ont établi qu'il était satisfait, à la date de l'affirmation de la souveraineté britannique, aux exigences relatives à la résidence continue dans leurs villages et à l'existence de droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance non exclusifs sur [certaines] parties du territoire».

(5) L'extinction des droits et les obligations de fiduciaire

23. Le juge en chef McEachern a commencé en énonçant, aux pp. 396 et 397, la proposition suivant laquelle le droit [TRADUCTION] «n'a jamais reconnu que la colonisation de nouvelles terres était subordonnée au consentement des Indiens». L'existence de tous les droits ancestraux dépendait du bon plaisir de la Couronne et ces droits pouvaient être éteints par un acte unilatéral de cette dernière. Il a accepté l'application du critère de l'intention «claire et expresse» pour statuer sur la question de l'extinction, mais il s'est dit d'avis qu'il n'est pas nécessaire que l'intention ait été expresse ni même qu'on mentionne les droits ancestraux, si cette intention peut être dégagée par implication nécessaire. Un exemple d'une telle extinction implicite serait un acte de concession en fief simple au bénéfice d'un tiers ou l'octroi d'un bail, d'une licence, d'un permis ou de quelque autre forme de tenure incompatible avec le maintien d'un droit ancestral.

24. Le juge en chef McEachern a conclu que tout droit ancestral au territoire avait été éteint. Cette extinction était le résultat de certains textes de loi coloniaux qui démontraient l'intention de gérer les terres publiques d'une façon incompatible avec le maintien des droits ancestraux. Il a déclaré, à la p. 411, que [TRADUCTION] «la Couronne, pleinement consciente de la situation locale, avait pleinement eu l'intention d'établir une colonie et d'accorder des titres et tenures qui ne soient grevés d'aucun droit

ancestral». On entendait clairement que ceux qui se voyaient accorder des concessions par l'État à l'époque coloniale les reçoivent libres de toute charge dont seraient titulaires les autochtones. En outre, cette intention d'extinction s'appliquait non seulement aux terres qui, de fait, avaient été cédées à des tiers, mais également à toutes les terres publiques en Colombie-Britannique. Cependant, il convient de souligner que le juge a pris soin de distinguer entre les droits fonciers et les droits de pêche. Étant donné que le juge en chef McEachern était d'avis que tout titre aborigène sur les territoires en question avait été éteint pendant l'époque coloniale, il ne lui était pas nécessaire de se demander si la province avait le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux après la Confédération.

25. Nonobstant l'extinction complète de tous les droits ancestraux sur le territoire, le juge en chef McEachern a conclu, à la p. 417, que la Couronne avait l'obligation de fiduciaire de continuer de permettre aux autochtones d'utiliser, à des fins licites, les terres publiques inoccupées jusqu'à ce que le territoire en question [TRADUCTION] «soit affecté à une autre fin». Il ne s'agit pas d'un «droit» ancestral auquel l'art. 35 peut être appliqué, puisque tous ces «droits» au territoire ont été éteints. Toutefois, le juge en chef a statué que, dans les cas où la Couronne éteint un droit ancestral, et fait en même temps une promesse au sujet de l'utilisation de terres publiques, cela a pour effet de créer une obligation de fiduciaire au même titre que si les autochtones concernés avaient cédé le territoire à la Couronne. Dans la formulation de lignes directrices concernant l'application de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, le juge en chef McEachern a clairement indiqué que celle-ci doit être libre de gérer les ressources de la province au mieux des intérêts tant des autochtones que des non-autochtones de la province. Cependant, les autorités étatiques devraient toujours avoir [TRADUCTION] «bien à l'esprit les droits ancestraux des demandeurs» (à la p. 423)

lorsqu'elles élaborent des politiques relatives au territoire, en plus de veiller à ce que les activités exercées par les autochtones sur le territoire ne soient pas trop perturbées.

(6) Les dommages-intérêts

26. Comme les demandeurs n'ont pas réussi à établir la violation de droits existants -- propriété, compétence ou droits ancestraux -- le juge en chef McEachern a rejeté leur demande en dommages-intérêts fondée sur l'appropriation illicite de leur territoire.

(7) Les terres visées par des droits ancestraux au moment de l'affirmation de la souveraineté

27. Le juge en chef McEachern a estimé nécessaire de tracer les limites des terres qui étaient visées par des droits ancestraux au moment de l'affirmation de la souveraineté, au cas où il aurait tort de conclure à l'extinction de ces droits. Il a examiné la preuve déposée au sujet des limites externes et internes du territoire. Il y a constaté de nombreuses incohérences et, de façon générale, ne l'a pas jugée fiable. Il a rejeté les limites tracées par les appelants.
28. Néanmoins comme il avait statué que les Gitksan et les Wet'suwet'en possédaient des droits ancestraux les autorisant à exploiter à des fins de subsistance certaines parties du territoire, il se devait d'en tracer les limites. Après avoir exposé trois possibilités, il a finalement retenu la [TRADUCTION] «carte 5» (à la p. 400). Ce tracé reconnaissait que les ancêtres des demandeurs utilisaient vraisemblablement des régions plus éloignées dans le territoire. Toutefois, le juge en chef McEachern n'était pas convaincu qu'une telle utilisation avait été faite dans les parties situées à l'extrême nord

et à l'extrême sud du territoire. Le tracé de la limite nord passait par le centre de la rivière Skeena, et ajoutait une aire de 20 milles du côté nord de la rivière. Le tracé de la limite sud suivait certaines limites internes, mais excluait plusieurs territoires Wet'suwet'en au sud. Le juge en chef McEachern a retenu cette solution parce qu'il en résultait une moins grande injustice pour les Wet'suwet'en, qui vivaient de façon plus dispersée et en moins grande concentration près des rivières. Il a cependant éliminé les parties nord et sud du territoire revendiqué parce qu'il n'était pas certain de la présence des Gitksan ou des Wet'suwet'en dans les parties situées au nord ou au sud des limites qu'il avait tracées.

(8) Les autres questions

29. Le juge en chef McEachern a conclu ses motifs en rejetant l'argument avancé par la province que les droits ancestraux des demandeurs à l'égard de certaines terres avaient été abandonnés. Il était d'avis que les tribunaux ne devaient pas s'empresser de conclure à l'abandon de terres par les autochtones. Il ne pouvait pas dire avec certitude quelles terres devraient être considérées comme abandonnées, et lesquelles ne devraient pas l'être, même s'il y avait clairement un déclin dans l'utilisation de certaines terres par les autochtones. Il a aussi souligné qu'il incombait à la province de prouver l'abandon et qu'elle ne s'était pas acquittée de cette charge. Il a aussi rejeté l'argument que les demandeurs avaient renoncé à leurs droits en acceptant et en utilisant les réserves, et en se conformant aux lois générales de la province. L'obligation de la Couronne d'agir honorablement interdisait à la province de s'appuyer sur ce moyen de défense.

(9) L'ordonnance finale

30. En définitive, le juge en chef McEachern a rejeté l'action contre le Canada, il a rejeté les revendications, par les demandeurs, de la propriété du territoire, de la compétence sur celui-ci ou de droits ancestraux à son égard, il a accordé une déclaration portant que les demandeurs avaient le droit d'utiliser toute terre inoccupée ou vacante, sous réserve du respect des lois d'application générales de la province, il a rejeté la demande de dommages-intérêts et, enfin, il a rejeté la demande reconventionnelle de la province. Il n'a rendu aucune ordonnance concernant les dépens.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

(1) La décision du juge Macfarlane (à laquelle le juge Taggart a souscrit)

31. Le juge Macfarlane a énoncé les propositions de droit suivantes qui, a-t-il indiqué, étaient les éléments de départ qu'il avait dégagés des arrêts *Baker Lake*, *Calder*, *Guerin*, *Sparrow* et *Mabo c. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1 (H.C.), en vue de l'analyse des droits fonciers ancestraux. Premièrement, ces droits découlent de la possession et de l'occupation historiques par les peuples autochtones de terres tribales. Deuxièmement, ils découlent de l'application de la common law et ne dépendent pas d'une concession de la Couronne. Troisièmement, ils ne sont pas absolus mais sujets à réglementation et à extinction. Quatrièmement, ce sont des droits collectifs *sui generis*. Cinquièmement, ils ne peuvent être aliénés qu'en faveur de la Couronne. Finalement, ils sont liés à des activités autochtones qui faisaient partie intégrante de la vie traditionnelle indienne avant l'affirmation de la souveraineté.

a) *Les droits de propriété*

32. Examinant la revendication par les appelants de la propriété du territoire, le juge Macfarlane a convenu qu'un droit d'occupation exclusif du territoire est requis pour étayer la revendication d'un droit analogue à la propriété. Il a souligné que l'utilisation du terme «propriété» (que les demandeurs ont utilisé dans leurs actes de procédure) était malheureux, étant donné que l'arrêt *Guerin* avait précisément établi que le droit des autochtones n'équivaut pas au droit de propriété à titre bénéficiaire. À son avis, le juge de première instance a bien appliqué le droit en ce qui concerne la revendication par les demandeurs de la propriété du territoire. De même, il n'a trouvé aucun fondement à la contestation par les appelants des conclusions de fait tirées par le juge de première instance sur un certain nombre de points. Même si certains éléments de preuve soulevaient des interrogations, il a conclu que les questions en litige nécessitaient une interprétation globale de la preuve et qu'il ne convenait pas que la cour intervienne et substitue ses opinions à celles du juge de première instance. En conséquence, il n'a pas modifié la conclusion de ce dernier quant à la propriété du territoire, ni sa conclusion que tout intérêt que possèdent les appelants dans le territoire n'est pas un droit de propriété.

b) *Le droit des autochtones d'assurer leur subsistance*

33. Le juge Macfarlane a examiné les conclusions du juge de première instance quant au droit des autochtones d'assurer leur subsistance. Il a souligné que l'erreur que le juge en chef McEachern a commise en exigeant la preuve d'une [TRADUCTION] «durée» -- savoir une longue période avant le contact avec les Européens -- pour établir l'existence des droits n'avait pas d'effet sur son opinion quant aux limites territoriales du droit. Il était d'accord avec la façon dont le juge de première instance avait appliqué le critère énoncé dans *Baker Lake*. En particulier, il était d'avis que la question

importante était de savoir si les pratiques faisaient partie intégrante de la vie sociale des autochtones ou si elles étaient seulement le résultat des influences européennes. Le juge Macfarlane a conclu qu'il ne convenait pas qu'il intervienne et substitue son point de vue à celui du juge de première instance quant au poids à accorder à la preuve. Par conséquent, si les appelants obtenaient gain de cause en appel sur la question de l'extinction, ils avaient le droit d'assurer leur subsistance dans le territoire délimité par le juge en chef McEachern sur la carte 5.

c) *La compétence*

34. Le juge Macfarlane s'est dit essentiellement d'accord avec l'analyse du juge de première instance relativement à la question de la compétence ou souveraineté. Il a dit que l'on revendiquait le droit de contrôler et de gérer l'utilisation des terres et des ressources du territoire, ainsi que le droit de gouverner la population y habitant, d'une manière pouvant aller jusqu'à l'exclusion des lois d'application générale en vigueur dans la province. Il a affirmé que les Gitksan et les Wet'suwet'en n'ont pas besoin d'une déclaration de la cour autorisant l'autoréglementation interne, s'ils consentent à être gouvernés. Cependant, les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, y compris le pouvoir de faire des lois générales régissant les terres, les ressources et la population du territoire, sont des pouvoirs législatifs qui ne peuvent être accordés par les tribunaux. Une telle compétence est incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1867* et le partage des pouvoirs qu'elle établit. Lorsque la Couronne a imposé le droit anglais à tous les habitants de la colonie et lorsque la Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération, les autochtones sont devenus assujettis aux pouvoirs législatifs du Canada (et de la province). Pour ce motif, la revendication relative à la compétence a été rejetée.

d) *L'extinction*

35. Le juge Macfarlane a d'abord indiqué que la conclusion de traités est la façon la plus souhaitable de résoudre les questions relatives aux terres autochtones. Cependant, il a souligné que, avant 1982, les droits des peuples autochtones pouvaient être éteints par acte unilatéral du souverain, sans leur consentement. L'intention d'éteindre un droit doit être claire et expresse. Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire que l'intention soit exprimée en termes exprès, l'honneur de la Couronne exige que ses intentions ressortent de façon expresse ou par implication inéluctable. Une implication inéluctable n'est pas facile à trouver -- elle n'existe que lorsque l'interprétation de l'instrument ne permet aucun autre résultat. Ce résultat dépend pour sa part de la nature de l'intérêt autochtone en jeu et de la concession contestée.

36. Le juge Macfarlane n'était pas d'accord avec le juge de première instance que les instruments coloniaux manifestaient l'intention claire et expresse requise pour éteindre tous les droits fonciers des autochtones. Les instruments coloniaux en question visaient à faciliter la colonisation ordonnée de la province et à donner à la Couronne le pouvoir d'octroyer des concessions aux tiers. La lecture des textes législatifs n'amène pas inévitablement à conclure qu'il ne fallait pas tenir compte des droits des autochtones. Ces textes ne faisaient pas obstacle à la possibilité de conclure des traités ou à la coexistence des droits des autochtones et de ceux de la Couronne. De la même façon, même un acte de concession en fief simple à un tiers n'écarte pas nécessairement l'utilisation par les autochtones du territoire visé. Par exemple, le fait qu'une terre non cultivée et inoccupée soit détenue en fief simple n'exclut pas nécessairement l'exercice de droits de chasse. En outre, il est clair que, en common law, deux intérêts ou plus qui sont inférieurs au fief simple peuvent coexister. Cependant, comme le dossier n'était pas suffisamment précis pour permettre l'analyse détaillée de ces questions, le juge

Macfarlane a suggéré qu'elles fassent l'objet de négociations. Il a conclu que la question de savoir si une concession donnée entraînait l'extinction de certains droits devait être tranchée au cas par cas.

37. Le juge Macfarlane a examiné le pouvoir constitutionnel de la province d'éteindre des droits ancestraux après 1871, et, en particulier, la question de savoir si une loi provinciale valide pouvait éteindre de façon incidente des droits fonciers ancestraux. Après 1871, la compétence exclusive de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» a été attribuée au gouvernement fédéral par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une loi provinciale valide peut s'appliquer aux Indiens s'il s'agit d'une loi d'application générale et non d'une loi touchant leur quiddité indienne ou indianité, leur statut ou leurs valeurs fondamentales (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309). Cependant, la proposition suivant laquelle les lois provinciales pourraient éteindre un titre indien de manière incidente doit être examinée à la lumière de la compétence du fédéral sur les questions indiennes et en tenant compte du point de vue des autochtones. Les terres traditionnelles des Indiens font partie intégrante de leur mode de vie traditionnel et de la façon dont ils se définissent. Si une loi provinciale avait pour effet de dépouiller les autochtones du droit d'utiliser et d'occuper leurs terres traditionnelles, il s'agirait d'une intrusion inadmissible dans un champ de compétence fédéral, étant donné qu'une telle loi [TRADUCTION] «empiéterait sur l'essentiel de l'objet du par. 91(24)» (à la p. 169). Par conséquent, le juge Macfarlane a conclu que les législatures provinciales n'ont pas, en vertu de la Constitution, compétence pour éteindre les droits ancestraux reconnus par la common law. En outre, seul le gouvernement fédéral peut éteindre des droits par possession adversative. De même, l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* n'a été d'aucun secours pour la province. Les lois d'application générale

qui ne touchent pas le «fondement même de la quiddité indienne» s'appliquent d'elles-mêmes. Au contraire, celles qui touchent à ce fondement s'appuient sur l'art. 88, qui les incorpore par renvoi au droit fédéral. Pour que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* accorde à la province le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux, il faudrait trouver dans son texte une intention claire et expresse à cet égard. Comme on ne trouve une telle intention ni dans l'art. 88 en particulier, ni dans la *Loi sur les Indiens* en général, cet article ne peut autoriser d'extinction pure et simple. Il peut cependant autoriser la réglementation par les provinces des droits ancestraux et des atteintes à ces droits. Évidemment, l'application d'une telle réglementation est maintenant assujettie à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

e) *La réparation accordée*

38. Le juge Macfarlane a prononcé une déclaration portant que les droits ancestraux des demandeurs n'avaient pas tous été éteints par les instruments coloniaux édictés avant l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération en 1871. Il a aussi prononcé une déclaration portant que les appelants possèdent des droits ancestraux non éteints et non exclusifs, auparavant protégés par la common law et qui le sont maintenant par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces droits, qui ne sont ni la propriété ni des droits de propriété, existent à l'intérieur du territoire délimité sur la carte 5. Leurs caractéristiques peuvent varier en fonction du contexte où ils sont invoqués, et ils dépendent des faits propres à chaque affaire.

39. Le juge Macfarlane n'a pas prononcé de déclaration relativement à la compétence sur les terres, les ressources ou la population du territoire, laissant ces questions à la négociation. Il n'a pas modifié non plus la décision du juge de première instance rejetant la demande en dommages-intérêts. Il a souligné que les parties

désiraient négocier l'emplacement, la portée, les conséquences et le contenu précis des droits ancestraux qui, de conclure le juge de première instance, peuvent être exercés dans cette partie du territoire dont les limites approximatives sont indiquées sur la carte 5. Cependant, aucune ordonnance de la cour n'était nécessaire pour permettre aux parties d'engager de telles négociations.

40. Finalement, le juge Macfarlane a affirmé qu'il ne donnerait pas effet aux déclarations subsidiaires demandées par la province quant à sa prétention que des droits ancestraux avaient été éteints par suite de la concession, de 1871 à 1982, de fiefs simples et d'intérêts inférieurs au fief simple. La province n'avait plus, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux. Cependant, certaines lois provinciales relatives aux terres et aux ressources et affectant les droits ancestraux peuvent produire leurs effets à titre de lois fédérales par application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'effet de la concession de fiefs simples ou d'intérêts inférieurs sur les droits ancestraux en cause aurait nécessité une analyse approfondie que ni le dossier, ni les observations présentées ne permettaient d'effectuer. Le juge Macfarlane n'a rendu aucune ordonnance concernant les dépens, adoptant les motifs du juge de première instance.

(2) Le juge Wallace (opinion concordante)

a) *La portée de l'examen en appel*

41. Le juge Wallace s'est penché sur les principes à suivre dans le cadre de l'examen, en appel, des conclusions de fait du juge de première instance. Une cour d'appel ne devrait pas conclure que le juge de première instance a fait erreur sur les aspects des conclusions de fait qui se rattachent à la question de la crédibilité ou de la valeur probante d'un témoignage que s'il est établi que le juge de première instance a

commis une [TRADUCTION] «erreur manifeste et dominante» ayant influé sur son appréciation des faits substantiels. Une telle erreur existe dans les trois cas suivants: premièrement, lorsqu'il peut être démontré qu'une conclusion de fait importante tirée par le juge de première instance ne s'appuie sur aucune preuve; deuxièmement, lorsque le juge de première instance a omis à tort de tenir compte d'éléments de preuve admissibles qui étaient pertinents et substantiels relativement à la question dont était saisi le tribunal; troisièmement, lorsque la conclusion de fait du juge de première instance ne peut être qualifiée de raisonnable. La cour d'appel qui infirme la décision du juge de première instance en raison d'une «erreur manifeste et dominante» doit indiquer de façon précise l'erreur qui a été commise et dire pourquoi la nature de cette erreur justifie l'infirmer de la conclusion de fait du juge de première instance. Le juge Wallace a statué que ces principes s'appliquaient à la détermination par le juge de première instance de la nature et de la portée territoriale des activités autochtones, à la question du contrôle du territoire et de la compétence sur celui-ci et au poids à accorder aux divers témoignages.

b) *Les principes généraux*

42. Le juge Wallace a affirmé que les droits ancestraux d'occupation et d'utilisation tirent leur origine de l'occupation et de l'utilisation historiques par les Indiens de leurs terres tribales, et que ces droits sont reconnus par la common law. Contrairement au juge de première instance, il a reconnu que ces droits peuvent ressembler à un titre de propriété, qu'ils ne sont pas sans similitudes avec ceux reconnus dans les systèmes occidentaux de droit des biens et qu'ils peuvent se limiter à certaines utilisations du territoire. Il a énoncé les exigences à satisfaire pour démontrer l'existence de droits ancestraux, s'écartant du critère établi dans *Baker Lake* qu'avait utilisé le juge de première instance. Dans sa formulation du critère, le juge Wallace a indiqué que les pratiques sous-tendant les droits en question devaient faire partie intégrante de la société

ou culture traditionnelle distinctive des demandeurs. Il a en outre dissipé de la façon suivante l'incertitude du juge de première instance quant à l'exigence d'exclusivité: si les demandeurs revendiquent une occupation et une utilisation exclusives, l'occupation traditionnelle doit avoir été à l'exclusion d'autres sociétés organisées.

c) *Droit de propriété ancestral*

43. Le juge Wallace a considéré que les conclusions du juge de première instance au sujet de la nature et de la portée de l'intérêt des appelants dans le territoire étaient raisonnablement étayées. La norme d'occupation exigée pour appuyer la revendication de la propriété dépendait de la nature de l'intérêt en cause. Les appelants revendiquaient la gestion des terres et des ressources naturelles. Cela suppose la possession et le contrôle exclusifs du territoire et exige que les appelants fassent la démonstration d'une possession exclusive. Comme ils n'y sont pas parvenus, il a conclu que le juge de première instance avait eu raison de rejeter leur revendication du droit de propriété.

d) *Droits ancestraux d'occupation et d'utilisation des terres traditionnelles*

44. Même si la revendication des appelants était qualifiée de revendication du titre aborigène, plutôt que de revendication du droit de propriété, le juge Wallace a souscrit aux critères appliqués par le juge de première instance: l'occupation d'un territoire précis, l'exclusion des autres sociétés organisées, l'occupation au moment de l'affirmation de la souveraineté des Britanniques et l'existence de pratiques autochtones de longue date. Appliquant ces principes aux conclusions de fait du juge de première instance, le juge Wallace a statué que les appelants n'avaient pas établi que le juge avait commis une erreur manifeste ou dominante en concluant que les droits des appelants

n'étaient pas exclusifs et qu'ils se limitaient à des droits d'utilisation. Toutefois, il était d'avis que la cour n'était pas en mesure d'exprimer une opinion quant à la portée territoriale précise de ces droits.

e) *Droit ancestral à la compétence ou l'autonomie gouvernementale*

45. Le juge Wallace a convenu que la revendication relative à la «compétence» visait une forme indéterminée de gouvernement sur les terres et la population du territoire, qui aurait prépondérance sur les lois provinciales en cas de conflit. Le juge Wallace a conclu, à la p. 225, que cette revendication était [TRADUCTION] «incompatible avec tous les principes touchant la souveraineté parlementaire dont était investi le parlement impérial en 1846». Qui plus est, à l'entrée de la Colombie-Britannique dans le Canada en 1871, le pouvoir législatif avait été réparti de manière exhaustive entre la province et le gouvernement fédéral. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne pouvait faire renaître et protéger quelque droit à la souveraineté qu'avaient pu avoir les Gitksan et les Wet'suwet'en.

f) *L'extinction*

46. Le juge Wallace a souscrit à la décision du juge Macfarlane sur cette question. Il a exposé le critère applicable (celui de l'«intention claire et expresse») et a décidé que les droits d'utilisation et d'occupation examinés précédemment n'avaient pas été éteints.

g) *Les autres questions*

47. Le juge Wallace a convenu que la demande en dommages-intérêts des appelants devait être rejetée, sans toutefois décider si des dommages-intérêts pourraient être payables pour atteinte fautive aux droits ancestraux non exclusifs des Gitksan et les Wet'suwet'en sur le territoire. Il a aussi examiné la demande des appelants que l'appel soit ajourné en partie pendant deux ans, période au cours de laquelle les parties tenteraient de négocier un accord sur les paramètres géographiques du territoire revendiqué. La cour conserverait compétence pour trancher les questions en litige ou les renvoyer au tribunal de première instance si les parties ne parvenaient pas à s'entendre pendant ces deux ans. Toutefois, il a souligné que le rôle de la Cour d'appel n'est pas de façonner sa décision afin de faciliter les négociations. La Cour d'appel n'a d'autre rôle que celui de statuer sur l'existence juridique des droits revendiqués au vu du dossier de première instance.

