Delgamuukw, also known as Earl Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Delgamuukw and Haaxw (and others suing on their own behalf and on behalf of thirty-eight Gitksan Houses and twelve Wet'suwet'en Houses as shown in Schedule 1) *Appellants/ Respondents on the cross-appeal*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondent/ Appellant on the cross-appeal*

and

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The First Nations Summit, the Musqueam Nation *et al.* (as shown in Schedule 2), the Westbank First Nation, the B.C. Cattlemen's Association *et al.* (as shown in Schedule 3), Skeena Cellulose Inc., Alcan Aluminum Ltd. *Interveners*

INDEXED AS: DELGAMUUKW *v.* BRITISH COLUMBIA

File No.: 23799.

1997: June 16, 17; 1997: December 11.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,* Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Aboriginal land title — Claim made for large tract — Content of aboriginal title — How aboriginal title protected by s. 35(1) of Constitution Act, 1982 — What required to

*Sopinka J. took no part in this judgment.

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) *Appelants/ 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

Nº 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-

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

1997 CanLII 302 (SCC)

prove aboriginal title — Whether claim to self-government made out — Whether province could extinguish aboriginal rights after 1871, either under own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the Indian Act (incorporating provincial laws of general application by reference) — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.

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.

Constitutional law — Aboriginal rights — Aboriginal land title — Evidence — Oral history and native law and tradition — Weight to be given evidence — Ability of Court to interfere with trial judge's factual findings.

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.

Courts — Procedure — Land claims — Aboriginal title and self-government — Claim altered but no formal amendments to pleadings made — Whether pleadings precluded the Court from entertaining claims.

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?

The appellants, all Gitksan or Wet'suwet'en hereditary chiefs, both individually and on behalf of their "Houses", claimed separate portions of 58,000 square kilometres in British Columbia. For the purpose of the claim, this area was divided into 133 individual territories, claimed by the 71 Houses. This represents all of the Wet'suwet'en people, and all but 12 of the Gitksan Houses. Their claim was originally for "ownership" of the territory and "jurisdiction" over it. (At this Court, this was transformed into, primarily, a claim for aboriginal title over the land in question.) British Columbia counterclaimed for a declaration that the appellants have no right or interest in and to the territory or alternatively, that the appellants' cause of action ought to be for compensation from the Government of Canada.

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.

At trial, the appellants' claim was based on their historical use and "ownership" of one or more of the territories. In addition, the Gitksan Houses have an "adaawk" which is a collection of sacred oral tradition about their ancestors, histories and territories. The Wet'suwet'en each have a "kungax" which is a spiritual song or dance or performance which ties them to their land. Both of these were entered as evidence on behalf of the appellants. The most significant evidence of spiritual connection between the Houses and their territory

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

1997 CanLII 302 (SCC)

was a feast hall where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples tell and retell their stories and identify their territories to remind themselves of the sacred connection that they have with their lands. The feast has a ceremonial purpose but is also used for making important decisions.

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.

The trial judge did not accept the appellants' evidence of oral history of attachment to the land. He dismissed the action against Canada, dismissed the plaintiffs' claims for ownership and jurisdiction and for aboriginal rights in the territory, granted a declaration that the plaintiffs were entitled to use unoccupied or vacant land subject to the general law of the province, dismissed the claim for damages and dismissed the province's counterclaim. No order for costs was made. On appeal, the original claim was altered in two different ways. First, the claims for ownership and jurisdiction were replaced with claims for aboriginal title and self-government, respectively. Second, the individual claims by each House were amalgamated into two communal claims, one advanced on behalf of each nation. There were no formal amendments to the pleadings to this effect. The appeal was dismissed by a majority of the Court of Appeal.

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.

The principal issues on the appeal, some of which raised a number of sub-issues, were as follows: (1) whether the pleadings precluded the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government; (2) what was the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge; (3) what is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and what is required for its proof; (4) whether the appellants made out a claim to self-government; and, (5) whether the province had the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the *Indian Act*.

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*?

Held: The appeal should be allowed in part and the cross-appeal should be dismissed.

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

1997 CanLII 302 (SCC)

Whether the Claims Were Properly Before the Court

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin, and Major JJ.: The claims were properly before the Court. Although the pleadings were not formally amended, the trial judge did allow a *de facto* amendment to permit a claim for aboriginal rights other than ownership and jurisdiction. The respondents did not appeal this *de facto* amendment and the trial judge's decision on this point must accordingly stand.

No amendment was made with respect to the amalgamation of the individual claims brought by the individual Gitksan and Wet'suwet'en Houses into two collective claims, one by each nation, for aboriginal title and self-government. The collective claims were simply not in issue at trial and to frame the case on appeal in a different manner would retroactively deny the respondents the opportunity to know the appellants' case.