(3) Le juge Lambert (dissident)

a) *Les principes généraux*

48. Le juge Lambert a longuement examiné les arrêts clés en matière de droits ancestraux en Colombie-Britannique. Il a énoncé un certain nombre de conclusions. Il a reconnu que le titre aborigène et les droits ancestraux avaient un caractère *sui generis* et que ces notions n'étaient pas faciles à expliquer par l'analyse juridique occidentale ordinaire ou par les concepts de common law. Il a souligné que le titre aborigène est une forme de droit ancestral et qu'il est donc protégé par l'art. 35. Tous ces droits découlent des coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des autochtones visés et qui faisaient partie du tissu social de la société autochtone au

moment de l'arrivée des premiers Européens. À partir du moment du contact avec les Européens jusqu'à l'affirmation de la souveraineté, ces droits ont coexisté avec ceux reconnus aux colons par la common law. Par la suite, les droits ancestraux qui ont continué de faire partie du tissu social de la société autochtone étaient protégés par leurs propres institutions internes et par la common law.

49. Le juge Lambert a estimé que les droits ancestraux n'ont pas été figés au moment du contact avec les Européens, mais qu'il faut plutôt permettre à ces droits de garder leur pertinence dans le monde actuel eu égard aux besoins de leurs titulaires, besoins qui changent à mesure qu'évolue l'ensemble de la société. Ces droits peuvent être soit individuels soit collectifs, selon la façon dont les autochtones les ont traités et les traitent. En outre, ils ne découlent pas de pratiques autochtones immémoriales. Ils viennent plutôt, selon la doctrine de la continuité, des coutumes, pratiques et traditions des autochtones.

50. Des droits ancestraux ne sont pas abrogés parce qu'il est possible que des droits similaires soient détenus par des non-autochtones, ni parce que leurs titulaires participent à l'économie salariale ou monétaire. Le droit d'occuper, de posséder, d'utiliser un territoire et d'en jouir à l'exclusion d'autrui ne signifie pas que ce droit doit se limiter aux activités pratiquées en 1846, ou que son exercice requière la renonciation au monde contemporain.

b) *L'extinction*

51. Le juge Lambert a examiné le critère établi dans l'arrêt *Calder* à l'égard de l'extinction et il a expressément rejeté l'opinion du juge Judson. Pour ce faire, il s'est appuyé sur la manière dont cette question a été traitée dans *Sparrow*. Relativement à

l'extinction implicite, il a affirmé qu'on ne conclura à l'existence d'une telle situation que dans les cas où il est impossible de tirer quelque autre conclusion de l'instrument ou de la conduite en cause. Il ne peut y avoir extinction par possession adversative. En cas d'incompatibilité entre une concession accordée par l'État et un titre aborigène, le titre ne devrait pas nécessairement disparaître en l'absence d'une intention claire et expresse de l'éteindre. De toute façon, ni concession ni quelque autre intérêt visant le territoire en cause n'ont été accordés avant 1871 et, après cette date, la législature de la Colombie-Britannique n'avait pas le pouvoir de légiférer à des fins d'extinction, par possession adversative ou autrement. Le juge Lambert a reconnu à la p. 312 que, en raison du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la doctrine de l'exclusivité des compétences, la législation provinciale ne pouvait affecter les [TRADUCTION] «Indiens dans leur indianité», y compris leurs droits ancestraux, étant donné que ces droits font partie intégrante de la culture autochtone. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* ne change rien à cette situation.

52. Le juge Lambert a appliqué les mêmes principes à la question de savoir si le droit à l'autonomie gouvernementale avait été éteint. Ni l'affirmation de la souveraineté ni les textes de loi coloniaux mentionnés par le juge de première instance n'ont suffi pour éteindre les droits ancestraux dans le territoire revendiqué. Il n'a vu aucune incompatibilité entre les affirmations selon lesquelles l'État est propriétaire des terres de la province et la notion que le titre aborigène constituait une charge grevant le titre absolu de l'État. En outre, il n'y avait aucune [TRADUCTION] «inférence inéluctable» que les textes de lois coloniaux visaient l'extinction des droits ancestraux. Si cela avait été le cas, les autochtones seraient automatiquement devenus des intrus sur toute terre qui ne leur était pas réservée dès que l'État en acquerrait le titre. Finalement, la preuve indiquant que les autochtones du nord de la Colombie-Britannique ont cédé

leur titre aux termes du Traité n° 8 suggérait également qu'ils avaient des droits de cette nature à céder.

c) *Les conclusions de fait en première instance*

53. Le juge Lambert a examiné les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et a fait un certain nombre d'observations générales. Premièrement, si une conclusion de fait est nécessaire pour rendre décision dans une affaire, une plus grande retenue devrait être manifestée à son égard qu'à l'endroit de celles qui sont simplement tirées dans le cours de la décision ou pour quelque raison incidente. Deuxièmement, il ne devrait pas être accordé aux conclusions de fait d'ordre historique fondées sur les témoignages d'historiens et d'anthropologues une valeur probante plus grande que celle qu'ont pu leur accorder d'autres historiens ou anthropologues. Ces spécialistes des sciences sociales ne sont pas toujours d'accord, les circonstances changent et de nouveaux éléments sont découverts et interprétés. Troisièmement, le témoignage des appelants devrait, comme tout témoignage, être apprécié en regard de la valeur probante de la preuve contraire et non en regard d'une norme absolue, dans la mesure où il est suffisamment vraisemblable. Quatrièmement, à la suite de l'élection du gouvernement du parti néo-démocrate en Colombie-Britannique en 1991, la province a révisé sa position juridique dans cette affaire. En conséquence, elle a invité la cour à confirmer l'existence de droits ancestraux de contenu indéterminé et visant des territoires non précisés, et à permettre aux parties de négocier ce contenu et ces territoires. Selon le juge Lambert, il faut considérer que, ayant décidé qu'il désirait négocier le contenu et la portée territoriale des droits ancestraux, l'État est réputé avoir renoncé à l'argument que les conclusions du juge de première instance doivent être maintenues et que tout droit ancestral dont sont titulaires les Gitksan et des Wet'suwet'en se limite à des droits d'exploitation à des fins de subsistance non exclusifs visant le territoire délimité par la

carte 5. Bref, le fait de se fonder sur les conclusions de fait du juge de première instance est tout à fait incompatible avec la tenue de négociations.

54. Néanmoins, le juge Lambert était d'avis que les conclusions de fait relatives aux limites du territoire ainsi qu'à la portée et au contenu des droits ancestraux, y compris les droits fonciers et les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, ne sauraient être maintenues, même en regard des principes ordinaires régissant l'appréciation des conclusions de fait, étant donné qu'elles sont entachées d'erreurs de droit.

55. En ce qui concerne la revendication de la propriété, le juge Lambert a décelé les erreurs suivantes dans les motifs du juge de première instance. Selon lui, le juge de première instance a fait erreur (1) en ne traitant pas la revendication de la propriété comme la revendication du titre aborigène, et en appliquant, en conséquence, des normes juridiques incorrectes; (2) en traitant la revendication du titre aborigène comme la revendication d'un intérêt de propriété sur le territoire; (3) en appliquant le critère de l'utilisation et de l'occupation pendant une période indéfinie ou très longue avant l'affirmation de la souveraineté; (4) en considérant que la preuve relative aux échanges commerciaux avec les premiers Européens n'était pas une preuve des pratiques autochtones; (5) en considérant les droits de piégeage comme l'exercice de droits autres que des droits ancestraux; (6) en rejetant la preuve relative au piégeage commercial et le témoignage du professeur Ray, spécialiste de la géographie historique qui a témoigné au procès; (7) en rejetant les notions de possession, d'occupation, d'utilisation et de jouissance prises dans leur sens social comme des éléments suffisants pour établir l'existence d'un titre aborigène; (8) en considérant que le critère de la possession et de l'occupation revenait à se demander s'il existait une règle de droit qui aurait forcé un intrus à quitter les lieux; (9) en considérant que des droits ancestraux ne peuvent être

détenus conjointement par différents peuples; (10) en ne concluant pas que le titre aborigène pouvait reposer sur l'occupation, la possession, l'utilisation et la jouissance du territoire, même si cette occupation a pu diminuer dans la période qui a suivi le contact avec les Européens; (11) en examinant comme il l'a fait la question de l'extinction générale du titre aborigène; (12) en concluant que tous les droits ancestraux avaient été éteints par les instruments coloniaux. Ces erreurs de droit ont entraîné une conclusion erronée de la part du juge de première instance quant à l'existence du titre aborigène. Ses conclusions de fait peuvent être réexaminées en appel.

56. En ce qui a trait à la revendication relative à la compétence, le juge Lambert a affirmé que le juge de première instance avait fait erreur (1) en considérant cette revendication comme la revendication par les demandeurs du droit de gouverner le territoire et d'affirmer leur souveraineté sur celui-ci; (2) en essayant de définir la revendication des appelants au moyen des réponses données par un témoin en contre-interrogatoire; (3) en concluant que la revendication relative à la compétence doit être rejetée parce que l'autonomie gouvernementale et l'autoréglementation autochtones étaient de nature telle qu'elles ne constituent pas un ensemble de règles de droit applicables et obligatoires; (4) en considérant que l'existence d'une institution législative est un élément essentiel de l'existence d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. En raison de ces erreurs de droit, les conclusions du juge de première instance étaient erronées.

57. Relativement à la revendication de droits ancestraux, le juge Lambert était d'avis que le juge de première instance avait fait erreur (1) en ne considérant pas que la preuve de l'occupation, de la possession, de l'utilisation et de la jouissance du territoire par les appelants, d'une façon organisée et pour leurs propres fins, mais particulièrement à des fins de subsistance, était suffisante pour établir le titre aborigène sur une grande

partie des terres du territoire; (2) en séparant les pratiques commerciales des autochtones des autres pratiques, et en disant que les pratiques commerciales n'étaient pas des pratiques autochtones; (3) en ne tenant pas compte de la preuve de pratiques commerciales avec les peuples voisins; (4) en examinant comme il l'a fait la question de l'exclusivité tant en rapport avec le titre aborigène qu'avec les droits d'exploitation à des fins de subsistance; (5) en tenant compte de la participation à l'économie salariale ou monétaire pour statuer sur l'existence (ou l'inexistence) du titre aborigène. À nouveau, compte tenu de ces erreurs de droit, le juge Lambert a affirmé qu'une cour d'appel a compétence pour intervenir et infirmer les conclusions du juge de première instance.

d) *La substitution des conclusions*

58. À la lumière de ces erreurs, le juge Lambert a substitué ses propres conclusions de fait à celles du juge de première instance. Selon lui, la preuve établissait que, en 1846, les Gitksan et les Wet'suwet'en occupaient, possédaient et utilisaient leurs terres ancestrales traditionnelles et en avaient la jouissance conformément à leurs propres coutumes, pratiques et traditions qui faisaient partie intégrante de leur culture distinctive. Ces terres ancestrales s'étendent sur l'ensemble du territoire revendiqué, bien au-delà du territoire délimité sur la carte 5. Dans les secteurs où il n'y avait pas de revendications conflictuelles de droits d'utilisation, les droits des appelants devraient être qualifiés de titre aborigène. Dans les secteurs où il y a occupation et utilisation partagées, le titre des appelants serait un titre aborigène exclusif-partagé. Dans les secteurs où les Gitksan et les Wet'suwet'en n'ont pas occupé, possédé ou utilisé les terres en tant que partie intégrante de leur culture, ils n'auraient pas de titre, mais ils pourraient y avoir des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance. Aucune mesure d'extinction générale n'a éteint ces droits pendant la période coloniale. Il est possible qu'un texte de loi donné, visant un secteur particulier, ait éteint certains droits,

mais aucun texte de ce genre n'a été présenté à la cour. La portée géographique des droits était une question devant faire l'objet de négociations entre les parties ou, à défaut de négociations, être tranchée dans le cadre d'un nouveau procès.

59. Le juge Lambert a aussi conclu que, en 1846, les ancêtres des appelants possédaient des droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation qui reposaient sur leurs coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de leur culture distinctive. Il est vrai que ces droits ont pu être diminués par l'affirmation de la souveraineté des Britanniques, mais ceux qui existent encore sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

60. Abordant ensuite la question des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance, le juge Lambert a affirmé qu'ils sont entièrement compris dans le titre aborigène visant les terres à l'égard desquelles les Gitksan et les Wet'suwet'en possèdent un tel titre. Ils peuvent également exister à l'égard de secteurs non compris dans des terres visées par un titre. Sur les terres où ces droits étaient partagés par un certain nombre de peuples, il est possible que les droits des appelants se limitent à certaines activités précises de subsistance, par opposition à une utilisation et à une occupation exclusives ou exclusives-partagées.

e) *Les autres questions*

61. En ce qui concerne la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, le juge Lambert n'a exprimé aucune opinion quant à l'application ou à l'effet de ce texte sur le territoire revendiqué et sur ses habitants. Pour ce qui est de l'atteinte aux droits des appelants ou de la négation de ces droits, le juge Lambert a conclu que, en l'espèce, la preuve ne permettait pas de faire un examen adéquat de ces questions.

Chaque atteinte ou négation devrait être examinée en fonction des circonstances particulières à chaque cas.

f) *Le dispositif*

62. Le juge Lambert aurait accueilli l'appel et prononcé certaines déclarations. Premièrement, il était d'avis de déclarer que les Wet'suwet'en et les Gitksan possédaient, à l'époque de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques en 1846, un titre aborigène fondant leur occupation, possession, utilisation et jouissance de tout ou partie des terres comprises dans le territoire revendiqué. Les terres visées par ce titre aborigène à l'époque s'étendaient bien au-delà du site des villages et de leurs environs. Deuxièmement, le juge Lambert aurait déclaré que les Gitksan et les Wet'suwet'en ont pu avoir des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance -- y compris des droits de chasse, de pêche et de cueillette, ainsi que d'autres droits analogues -- sur certaines parties du territoire revendiqué non visées par le titre aborigène. Il était aussi d'avis de déclarer que le titre aborigène et les droits ancestraux susmentionnés ont pu appartenir exclusivement aux Gitksan à certains endroits et exclusivement aux Wet'suwet'en à d'autres, et qu'à certains endroits les deux groupes ont pu les partager soit ensemble soit avec d'autres peuples autochtones ou avec des non-autochtones.

63. Le juge Lambert aurait aussi déclaré que les ancêtres des appelants possédaient, à l'époque de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques en 1846, des droits ancestraux à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation visant leur propre société organisée, ainsi que ses membres, ses institutions et ses droits d'exploitation à des fins de subsistance de cette société. Après 1846, ces droits ont été intégrés à la common law et protégés par celle-ci. Ils n'ont pas été éteints par quelque mesure d'extinction générale que ce soit. Par conséquent, ils existent sous une forme

contemporaine, sous réserve seulement de l'extinction d'un titre particulier ou d'un droit d'exploitation à des fins de subsistance particulier visant un territoire précis. Cependant, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale ne comportait ni droit inconciliable avec la souveraineté britannique, ni droit incompatible avec la justice naturelle, l'équité et la bonne conscience qui n'aurait pas été modifié pour éliminer cette incompatibilité, ni droit contraire à la partie de la common law qui s'appliquait au territoire, ainsi qu'aux Gitksan, aux Wet'suwet'en et à leurs institutions.

64. Le juge Lambert était aussi d'avis de déclarer que ces droits au titre aborigène, ainsi que ces droits ancestraux à l'autonomie gouvernementale, à l'autoréglementation et à l'exploitation à des fins de subsistance ont pu faire l'objet, après 1846, d'une extinction particulière par la manifestation de l'intention claire et expresse à cette fin du pouvoir du Souverain, exprimée législativement par le Parlement. Toute mesure d'extinction particulière de droits donnés aurait été expresse ou implicite et, dans ce dernier cas, aurait pu découler soit du texte de loi lui-même (extinction implicite) soit d'actes autorisés par ce texte (extinction par possession adversative), à la condition que cette intention d'extinction ait été présente dans la mesure législative et qu'elle ait été claire et expresse. Les cas d'extinction de ce genre ne pouvaient pas être tranchés dans le cadre de l'appel.

65. Le juge Lambert aurait déclaré que seraient compris parmi les droits ancestraux actuels des Gitksan et des Wet'suwet'en à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation -- droits pouvant être exercés relativement à leur titre aborigène -- les droits précis revendiqués en appel par les demandeurs relativement à ce titre. Il était également d'avis de déclarer que ces droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation comprendraient aussi les droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation pouvant être exercés par l'entremise de leurs propres institutions

pour préserver et renforcer leur identité sociale, politique, culturelle, linguistique et spirituelle.

66. Finalement, le juge Lambert aurait renvoyé un certain nombre de questions au tribunal de première instance, dont celle des limites territoriales tant du titre aborigène que des droits d'exploitation à des fins de subsistance; le degré d'exclusivité ou d'exclusivité partagée dont sont titulaires les appelants, à la fois sur les territoires à l'égard desquels ils ont un titre et sur ceux où ils possèdent des droits d'exploitation à des fins de subsistance; la portée et le contenu de ces droits d'exploitation à des fins de subsistance; la portée et le contenu des droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation; ainsi que toutes les questions relatives au droit des demandeurs à des dommages-intérêts et au montant de ceux-ci. Il était d'avis aussi d'accorder aux demandeurs leurs dépens, tant devant la Cour d'appel qu'en première instance.

(4) Le juge Hutcheon (dissident en partie)

a) *Les droits fonciers*

67. Le juge Hutcheon était d'accord avec le juge de première instance que la *Proclamation royale de 1763* ne s'appliquait pas au territoire ou à ses habitants. Néanmoins, la *Proclamation* reflétait, de façon générale, une politique d'acceptation des droits fonciers ancestraux. En outre, le juge Hutcheon a conclu, en se fondant sur les arrêts *Calder* et *Sparrow*, que les lois coloniales n'avaient pas éteint les droits ancestraux sur le territoire revendiqué. Il a jugé qu'il n'était pas nécessaire de décider si une concession en fief simple éteint le titre aborigène ou si le droit à une indemnité naît dans de telles circonstances.

b) *La nature des droits*

68. Le juge Hutcheon a accepté que des droits fonciers ancestraux existaient avant 1846 à l'égard du territoire revendiqué. Il a estimé suffisant de dire, à la p. 389, que les droits ancestraux peuvent [TRADUCTION] «concurrer sur un pied d'égalité» des droits de propriété. De plus, il a souligné que ces droits sont collectifs, qu'ils sont inaliénables sauf en faveur de l'État et qu'ils s'étendent au territoire traditionnel du peuple concerné.

c) *Le territoire*

69. Le juge Hutcheon a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge de première instance que les ancêtres des appelants n'avaient occupé ou contrôlé que les villages se trouvant dans le territoire et leurs environs immédiats. Selon le juge Hutcheon, le juge de première instance a mal saisi le critère juridique relatif à l'occupation et il n'a pas tenu compte de la preuve indépendante qui démontrait que le territoire occupé ou contrôlé par les appelants s'étendait bien au-delà des villages.

d) *L'autoréglementation*

70. Les traditions des Gitksan et des Wet'suwet'en existaient bien avant 1846 et elles ont continué d'exister par la suite. Elles comprenaient le droit de porter des noms et des titres, d'utiliser des masques et des symboles dans des rituels, d'utiliser des vêtements cérémoniels et d'occuper et de contrôler les lieux ayant une importance économique. Les traditions comprenaient aussi l'institution de clans et de maisons auxquels l'appartenance était régie par la filiation matrilineaire, et le système des célébrations. Ces traditions régissaient le mariage et les relations entre sociétés voisines.

Le droit de pratiquer ces traditions n'a pas été perdu, bien que la *Loi sur les Indiens* et les lois provinciales aient affecté le droit des appelants à l'autoréglementation. Seules des négociations permettront de définir avec plus de précision les territoires où les appelants et les gouvernements fédéral et provinciaux exerceront leurs compétences sur les appelants, sur leurs institutions et sur leurs règles de droit, ainsi que les modalités d'exercices de ces compétences.

e) *Le dispositif*

71. Le juge Hutcheon était d'avis d'accueillir l'appel et de prononcer un certain nombre de déclarations. Premièrement, il aurait déclaré que tous les droits ancestraux des appelants n'ont pas été éteints avant 1871. Deuxièmement, les appelants continuent d'avoir des droits ancestraux existants sur des parties indéterminées du territoire revendiqué. Troisièmement, les appelants possèdent des droits à l'autoréglementation qu'ils peuvent exercer par l'entremise de leurs propres institutions pour préserver et renforcer leur identité sociale, politique, culturelle, linguistique et spirituelle. Il aurait renvoyé les questions non résolues à la Cour suprême de la Colombie-Britannique et suspendu les procédures pendant deux ans à compter de la date du jugement, ou pour une période plus courte ou plus longue, afin de permettre aux parties de s'entendre sur les terres à l'égard desquelles les appelants possèdent des droits ancestraux, sur la portée de tels droits à ces terres et sur celles-ci, sur la portée du droit à l'autoréglementation et sur le droit des appelants à des dommages-intérêts et sur le montant de ceux-ci. Le juge Hutcheon aurait accordé aux appelants leurs dépens dans toutes les cours.

IV. Les questions en litige

72. Les principales questions qui doivent être tranchées dans le présent pourvoi sont énoncées ci-dessous. Comme il ressortira de mon analyse, certaines de ces questions soulèvent des sous-questions, que j'examinerai également:

- A. Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale?
- B. Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance?
- C. Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et comment fait-on la preuve de son existence?
- D. Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale?
- E. La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

V. L'analyse

- A. *Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale?*

73. Dans leurs actes de procédure, les appelants -- 51 chefs représentant la plupart des maisons des nations Gitksan et Wet'suwet'en -- ont initialement présenté, en leur propre nom et au nom de leurs maisons, 51 revendications individuelles sollicitant la «propriété» de 133 territoires distincts totalisant 58 000 kilomètres carrés dans la partie nord-ouest de la Colombie-Britannique, ainsi que la «compétence» sur ces territoires. En appel, cette revendication initiale a été modifiée de deux façons.

Premièrement, les revendications relatives à la propriété des territoires et à la compétence sur ceux-ci ont été remplacées respectivement par la revendication du titre aborigène et la revendication de l'autonomie gouvernementale. Deuxièmement, les revendications individuelles présentées par chaque maison ont été fusionnées en deux revendications collectives, une au nom de chaque nation. Toutefois, aucune modification en ce sens n'a été apportée formellement aux actes de procédure, et les intimés affirment par conséquent que la Cour n'est pas régulièrement saisie de revendications qui sont au centre du présent pourvoi. En outre, les intimés prétendent qu'ils ont en conséquence subi un préjudice, puisqu'ils auraient peut-être présenté leur défense d'une tout autre façon s'ils avaient su ce à quoi ils devaient répondre.

74. Je rejette l'argument des intimés en ce qui a trait à la substitution de la revendication du titre aborigène et de l'autonomie gouvernementale aux revendications initiales relatives à la propriété et à la compétence. Même s'il est vrai que les actes de procédure n'ont pas été formellement modifiés, le juge de première instance, à la p. 158, a bel et bien accepté une modification *de facto* pour permettre [TRADUCTION] «la revendication de droits ancestraux autres que la propriété et la compétence». Si les intimés avaient cru que cette décision pouvait leur porter préjudice, ils auraient pu en appeler. Cependant, ils ne l'ont pas fait et, par conséquent, la décision du juge de première instance sur ce point doit être maintenue.

75. En outre, je suis d'avis que cette décision était exacte, parce qu'elle a été prise dans un contexte d'incertitude juridique considérable quant à la nature et au contenu des droits ancestraux, tant en vertu de la common law qu'en vertu du par. 35(1). Par exemple, notre Cour n'a pas encore statué de façon définitive sur le contenu du titre aborigène en common law, que certains ont décrit comme une forme de «propriété». Par ailleurs, la présente affaire a été plaidée avant que notre Cour rende l'arrêt *Sparrow*,

précité, où elle se prononçait pour la première fois sur le type de droits qui sont visés au par. 35(1). Le droit a évolué rapidement depuis. Par conséquent, il était juste et convenable que le juge de première instance permette la modification d'actes de procédure qui ont été rédigés lorsque la jurisprudence en était encore à ses balbutiements.

76. Cependant, aucune modification de la sorte n'a été apportée en ce qui a trait à la fusion des revendications individuelles présentées par les 51 maisons Wet'suwet'en et Gitksan en deux revendications collectives, une pour chaque nation, sollicitant un titre aborigène et l'autonomie gouvernementale. Étant donné l'absence de modification des actes de procédure, je dois, avec réticence, conclure que les intimés ont subi un certain préjudice. Les appelants affirment que les intimés n'ont pas subi de préjudice puisque les revendications collectives et individuelles sont liées, dans la mesure où le territoire revendiqué par chaque nation est simplement la somme des revendications individuelles de chaque maison, les limites extrêmes des revendications collectives représentant donc les limites extérieures des territoires externes. Même si cet argument a un poids considérable, il ne répond pas au point fondamental que les revendications collectives n'étaient tout simplement pas en litige en première instance. Redéfinir le litige en appel aurait pour effet de nier rétroactivement aux intimés la possibilité de savoir quelle est la cause des appelants.

77. Ce vice dans les actes de procédure empêche notre Cour d'examiner le fond du présent pourvoi. Toutefois, vu l'importance de l'affaire et le fait qu'une grande partie de la preuve relative aux divers territoires possédés est extrêmement pertinente à l'égard des revendications collectives que présentent maintenant les appelants, la réparation convenable à l'égard du vice dont sont entachés les actes de procédure est la tenue d'un nouveau procès au cours duquel, comme l'a dit le juge de première instance, à la p. 368,

[TRADUCTION] «[i]l reviendra aux parties de se demander si une modification est nécessaire pour rendre les actes de procédure conformes à la preuve». En outre, comme je vais maintenant l'expliquer, il y a d'autres raisons pour lesquelles un nouveau procès doit être ordonné.

B. *Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance?*

(1) Les principes généraux

78. Récemment, dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, j'ai examiné les principes régissant la révision, en appel, des conclusions de fait. De façon générale, notre Cour s'est montrée extrêmement réticente à modifier des conclusions de fait tirées en première instance, particulièrement lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur l'appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Sauf «erreur manifeste et dominante», les cours d'appel ne devraient pas substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge de première instance. L'énoncé jurisprudentiel de ce principe qui fait autorité a été exposé par le juge Ritchie dans *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Il faut faire montre de la même retenue à l'égard de l'appréciation par le juge de première instance de la crédibilité des témoins experts: voir *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

79. La raison de principe qui sous-tend cette règle est la protection de «l'autonomie et [de] l'intégrité du procès» (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la p. 278), qui reconnaît que le juge des faits -- qui est en contact direct avec l'ensemble de la preuve -- est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, particulièrement celles concernant la crédibilité. En outre, l'arrêt *Van der Peet* a précisé qu'il faut faire montre de retenue à l'égard des conclusions de fait, même lorsque le juge du procès a mal saisi le droit qu'il a appliqué aux faits en question, problème susceptible de survenir dans les domaines du droit qui évoluent rapidement comme celui de la jurisprudence relative au par. 35(1).

80. J'ai récemment statué, dans *Van der Peet*, que ces principes généraux s'appliquent aux affaires plaidées en vertu du par. 35(1). Par contre, tout en acceptant le principe général de non-intervention, la Cour a aussi indiqué des situations précises où une cour d'appel peut modifier une conclusion de fait tirée en première instance. Ainsi, une cour d'appel est justifiée d'intervenir «dans le cas où les premiers juges se sont mépris sur une preuve importante ou l'ont méconnue»: voir *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474, à la p. 493. Dans les affaires de détermination de droits ancestraux, l'intervention de la cour d'appel est également justifiée dans les cas où le tribunal de première instance n'a pas tenu compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux, premièrement, lorsqu'il a appliqué les règles de preuve et, deuxièmement, lorsqu'il a interprété la preuve qui lui était présentée. Comme je l'ai dit dans *Van der Peet*, au par. 68:

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple. [Je souligne.]

81. La justification de cette approche spéciale découle de la nature même des droits ancestraux. Dans *Van der Peet*, j'ai expliqué que ces droits visent à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire du Canada. Ils visent à réaliser cette conciliation en établissant un «rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones» (au par. 42). Par conséquent, «le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit [. . .] [tout en tenant compte] de la common law» de sorte que «[l]a conciliation véritable accorde, également, de l'importance à chacun de ces éléments» (aux par. 49 et 50).

82. En d'autres termes, bien que la doctrine des droits ancestraux soit une doctrine de common law, les droits ancestraux sont véritablement des droits *sui generis* qui exigent, quant au traitement de la preuve, une approche unique, accordant le poids qu'il faut au point de vue des peuples autochtones. Toutefois, l'adaptation doit se faire d'une manière qui ne fasse pas entorse à «l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada» (au par. 49). Les deux principes exposés dans *Van der Peet* — premièrement, le fait que les tribunaux de première instance doivent aborder les règles de preuve en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux, et, deuxièmement, le fait que les tribunaux de première instance

doivent interpréter cette preuve dans le même esprit — doivent être compris dans ce contexte.

83. On peut trouver une application concrète du premier principe dans l'arrêt *Van der Peet* même, où je me suis penché sur les difficultés inhérentes à la démonstration de la continuité entre les activités autochtones actuelles et les coutumes, pratiques et traditions des sociétés autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens. Comme je le réitère ci-dessous, l'exigence de continuité est un élément de la définition des droits ancestraux (quoique, comme je l'explique ci-après, dans le cas du titre, il s'agit de la continuité à partir de l'affirmation de la souveraineté, et non du contact avec les Européens). Toutefois, comme bon nombre de sociétés autochtones ne conservaient pas d'écrits à l'époque du contact avec les Européens, il leur serait excessivement difficile de produire (au par. 62), «relativement [à leurs] coutumes, pratiques et traditions [. . .], une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens». Par conséquent, j'ai statué ainsi (au par. 62):

La preuve sur laquelle s'appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. [Je souligne.]

Les mêmes facteurs s'appliquent lorsque l'affirmation de la souveraineté est le moment servant à statuer sur l'existence d'un titre.

84. Le présent pourvoi exige que nous appliquions non seulement le premier principe établi dans *Van der Peet* mais aussi le second, et que nous adaptions les règles du droit de la preuve de manière à ce que les tribunaux accordent le poids qui convient au point de vue des autochtones sur leurs coutumes, pratiques et traditions, de même que

sur les rapports qu'ils entretiennent avec le territoire. En pratique, cela exige que les tribunaux acceptent les récits oraux des sociétés autochtones, récits qui, pour bon nombre de nations autochtones, sont les seuls témoignages de leur passé. Étant donné que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont définis en regard des pratiques antérieures au contact avec les Européens ou, comme je vais l'expliquer ci-après, dans le cas d'un titre, en regard de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, ces récits jouent un rôle crucial dans les litiges portant sur les droits ancestraux.

85. On trouve des explications utiles et instructives quant aux récits oraux autochtones dans le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1 (*Un passé, un avenir*), à la p. 35:

La tradition autochtone, pour ce qui est de l'enregistrement des faits historiques, n'est ni linéaire ni fondée sur les mêmes notions d'évolution et de progrès sociaux [comme dans la tradition non autochtone]. D'habitude, elle n'est pas non plus centrée au même degré sur l'humain et part du principe que celui-ci n'est qu'un élément parmi d'autres — et pas nécessairement le plus important — de l'ordre naturel de l'univers. De plus, la tradition historique autochtone est une tradition orale, c'est-à-dire que les légendes, histoires et récits mythiques sont transmis de vive voix aux générations subséquentes. Elle vise moins à déterminer en quoi consiste la vérité objective, et suppose que le conteur de l'histoire est si directement concerné par l'événement en question que ce serait faire preuve d'arrogance que de vouloir classer celui-ci dans une catégorie précise et perpétuelle.

Dans la tradition autochtone, la transmission orale des récits poursuit un objectif qui dépasse le rôle de l'histoire écrite dans les sociétés occidentales. Cet objectif consiste peut-être à renseigner l'auditeur, à communiquer certains aspects de la culture, à socialiser la population en lui donnant une tradition culturelle, ou encore à valider l'autorité et le prestige que revendique telle ou telle famille . . .

Les récits oraux du passé reposent en grande partie sur des expériences subjectives. Ce ne sont pas de simples comptes rendus factuels, mais des «faits auxquels viennent se greffer les histoires de toute une vie». Il est également probable qu'ils soient associés à des lieux précis et qu'ils fassent allusion à des familles et à des collectivités précises. Tout cela donne l'impression d'une multitude d'histoires, dont chacune est influencée en

partie par la façon dont un peuple se perçoit, se définit par rapport à l'environnement et exprime son unicité.

86. Devant un tribunal qui adopterait une approche traditionnelle à l'égard des règles de preuve, un grand nombre des caractéristiques des récits oraux joueraient contre l'admissibilité de ces récits et la valeur probante qui doit leur être accordée en tant que preuve d'événements passés. La plus fondamentale de ces caractéristiques est le rôle social général qu'ils jouent, non seulement [TRADUCTION] «en tant que moyen de conservation du savoir historique d'une culture» mais aussi comme expression «des valeurs et des mœurs de [cette] culture»: Clay McLeod, «The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276, à la p. 1279. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a reconnu ce fait lorsqu'il a affirmé, dans l'arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 109, que «[I]es revendications de titres aborigènes reposent aussi sur l'histoire, les légendes, la politique et les obligations morales.» La difficulté que posent ces caractéristiques des récits oraux est qu'elles sont tangentielles à la finalité du processus de découverte des faits en première instance -- savoir la découverte de la vérité historique. Une autre difficulté créée par les récits oraux est le fait qu'ils sont dans une large mesure constitués de déclarations extrajudiciaires, qui ont été transmises de façon ininterrompue jusqu'à nos jours, au fil des générations d'une nation autochtone. Ces déclarations extrajudiciaires sont admises pour leur véracité, et elles entrent donc en conflit avec la règle générale d'inadmissibilité du oui-dire.

87. Malgré les problèmes que crée l'utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d'égalité avec les différents types d'éléments de preuve

historique familiaux aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques. Il s'agit d'une pratique appliquée de longue date dans l'interprétation des traités entre l'État et les peuples autochtones: *Sioui*, précité, à la p. 1068; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.), à la p. 232. Ainsi que l'a dit le juge en chef Dickson, comme la plupart des sociétés autochtones «ne tenaient aucun registre», le fait de ne pas suivre cette pratique «[imposerait un] fardeau de preuve impossible» aux peuples autochtones et «enlèverait [. . .] toute valeur» aux droits qu'ils ont (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 408). Cette méthode doit être appliquée au cas par cas. Je vais appliquer cette approche dans mon analyse des conclusions de fait du juge de première instance.

88. En terminant, je tiens à souligner qu'il est important de comprendre que, même lorsque le juge de première instance a commis une erreur en tirant une conclusion de fait, il n'y a pas systématiquement intervention de la juridiction d'appel. L'erreur doit être suffisamment grave pour avoir constitué une erreur «dominant[e] et déterminant[e] dans l'appréciation de la prépondérance des probabilités relativement à cette question de fait» (*Schwartz*, précité, à la p. 281).

(2) L'application des principes généraux

a) *Observations générales*

89. Le principe général de la non-intervention des cours d'appel s'applique avec une force particulière dans le présent pourvoi. Le procès en première instance a été long et complexe. Il y a eu 318 jours de témoignages. Un grand nombre de témoins, tant experts que profanes, ont déposé. La quantité d'éléments de preuve est énorme. Comme l'a dit le juge de première instance aux pp. 116 et 117:

[TRADUCTION] Au total, 61 personnes ont témoigné au procès, bon nombre par l'entremise d'interprètes parce qu'ils s'exprimaient dans leur langue autochtone, le Gitksan ou le Wet'suwet'en; les sténographes officiels ont dû avoir recours à des «spécialistes de l'orthographe» pour de nombreux témoins; 15 autres témoins ont déposé dans le cadre d'une commission rogatoire; 53 affidavits territoriaux ont été déposés; 30 déposants ont été contre-interrogés à l'extérieur de la cour; la transcription des témoignages rendus au procès compte 23 503 pages; la transcription de l'argumentation 5 898 pages; les témoignages dans le cadre des commissions rogatoires 3 039 pages et la transcription des contre-interrogatoires sur les affidavits 2 553 pages (tous les témoignages et l'argumentation orale sont commodément conservés sur support papier et sur disquettes); ont été déposés au procès environ 9 200 pièces comptant, selon moi, bien au-delà de 50 000 pages; le document donnant les grandes lignes de l'argumentation des demandeurs comprend 3 250 pages, celui de la province 1 975 pages et celui du Canada plus de 1 000 pages; il y a 5 977 pages de transcription de l'argumentation, sur support papier et sur disquettes. Toutes les parties ont déposé des extraits des pièces auxquelles elles se sont référées au cours de leur argumentation. À elle seule, la province a déposé 28 énormes reliures contenant de tels documents. Au moins 15 reliures de la sorte contenant l'argumentation produite en réponse m'ont été remises au cours du procès.

Il en a résulté un jugement de plus de 400 pages.

90. Il n'est pas loisible aux appelants de contester les conclusions de fait du juge de première instance simplement parce qu'ils ne sont pas d'accord avec celles-ci. Je crains qu'un bon nombre des objections des appelants ne tombent dans cette catégorie. Ces objections sont trop nombreuses pour en dresser la liste complète. Le gros de ces objections, au mieux, invoquent des erreurs de compréhension ou des oublis de la part du juge de première instance relativement à des éléments de preuve importants. Cependant, les intimés ont établi que, dans la plupart des cas, il y avait certains éléments de preuve contradictoires pour appuyer la conclusion du juge de première instance. En dernière analyse, il s'agissait d'une question de valeur probante de la preuve, et les appelants n'ont pas démontré que le juge de première instance avait commis d'erreur sur ce point.

91. Il y a une objection que j'aimerais mentionner de façon plus particulière, quoiqu'en passant. C'est celle qui a trait au refus du juge de première instance d'accepter le témoignage de deux anthropologues assignés comme témoins experts par les appelants. Cet aspect des motifs du juge de première instance a été vivement contesté par les appelants dans leurs observations écrites. Toutefois, il me suffit de réitérer ce que j'ai dit plus tôt, savoir qu'il appartient au juge de première instance de tirer les conclusions ayant trait à la crédibilité, y compris la crédibilité des témoins experts, et les cours d'appel doivent faire montre d'une retenue considérable à l'égard de ces conclusions.

92. Par contre, les appelants ont affirmé que le juge de première instance a commis de nombreuses erreurs graves dans le traitement des récits oraux des appelants. Ces récits ont été exprimés sous trois formes différentes: (i) l'*adaawk* des Gitksan et le *kungax* des Wet'suwet'en; (ii) les souvenirs personnels de membres des nations appelantes; (iii) les affidavits territoriaux déposés par les chefs de chacune des maisons de chaque nation. Le juge de première instance a rendu une décision sur leur admissibilité et le poids à leur accorder sans avoir pu bénéficier des motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Van der Peet*, comme il ressortira de l'analyse qui suit.

b) *L'adaawk et le kungax*

93. L'*adaawk* de la nation Gitksan et le *kungax* de la nation Wet'suwet'en sont des récits oraux d'un genre spécial. Le juge de première instance les a décrits, à la p. 164, comme étant la [TRADUCTION] «litanie, l'énumération ou l'histoire "officielle" et sacrée, selon le cas, des règles de droit, des traditions et des faits historiques les plus importants d'une maison, ainsi que de son territoire traditionnel». Le contenu de ces récits oraux spéciaux est notamment exprimé physiquement dans les mâts totémiques,

les emblèmes et les couvertures. L'importance de l'adaawk et du kungax est soulignée par le fait qu'ils sont [TRADUCTION] «répétés, représentés et authentifiés lors de célébrations importantes» (à la p. 164). Lors de ces célébrations, les dissidents ont l'occasion d'opposer leur désaccord à l'égard d'un détail et, de cette façon, d'aider à assurer l'authenticité de l'adaawk et du kungax. Bien que l'adaawk et le kungax jouent dans une large mesure le même rôle, le juge de première instance a constaté certaines différences de forme et de contenu. Par exemple, le kungax est [TRADUCTION] «de la nature d'un chant [. . .] qui vise à décrire l'autorité et les responsabilités spéciales du chef . . . » Cependant, ces différences n'ont aucune pertinence juridique relativement à la question qui nous intéresse.

94. Il est manifeste que l'adaawk et le kungax ont une importance fondamentale pour les cultures distinctives des nations appelantes. En première instance, ils ont été invoqués pour deux fins distinctes. Premièrement, l'adaawk a été invoqué en tant qu'élément -- et, partant, en tant que preuve de l'existence -- d'un régime juridique de tenure foncière propre aux Gitksan, qui s'appliquait à l'ensemble du territoire revendiqué par cette nation appelante. En d'autres termes, l'adaawk a été présenté en tant que preuve de l'utilisation et de l'occupation historiques de ce territoire par les Gitksan. En ce qui concerne les Wet'suwet'en, le kungax a été invoqué comme preuve de l'importance fondamentale des terres revendiquées dans leur culture distinctive. Comme je vais l'expliquer plus loin dans les présents motifs, tant l'utilisation et l'occupation des terres visées que l'importance fondamentale de celles-ci sont pertinentes pour la preuve du titre aborigène.