A new trial is necessary. First, the defect in the pleadings prevented the Court from considering the merits of this appeal. The parties at a new trial would decide whether any amendment was necessary to make the pleadings conform with the other evidence. Then, too, appellate courts, absent a palpable and overriding error, should not substitute their own findings of fact even when the trial judge misapprehended the law which was applied to those facts. Appellate intervention is warranted, however, when the trial court fails to appreciate the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims when applying the rules of evidence and interpreting the evidence before it.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The amalgamation of the appellants' individual claims technically prevents a consideration of the merits. However, there is a more substantive problem with the pleadings. The appellants sought a declaration of "aboriginal title" but attempted, in essence, to prove that they had complete control over the territory. It follows that what the appellants sought by way of declaration and what they set out

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

1997 CanLII 302 (SCC)

to prove by way of the evidence were two different matters. A new trial should be ordered.

McLachlin J. was in substantial agreement.

The Ability of the Court to Interfere with the Trial Judge's Factual Findings

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ.: The factual findings made at trial could not stand because the trial judge's treatment of the various kinds of oral histories did not satisfy the principles laid down in *R. v. Van der Peet*. The oral histories were used in an attempt to establish occupation and use of the disputed territory which is an essential requirement for aboriginal title. The trial judge refused to admit or gave no independent weight to these oral histories and then concluded that the appellants had not demonstrated the requisite degree of occupation for "ownership". Had the oral histories been correctly assessed, the conclusions on these issues of fact might have been very different.

The Content of Aboriginal Title, How It Is Protected by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and the Requirements Necessary to Prove It

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ.: Aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures. The protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land.

Aboriginal title is *sui generis*, and so distinguished from other proprietary interests, and characterized by several dimensions. It is inalienable and cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown. Another dimension of aboriginal title is its sources: its recognition by the *Royal Proclamation, 1763* and the relationship between the common law which recognizes occupation as proof of possession and systems of aboriginal law pre-existing assertion of British sovereignty. Finally, aboriginal title is held communally.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

The exclusive right to use the land is not restricted to the right to engage in activities which are aspects of aboriginal practices, customs and traditions integral to the claimant group's distinctive aboriginal culture. Canadian jurisprudence on aboriginal title frames the "right to occupy and possess" in broad terms and, significantly, is not qualified by the restriction that use be tied to practice, custom or tradition. The nature of the Indian interest in reserve land which has been found to be the same as the interest in tribal lands is very broad and incorporates present-day needs. Finally, aboriginal title encompasses mineral rights and lands held pursuant to aboriginal title should be capable of exploitation. Such a use is certainly not a traditional one.

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.

The content of aboriginal title contains an inherent limit in that lands so held cannot be used in a manner that is irreconcilable with the nature of the claimants' attachment to those lands. This inherent limit arises because the relationship of an aboriginal community with its land should not be prevented from continuing into the future. Occupancy is determined by reference to the activities that have taken place on the land and the uses to which the land has been put by the particular group. If lands are so occupied, there will exist a special bond between the group and the land in question such that the land will be part of the definition of the group's distinctive culture. Land held by virtue of aboriginal title may not be alienated because the land has an inherent and unique value in itself, which is enjoyed by the community with aboriginal title to it. The community cannot put the land to uses which would destroy that value. Finally, the importance of the continuity of the relationship between an aboriginal community and its land, and the non-economic or inherent value of that land, should not be taken to detract from the possibility of surrender to the Crown in exchange for valuable consideration. On the contrary, the idea of surrender reinforces the conclusion that aboriginal title is limited. If aboriginal peoples wish to use their lands in a way that aboriginal title does not permit, then they must surrender those lands and convert them into non-title lands to do so.

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.

Aboriginal title at common law was recognized well before 1982 and is accordingly protected in its full form by s. 35(1). The constitutionalization of common law aboriginal rights, however, does not mean that those rights exhaust the content of s. 35(1). The existence of an aboriginal right at common law is sufficient, but not

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

1997 CanLII 302 (SCC)

necessary, for the recognition and affirmation of that right by s. 35(1).

Constitutionally recognized aboriginal rights fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At the one end are those aboriginal rights which are practices, customs and traditions integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right but where the use and occupation of the land where the activity is taking place is not sufficient to support a claim of title to the land. In the middle are activities which, out of necessity, take place on land and indeed, might be intimately related to a particular piece of land. Although an aboriginal group may not be able to demonstrate title to the land, it may nevertheless have a site-specific right to engage in a particular activity. At the other end of the spectrum is aboriginal title itself which confers more than the right to engage in site-specific activities which are aspects of the practices, customs and traditions of distinctive aboriginal cultures. Site-specific rights can be made out even if title cannot. Because aboriginal rights can vary with respect to their degree of connection with the land, some aboriginal groups may be unable to make out a claim to title, but will nevertheless possess aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1), including site-specific rights to engage in particular activities.

Aboriginal title is a right to the land itself. That land may be used, subject to the inherent limitations of aboriginal title, for a variety of activities, none of which need be individually protected as aboriginal rights under s. 35(1). Those activities are parasitic on the underlying title. Section 35(1), since its purpose is to reconcile the prior presence of aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, must recognize and affirm both aspects of that prior presence — first, the occupation of land, and second, the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land.