95. Il a été statué sur l'admissibilité de l'adaawk et du kungax dans le cadre d'une décision générale rendue au cours du procès par le juge de première instance sur l'admissibilité des récits oraux (erronément répertoriée sous l'intitulé *Uukw c. R.*, [1987]

6 W.W.R. 155 (C.S.C.-B.)). Bien que le juge de première instance ait reconnu que la preuve en cause était une forme de oui-dire, il a statué qu'elle était admissible en se fondant sur l'exception reconnue selon laquelle les déclarations de personnes décédées peuvent être versées en preuve par des témoins comme preuve de droits de nature publique ou générale; voir Michael N. Howard, Peter Crane et Daniel A. Hochberg, *Phipson on Evidence* (14^e éd. 1990), à la p. 736. Dans son jugement au terme du procès, il a, avec raison selon moi, confirmé cette première décision en affirmant, à la p. 180, que l'adaawk et le kungax étaient admissibles [TRADUCTION] «par nécessité, comme exceptions à la règle du oui-dire», parce qu'il n'y avait aucune autre façon de faire la preuve de l'histoire des nations Gitksan et Wet'suwet'en.

96. Cependant, par la suite, le juge de première instance n'a donné à ces récits aucune valeur probante indépendante. Il a statué, à la p. 180, qu'ils étaient admissibles seulement à titre de [TRADUCTION] «preuve directe des faits en litige [. . .] pour les quelques cas où ils pourraient constituer la confirmation d'une présence ancienne dans le territoire». Sa principale réserve était que l'adaawk et le kungax ne pouvaient pas servir «de preuve du détail de l'histoire ou encore de la propriété, de l'utilisation ou de l'occupation du territoire». Je suis en désaccord avec certains des motifs qu'il a invoqués au soutien de cette conclusion.

97. Même si, plus tôt, dans sa décision sur l'admissibilité, il avait reconnu qu'il était impossible de séparer facilement les aspects mythologiques des aspects [TRADUCTION] «réels» de ces récits oraux, il a écarté l'adaawk et le kungax parce qu'ils n'étaient pas «littéralement vrais», qu'ils mélangeaient «les faits et les croyances», qu'ils «comportaient des éléments qui pourraient être qualifiés de mythologiques» et qu'ils évoquaient une «vision romanesque» de l'histoire des appelants. Il a aussi dit douter de l'authenticité de ces récits oraux spéciaux (à la p. 181) parce que, entre autres,

[TRADUCTION] «le groupe témoin est si restreint qu'on ne peut, sans risque, considérer même qu'il exprime la commune renommée au sein de la communauté indienne, encore moins au sein de la communauté plus large, dont la possibilité de contester les revendications territoriales serait essentielle du point de vue de la valeur probante». Finalement, il a mis en doute (à la p. 181) l'utilité de l'adaawk et du kungax pour faire la preuve de l'utilisation et de l'occupation des terres visées, parce qu'ils «manquaient sérieusement de détails au sujet des terres mêmes auxquelles ils sont censés se rapporter».

98. Bien qu'il ait structuré sa décision concernant la valeur probante en fonction des récits oraux particuliers qui lui avaient été présentés, le juge de première instance a, à mon avis, fondé plutôt sa décision sur certaines réserves générales concernant l'utilisation des récits oraux en preuve dans les affaires de droits ancestraux. En résumé, le juge du procès n'a accordé aucune valeur probante indépendante à ces récits oraux particuliers parce qu'ils ne transmettaient pas avec exactitude la vérité historique, parce que la connaissance de ces récits oraux était limitée aux communautés dont ils reconstituaient l'histoire et parce que ces récits oraux n'étaient pas suffisamment détaillés. Cependant, comme je l'ai mentionné précédemment, il s'agit là de caractéristiques qui sont, dans une mesure plus ou moins grande, propres à tous les récits oraux, et non seulement aux adaawk et aux kungax. L'implication du raisonnement du juge de première instance est qu'il ne devrait jamais être accordé de valeur probante indépendante aux récits oraux et que, dans les litiges sur les droits ancestraux, ces récits ne sont utiles qu'à titre d'éléments de preuve tendant à en confirmer d'autres. Je crains que, si ce raisonnement était suivi, la valeur des récits oraux des peuples autochtones serait constamment et systématiquement sous-estimée par le système juridique canadien, en contravention des instructions expresses à l'effet contraire qui ont été données dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, et suivant lesquelles les tribunaux doivent interpréter la

preuve présentée par les peuples autochtones en tenant compte des difficultés inhérentes à l'examen des revendications autochtones.

c) *Les souvenirs du mode de vie ancestral*

99. Le juge de première instance a aussi fait erreur en ne tenant pas compte des [TRADUCTION] «souvenirs du mode de vie ancestral» relatés par divers membres des nations appelantes. J'interprète cette expression comme une référence aux témoignages portant sur les antécédents personnels et familiaux qui ne font pas partie d'un adaawk ou d'un kungax. Cette preuve était constituée des connaissances personnelles des témoins et des déclarations de leurs ancêtres quant à l'utilisation du territoire. Ces récits ont été présentés en preuve par les appelants afin d'établir le degré d'occupation et d'utilisation requis pour fonder la revendication de propriété, et ils sont, pour le même motif que l'adaawk et le kungax, pertinents pour la preuve du titre aborigène.

100. Le juge de première instance a limité les utilisations qui pouvaient être faites de cette preuve. Il a raisonné, à la p. 177, que, au mieux, celle-ci établissait [TRADUCTION] «sans l'ombre d'un doute que, au cours des 100 dernières années environ, les ancêtres immédiats du demandeur» avaient utilisé à des fins autochtones des terres situées dans le territoire revendiqué. Cependant, la preuve n'était pas suffisamment précise pour démontrer que les ancêtres plus lointains des témoins avaient fait une utilisation suffisamment particulière des terres [TRADUCTION] «assez loin dans le temps pour permettre aux demandeurs d'avoir gain de cause sur des questions comme les limites internes». Pour reprendre les termes de l'arrêt *Van der Peet*, le juge de première instance a effectivement conclu que cette preuve ne démontrait pas la continuité requise entre l'occupation actuelle et l'occupation passée pour fonder la revendication d'un titre aborigène.

101. À mon avis, le juge de première instance attendait beaucoup trop des récits oraux des appelants, exprimés dans les souvenirs du mode de vie ancestral des membres des nations appelantes. Il attendait de ces témoignages qu'ils apportent la preuve définitive et précise d'activités autochtones sur le territoire en question avant le contact avec les Européens. Cependant, comme je l'ai dit dans *Van der Peet*, il s'agit là d'un fardeau de preuve dont il est presque impossible de s'acquitter. Par contre, même si (après le prononcé du présent arrêt) les récits oraux ne permettent pas d'établir de façon concluante l'occupation du territoire avant l'affirmation de la souveraineté, ils peuvent néanmoins être pertinents pour démontrer que les origines de l'occupation actuelle remontent avant l'affirmation de la souveraineté. C'est exactement ce que les appelants ont tenté de faire.

d) *Les affidavits territoriaux*

102. Finalement, le juge de première instance a aussi fait erreur dans la façon dont il a traité les affidavits territoriaux déposés par les chefs appelants. Ces affidavits étaient des déclarations concernant les terres de chaque maison Gitksan et Wet'suwet'en et, au procès, ils ont été déposés pour établir le droit de propriété de chaque maison sur son territoire spécifique. Devant notre Cour, les appelants ont tenté de fusionner ces revendications individuelles en revendications collectives présentées au nom de chaque nation, et la pertinence des affidavits a changé en conséquence. J'ai déjà statué qu'il n'est pas loisible aux appelants de modifier fondamentalement la nature de leur revendication comme ils l'ont fait en appel. Néanmoins, le traitement accordé aux affidavits est important parce que, dans le cadre d'un nouveau procès, ils seront pertinents pour statuer sur l'existence et la nature du régime de tenure foncière au sein de chaque nation et, par conséquent, importants pour la preuve du titre.

103. Les affidavits reposent en très grande partie sur des déclarations faites par des personnes décédées relativement à l'utilisation des terres ou à leurs propriétaires, une forme de récits oraux. Toutefois, ces déclarations constituent une sorte de oui-dire, et les appelants ont par conséquent plaidé que les affidavits devraient être admis sur le fondement de l'exception à la règle du oui-dire relative à la réputation ou à la commune renommée. Bien qu'il ait reconnu, à la p. 438, que les affidavits territoriaux étaient [TRADUCTION] «la meilleure preuve [que les appelants] pouvaient produire sur la question des limites internes», le juge de première instance a conclu que cette exception ne s'appliquait pas et il a refusé d'admettre les déclarations contenues dans les affidavits.

104. Je suis préoccupé par les motifs particuliers invoqués par le juge de première instance pour refuser d'appliquer l'exception fondée sur la commune renommée. Il s'est demandé dans quelle mesure les déclarations exprimaient la commune renommée, étant donné qu'elles se confinaient largement aux communautés des appelants. Le juge de première instance a affirmé que les groupes autochtones voisins dont les revendications territoriales entraient en conflit avec celles des appelants, de même que les non-autochtones susceptibles d'avoir un intérêt juridique dans le territoire revendiqué, n'étaient absolument pas au courant du contenu du fait de commune renommée allégué. En outre, le juge de première instance a raisonné que, comme le contenu des affidavits était contesté, sa fiabilité était douteuse. Finalement, le juge de première instance a mis en doute, à la p. 441, [TRADUCTION] «l'indépendance et l'objectivité» de l'information contenue dans les affidavits, parce que les appelants et leurs ancêtres (à la p. 440) «discutent activement de revendications territoriales depuis de nombreuses années».

105. Bien qu'il ait dit regretter en arriver à cette conclusion, le juge de première instance s'est senti tenu d'appliquer les règles de preuve parce qu'il ne lui semblait pas

(à la p. 442) [TRADUCTION] «que la Cour suprême du Canada ait décidé que les règles de preuve ordinaires ne s'appliquent pas dans ce genre d'affaires». Cependant, le juge de première instance a tiré cette conclusion avant le prononcé de l'arrêt *Van der Peet*, où j'ai statué que les règles de preuve ordinaires doivent être abordées et adaptées en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications autochtones.

106. Bon nombre des motifs invoqués par le juge de première instance pour écarter la preuve contenue dans les affidavits territoriaux sont problématiques parce qu'ils vont à l'encontre de ce principe fondamental. Par exemple, l'exigence qu'un fait de commune renommée soit connu dans la communauté en général ne tient pas compte du fait que, comme l'a souligné la Commission royale sur les peuples autochtones, les récits oraux sont généralement associés à des lieux précis et font allusion à des familles et à des collectivités précises, et peuvent, par conséquent, ne pas être connus à l'extérieur de cette collectivité, même par d'autres nations autochtones. Écarter les affidavits territoriaux parce que les revendications auxquelles ils se rapportent sont contestées ne tient pas compte du fait que les revendications de droits ancestraux, et de titre aborigène en particulier, sont presque toujours contestées. De fait, si ces revendications ne soulevaient aucune controverse, il ne serait pas nécessaire de s'adresser aux tribunaux pour les faire trancher. Jeter le doute sur la fiabilité des affidavits territoriaux parce que les revendications territoriales ont été discutées activement pendant de nombreuses années ne tient pas compte non plus du contexte des revendications autochtones et ce, de deux façons. Premièrement, si ces revendications sont discutées depuis si longtemps, c'est en raison du refus constant de la Colombie-Britannique, jusqu'à une date relativement récente, de reconnaître l'existence du titre aborigène dans la province, refus qui était dans une large mesure une conséquence directe de l'arrêt *Calder*, précité, de notre Cour. Il serait pour le moins abusif d'utiliser le refus de la province de reconnaître

les droits de ses habitants autochtones comme motif pour écarter la preuve qui pourrait établir l'existence de ces droits. Deuxièmement, ce motif d'exclusion place les revendicateurs autochtones -- qui appartiennent à des sociétés préservant leur passé au moyen de récits oraux -- devant un grave dilemme. Pour qu'un récit oral d'une communauté équivaille à une forme de commune renommée et soit admissible en cour, il doit se perpétuer dans les discussions des membres de cette communauté; ces discussions sont le fondement même de cette commune renommée. Toutefois, si ces récits font l'objet de trop de discussions, à une période trop rapprochée d'un litige, ils risquent d'être écartés parce qu'ils sont suspects, et ils peuvent ainsi être jugés inadmissibles. Cela pourrait avoir pour effet qu'une société possédant une telle tradition orale ne pourrait jamais faire la preuve d'une revendication historique en utilisant un récit oral en cour.

e) *La conclusion*

107. Le traitement accordé aux divers types de récits oraux par le juge de première instance ne respecte pas les principes que j'ai établis dans *Van der Peet*. Ces erreurs sont particulièrement troublantes, étant donné que les récits oraux étaient d'une importance cruciale pour la cause des appelants. Ils ont invoqué ces récits, pour tenter d'établir leur occupation et leur utilisation du territoire contesté, condition essentielle à l'existence du titre aborigène. Après avoir refusé d'admettre ces récits oraux ou de leur accorder quelque valeur probante indépendante que ce soit, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les appelants n'avaient pas démontré l'existence du degré d'occupation requis du territoire pour fonder la «propriété» de celui-ci. Si le juge du procès avait apprécié correctement les récits oraux, ses conclusions sur ces questions de fait auraient pu être très différentes.

108. Dans les circonstances, les conclusions de fait ne peuvent pas être confirmées. Cependant, vu la complexité énorme des questions de fait en jeu, il serait impossible à la Cour de rendre justice aux parties en passant le dossier au crible et en tirant de nouvelles conclusions de fait. Un nouveau procès s'impose, au cours duquel on pourra examiner la preuve à la lumière des principes qui ont été exposés dans *Van der Peet* et précisés en l'espèce. Dans l'application de ces principes, le juge qui présidera le nouveau procès pourrait bien partager l'ensemble ou certaines des conclusions de fait du juge en chef McEachern.

C. *Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et comment fait-on la preuve de son existence?*

(1) Introduction

109. Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si les appelants ont démontré l'existence d'un titre aborigène sur la région contestée. Cependant, comme un nouveau procès est nécessaire pour trancher ces questions de fait, nous ne pouvons pas régler ce différend dans le cadre du présent pourvoi. Outre ce différend d'ordre factuel, les parties ont un désaccord plus fondamental à propos du contenu du titre aborigène lui-même, et de sa réception dans la Constitution par le par. 35(1). Afin d'éclairer le juge qui instruira le nouveau procès, je vais maintenant examiner cette question.

110. Afin d'illustrer le problème, je vais, en guise d'introduction, exposer les thèses opposées des parties, car j'estime que toutes les parties ont décrit incorrectement le contenu du titre aborigène. Les appelants soutiennent que le titre aborigène équivaut à un fief simple inaliénable, qu'il confère aux peuples autochtones le droit d'utiliser les terres visées comme ils l'entendent et qu'il a été constitutionnalisé par le par. 35(1). Les

intimés avancent deux définitions: premièrement, le titre aborigène n'est rien de plus qu'un faisceau de droits autorisant l'exercice d'activités qui sont elles-mêmes des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), et la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait que constitutionnaliser ces droits individuels et non le faisceau lui-même, parce que celui-ci n'a aucun contenu indépendant; deuxièmement, le titre aborigène comprend, au plus, le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres pour y exercer des activités qui sont elles-mêmes des droits ancestraux, et le par. 35(1) constitutionnalise cette notion d'exclusivité.

111. En fait, le contenu du titre aborigène se situe quelque part entre ces deux thèses. Le titre aborigène est un droit foncier et, en tant que tel, il est quelque chose de plus que le droit d'exercer certaines activités précises, qui peuvent elles-mêmes être des droits ancestraux. Il confère plutôt le droit d'utiliser des terres pour y exercer différentes activités qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones. Ces activités ne constituent pas le droit en soi; elles sont plutôt des parasites du titre sous-jacent. Toutefois, ces différents usages sont subordonnés à la restriction suivante: ils ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour le territoire visé et qui constitue le fondement de son titre aborigène sur ce territoire. Cette limite intrinsèque, qui sera expliquée plus longuement ci-après, découle du fait que le titre aborigène est défini comme un droit foncier *sui generis*, et elle est un aspect qui différencie le titre aborigène du fief simple.

(2) Le titre aborigène en common law

a) *Caractéristiques générales*

112. Le point de départ de la jurisprudence canadienne sur le titre aborigène est la décision du Conseil privé dans l'affaire *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, dans laquelle le titre aborigène a été décrit comme étant un [TRADUCTION] «droit personnel, de la nature d'un usufruit» (à la p. 54). Par la suite, les tribunaux ont tenté de s'accommoder de cette définition, mais il ressort de leurs décisions que les termes choisis par le Conseil privé ne sont pas particulièrement utiles pour expliquer les différentes dimensions du titre aborigène. Le Conseil privé a cherché à rendre l'idée que le titre aborigène est un intérêt foncier *sui generis*. On a qualifié le titre aborigène de droit *sui generis* afin de le différencier des intérêts de propriété «ordinaires» comme le fief simple. Toutefois, comme je vais maintenant l'expliquer, on le qualifie également de droit *sui generis*, dans la mesure où il est impossible d'expliquer entièrement ses caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law soit des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones. Tout comme d'autres droits ancestraux, le titre aborigène doit être défini en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des autochtones.

113. L'idée que le titre aborigène a un caractère *sui generis* est le principe unificateur qui sous-tend les différentes dimensions de ce titre. L'une de ces dimensions est l'inaliénabilité du titre aborigène. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être transférées, vendues ou cédées à personne d'autre que la Couronne, et elles sont par conséquent inaliénables. Notre Cour s'est efforcée de préciser que c'est uniquement dans ce sens que le titre aborigène est un droit «personnel», et que cela ne veut pas dire qu'il ne s'agit pas d'un intérêt de propriété, qui ne représente rien de plus

qu'une autorisation d'utiliser et d'occuper les terres visées et qui ne peut pas concurrencer sur un pied d'égalité d'autres droits de propriété: *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, à la p. 677.

114. Une autre dimension du titre aborigène est son origine. On a d'abord cru que la source du titre aborigène au Canada était la *Proclamation royale de 1763*: voir *St. Catherine's Milling*. Cependant, il ne fait maintenant aucun doute que, même si le titre aborigène a été reconnu par la *Proclamation*, il découle de l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones. Toutefois, cette occupation antérieure est pertinente à deux points de vue, qui illustrent tous deux le caractère *sui generis* du titre aborigène. Il y a d'abord le fait physique de l'occupation, qui découle du principe de common law selon lequel l'occupation prouve la possession en droit: voir Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), à la p. 7. Ainsi, dans *Guerin*, précité, le juge Dickson a qualifié le titre aborigène, à la p. 376, de «droit, en *common law*, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». Le titre aborigène a un caractère *sui generis* parce qu'il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, tandis que les domaines ordinaires, comme le fief simple, ont pris naissance par la suite: voir Kent McNeil, «The Meaning of Aboriginal Title», dans Michael Asch, dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* (1997), 135, à la p. 144. Cette idée a été précisée dans *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, où notre Cour a unanimement statué, à la p. 340, que le «titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques» (voir aussi *Guerin* à la p. 378). Ces affirmations indiquent que le titre aborigène a une autre origine -- soit le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants.

115. Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité. Il s'agit d'une autre caractéristique *sui generis* du titre aborigène, qui le différencie des intérêts de propriété ordinaires.

b) *Le contenu du titre aborigène*

116. Bien que notre Cour et le Conseil privé aient été saisis par le passé d'affaires relatives au titre aborigène, ni l'un ni l'autre ne se sont jamais prononcés d'une manière définitive sur le contenu du titre aborigène. Comme je l'ai indiqué, le Conseil privé, dans *St. Catherine's Milling*, a qualifié le titre aborigène de [TRADUCTION] «droit personnel, de la nature d'un usufruit», mais il a refusé d'expliquer ce que cela voulait dire, parce qu'il n'était pas «nécessaire d'exprimer une opinion sur ce point» (à la p. 55). De même, dans les arrêts *Calder*, *Guerin* et *Paul*, les questions litigieuses étaient respectivement l'extinction du titre aborigène, l'obligation de fiduciaire découlant de la cession de terres détenues en vertu d'un titre aborigène et les servitudes d'origine législative sur des terres ainsi détenues; le contenu du titre n'était pas en cause et n'a pas été abordé directement.

117. Même si les tribunaux n'ont pas été très explicites, je suis arrivé à la conclusion que le contenu du titre aborigène peut être résumé au moyen de deux énoncés: premièrement, le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive; deuxièmement, ces

utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres. Pour plus de clarté, je vais examiner chacun de ces énoncés séparément.

Le titre aborigène comprend le droit d'utiliser le territoire détenu en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive

118. Les intimés soutiennent que le titre aborigène comprend simplement le droit d'exercer des activités qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit, et que, tout au plus, le titre ajoute l'idée d'exclusivité, c'est-à-dire le droit exclusif d'utiliser à ces fins les terres visées. Cependant, les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne sont pas limitées de la sorte. Cette conclusion découle de trois sources: (i) la jurisprudence canadienne sur le titre aborigène; (ii) le rapport entre les terres de réserve et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène; (iii) la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7. En outre, même si ce fait n'est pas déterminant sur le plan juridique, cette conclusion est étayée par littérature doctrinale. En particulier, l'article du professeur McNeil intitulé «The Meaning of Aboriginal Title», *op. cit.*, m'a été très utile.

(i) La jurisprudence canadienne sur le titre aborigène

119. En dépit du fait que la jurisprudence sur le titre aborigène est en quelque sorte en cours d'élaboration, il est clair que les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne se limitent pas aux coutumes, pratiques et traditions d'un peuple autochtone et qui font partie intégrante de sa culture distinctive.

Dans l'arrêt *Guerin*, précité, par exemple, le juge Dickson a qualifié le titre aborigène de «droit [. . .] sur [d]es terres» comprenant «le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres» (à la p. 382). Le «droit [. . .] d'occuper et de posséder» est exprimé en termes généraux et, fait important, n'est pas assorti d'une réserve le limitant aux utilisations traditionnelles et habituelles faites de ces terres. Tous les doutes qui pouvaient exister relativement à la question de savoir si le droit d'occuper et d'utiliser des terres vise un large éventail d'utilisations ont été dissipés dans l'arrêt *Paul*, précité, où notre Cour est allée encore plus loin et a déclaré que le titre aborigène était «quelque chose de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation» (à la p. 678). Une fois de plus, il n'est fait aucune mention de coutumes, pratiques et traditions autochtones en tant que limites à ce droit. De plus, je considère que l'emploi de l'expression «quelque chose de plus» fait ressortir le caractère général de la notion d'utilisation et de possession.

(ii) Les terres des réserves

120. L'arrêt *Guerin* est une autre source étayant la conclusion que les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne se limitent pas à celles fondées sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de cultures distinctives autochtones. Dans cet arrêt, le juge Dickson a déclaré, à la p. 379, que les droits des autochtones sur les terres des réserves et leurs droits sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont régis par les mêmes principes juridiques:

À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas . . . [Je souligne.]

121. La nature du droit des Indiens sur les terres des réserves est très générale, et elle peut être dégagée de l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens*, que je reproduis au complet:

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

(2) Le ministre peut autoriser l'utilisation de terres dans une réserve aux fins des écoles indiennes, de l'administration d'affaires indiennes, de cimetières indiens, de projets relatifs à la santé des Indiens, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande, et il peut prendre toutes terres dans une réserve, nécessaires à ces fins, mais lorsque, immédiatement avant cette prise, un Indien particulier avait droit à la possession de ces terres, il doit être versé à cet Indien, pour un semblable usage, une indemnité d'un montant dont peuvent convenir l'Indien et le ministre, ou, à défaut d'accord, qui peut être fixé de la manière que détermine ce dernier. [Je souligne.]

La disposition principale est le par. 18(1), qui indique que les terres des réserves sont détenues «à l'usage et au profit» des bandes qui les occupent; à la lecture de la *Loi sur les Indiens*, il ne semble pas que les utilisations et les avantages se limitent aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures autochtones distinctives. Cette pluralité d'utilisations est renforcée par le par. 18(2), qui prévoit que les terres des réserves peuvent être utilisées «pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande». Le bien-être général de la bande n'a pas été défini en fonction des coutumes, pratiques et traditions autochtones, ni en fonction des activités dont l'origine remonte avant le contact avec les Européens; il s'agit d'un concept qui, par définition, fait référence aux besoins actuels des collectivités autochtones. Sur le fondement de l'arrêt *Guerin*, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène, tout comme les terres des réserves, peuvent servir à un grand nombre d'utilisations.

(iii) La Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes

122. La troisième source sur laquelle s'appuie l'énoncé que le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures autochtones distinctives est la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*. L'objet général de cette loi est de permettre l'exploitation pétrolière et gazière sur les terres des réserves par la cession de ces terres à la Couronne. Cette loi présume que le droit des autochtones sur les terres des réserves comprend les droits miniers, point que notre Cour a accepté à l'unanimité relativement à la *Loi sur les Indiens*, dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344. Sur le fondement de l'arrêt *Guerin*, le titre aborigène comprend également les droits miniers, et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène devraient pouvoir être exploitées de la même façon, ce qui n'est certainement pas une utilisation traditionnelle de ces terres. Cette conclusion est étayée par le par. 6(2) de la Loi, qui dispose:

6. . . .

(2) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger les droits du peuple indien ou de l'empêcher de négocier l'obtention d'avantages pour le pétrole et le gaz dans les régions où les revendications de terres n'ont pas été réglées.

Les régions visées au par. 6(2) doivent à tout le moins comprendre les terres détenues en vertu d'un titre aborigène, étant donné que, par définition, ces terres n'ont pas été cédées dans le cadre d'accords sur des revendications territoriales. La présomption qui sous-tend le par. 6(2) est que le titre aborigène permet l'exploitation de réserves pétrolières et gazières.

123. Même si ce fait n'est pas déterminant, la conclusion que le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux utilisations dont les origines remontent aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de sociétés autochtones distinctives jouit d'un vaste appui dans la doctrine: Jocelyn Gagne, «The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim» (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309, aux pp. 336 et 337; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 242; Kent McNeil, «The Meaning of Aboriginal Title», *op. cit.*, aux pp. 143 à 150; William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, à la p. 221; *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2 (*Une relation à redéfinir*), à la p. 624; Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232, aux pp. 268 et 269; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), à la p. 34; Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 746 à 748.

124. En conclusion, le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux utilisations qui sont des éléments d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Toutefois, comme je vais maintenant l'expliquer, le titre aborigène n'équivaut pas non plus à une forme de fief simple inaliénable.

c) Limite intrinsèque: les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'a le groupe autochtone concerné pour le territoire et qui est à la base de sa revendication du titre aborigène

125. Le contenu du titre aborigène comporte une limite intrinsèque, savoir que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres. Cette limite au contenu du titre aborigène est une manifestation du principe qui sous-tend les différentes dimensions de ce droit foncier spécial, il s'agit d'un droit *sui generis* qui est différent des intérêts de propriété «ordinaires», en particulier le fief simple.
126. J'arrive à cette conclusion en me référant aux autres dimensions du titre aborigène qui ont également un caractère *sui generis*. Je vais examiner d'abord l'origine du titre aborigène. Comme je l'ai indiqué plus haut, le titre aborigène découle du fait que le Canada a d'abord été occupé par les peuples autochtones. Cette occupation antérieure est pertinente à deux égards: premièrement en raison du fait physique de l'occupation, et deuxièmement pour le motif que le titre aborigène tire en partie son origine des régimes juridiques autochtones préexistants. Toutefois, le droit relatif au titre aborigène ne cherche pas seulement à définir les droits historiques des peuples autochtones sur le territoire; il vise aussi à accorder, de nos jours, une protection juridique à cette occupation antérieure. La reconnaissance de l'importance de la continuité du rapport qu'une collectivité autochtone entretient avec ses terres au fil des ans ressort implicitement de la protection des modalités historiques de l'occupation.
127. Je vais expliciter ce point plus loin, dans l'examen du critère applicable pour faire la preuve du titre aborigène. En l'espèce, la pertinence de la continuité du rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec ses terres réside dans le fait que ce rapport s'applique non seulement au passé mais aussi à l'avenir. Rien ne devrait empêcher ce rapport de continuer dans le futur. Il s'ensuit que les utilisations des terres qui

menaceraient ce rapport futur sont, de par leur nature même, exclues du contenu du titre aborigène.

128. Par conséquent, les terres visées par un titre aborigène ne peuvent pas, selon moi, être utilisées à des fins incompatibles avec la nature de l'occupation de ces terres et avec le rapport que le groupe concerné entretient avec celles-ci, facteurs qui, ensemble, ont donné naissance au titre aborigène en premier lieu. Comme nous le verrons plus loin, l'un des éléments fondamentaux qui permettent de déterminer si un groupe autochtone donné possède un titre aborigène sur certaines terres est la question de l'occupation de celles-ci. L'occupation est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question. Si des terres font l'objet d'une telle occupation, il existera entre ce groupe et les terres visées un lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe. Il me semble que ces éléments du titre aborigène créent une limite intrinsèque aux utilisations qui peuvent être faites des terres visées par un tel titre. Par exemple, si on fait la preuve de l'occupation par référence à l'utilisation des terres comme territoire de chasse, alors le groupe qui a revendiqué avec succès le titre aborigène sur ces terres ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse leur valeur pour cette utilisation (p. ex. en les exploitant en tant que mine à ciel ouvert). De même, si un groupe affirme l'existence d'un lien spécial avec les terres visées en raison de leur importance culturelle ou rituelle, il ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse ce rapport (p. ex. en les exploitant d'une façon qui entraîne la destruction du lien, peut-être en les transformant en terrain de stationnement).

129. C'est également pour cette raison que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont inaliénables. L'aliénation des terres en question éteindrait le droit des autochtones de les occuper et mettrait fin au rapport qu'ils entretiennent avec celles-ci.

J'ai indiqué précédemment que l'inaliénabilité des terres indiennes découle, du moins en partie, du principe de common law selon lequel les personnes qui s'établissent dans une colonie doivent obtenir leur titre par voie de concession de la Couronne et que, par conséquent, elles ne peuvent pas l'acquérir en l'achetant à des autochtones. L'inaliénabilité découle également, une fois de plus en partie seulement, de la politique générale qui consiste à «veiller à ce que ceux-ci [les Indiens] ne soient pas dépouillés de leurs droits»: voir *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 133. L'inaliénabilité des terres détenues en vertu d'un titre aborigène indique que ces terres sont quelque chose de plus qu'un simple bien fongible. Le rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec les terres sur lesquelles elle possède un titre aborigène comporte un aspect important de nature non économique. Les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur.

130. Je suis conscient du fait que le caractère *sui generis* du titre aborigène ne permet pas d'appliquer les «règles traditionnelles du droit des biens» pour expliquer le contenu de ce titre (*Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, au par. 14). Malgré tout, il est possible de faire une analogie utile entre la limite applicable au titre aborigène et le concept de dégradation en *equity* que l'on retrouve en common law. Selon ce concept, les personnes qui sont titulaires d'un domaine viager ne peuvent pas y commettre d'[TRADUCTION] «actes de destruction injustifiés ou excessifs» (E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property* (14^e éd. 1988), à la p. 264), ni [TRADUCTION] «ruiner le bien-fonds» (Robert E. Megarry et H. W. R. Wade, *The Law of Real Property* (4^e éd. 1975), à la p. 105). Cette description des limites imposées par le concept de dégradation en *equity* illustre bien le genre de limites auxquelles je pense en l'espèce.

131. Enfin, les remarques que je viens de faire au sujet de l'importance de la continuité du rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec ses terres, et la valeur non économique ou intrinsèque de celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant obstacle à la possibilité d'une cession à la Couronne moyennant contrepartie de valeur. Au contraire, l'idée de cession renforce la conclusion que le titre aborigène est limité de la manière que j'ai décrite. Si les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène.

132. Ce qui précède équivaut à une limitation générale de l'utilisation des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Cette limite découle du rapport physique et culturel particulier qu'un groupe peut entretenir avec les terres, et elle est définie par la source du titre aborigène sur ces terres. Il ne s'agit pas, je dois le souligner, d'une limite qui restreint l'utilisation des terres aux activités qui y ont traditionnellement été exercées. Cela reviendrait, sur le plan juridique, à placer dans un carcan juridique les autochtones qui ont un droit légitime sur les terres. L'approche que je viens d'exposer permet un éventail complet d'utilisations des terres, sous réserve seulement d'une limite dominante, définie par la nature spéciale du titre aborigène sur les terres en question.

d) *Le titre aborigène visé au par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982*

133. Le titre aborigène en common law est protégé, dans sa forme complète, par le par. 35(1). Cette conclusion découle des termes exprès du par. 35(1) lui-même, dont le texte complet est ainsi rédigé: «[l]es droits existants -- ancestraux ou issus de traités -- des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés» (je souligne). Il ressort de la simple lecture du par. 35(1) que cette disposition n'a pas créé de droits ancestraux,

mais qu'elle a plutôt constitutionnalisé ceux qui étaient «existants» en 1982. Cette disposition a, à tout le moins, constitutionnalisé les droits que les peuples autochtones possédaient en common law, étant donné que ces droits existaient au moment de l'entrée en vigueur du par. 35(1). Comme le titre aborigène était un droit issu de la common law et dont l'existence a été reconnue bien avant 1982 (p. ex. dans *Calder*, précité), le par. 35(1) l'a constitutionnalisé dans sa forme complète.

134. J'ai exprimé cette conception du rapport qui existe entre les droits ancestraux reconnus en common law, y compris le titre aborigène, et les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) dans l'arrêt *Van der Peet*. Pour expliquer l'objet du par. 35(1), j'ai dit qu'«il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law» (au par. 28). Par suite de l'édiction du par. 35(1), «une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel» (au par. 29); en d'autres termes, le par. 35(1) a réalisé «la constitutionnalisation de [ces droits]» (au par. 29).

135. En dernier lieu, de nombreux commentateurs souscrivent à cette façon de voir l'effet du par. 35(1) sur le titre aborigène reconnu en common law: Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382, aux pp. 447 et 448; Kent McNeil, «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, aux pp. 256 et 257; James O'Reilly, «La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones» (1984), 25 *C. de D.* 125, à la p. 137; William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee», *loc. cit.*, aux pp. 220 et 221; Douglas Sanders, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314, à la p. 329; Douglas Sanders, «Les droits préexistants: les peuples autochtones du Canada», dans Gérald-A.

Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 779, aux pp. 809 à 811; Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc. cit.*, à la p. 254; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 45.

136. Je m'empresse d'ajouter que la constitutionnalisation par le par. 35(1) des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu de cette disposition. Comme je l'ai dit dans *Côté*, précité, au par. 52:

Le noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé s'il ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu'elles soient reconnues légalement par les colonisateurs européens.

Dans *Côté*, je me suis fondé sur cette affirmation pour réfuter l'argument selon lequel l'absence possible de droits ancestraux dans le droit colonial français faisait obstacle à l'existence de droits ancestraux au sens du par. 35(1) à l'intérieur des frontières historiques de la Nouvelle-France. Toutefois, il s'ensuit également que l'existence d'un droit ancestral particulier reconnu en common law n'est pas un préalable essentiel pour prouver l'existence d'un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1). De fait, aucune des décisions qui ont été rendues par notre Cour relativement au par. 35(1) et dans lesquelles l'existence d'un droit ancestral a été démontrée n'a invoqué l'existence de ce droit en common law. L'existence d'un droit ancestral reconnu en common law est donc suffisante, mais pas nécessaire, pour la reconnaissance et la confirmation de ce droit par le par. 35(1).

137. La reconnaissance du fait que le par. 35(1) a constitutionnalisé le titre aborigène reconnu en common law soulève une autre question, celle du rapport qui

existe entre le titre aborigène et les «droits ancestraux» protégés par le par. 35(1). J'ai examiné cette question dans l'arrêt *Adams*, précité, où deux conceptions diamétralement opposées de ce rapport avaient été soumises à notre Cour. La première présentait les droits ancestraux comme des droits qui «se rattachent intrinsèquement au titre aborigène sur le territoire visé» (au par. 25), ou comme des fragments d'une revendication plus large visant le titre aborigène. Par implication, les droits ancestraux doivent reposer soit sur la revendication d'un titre, soit sur les restes non éteints d'un titre. Poussé à son extrême, ce raisonnement suggère que le titre aborigène est simplement la somme d'un ensemble de droits ancestraux individuels, et qu'il n'a donc aucun contenu indépendant. J'ai toutefois rejeté cette conception et retenu l'autre, savoir que le titre aborigène n'est «que la manifestation d'une conception plus large des droits ancestraux» (au par. 25). Par conséquent, bien que le titre aborigène soit un type de droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1), il est distinct des autres droits ancestraux parce qu'il naît lorsque le rapport entre un territoire et un groupe «avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale» (au par. 26).

138. Il ressort de l'arrêt *Adams* que les droits ancestraux qui sont reconnus et confirmés par le par. 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question. Toutefois, le fait que le territoire sur lequel l'activité est pratiquée a été «occupé et utilisé» ne suffit pas «pour étayer la revendication du titre sur celui-ci» (au par. 26 souligné dans l'original)). Néanmoins, ces activités bénéficient de la protection de la Constitution. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu'un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer

l'existence d'un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit -- spécifique à un site -- de s'adonner à une activité particulière. J'ai présenté la chose de la façon suivante dans l'arrêt *Adams* (au par. 30):

En effet, même si un droit ancestral s'attache à une parcelle de terrain dont le titre n'appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique. Par exemple, si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l'époque, le droit de chasse ancestral -- même s'il existe indépendamment du titre sur cette parcelle de terrain -- est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. [Je souligne.]

À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit. Ainsi qu'il ressort clairement de l'arrêt *Adams*, le titre aborigène confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. L'existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l'existence d'un titre ne peut pas l'être. Ce que le titre aborigène confère c'est le droit au territoire lui-même.

139. Étant donné que les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire, il est possible que certains groupes autochtones soient incapables d'établir le bien-fondé de leur revendication d'un titre, mais qu'ils possèdent néanmoins des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), notamment des droits -- spécifiques à un site -- d'exercer des activités particulières. Comme je l'ai expliqué dans *Adams*, cela peut se produire dans le cas de peuples nomades qui changeaient «l'emplacement de leurs établissements [. . .] en fonction des saisons et des circonstances» (au par. 27). Toutefois, le fait que des peuples autochtones n'étaient pas sédentaires (au par. 27)

ne change rien au fait que les peuples nomades ont survécu en exploitant le territoire avant le contact avec les Européens, et que bon nombre des coutumes, pratiques et traditions observées par ces peuples nomades sur le territoire en question faisaient partie intégrante de leur culture distinctive.

e) *La preuve de l'existence d'un titre aborigène*

(i) Introduction

140. En plus de différer des autres droits ancestraux quant au degré de rattachement avec le territoire, le titre aborigène se distingue de ceux-ci d'une autre façon. Jusqu'à maintenant, la Cour a défini les droits ancestraux par rapport à des activités. Comme je l'ai dit dans *Van der Peet* (au par. 46):

[P]our constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. [Je souligne.]

Or le titre aborigène est le droit au territoire lui-même. Sous réserve des limites que j'ai exposées précédemment, ce territoire peut être utilisé pour diverses activités, dont aucune ne doit nécessairement être protégée individuellement en tant que droit ancestral prévu au par. 35(1). Ces activités sont des parasites du titre sous-jacent.

141. Cette différence entre les droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités particulières et le titre aborigène exige l'adaptation, en conséquence, du critère que j'ai exposé dans *Van der Peet*. J'ai prévu cette possibilité dans cet arrêt, où j'ai déclaré (au par. 74):

Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux. [Je souligne; «et» souligné dans l'original.]

Comme l'objet du par. 35(1) est de concilier la présence antérieure des peuples autochtones en Amérique du Nord avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, il ressort clairement de cet énoncé que le par. 35(1) doit reconnaître et confirmer les deux aspects de cette préexistence, savoir l'occupation du territoire, d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire, d'autre part. Jusqu'à ce jour, la jurisprudence relative au par. 35(1) a surtout insisté sur le deuxième aspect. Cette situation est dans une large mesure attribuable aux genres d'affaires qui ont été soumises à notre Cour dans le contexte du par. 35(1), savoir des poursuites intentées relativement à des infractions réglementaires qui, de par leur nature même, interdisent divers types d'activités.

142. L'adaptation du critère établi dans l'arrêt *Van der Peet* en vue de son application aux revendications de titre doit également être considérée comme la reconnaissance du premier aspect de cette présence antérieure. Toutefois, comme il deviendra maintenant évident, le critère applicable pour déterminer l'existence de droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités particulières et le critère applicable pour déterminer l'existence d'un titre aborigène comportent de grandes similitudes. Par ailleurs, voici quelles sont les principales distinctions: premièrement, dans le cadre du critère relatif au titre aborigène, l'exigence que le territoire fasse partie intégrante de la culture distincte des demandeurs est subsumée sous l'exigence d'occupation;

deuxièmement, alors que c'est le moment du premier contact avec les Européens qui est le moment pertinent pour la détermination des droits ancestraux, dans le cas du titre aborigène, c'est le moment de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire.

(ii) Le critère applicable pour prouver l'existence d'un titre aborigène

143. Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes: (i) il doit avoir occupé le territoire avant l'affirmation de la souveraineté; (ii) si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l'affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive.

Le territoire doit avoir été occupé avant l'affirmation de la souveraineté

144. Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique le titre doit démontrer qu'il occupait les terres en question au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté sur ces terres. La période pertinente pour établir l'existence du titre est donc différente de celle qui s'applique pour établir l'existence de droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités précises. Dans *Van der Peet*, j'ai statué, au par. 60, que «[l]a période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact . . .» Cela découle du fait que pour définir les attributs fondamentaux et distinctifs des sociétés autochtones préexistantes, il faut se reporter à

une époque antérieure à l'arrivée des Européens. Les pratiques, coutumes et traditions qui ont pris naissance uniquement sous l'effet des influences européennes ne satisfont pas à la norme établie pour la reconnaissance des droits ancestraux.

145. Par contre, lorsqu'il est question de titre aborigène, la période de l'affirmation de la souveraineté est celle qui doit être prise en considération, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, d'un point de vue théorique, le titre aborigène découle de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants. Le titre aborigène grève le titre sous-jacent de la Couronne. Cependant, celle-ci n'a acquis ce titre qu'à compter du moment où elle a affirmé sa souveraineté sur le territoire en question. Étant donné qu'il serait absurde de parler d'une charge grevant le titre sous-jacent avant que celui-ci ait existé, le titre aborigène s'est cristallisé au moment de l'affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, le titre aborigène ne soulève pas le problème que pose la distinction entre les coutumes, pratiques et traditions distinctives faisant partie intégrante d'une société autochtone et celles qui ont été introduites par suite du contact avec les Européens ou influencées par celui-ci. En vertu de la common law, le fait de l'occupation ou de la possession suffit pour fonder un titre aborigène, et il n'est pas nécessaire de prouver que le territoire en question faisait partie intégrante de la société autochtone visée avant l'arrivée des Européens ou qu'il était un élément distinctif de celle-ci. Finalement, il semble, d'un point de vue pratique, que la date de l'affirmation de la souveraineté ait un caractère plus certain que celle du premier contact avec les Européens. Il est souvent très difficile de déterminer à quel moment précis chaque groupe autochtone est pour la première fois entré en contact avec la culture européenne. Je note que cette approche trouve appui dans la doctrine: Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 742; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *loc. cit.*, à la p. 196. Pour ces motifs, je conclus que les autochtones doivent prouver

l'occupation du territoire à partir de l'affirmation de la souveraineté pour fonder la revendication d'un titre aborigène. Le juge en chef McEachern a conclu, aux pp. 233 et 234, que la date de l'affirmation de la souveraineté britannique sur la Colombie-Britannique avait été établie de façon concluante par le traité Oregon de 1846, conclusion que les parties n'ont pas contestée en appel. Cela ne veut pas dire que des circonstances ultérieures à l'affirmation de la souveraineté ne seront jamais pertinentes pour ce qui est du titre ou de l'indemnité. De telles circonstances pourraient l'être, par exemple dans le cas de bandes autochtones qui auraient été dépossédées de terres traditionnelles après l'affirmation de la souveraineté.

146. Il y avait un consensus entre les parties au présent pourvoi sur le fait que la preuve de l'occupation historique du territoire visé est requise pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène sur celui-ci. Toutefois, les parties ne se sont pas entendues sur la façon de prouver cette occupation. Les intimés soutiennent que, en ce qui concerne l'établissement de l'existence d'un titre aborigène, l'occupation s'entend nécessairement de l'occupation physique du territoire en question. À l'opposé, la nation Gitksan appelante prétend qu'il est possible, du moins en partie, d'établir l'existence d'un titre aborigène en se référant aux règles de droit autochtones.

147. Ce débat sur la preuve de l'occupation témoigne de l'existence de deux conceptions divergentes de l'origine du titre aborigène. Essentiellement, les intimés soutiennent que le titre aborigène découle de la réalité physique qu'ont rencontrée les Européens au moment de l'affirmation de la souveraineté, tandis que la nation Gitksan adopte en fait le point de vue que le titre aborigène découle des modes de possession foncière prévus par les règles de droit autochtones et qu'il devrait refléter ces modes de possession. Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment, l'origine du titre aborigène semble reposer tant sur la common law que sur le point de vue des autochtones

à l'égard du territoire, point de vue qui tient compte notamment de leurs régimes juridiques. Il s'ensuit que ces deux éléments devraient être pris en compte dans la démonstration de l'occupation. De fait, il existe un précédent à cet égard. Dans l'affaire *Baker Lake*, précitée, le juge Mahoney a statué que, pour établir l'existence d'un titre aborigène, les requérants devaient prouver leur «présence physique [. . .] sur la terre qu'ils occupaient» (à la p. 561) et l'existence «chez [ce groupe] [d']une perception des droits réclamés [. . .] [qui] recevai[t] effet au cours du régime qui prévalait antérieurement» (à la p. 559).

148. L'arrêt *Van der Peet* commande également cette approche relative à la preuve de l'occupation en common law dans le contexte du par. 35(1). Dans cette décision, comme je l'ai dit précédemment, j'ai statué, au par. 50 que, pour concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, il fallait tenir compte à la fois du «point de vue des autochtones et de la common law», et j'ai également conclu que «[l]a conciliation véritable accorde, également, de l'importance à chacun de ces éléments». En outre, j'ai déclaré que le point de vue des autochtones sur l'occupation des terres peut être dégagé en partie, mais pas exclusivement, de leurs règles de droit traditionnelles parce que ces règles étaient des éléments des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones: au par. 41. Il s'ensuit que si, au moment de l'affirmation de la souveraineté, une société autochtone avait des règles de droit concernant le territoire, ces règles seraient pertinentes pour prouver l'occupation des terres visées par la revendication d'un titre aborigène. Les règles de droit pertinentes pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres.

149. Toutefois, le point de vue des autochtones doit être pris en considération en même temps que la common law. Le professeur McNeil a soutenu, d'une façon

convaincante, qu'en common law l'occupation physique fait preuve de la possession en droit, fait qui à son tour fondera le droit au titre sur les terres visées: *Common Law Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 73; voir aussi *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, *op. cit.*, à la p. 28; et Megarry et Wade, *The Law of Real Property*, *op. cit.*, à la p. 1006. L'occupation physique peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs: voir McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, aux pp. 201 et 202. Dans l'examen de la question de savoir si on a fait la preuve d'une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, [TRADUCTION] «il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées»: Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», à la p. 758.

150. Dans *Van der Peet*, j'ai établi une distinction entre les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones qui étaient «un aspect» de la société autochtone qui revendique le titre ou qui «y étai[ent] exercée[s]», et celles qui étaient «un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société» (au par. 55). Ces dernières coutumes, pratiques et traditions se démarquaient parce qu'elles «rendaient la culture de la société distinctive [. . .] c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était» (au par. 55, souligné dans l'original). La même exigence s'applique pour prouver l'existence d'un titre aborigène. Comme je l'ai dit dans *Adams*, le bien-fondé de la revendication d'un titre est établi lorsqu'un groupe peut démontrer «que le rapport qu'il entretient avec le territoire [. . .] avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale» (au par. 26).

151. Bien que cela demeure un aspect fondamental du critère de détermination de l'existence des droits ancestraux, compte tenu de l'exigence d'occupation prévue par le critère applicable pour statuer sur l'existence d'un titre aborigène, je ne peux imaginer de situation où cette exigence servirait en fait à limiter ou à empêcher la revendication de titre. L'exigence existe à l'égard des droits qui ne constituent pas des titres parce que, dans de tels cas, il est nécessaire de distinguer entre les pratiques qui étaient des éléments fondamentaux de la culture des demandeurs et celles qui étaient davantage accessoires. Toutefois, dans le cas d'un titre, il semble clair que tout territoire qui a été occupé antérieurement à l'affirmation de la souveraineté et avec lequel les parties ont depuis maintenu un rapport substantiel est suffisamment important pour avoir une importance fondamentale pour la culture des demandeurs. Par conséquent, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'inclure explicitement cet élément dans le critère relatif au titre aborigène.

Si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté, il doit y avoir continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté

152. Dans *Van der Peet*, j'ai expliqué que ce sont les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens qui sont reconnues et confirmées comme des droits ancestraux par le par. 35(1). Cependant, j'ai également reconnu qu'il serait «pratiquement impossible» (au par. 62) pour un groupe autochtone de produire une preuve concluante de ses coutumes, pratiques et traditions datant de l'époque antérieure au contact avec les Européens. Il suffirait plutôt de produire une preuve des pratiques postérieures au contact avec les Européens qui «tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens» (au par. 62). La preuve de l'occupation dans le cadre de la revendication d'un titre aborigène pose le même problème et appelle la même solution. Il peut s'avérer difficile d'apporter des éléments de preuve concluants

d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Au lieu de cela, une collectivité autochtone peut produire, au soutien de la revendication d'un titre aborigène, des éléments de preuve de l'occupation actuelle comme preuve d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Il faut en outre qu'il y ait une continuité entre l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté et l'occupation actuelle, parce que la période pertinente pour la détermination de l'existence d'un titre aborigène est celle qui a précédé l'affirmation de la souveraineté.

153. Il va sans dire qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une «continuité parfaite» (*Van der Peet*, au par. 65) entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure au contact avec les Européens. Il est possible que l'occupation et l'utilisation des terres aient été interrompues pendant une certaine période, à cause peut-être de la réticence des colonisateurs européens à reconnaître le titre aborigène. Exiger la continuité d'une manière trop stricte pourrait «saper l'objet même du par. 35(1) en perpétuant l'injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs, qui n'ont pas respecté» les droits fonciers des autochtones (*Côté*, précité, au par. 53). Dans l'arrêt *Mabo*, précité, la Haute Cour d'Australie a établi l'exigence selon laquelle il doit y avoir «un maintien substantiel du lien» entre le peuple et le territoire. Je suis d'avis que ce critère s'applique également au Canada pour statuer sur l'existence d'un titre.

154. Il me faut également souligner qu'il est fort possible que la nature précise de l'occupation ait changé entre l'époque de l'affirmation de la souveraineté et aujourd'hui. Je veux qu'il soit clair que le fait que la nature de l'occupation ait changé ne fera généralement pas obstacle à la revendication d'un titre aborigène, dans la mesure où un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu. La seule restriction à ce principe pourrait être les limites intrinsèques aux utilisations qui peuvent

être faites du territoire visé par un titre aborigène, c.-à-d. des utilisations incompatibles avec son usage continu par les générations autochtones futures.

L'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté

155. Enfin, il faut que l'occupation ait été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Cette exigence d'exclusivité découle de la définition même du titre aborigène, que j'ai défini comme étant le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées. L'exclusivité, en tant qu'aspect du titre aborigène, appartient à la collectivité autochtone qui possède la capacité d'exclure autrui des terres détenues en vertu de ce titre. La preuve du titre doit, à cet égard, refléter le contenu du droit. S'il était possible de prouver l'existence du titre sans démontrer l'existence d'une occupation exclusive, on parviendrait à un résultat absurde, car il serait alors possible à plus d'une nation autochtone de posséder le titre aborigène à l'égard d'un même territoire, et toutes ces nations pourraient alors tenter de faire valoir le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive ce territoire.

156. Comme pour la preuve de l'occupation, la preuve de l'exclusivité doit tenir compte tant de la common law que du point de vue des autochtones, et accorder une importance égale aux deux. En common law, l'accent est mis sur la réalité factuelle de l'occupation, telle qu'elle était constatée par les Européens. Cependant, comme le concept de possession en common law doit tenir compte des réalités de la société autochtone, il doit en être de même pour le concept d'exclusivité. L'exclusivité est un principe de common law qui est dérivé de la notion de propriété en fief simple et qui doit être intégré avec précaution au concept de titre aborigène. Par conséquent, le critère requis pour établir l'occupation exclusive doit prendre en compte le contexte de la

société autochtone au moment de l'affirmation de la souveraineté. Par exemple, il est important de souligner qu'il est possible de prouver l'exclusivité de l'occupation même si d'autres groupes autochtones étaient présents ou se rendaient souvent sur les terres revendiquées. Dans de tels cas, l'exclusivité serait établie par la preuve de [TRADUCTION] «l'intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif [du territoire visé]» (McNeil, *Common Law Aboriginal Title, op. cit.*, à la p. 204). Par conséquent, une intrusion isolée ne ferait pas obstacle à une conclusion générale d'exclusivité si le groupe autochtone concerné avait l'intention de faire respecter son occupation exclusive et avait tenté de le faire. Qui plus est, comme l'indique le professeur McNeil, la présence d'autres groupes autochtones pourrait en fait renforcer une conclusion d'exclusivité. Par exemple, [TRADUCTION] «[L]orsque d'autres personnes demandaient l'accès au territoire et étaient autorisées à s'y rendre, le fait même qu'une permission était demandée et accordée constituerait une preuve supplémentaire du contrôle exclusif exercé sur le territoire par le groupe» (à la p. 204).

157. La prise en considération du point de vue des autochtones peut également amener à conclure qu'une intrusion par d'autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l'occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette occupation exclusive. À titre d'exemple, le groupe autochtone qui revendique le titre aborigène peut avoir, en matière d'intrusion, des règles de droit qui sont des preuves de l'occupation exclusive, de sorte que la présence d'intrus n'est pas considérée comme une preuve à l'encontre de l'exclusivité. De plus, l'existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d'autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayeraient la conclusion d'occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l'objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des autochtones.

158. Dans leurs observations, les appelants ont insisté sur le fait que l'obligation de prouver l'occupation exclusive pourrait empêcher de conclure à l'existence d'un titre conjoint partagé par deux ou plusieurs nations autochtones. La possibilité de l'existence d'un titre conjoint a été reconnue par les tribunaux américains: *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941). Je suis d'avis qu'il est possible de concilier l'exigence d'occupation exclusive et l'existence possible d'un titre conjoint en reconnaissant qu'un titre conjoint peut découler d'une exclusivité partagée. Le sens de la notion d'exclusivité partagée est bien connue en common law. La possession exclusive est le droit d'exclure autrui. La possession exclusive partagée donne le droit d'exclure autrui, à l'exception des personnes avec qui la possession est partagée. Manifestement, il est possible que deux nations autochtones aient vécu sur un territoire particulier, et que chacune ait reconnu les droits de l'autre sur ce territoire, mais pas ceux de personne d'autre. Comme aucun titre conjoint n'a été revendiqué en l'espèce, je laisse à une autre occasion l'examen de toutes les difficultés et implications de la notion de titre conjoint, de même que les limites que le titre d'une autre bande pourrait imposer sur la façon dont une bande donnée utilise les terres sur lesquelles elle a un titre.

159. Je dois aussi rappeler que si des autochtones peuvent montrer qu'ils ont occupé un territoire particulier, mais que cette occupation n'était pas exclusive, il sera toujours possible d'établir l'existence de droits ancestraux ne constituant pas un titre. Il est vraisemblable que ces droits seront intimement liés au territoire, et qu'ils pourraient permettre de nombreuses utilisations. Cependant, contrairement au titre, ils ne constituent pas un droit au territoire lui-même, mais plutôt, comme je l'ai suggéré, il s'agit de droits permettant de faire certaines choses liées à ce territoire. Si, par exemple, il était établi que les terres situées à proximité de celles visées par la revendication d'un titre étaient utilisées pour la chasse par certaines bandes, ces terres partagées ne seraient

pas l'objet d'un titre aborigène, car l'élément essentiel d'exclusivité serait absent. Cependant, toutes les bandes qui les ont utilisées pourraient avoir sur ces terres des droits ancestraux spécifiques à un site. Ce fait ne confère à personne le droit aux terres elles-mêmes, mais il pourrait avoir pour effet d'accorder des droits de chasse à toutes les bandes qui chassaient sur ces terres. Par conséquent, en plus d'un titre partagé, il sera possible d'avoir des droits partagés non exclusifs et spécifiques à certains sites. À mon avis, cette situation est conforme au principe général voulant que la common law doive évoluer pour reconnaître les droits ancestraux (et au besoin les titres aborigènes) qui étaient reconnus soit par une pratique *de facto*, soit par un régime de gestion autochtone. Cette approche accorde également toute la souplesse nécessaire à l'examen de ce domaine très complexe du droit qui évolue rapidement.

f) *Les atteintes au titre aborigène: le critère de justification*

(i) Introduction

160. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), y compris le titre aborigène, ne sont pas absolus. Tant le gouvernement fédéral (p. ex. *Sparrow*) que les gouvernements provinciaux (p. ex. *Côté*) peuvent porter atteinte à ces droits. Toutefois, le par. 35(1) exige que ces atteintes satisfassent au critère de justification. Dans la présente section, je vais examiner la jurisprudence naissante de la Cour sur la justification et expliquer comment ce critère s'appliquera dans le contexte des atteintes au titre aborigène.

(ii) Principes généraux

161. Le critère de justification comporte deux volets que je vais examiner à tour de rôle. Premièrement, l'atteinte au droit ancestral visé doit se rapporter à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel. Dans *Gladstone*, j'ai expliqué qu'un objectif impérieux et réel était un objectif visant l'un ou l'autre des objets qui sous-tendent la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux par le par. 35(1). Ces objets sont les suivants (au par. 72):

... soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit [. . .] la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire.

J'ai souligné que le deuxième objet sera souvent «plus pertinent» (au par. 72) à l'étape de la justification. J'estime important de répéter pourquoi il en est ainsi (au par. 73):

[C]omme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. [Je souligne; «également» souligné dans l'original.]

La conservation des ressources halieutiques, qui a été acceptée comme un objectif impérieux et réel dans *Sparrow*, est un objectif qui vise la poursuite de ces deux objets parce que, d'une part, il reconnaît que la pêche fait partie intégrante de nombreuses cultures autochtones et, d'autre part, parce qu'il tend également à concilier l'existence

des sociétés autochtones avec la communauté plus large en veillant à ce qu'il y ait assez de poissons pour tous. Cependant, sont également des objectifs légitimes du gouvernement «la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional» et «la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation» (par. 75). À l'opposé, des mesures édictées pour des raisons relativement peu importantes, telles des activités de pêche sportive ne comportant aucun élément économique important (*Adams*, précité), ne satisferaient pas à ce volet du critère de justification.

162. Le deuxième volet du critère de justification commande une appréciation de la question de savoir si l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones. Il est devenu clair que les exigences de l'obligation de fiduciaire sont fonction du «contexte juridique et factuel» de chaque appel (*Gladstone*, précité, au par. 56). Dans les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, par exemple, la Cour a interprété et appliqué l'obligation de fiduciaire en fonction de l'idée de priorité. Selon la théorie qui sous-tend ce principe, les rapports de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones commandent que les intérêts des autochtones aient préséance. Toutefois, l'obligation de fiduciaire n'exige pas qu'on accorde toujours la priorité aux droits ancestraux. Comme il a été dit dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1114 et 1115:

La nature de la protection constitutionnelle qu'offre le par. 35(1) dans ce contexte commande l'existence d'un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. [Je souligne.]

D'autres contextes permettent, et peuvent même exiger, que l'obligation de fiduciaire soit formulée autrement (à la p. 1119):

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre.

Dans *Sparrow*, la Cour n'a pas expliqué dans quels cas les différentes formulations de l'obligation de fiduciaire devraient être utilisées. Plus loin, j'indique que le choix de la formulation dépendra en grande partie de la nature du droit ancestral en cause.

163. Outre la variation de l'obligation de fiduciaire du point de vue de la forme, il y a aussi variation du degré d'examen -- requis par cette obligation -- de la mesure ou de l'acte qui porte atteinte au droit. Le degré d'examen est fonction de la nature du droit ancestral en cause. La distinction entre les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, par exemple, dépendait de la question de savoir si le droit en cause correspondait à l'utilisation exclusive d'une ressource, question qui dépendait à son tour de la réponse à la question de savoir si le droit était assorti d'une limite intrinsèque. Dans *Sparrow*, le droit en cause était assujéti à une telle limite parce qu'il s'agissait du droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles, droit qui, de ce fait, ne constituerait un droit exclusif à l'utilisation de la ressource que dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, l'obligation d'accorder la priorité a été appliquée strictement, de sorte que (à la p. 1116), «dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance».

164. Dans *Gladstone*, par contre, le droit de vendre commercialement du poisson était uniquement limité par l'offre et la demande. Si le critère de justification avait été appliqué strictement dans cet arrêt, le droit ancestral aurait correspondu au droit exclusif

d'exploiter la ressource sur une base commerciale. L'arrêt *Sparrow* ne visait pas ce résultat, et j'ai modifié le critère de justification en conséquence, en modifiant l'idée de priorité de la manière suivante (au par. 62):

. . . cette doctrine [relative à l'ordre de priorité] commande que l'État démontre que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l'existence des droits ancestraux et réparti la ressource d'une manière qui respecte le fait que les titulaires de ces droits ont, en matière d'exploitation de la pêche, priorité sur les autres usagers. Il s'agit d'un droit à la fois substantiel et procédural. À l'étape de la justification, l'État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l'égard de cette pêche.

Depuis *Gladstone*, en matière d'activités commerciales, la priorité des droits ancestraux est respectée sur le plan constitutionnel si le gouvernement a tenu compte de l'existence de ces droits et a réparti la ressource «d'une manière qui respecte» (au par. 62) cette priorité. Le tribunal doit être convaincu que «l'État a tenu compte de l'existence et de l'importance [des droits ancestraux]» (au par. 63), fait qu'il détermine en se posant les questions suivantes (au par. 64):

Les questions pertinentes pour déterminer si l'État a donné la priorité aux titulaires de droits ancestraux sont [des] questions [. . .] telles que celle de savoir si l'État a facilité l'exercice du droit ancestral de participer à la pêche (en réduisant les droits payables pour les permis, par exemple), si les objectifs que poursuit l'État en établissant un régime de réglementation donné reflètent la nécessité de tenir compte du droit de priorité des titulaires de droits ancestraux, la mesure dans laquelle la participation à la pêche par les titulaires de droits ancestraux correspond au pourcentage que représente leur population par rapport à la population totale, la manière dont l'État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée (par exemple le droit de pêcher à des fins alimentaires par opposition à celui de pêcher à des fins commerciales), l'importance de la pêche pour le bien-être économique et matériel de la bande en question, ainsi que les critères appliqués par l'État, par exemple, dans la répartition des permis de pêche commerciale entre les divers usagers.

(iii) Justification et titre aborigène

165. Les principes généraux régissant la justification, qui ont été exposés dans *Sparrow* et précisés dans *Gladstone*, s'appliquent à l'égard des atteintes au titre aborigène. Depuis *Gladstone*, l'éventail d'objectifs législatifs qui peuvent justifier une atteinte au titre aborigène est assez large. La plupart de ces objectifs peuvent être rattachés à la conciliation de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce qui nécessite la reconnaissance du fait que les «sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie» (au par. 73). À mon avis, l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. Toutefois, la question de savoir si une mesure ou un acte donné du gouvernement peut être expliqué par référence à l'un de ces objectifs est, en dernière analyse, une question de fait qui devra être examinée au cas par cas.

166. La façon dont l'obligation de fiduciaire s'applique relativement à la deuxième étape du critère de justification -- du point de vue tant de la norme d'examen que de la forme particulière que prendra l'obligation de fiduciaire -- est fonction de la nature du titre aborigène. Trois aspects du titre aborigène sont pertinents en l'espèce. Premièrement, le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées; deuxièmement, le titre aborigène comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites de ces terres, sous réserve de la restriction ultime

que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures de peuples autochtones; troisièmement, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ont une composante économique inéluctable.

167. La nature exclusive du titre aborigène est pertinente pour ce qui est du degré d'examen auquel est soumis la mesure ou l'acte qui porte atteinte au titre. Par exemple, si l'obligation de fiduciaire de la Couronne exige de donner préséance au titre aborigène, alors c'est l'approche modifiée concernant l'ordre de priorité que j'ai exposée dans *Gladstone* qui devrait être appliquée. Il faut que le gouvernement démontre «que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire» (au par. 62) des détenteurs du titre aborigène sur les terres visées. Par analogie avec l'arrêt *Gladstone*, cela pourrait vouloir dire, par exemple, que les gouvernements prennent en compte la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources de la Colombie-Britannique, que la concession de fiefs simples pour l'agriculture ainsi que de baux et permis à des fins d'exploitation forestière ou minière tiennent compte de l'occupation antérieure des terres visées par un titre aborigène, que les obstacles économiques à l'utilisation par les autochtones de leurs terres (p. ex. le paiement de droits pour l'obtention de permis) soient sensiblement réduits. Cette liste n'est pas complète et n'est donnée qu'à titre indicatif. Il s'agit d'une question qui pourrait obliger à soupeser les divers intérêts concernés par les ressources en cause. Il ne fait aucun doute qu'il sera difficile de déterminer la valeur exacte de l'intérêt des autochtones dans le territoire et des concessions, baux ou permis accordés en vue de l'exploitation de celui-ci. Il va de soi que ces difficiles questions d'ordre économique ne peuvent être tranchées en l'espèce.

168. En outre, les autres aspects du titre aborigène tendent à indiquer que l'obligation de fiduciaire peut se manifester autrement que par l'idée de priorité. Ce

point devient clair quand on compare le titre aborigène et le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires qui était visé dans *Sparrow*. Premièrement, le titre aborigène comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites d'une parcelle de territoire. À l'opposé, le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires ne comporte pas le même élément discrétionnaire. Cet aspect du titre aborigène indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si un groupe autochtone a été consulté est pertinente pour décider si l'atteinte au titre aborigène est justifiée, au même titre que le fait pour la Couronne de ne pas consulter un groupe autochtone au sujet des conditions auxquelles des terres d'une réserve sont cédées à bail peut constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire de celle-ci en common law: *Guerin*. La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.

169. Deuxièmement, contrairement au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, le titre aborigène a inévitablement une dimension économique, particulièrement quand on tient compte des utilisations qui peuvent être faites

aujourd'hui des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. La dimension économique du titre aborigène montre que l'indemnisation est également un facteur pertinent à l'égard de la question de la justification, possibilité évoquée dans l'arrêt *Sparrow* et que j'ai répétée dans *Gladstone*. De fait, l'indemnisation des manquements à l'obligation de fiduciaire est un aspect bien établi du domaine des droits ancestraux: *Guerin*. Conformément à l'obligation de la Couronne d'agir de bonne foi et honorablement, il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnité en cas d'atteinte à un titre aborigène. Le montant de l'indemnité payable variera en fonction de la nature du titre aborigène touché, de la nature et de la gravité de l'atteinte et de la mesure dans laquelle les intérêts des autochtones ont été pris en compte. Comme la question des dommages-intérêts a été dissociée de l'action principale, aucune observation ne nous a été présentée relativement aux principes juridiques appropriés qui seraient pertinents pour déterminer l'indemnité qui devrait être versée pour les atteintes au titre aborigène. Dans les circonstances, il est préférable que nous attendions une autre occasion pour examiner ces questions complexes.

D. *Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale?*

170. Devant les juridictions inférieures, on s'est longuement attardé à la question de savoir si le par. 35(1) peut protéger le droit à l'autonomie gouvernementale et, dans l'affirmative, quels sont les contours de ce droit. En raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance, et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour notre Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a été établi. De plus, il ne s'agit pas d'un cas qui se prête à la formulation par la Cour des principes juridiques devant guider l'instruction d'autres affaires. Les parties semblent avoir reconnu ce point, peut-être implicitement,

en accordant beaucoup moins d'importance en appel aux arguments relatifs à l'autonomie gouvernementale. L'arrêt *Pamajewon* de notre Cour est une raison pour laquelle une moins grande importance a été attachée au droit à l'autonomie gouvernementale en appel. Dans cet arrêt, j'ai conclu que les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, s'ils existent, ne peuvent pas être exprimés en termes excessivement généraux. Au moment du procès, les appelants n'avaient évidemment pas pris connaissance de mon jugement dans cet arrêt rendu ultérieurement. Il n'est donc pas étonnant, comme l'admet explicitement l'avocat des *Wet'suwet'en*, que les appelants aient plaidé le droit à l'autonomie gouvernementale en termes très généraux et, par conséquent, d'une manière incompatible avec le par. 35(1).

171. Le caractère général de la revendication présentée au procès a également fait en sorte que les parties n'ont pas abordé bon nombre des difficiles questions conceptuelles que soulève la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des autochtones. Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, qui consacre 304 pages à cette question, donne une bonne idée de sa complexité. Ce rapport présente divers modèles d'autonomie gouvernementale, tous différents les uns des autres, notamment en ce qui concerne le territoire, la citoyenneté, la compétence et l'organisation gouvernementale interne. On nous a présenté peu d'observations propres à nous aider à résoudre ces questions fondamentales et difficiles. Sans l'aide des parties, il serait imprudent pour la Cour de s'avancer sur ce terrain. Dans ces circonstances, la question de l'autonomie gouvernementale sera tranchée au procès.

E. *La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens?*

(1) Introduction

172. Pour qu'un droit ancestral soit reconnu et confirmé par le par. 35(1), il devait exister en 1982. Cette disposition ne fait pas revivre des droits qui avaient été éteints par le souverain avant cette date. Dans un régime fédéral comme celui qui existe au Canada, la nécessité de déterminer si des droits ancestraux ont été éteints oblige à se demander lequel des niveaux de gouvernement a compétence pour le faire. Dans le contexte du présent pourvoi, cette question générale se subdivise en trois questions particulières. Premièrement, il y a la question de savoir si la province de la Colombie-Britannique, depuis son entrée dans la fédération en 1871 jusqu'à la constitutionnalisation du par. 35(1) en 1982, avait compétence pour éteindre, dans la province, les droits des peuples autochtones, y compris le titre aborigène. Deuxièmement, si elle n'avait pas compétence pour le faire, il faut alors se demander si les lois provinciales qui ne visaient pas, de par leur essence même, à éteindre des droits ancestraux ont quand même pu le faire si elles étaient des lois d'application générale. La troisième et dernière question consiste à décider si une loi provinciale qui ne pourrait par ailleurs pas éteindre des droits ancestraux pourrait se voir reconnaître cet effet par incorporation par renvoi en application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

(2) Compétence principale

173. Depuis 1871, le pouvoir exclusif de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» appartient au gouvernement fédéral en vertu du par. 91(24) de la

Loi constitutionnelle de 1867. Ce chef de compétence comprend, selon moi, le pouvoir exclusif d'éteindre les droits ancestraux, y compris le titre aborigène.

«Les terres réservées aux Indiens»

174. Je vais d'abord examiner la deuxième partie de cette disposition, c'est-à-dire celle qui attribue au gouvernement fédéral compétence sur les «terres réservées aux Indiens». Le débat entre les parties a porté sur la question de savoir si cette partie du par. 91(24) confère le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène. Le principal argument invoqué par la province est que les «terres réservées aux Indiens» sont des terres qui ont été expressément mises de côté ou désignées pour être occupées par les Indiens, par exemple les réserves. Je dois toutefois rejeter cet argument parce qu'il va à l'encontre du jugement rendu par le Conseil privé dans l'affaire *St. Catherine's Milling*. L'une des questions en litige dans ce pourvoi concernait le pouvoir du gouvernement fédéral d'accepter la cession de terres détenues en vertu d'un titre aborigène. On prétendait que le gouvernement fédéral avait tout au plus compétence sur les «réserves indiennes». S'exprimant au nom du Conseil privé, Lord Watson a rejeté cet argument, déclarant que si le législateur avait voulu limiter le par. 91(24) de cette façon, il l'aurait dit en termes exprès. Lord Watson a donc statué ainsi (à la p. 59):

[TRADUCTION] . . . les mots employés dans les faits sont, d'après leur sens naturel, suffisants pour englober toutes les terres qui sont réservées, à quelque condition que ce soit, pour être occupées par les Indiens.

L'expression «toutes les terres» utilisée par lord Watson englobe non seulement les terres des réserves, mais aussi celles détenues en vertu d'un titre aborigène. En d'autres termes, le par. 91(24) accorde le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène. Il s'ensuit, par implication, qu'il accorde également le pouvoir d'éteindre ce titre.

175. La province a répondu en faisant remarquer que le titre sous-jacent sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène a été attribué à la Couronne provinciale par l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la province, ce droit de propriété emportait le droit d'accorder des fiefs simples éteignant par implication le titre aborigène, et il a donc pour conséquence d'exclure le titre aborigène de la portée du par. 91(24). Le problème que pose cet argument de la province est qu'il ne tient pas compte du texte de l'art. 109, qui dit en partie ce qui suit:

109. Les terres, mines, minéraux et redevances appartenant aux différentes provinces du Canada [. . .] lors de l'Union [. . .] appartiendront aux différentes provinces [. . .] sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard.

Même si cette disposition accorde aux couronnes provinciales le titre sous-jacent, elle limite ce droit de propriété provincial en le subordonnant à «tout intérêt autre que celui de la province à cet égard». Dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*, le Conseil privé a statué que le titre aborigène constituait un tel intérêt et a rejeté l'argument selon lequel le droit de propriété des provinces avait pour effet de limiter la compétence du gouvernement fédéral. Concrètement, cet arrêt a donc eu pour effet de dissocier le droit de propriété relatif aux terres détenues en vertu d'un titre aborigène de la compétence exercée à l'égard de ces terres. Par conséquent, même si la province obtient un titre absolu en cas de cession d'un titre aborigène, le pouvoir d'accepter les cessions appartient au gouvernement fédéral. La même affirmation peut être faite au sujet de l'extinction: même si la province obtient un titre absolu sur les terres visées au moment de l'extinction d'un titre aborigène, le pouvoir d'éteindre ce titre appartient au gouvernement fédéral.

176. Je termine par deux remarques. Premièrement, même si ce point n'avait pas été tranché, je serais parvenu à la même conclusion. Les juges de la juridiction inférieure ont souligné que le fait de dissocier la compétence du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens et sa compétence à l'égard des terres indiennes produirait un résultat très regrettable: en effet, comme le gouvernement fédéral est investi par la Constitution de la responsabilité principale de garantir le bien-être des peuples autochtones du Canada, il se verrait dans l'impossibilité de protéger l'un des droits les plus fondamentaux des autochtones -- savoir leur droit à leurs terres. Deuxièmement, même si les observations des parties et mon analyse étaient axés sur la question de la compétence à l'égard du titre aborigène, je suis d'avis que le même raisonnement s'applique à la compétence à l'égard de tout droit ancestral se rapportant à des terres. Comme je l'ai expliqué précédemment, l'arrêt *Adams* a clairement établi que des droits ancestraux peuvent être rattachés à un territoire sans constituer un titre. Cependant, ces divers rapports avec un territoire peuvent être tout aussi fondamentaux pour les peuples autochtones et, pour la même raison il doit être investi de la compétence à l'égard du titre aborigène, le gouvernement fédéral doit être investi du pouvoir de légiférer sur les autres droits ancestraux se rapportant au territoire.

«Les Indiens»

177. Notre Cour ne s'est pas prononcée définitivement sur l'étendue de la compétence du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens. Elle n'a pas eu besoin de le faire parce que la validité des dispositions fédérales concernant les Indiens, dans le contexte du partage des pouvoirs, n'a jamais été en cause. Les affaires qui ont été soumises à la Cour relativement au par. 91(24) ont plutôt soulevé la question de la compétence à l'égard des Indiens du point de vue opposé: c'est-à-dire en posant la question de savoir si des lois provinciales qui, à première vue, s'appliquent aux Indiens,

empiètent sur la compétence du gouvernement fédéral, et si ces lois sont inapplicables aux Indiens dans la mesure de cet empiètement. Comme je l'explique plus loin, la Cour a statué que, par le principe de l'exclusivité des compétences, le par. 91(24) protège l'«essentiel» de la quiddité indienne, ou indianité, contre les empiètements provinciaux.

178. Il s'ensuit, à tout le moins, que l'essentiel de l'indianité relève de la compétence du fédéral sur les Indiens. Pour des raisons que je vais exposer, l'essentiel de l'indianité englobe les droits ancestraux, y compris les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). Les lois censées éteindre ces droits portent donc atteinte à l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24), et elles outrepassent la compétence législative des provinces. L'essentiel de l'indianité englobe toute la gamme des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Ces droits comprennent les droits se rapportant à un territoire; cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la référence aux «terres réservées aux Indiens» au par. 91(24). Cependant, ces droits comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire; cette partie de l'essentiel de l'indianité découle de la compétence du fédéral à l'égard des «Indiens». Il est interdit aux gouvernements provinciaux de faire des lois portant sur ces deux types de droits ancestraux.

(3) Lois provinciales d'application générale

179. Le fait que le gouvernement fédéral soit investi, en vertu du par. 91(24), de la compétence exclusive à l'égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens a pour effet d'empêcher l'édiction de lois provinciales sur ces questions. Par conséquent, les lois provinciales qui visent à imposer un traitement spécial aux Indiens sont inconstitutionnelles parce qu'elles se rapportent aux Indiens et empiètent donc sur la

compétence du fédéral: voir *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451. Toutefois, il existe un principe bien établi selon lequel (*Four B Manufacturing Ltd.*, précité, à la p. 1048):

L'attribution au Parlement de la compétence législative exclusive de faire des lois relatives à certaines catégories de personnes ne signifie pas que la totalité des droits et obligations de ces personnes relève de la compétence fédérale principale à l'exclusion des lois provinciales d'application générale.

En d'autres termes, malgré le par. 91(24), les lois provinciales d'application générale s'appliquent *proprio vigore* (d'elles-mêmes) aux Indiens et aux terres indiennes. Ainsi, notre Cour a statué que les lois provinciales sur les relations de travail (*Four B*) et les lois sur les véhicules à moteur (*R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025), qui sont censées s'appliquer à toutes les personnes dans la province, s'appliquent également aux Indiens qui vivent dans des réserves.

180. Il faut toutefois répondre à la question de savoir si ce même principe autorise l'extinction de droits ancestraux par des lois provinciales d'application générale. Je suis arrivé à la conclusion qu'une loi provinciale d'application générale ne peut pas avoir cet effet, et ce pour deux raisons. Premièrement, par définition, une loi provinciale d'application générale ne peut pas, sans être *ultra vires*, respecter la norme qui a été établie par notre Cour à l'égard de l'extinction des droits ancestraux. Cette norme, qui a été énoncée dans *Sparrow*, précité, à la p. 1099, est celle de l'intention «claire et expresse». Dans cet arrêt, la Cour a établi une distinction entre les règles de droit qui éteignent des droits ancestraux et celles qui se bornent à les réglementer. Quoique des règles de droit appartenant à cette deuxième catégorie aient pu être «nécessairement incompatibles» avec l'exercice continu de droits ancestraux, elles ne pouvaient pas éteindre ces droits. Même si l'obligation de manifester une intention claire et expresse n'exige peut-être pas que le gouvernement «utilise des mots faisant explicitement état

de l'extinction de droits ancestraux» (*Gladstone*, précité, au par. 34), la norme est néanmoins très élevée. Le problème que je vois est que les seules règles de droit capables d'exprimer une intention suffisamment claire et expresse d'éteindre des droits ancestraux seraient des règles de droit ayant trait aux Indiens et aux terres indiennes. En conséquence, une règle de droit provinciale ne pourrait jamais éteindre d'elle-même des droits ancestraux, puisque l'existence de cette intention aurait pour effet d'exclure cette règle de la compétence de la province.

181. Deuxièmement, comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 91(24) protège l'essentiel de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d'application générale, par l'application du principe de l'exclusivité des compétences. Il a été dit que ces éléments essentiels se rapportent à des questions touchant à la «quiddité indienne» ou au «fondement même de la quiddité indienne» (*Dick*, précité, aux pp. 326 et 315; voir aussi *Four B*, précité, à la p. 1047 et *Francis*, précité, aux pp. 1028 et 1029). On a défini l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24) en disant ce qu'il est et en disant ce qu'il n'est pas. Dans des exemples de cette dernière situation, on a statué que l'essentiel de l'indianité ne comprenait pas les relations de travail (*Four B*) ni la conduite de véhicules à moteur (*Francis*). Le seul exemple concret d'indianité a été donné dans l'arrêt *Dick*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a tenu pour acquis, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'une loi provinciale en matière de chasse ne s'appliquait pas d'elle-même aux membres d'une bande indienne lorsqu'ils chassent parce que ces activités étaient «au cœur même de leur existence et de leur être» (à la p. 320). Dans *Van der Peet*, toutefois, j'ai décrit et défini les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) d'une manière analogue, c'est-à-dire comme des droits protégeant l'occupation des terres et les activités qui font partie intégrante de la culture distinctive autochtone du groupe qui revendique le droit. Il s'ensuit que les droits ancestraux font partie de l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24). Par

conséquent, avant 1982, ces droits ne pouvaient pas être éteints par des lois provinciales d'application générale.

(4) L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*

182. Cependant, des règles de droit provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas d'elles-mêmes aux Indiens peuvent le faire par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale: *Dick*, précité, aux pp. 326 et 327; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, à la p. 297; *Francis*, précité, aux pp. 1030 et 1031. Toutefois, il est important de souligner, dans les mots du professeur Hogg, que l'art. 88 ne [TRADUCTION] «revigore» pas des règles de droit provinciales qui sont invalides parce qu'elles se rapportent aux Indiens et aux terres indiennes (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 676; voir aussi *Dick*, précité, à la p. 322). Ce que cela veut dire, c'est que l'art. 88 étend l'effet des lois provinciales d'application générale qui ne sauraient autrement s'appliquer aux Indiens et aux terres indiennes parce qu'elles touchent à la quiddité indienne qui est au cœur du par. 91(24). Par exemple, une règle de droit provinciale réglementant la chasse peut très bien affecter ce fondement. Même si une telle loi ne s'appliquait pas d'elle-même aux peuples autochtones, elle le ferait néanmoins sous l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, en tant que loi d'application générale. De telles lois sont adoptées pour la conservation du gibier et pour assurer la sécurité de tous.

183. La province intimée prétend que, comme les provinces ont le pouvoir d'adopter de telles lois et que celles-ci sont applicables aux autochtones, l'art. 88 pourrait autoriser l'extinction de droits ancestraux par des règles de droit provinciales. Je rejette cet argument pour la simple raison que l'intention claire et expresse requise

pour l'extinction de droits ancestraux ne ressort pas de l'art. 88. Cette disposition est rédigée ainsi:

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

Selon moi, il n'y a rien dans le texte de cette disposition qui suggère même l'intention d'éteindre des droits ancestraux. De fait, l'allusion explicite aux droits issus de traités à l'art. 88 indique que cette disposition n'est manifestement pas censée porter atteinte aux droits ancestraux.

VI. Conclusion et dispositif

184. Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rejeter le pourvoi incident. À regret, j'ordonnerais également la tenue d'un nouveau procès.

185. Je vais conclure par deux observations. En premier lieu, de nombreuses nations autochtones dont les revendications territoriales chevauchent celles des appelants ne sont pas intervenues dans le présent pourvoi et ne paraissent pas l'avoir fait en première instance. Cette situation est malheureuse parce que les décisions relatives au titre aborigène des Gitksan et des Wet'suwet'en auront indubitablement un effet sur les revendications de ces autres nations autochtones, particulièrement en raison du fait que le titre aborigène comprend le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres, c'est-à-dire de le faire à l'exclusion des non-autochtones et des membres d'autres nations

autochtones. Par conséquent, peut-être serait-il souhaitable que ces autres nations autochtones interviennent dans une nouvelle instance.

186. En second lieu, la présente affaire a été longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans *Sparrow*, à la p. 1105, le par. 35(1) «procure [. . .] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises». Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés -- toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent -- processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrons réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1), c'est-à-dire «concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté». Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester.

//Le juge La Forest//

Version française des motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé rendus
par

187. LE JUGE LA FOREST -- J'ai lu les motifs du Juge en chef et, bien que je souscrive à sa conclusion, je suis en désaccord avec divers aspects de ses motifs et en

particulier avec la méthode dont il se sert pour établir que les peuples autochtones ont un droit général d'occupation de certaines terres (souvent appelé «titre aborigène»).

188. Je vais d'abord examiner les raisons pour lesquelles la tenue d'un nouveau procès est nécessaire en l'espèce. Il est vrai, comme le souligne le Juge en chef, que la fusion des revendications individuelles des appelants constitue un vice affectant les actes de procédure et que, sur le plan de la forme, cela nous empêche d'examiner le fond de l'affaire. Cependant, à mon avis, les actes de procédure en l'espèce posent un problème encore plus substantiel. En effet, même si, devant notre Cour, les appelants ont sollicité un jugement déclarant l'existence d'un «titre aborigène», ils ont essentiellement tenté d'établir qu'ils exerçaient un contrôle complet sur le territoire en question. En appel, les appelants ont effectivement prétendu, comme ils l'avaient fait en première instance, qu'en vertu de leur régime de tenure foncière et de leur organisation sociale -- constituée de l'autorité des chefs, de maisons, de célébrations, d'armoiries et de mâts totémiques -- ils ont acquis un intérêt absolu sur le territoire revendiqué, y compris la propriété des terres visées et la compétence sur celles-ci. Le problème que pose cette approche est qu'elle exige qu'on prouve la gestion et le contrôle des terres visées, plutôt que l'occupation générale de celles-ci. Or, seule la preuve du deuxième fait est la condition *sine qua non* de l'existence du «titre aborigène». Il s'ensuit que ce que les appelants ont demandé à notre Cour de leur reconnaître, par voie de jugement déclaratoire, et ce qu'ils se sont efforcés d'établir par la preuve, étaient deux choses différentes. Étant donné ce vice substantiel entachant les actes de procédure, la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée pour permettre le réexamen de la question, sur le fondement des présents motifs.

189. À mon avis, le fondement du «titre aborigène» a été décrit de façon succincte par le juge Judson, dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*,

[1973] R.C.S. 313, où il a dit, à la p. 328: «mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien . . .» S'appuyant en partie sur les commentaires du juge Judson, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a écrit, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 382, que les peuples autochtones ont le «droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté». En outre, dans *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, notre Cour a dit ceci, à la p. 678: «La conclusion inéluctable qui se dégage jusqu'à maintenant de l'analyse que la Cour a faite du titre indien est que les Indiens ont un véritable droit *sui generis* sur leurs terres. Il s'agit de quelque chose de plus qu'un droit de jouissance et d'occupation bien [. . .] [qu'] il soit difficile de décrire ce en quoi consiste ce quelque chose de plus au moyen de la terminologie traditionnelle du droit des biens». Plus récemment, les vues du juge Judson ont été réitérées dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a écrit, au nom des juges majoritaires, au par. 30, que la doctrine des droits ancestraux (dont un aspect est le «titre aborigène») découle d'«un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles» (souligné dans l'original).

190. Il ressort de ces arrêts que le droit de possession ancestral d'un peuple autochtone découle de l'occupation et de l'utilisation historiques par celui-ci de ses terres ancestrales. Autrement dit, le «titre aborigène» se fonde sur l'occupation et l'utilisation ininterrompues des terres visées par le peuple autochtone dans le cadre de son mode de vie traditionnel. Ce droit *sui generis* n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit

des biens. Comme il a été expliqué plus tôt, la meilleure façon de décrire le «titre aborigène» consiste à le décrire en termes larges et généraux, à partir des déclarations du juge Judson dans *Calder*, précité. Adoptant la même approche, le juge Dickson a écrit, dans *Guerin*, précité, que le droit d'occupation ancestral comportait en outre deux caractéristiques principales. Premièrement, ce droit *sui generis* est personnel en ce sens qu'il est généralement inaliénable, sauf en faveur de la Couronne. Deuxièmement, dans ses opérations concernant ce droit, la Couronne est assujettie à une obligation de fiduciaire, savoir celle de traiter équitablement les peuples autochtones. Le juge Dickson poursuit en concluant, à la p. 382, que «[t]oute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur». Je partage les vues exprimées par le juge Dickson et je suis en conséquence réticent à définir avec plus de précision le «droit [des peuples autochtones] de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres»; *Calder*, à la p. 328.

191. Le point de vue que j'adopte pour définir le droit d'occupation ancestral est, de plus, éminemment contextuel. Plus précisément, j'estime qu'il est nécessaire de faire la distinction entre les deux aspects suivants: (1) la reconnaissance d'un droit général d'occuper et de posséder des terres ancestrales; (2) la reconnaissance d'un droit distinct d'exercer une activité autochtone dans une région particulière. J'ai défini ce dernier aspect dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, au par. 97, comme étant «l'utilisation traditionnelle -- remontant avant l'arrivée des Européens -- que fait une tribu indienne d'un territoire donné, à une fin particulière». La question qui était en litige dans *Côté*, tout comme dans *Van der Peet*, était de savoir si l'utilisation d'un site de pêche particulier constituait véritablement un aspect du mode de vie des peuples autochtones avant le contact avec les Européens; voir également les autres arrêts de la trilogie *Van der Peet*, soit *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672. Dans toutes ces affaires, les droits de pêche revendiqués par les

autochtones n'étaient pas liés à une occupation plus générale des terres visées. À l'opposé, le présent cas concerne une revendication générale visant le droit d'occuper et de posséder de vastes étendues de territoire (58 000 kilomètres carrés). Ce type de revendication territoriale générale n'est pas qu'un simple faisceau de droits ancestraux distincts autorisant l'exercice d'activités particulières. Il s'agit plutôt, comme le dit le Juge en chef, au par. 111, du «droit d'utiliser des terres pour y exercer différentes activités qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones». Il va de soi que ces activités -- qui se rattachent au territoire -- sont liées aux habitudes et au mode de vie de la société autochtone.

192. En outre, je souligne qu'en définissant la nature du «titre aborigène» il faut généralement faire abstraction des dispositions législatives et réglementaires concernant les terres des réserves. Dans *Guerin*, précité, notre Cour a statué que le droit que possède une bande indienne sur une réserve découle du droit de la société autochtone sur ses terres tribales traditionnelles, et qu'il est de la même nature que celui-ci. Par conséquent, notre Cour a considéré que le droit des autochtones sur les terres des réserves était un droit d'occupation et de possession, tout en reconnaissant que le titre de propriété sous-jacent de ces terres appartenait à la Couronne. Il n'a pas été décidé, dans *Guerin*, précité, et il ne s'ensuit pas que les dispositions législatives particulières régissant les terres des réserves s'appliquent automatiquement aux terres tribales traditionnelles. Pour cette raison, je ne peux pas présumer que les dispositions particulières concernant les «réserves» prévues par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et par la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7, s'appliquent à d'énormes étendues de territoire faisant l'objet d'un droit d'occupation ancestral.

193. Je vais maintenant examiner l'arrêt de notre Cour *Van der Peet*, précité, dans lequel le Juge en chef a fait état d'un certain nombre de facteurs essentiels à la reconnaissance des droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai déjà indiqué, la trilogie *Van der Peet* concernait des droits distincts liés à certaines activités et, plus précisément, des activités de pêche exercées en dépit d'interdictions prévues par la loi. À l'opposé, le présent cas porte sur une revendication générale visant de vastes étendues de territoire, revendication qui constitue elle-même le fondement de droits et d'activités de nature particulière. En outre, je suis d'accord avec les appelants que cette revendication générale ne doit pas être définie comme un simple ensemble de droits ancestraux, dont chacun doit satisfaire au critère énoncé dans *Van der Peet*. Néanmoins, je suis d'avis que l'approche que je retiens en l'espèce satisfait quand même aux facteurs «clés» mentionnés dans *Van der Peet*, savoir la précision, la spécificité, la continuité et le caractère fondamental.

194. Premièrement, il est clair que la nature d'une revendication autochtone doit être rattachée précisément à des coutumes, pratiques et traditions particulières. Comme il a été mentionné plus tôt, le tribunal qui examine la revendication d'un «titre aborigène» se demande principalement si l'occupation et l'utilisation des terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu'il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées pour vivre, c'est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d'autres fins. Ces utilisations, quoiqu'elles se limitent au mode de vie traditionnel de la société autochtone, peuvent être exercées de manière contemporaine; voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1099.

195. Deuxièmement, il est évident que la société autochtone qui revendique le droit de vivre sur ses terres ancestrales doit spécifier le territoire qui a été utilisé et occupé de façon ininterrompue. En d'autres mots, les limites générales du territoire occupé doivent être indiquées. Cependant, je conviens que, lorsqu'il est question de vastes étendues de territoire, il peut se révéler impossible de déterminer les limites géographiques avec une précision scientifique. Néanmoins, cela ne doit pas faire obstacle à la reconnaissance d'un droit général d'occupation des terres visées. En effet, le tracé de limites territoriales précises peut être établi dans le cadre de négociations subséquentes entre les revendicateurs autochtones et le gouvernement.

196. Certains pourraient également prétendre que la notion de spécificité exige l'occupation et l'utilisation exclusives des terres visées par le groupe autochtone concerné. À mon avis, l'exclusivité signifie que le groupe autochtone doit établir que le territoire qu'il revendique est, en fait, son territoire ancestral et non celui d'une autre société autochtone avec laquelle il n'a aucun lien. Par ailleurs, je reconnais que deux groupes autochtones ou plus peuvent avoir occupé le même territoire et l'avoir utilisé en commun dans le cadre de leur mode de vie traditionnel. Dans les cas où deux groupes ou plus auraient convenu de tels arrangements, je n'écarterais pas la possibilité de conclure à l'existence d'une occupation conjointe. Toutefois, il est possible que le résultat soit différent dans les cas où un groupe autochtone dominant aurait simplement permis à d'autres groupes d'utiliser le territoire en cause ou lorsque deux groupes autochtones ont établi et maintenu entre eux des limites précises au sein du même territoire.

197. Troisièmement, comme il a été indiqué précédemment, le droit de possession ancestral se fonde sur l'occupation et l'utilisation ininterrompues de terres tribales traditionnelles. Le Juge en chef conclut que le moment pertinent pour établir l'existence

du «titre aborigène» est celui de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire visé. Je suis d'accord avec le fait que, dans le contexte de revendications territoriales générales, il convient davantage, aussi bien d'un point de vue pratique que théorique, de tenir compte du moment de l'affirmation de la souveraineté plutôt que du moment du premier contact entre la société autochtone et des Européens. Cependant, je suis également d'avis qu'il est possible que la date de l'affirmation de la souveraineté ne soit pas le seul moment pertinent dont il faille tenir compte. Par exemple, il est possible que des peuples autochtones se soient établis dans une partie de la province, mais que, après l'affirmation de la souveraineté, ils aient tous migré vers une autre région, où ils se trouvent toujours depuis cette date. Il se peut que cette migration ait été provoquée par des causes naturelles telle l'inondation des villages ou par des affrontements avec des colons européens. Dans de telles circonstances, je n'écarterais pas l'existence d'un «titre aborigène» sur cette région pour la seule raison que la migration s'est produite après l'affirmation de la souveraineté. Autrement dit, il peut encore y avoir continuité lorsque l'occupation actuelle d'une région est liée à l'occupation d'une autre région avant l'affirmation de la souveraineté.

198. En outre, compte tenu du point de vue que j'adopte à l'égard de la continuité, je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il n'est pas nécessaire que les tribunaux disposent d'éléments de preuve concluants d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. En effet, les peuples autochtones qui revendiquent un droit de possession peuvent présenter des éléments de preuve de l'occupation actuelle du territoire visé pour établir son occupation antérieure. De plus, je conviens qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une continuité parfaite et que le fait que l'occupation ou l'utilisation ait été marquée par des interruptions n'empêche pas de conclure à l'existence d'un «titre». Cependant, j'irais encore plus loin et suggérerais que la présence de deux groupes autochtones ou plus dans un territoire donné peut aussi avoir

une incidence sur la continuité de l'utilisation. Par exemple, il est possible qu'un groupe autochtone ait cédé la possession de territoire à des occupants ultérieurs ou encore qu'il ait fusionné ce territoire avec celui d'une autre société autochtone. De même, l'occupation du territoire par une société autochtone peut être liée à l'occupation d'une autre société par voie de conquête ou d'échange. Dans de telles circonstances, la continuité de l'utilisation et de l'occupation du territoire visé depuis la période pertinente peut très bien être établie; voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 759.

199. Quatrièmement, si des peuples autochtones continuent d'occuper et d'utiliser le territoire visé dans le cadre de leur mode de vie traditionnel, il s'ensuit nécessairement que ce territoire a une importance fondamentale pour eux. Comme il a été suggéré plus tôt, la notion d'occupation d'un territoire par des autochtones ne s'entend pas seulement de la présence de peuples autochtones dans des villages ou des établissements permanents. Est également visée par cette notion l'utilisation de terres adjacentes et même de territoires éloignés dans le cadre d'un mode de vie traditionnel. Vue sous cet angle, l'occupation constitue un aspect de la culture autochtone prise dans un sens large et s'intègre, par conséquent, à la notion de caractère distinctif. Pour reprendre le vocabulaire employé dans *Van der Peet*, la preuve de l'occupation est la preuve du caractère fondamental.

200. J'ajouterais également que l'approche que j'adopte relativement à la nature de l'occupation du territoire par des autochtones est étayée par le libellé de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1. Bien que la *Proclamation* ne soit pas l'unique source du «titre aborigène» au pays, elle témoigne de la politique britannique envers les peuples autochtones, laquelle était fondée sur le respect de leur

droit d'occuper leurs terres ancestrales; voir *Sparrow*, précité, à la p. 1103. Plus précisément, la *Proclamation* prévoit ce qui suit:

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

En termes clairs, de vastes étendues de territoire (y compris de larges portions du territoire qui comprend aujourd'hui l'Ontario, le Québec et les provinces des Prairies) ont été réservées pour l'usage des peuples autochtones. Ces vastes étendues de territoire n'étaient aucunement limitées aux villages ou aux établissements permanents, mais elles étaient plutôt réservées, de façon plus générale, comme «territoires de chasse» «pour l'usage desdits sauvages». Les peuples autochtones avaient le droit à la «possession entière et paisible» de ces territoires. Essentiellement, les droits énoncés dans la *Proclamation* -- qui ont été appliqués en principe aux peuples autochtones dans l'ensemble du pays -- sous-tendent le point de vue que j'ai adopté en ce qui concerne l'occupation du territoire par des autochtones; voir *R. c. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774 (C.S. Alb., Div. app.), à la p. 787, et *R. c. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (C.A.T.N.-O.), conf. par *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642.

201. Jusqu'à présent, l'analyse a porté principalement sur la nature du droit ancestral d'occuper et de posséder certaines terres -- droit reconnu et confirmé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Néanmoins, comme le juge en chef Dickson et moi-même l'avons écrit dans *Sparrow*, précité, à la p. 1109: «Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus». Par conséquent, des mesures de

réglementation prises par le gouvernement peuvent porter atteinte aux droits ancestraux s'ils satisfont au critère de justification des atteintes aux droits visés au par. 35(1). Il est également important de souligner que la méthode adoptée à l'égard du par. 35(1) est éminemment contextuelle. Cela ressort d'ailleurs clairement des motifs que j'ai écrits conjointement avec le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1111:

Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

202. Dans le contexte de la présente affaire, je suis d'accord avec le Juge en chef que le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique par l'agriculture, l'exploitation minière, la foresterie et l'énergie hydroélectrique, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ce développement, sont des objectifs législatifs réguliers qui, en principe, satisfont au premier volet du critère de justification.

203. Dans le cadre du second volet de ce critère, ces objectifs législatifs doivent tenir compte des intérêts des peuples autochtones. Cette prise en compte doit toujours être faite conformément à l'obligation de la Couronne d'agir honorablement et de bonne foi. En outre, dans l'examen d'une revendication générale visant de vastes étendues de territoire, cette prise en compte ne consiste pas simplement à s'enquérir si des permis ont été délivrés de manière équitable dans un secteur d'activité donné ou si des mesures de conservation ont été régulièrement mises en œuvre à l'égard d'une ressource particulière. En effet, la question de la prise en compte du «titre aborigène» a une portée beaucoup plus large. L'un des aspects de cette prise en compte, dans un tel contexte, consiste

certainement à informer et à consulter les peuples autochtones relativement au développement du territoire visé. Un autre aspect de la prise en compte est la question de la juste indemnisation. Plus précisément, en cas d'expropriation, il faut se demander si une juste indemnité est prévue pour les peuples autochtones; voir *Sparrow*, précité, à la p. 1119. De fait, l'idée que le «titre aborigène» est un droit donnant ouverture à indemnisation remonte à la *Proclamation royale de 1763*. Voici les passages pertinents de la *Proclamation*:

. . . des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus [les peuples autochtones] ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse . . .

Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées [. . .] cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom . . . [Je souligne.]

De toute évidence, la *Proclamation* prévoyait que les peuples autochtones seraient indemnisés pour la cession de leurs terres; voir également l'ouvrage de Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» *loc. cit.*, aux pp. 751 et 752. Néanmoins, il convient de souligner que, dans le présent contexte, la juste indemnité ne peut être assimilée à la valeur d'un fief simple. L'indemnité doit plutôt être considérée en fonction du droit en cause et être propre à sauvegarder l'honneur de la Couronne. Ainsi, de façon générale, l'indemnité peut être plus importante lorsque l'expropriation touche un village et ses environs par opposition à une région peu fréquentée. J'ajoute qu'il faut tenir compte de l'interdépendance des utilisations traditionnelles faites du territoire visé.

204. En résumé, on s'attend à ce que le gouvernement, dans le cadre du développement de vastes étendues de territoire, prenne en compte le bien-être économique de tous les Canadiens. Les peuples autochtones ne doivent cependant pas

être oubliés dans cette prise en compte. Le droit que leur reconnaît la loi d'occuper et de posséder certaines terres, droit qui est confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, commande que l'on fasse montre envers eux d'équité fondamentale, d'une manière qui soit compatible avec l'obligation de la Couronne d'agir honorablement et de bonne foi.

205. En ce qui concerne la question de l'autonomie gouvernementale, je conclus, à l'instar du Juge en chef, que notre Cour ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve pour statuer sur cet aspect de la demande des appelants.

206. Quant à la question soulevée dans le pourvoi incident, je souscris à la conclusion du Juge en chef à cet égard. La province intimée n'avait pas le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

207. Enfin, je tiens à souligner que la meilleure approche dans ce genre d'affaires est un processus de négociation et de réconciliation qui prenne dûment en compte les intérêts complexes et opposés en jeu. Cette observation a été faite par le juge Lambert de la Cour d'appel, [1993] 5 W.W.R. 97, aux pp. 379 et 380:

[TRADUCTION] En fin de compte, il faudra donc tenir compte des droits reconnus par la loi aux Indiens au sein de l'ensemble de la société, au moyen de compromis politiques et de mesures d'adaptation qui seront fondés, au départ, sur la négociation d'accords, et qui devront, en dernière analyse, être conformes à la volonté souveraine de la collectivité toute entière. Les droits reconnus par la loi aux Gitksan et aux Wet'suwet'en, sur lesquels la présente action porte exclusivement et qui ne laissent de place à aucune autre approche que l'application de la loi elle-même, de même que les droits reconnus par la loi à tous les peuples autochtones de la Colombie-Britannique, ne constituent qu'un seul des facteurs qui détermineront, en définitive, quelle genre de collectivité nous aurons dans les années à venir, non seulement en Colombie-Britannique, mais partout au Canada. [Je souligne.]

(Voir également le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 2 (*Une relation à redéfinir*), partie 2, aux pp. 561 et 562.)

208. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement des principes énoncés dans les présents motifs. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident.

//Le juge McLachlin//

Version française des motifs rendus par

209. LE JUGE MCLACHLIN -- Je souscris aux motifs du Juge en chef. J'ajoute que je suis en outre largement en accord avec les commentaires du juge La Forest.

* * *

ANNEXE 1

Appelants

DELGAMUUKW, connu également sous le nom d'Earl Muldoe, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Delgamuukw et Haaxw

GISDAY WA, connu également sous le nom d'Alfred Joseph, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gisdlay Wa

NII KYAP, connu également sous le nom de Gerald Gunanoot, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Nii Kyap

LELT, connu également sous le nom de Lloyd Ryan, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Lelt et Haak'w

ANTGULILBIX, connue également sous le nom de Mary Johnson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Antgulilbix

TENIMGYET, connu également sous le nom d'Arthur Matthews, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Tenimgyet

GOOHLAHT, connue également sous le nom de Lucy Namox, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Goohlaht et Samooh

KLIYEM LAX HAA, connue également sous le nom d'Eva Sampson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Kliiyem Lax Haa et Wii'mugulsxw

GWIS GYEN, connu également sous le nom de Stanley Williams, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwis Gyen

KWEESE, connue également sous le nom de Florence Hall, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Kweese

DJOGASLEE, connu également sous le nom de Walter Wilson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Djogaslee

GWAGL'LO, connu également sous le nom d'Ernest Hyzims, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gwagl'lo et Duubisxw

GYOLUGYET, connue également sous le nom de Mary McKenzie, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gyolugyet

GYETM GALDOO, connu également sous le nom de Sylvester Green, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gyetm Galdoo et Wii'Goob'l

HAAK ASXW, connu également sous le nom de Larry Wright, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Haak Asxw

GEEL, connu également sous le nom de Walter Harris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Geel

HAALUS, connu également sous le nom de Billy Morrison, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Haalus

WII HLENGWAX, connu également sous le nom d'Herbert Burke, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Hlengwax

LUUTKUDZIIWUS, connu également sous le nom de Ben McKenzie, père, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Luutkudziiwus

MA'UUS, connu également sous le nom de Jeffrey Harris, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Ma'uus

MILUU LAK, connue également sous le nom d'Alice Jeffery, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Miluu Lak et Haiwas

NIKA TEEN, connu également sous le nom de James Woods, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Nika Teen

SKIIK'M LAX HA, connu également sous le nom de John Wilson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Skiik'm Lax Ha

WII MINOSIK, connu également sous le nom de Robert Stevens, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Minosik

GWININ NITXW, connu également sous le nom de Solomon Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwinin Nitxw

GWOIMT, connue également sous le nom de Kathleen Wale, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gwoimt et Tsabux

LUUS, connu également sous le nom de Jeffrey Harris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Luus

NIIST, connu également sous le nom de David Blackwater, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Niist et Baskyelaxha

SPOOKW, connu également sous le nom de Steven Robinson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Spookw et Yagosip

WII GAAK, connu également sous le nom de Neil Sterritt, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Gaak

DAWAMUXW, connu également sous le nom de Charlie Clifford, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Dawamuxw

GITLUDAHL, connu également sous le nom de Peter Muldoe, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gitludahl et Wiigyet

GUXSAN, connu également sous le nom d'Herbert Wesley, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Guxsan

HANAMUXW, connue également sous le nom de Joan Ryan, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Hanamuxw

YAL, connu également sous le nom de George Turner, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Yal

GWIIYEEHL, connu également sous le nom de Chris Skulsh, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwiiyeehl

SAKXUM HIGOOKX, connu également sous le nom de Vernon Smith, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Sakxum Higookx

MA DEEK, connu également sous le nom de James Brown, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Ma Deek

WOOS, connu également sous le nom de Roy Morris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Woos

KNEDEBEAS, connue également sous le nom de Sarah Layton, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Knedebeas

SMOGELGEM, connu également sous le nom de Leonard George, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Smogelgem

KLO UM KHUN, connu également sous le nom de Patrick Pierre, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Klo Um Khun

HAG WIL NEGH, connu également sous le nom de Ron Mitchell, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Hag Wil Negh

WAH TAH KEG'HT, connu également sous le nom d'Henry Alfred, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wah Tah Keg'ht

WAH TAH KWETS, connu également sous le nom de John Namox, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wah Tah Kwets

WOOSIMLAXHA, connu également sous le nom de Victor Mowatt, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gutginuxw

XSGOGIMLAXHA, connu également sous le nom de Vernon Milton, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Xsgogimlaxha

WIIGYET, connu également sous le nom de Roy Wesley, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wiigyet

WII ELAAST, connu également sous le nom de Jim Angus, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Wii Elaast et Amagyet

GAXSBGABAXS, connue également sous le nom de Gertie Watson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gaxsbgabaxs

WIGETIMSCHOL, connu également sous le nom de Dan Michell, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Namox

ANNEXE 2

Intervenant avec la Nation Musqueam

Delbert Guerin

Gail Y. Sparrow

Jim Kew

Larry Grant

Leona M. Sparrow

Mary Charles

Myrtle McKay

Nolan Charles

Susan A. Point

Chef George Guerin

ANNEXE 3

Intervenant avec la B.C. Cattlemen's Association

B.C. Chamber of Commerce

B.C. Wildlife Federation

Business Council of British Columbia

Council of Tourist Associations

Fisheries Council of British Columbia

Guideoutfitters Association of British Columbia

Mining Association of British Columbia

Pacific Fishermen's Defence Alliance

Pourvoi accueilli en partie; pourvoi incident rejeté.

Procureurs des appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Gitksan et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Wet'suwet'en et autres: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs de l'intimée et appelante dans le pourvoi incident, Sa Majesté la Reine du chef de la Province de la Colombie-Britannique: Arvay, Finlay, Victoria.

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

Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première nation de Westbank: Woodward and Company, Victoria.

Procureurs des intervenants la Nation Musqueam et autres: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureur des intervenants la B.C. Cattlemen's Association et autres: J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Skeena Cellulose Inc.: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Alcan Aluminium Ltée: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.