The test for the identification of aboriginal rights to engage in particular activities and the test for the identification of aboriginal title, although broadly similar, are

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 détermi-

1997 CanLII 302 (SCC)

distinct in two ways. First, under the test for aboriginal title, the requirement that the land be integral to the distinctive culture of the claimants is subsumed by the requirement of occupancy. Second, whereas the time for the identification of aboriginal rights is the time of first contact, the time for the identification of aboriginal title is the time at which the Crown asserted sovereignty over the land.

In order to establish a claim to aboriginal title, the aboriginal group asserting the claim must establish that it occupied the lands in question at the time at which the Crown asserted sovereignty over the land subject to the title. In the context of aboriginal title, sovereignty is the appropriate time period to consider for several reasons. First, from a theoretical standpoint, aboriginal title arises out of prior occupation of the land by aboriginal peoples and out of the relationship between the common law and pre-existing systems of aboriginal law. Aboriginal title is a burden on the Crown's underlying title. The Crown, however, did not gain this title until it asserted sovereignty and it makes no sense to speak of a burden on the underlying title before that title existed. Aboriginal title crystallized at the time sovereignty was asserted. Second, aboriginal title does not raise the problem of distinguishing between distinctive, integral aboriginal practices, customs and traditions and those influenced or introduced by European contact. Under common law, the act of occupation or possession is sufficient to ground aboriginal title and it is not necessary to prove that the land was a distinctive or integral part of the aboriginal society before the arrival of Europeans. Finally, the date of sovereignty is more certain than the date of first contact.

Both the common law and the aboriginal perspective on land should be taken into account in establishing the proof of occupancy. At common law, the fact of physical occupation is proof of possession at law, which in turn will ground title to the land. Physical occupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources. In considering whether occupation sufficient

ner 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 pas-

1997 CanLII 302 (SCC)

to ground title is established, the group's size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed must be taken into account. Given the occupancy requirement, it was not necessary to include as part of the test for aboriginal title whether a group demonstrated a connection with the piece of land as being of central significance to its distinctive culture. Ultimately, the question of physical occupation is one of fact to be determined at trial.

If present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation. Since conclusive evidence of pre-sovereignty occupation may be difficult, an aboriginal community may provide evidence of present occupation as proof of pre-sovereignty occupation in support of a claim to aboriginal title. An unbroken chain of continuity need not be established between present and prior occupation. The fact that the nature of occupation has changed would not ordinarily preclude a claim for aboriginal title, as long as a substantial connection between the people and the land is maintained. The only limitation on this principle might be that the land not be used in ways which are inconsistent with continued use by future generations of aboriginals.

At sovereignty, occupation must have been exclusive. This requirement flows from the definition of aboriginal title itself, which is defined in terms of the right to exclusive use and occupation of land. The test must take into account the context of the aboriginal society at the time of sovereignty. The requirement of exclusive occupancy and the possibility of joint title can be reconciled by recognizing that joint title can arise from shared exclusivity. As well, shared, non-exclusive aboriginal rights short of aboriginal title but tied to the land and permitting a number of uses can be established if exclusivity cannot be proved. The common law should develop to recognize aboriginal rights as they were rec-

sant 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

1997 CanLII 302 (SCC)

ognized by either *de facto* practice or by aboriginal systems of governance.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: "Aboriginal title" is based on the continued occupation and use of the land as part of the aboriginal peoples' traditional way of life. This *sui generis* interest is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts. It is personal in that it is generally inalienable except to the Crown and, in dealing with this interest, the Crown is subject to a fiduciary obligation to treat the aboriginal peoples fairly. There is reluctance to define more precisely the right of aboriginal peoples to live on their lands as their forefathers had lived.

The approach to defining the aboriginal right of occupancy is highly contextual. A distinction must be made between (1) the recognition of a general right to occupy and possess ancestral lands and (2) the recognition of a discrete right to engage in an aboriginal activity in a particular area. The latter has been defined as the traditional use, by a tribe of Indians, that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose. By contrast, a general claim to occupy and possess vast tracts of territory is the right to use the land for a variety of activities related to the aboriginal society's habits and mode of life. As well, in defining the nature of "aboriginal title", reference need not be made to statutory provisions and regulations dealing with reserve lands.

In defining the nature of "aboriginal title", reference need not be made to statutory provisions and regulations dealing specifically with reserve lands. Though the interest of an Indian band in a reserve has been found to be derived from, and to be of the same nature as, the interest of an aboriginal society in its traditional tribal lands, it does not follow that specific statutory provisions governing reserve lands should automatically apply to traditional tribal lands.

The "key" factors for recognizing aboriginal rights under s. 35(1) are met in the present case. First, the nature of an aboriginal claim must be identified precisely with regard to particular practices, customs and traditions. When dealing with a claim of "aboriginal

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

1997 CanLII 302 (SCC)

title", the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society's traditional way of life.

Second, an aboriginal society must specify the area that has been continuously used and occupied by identifying general boundaries. Exclusivity means that an aboriginal group must show that a claimed territory is indeed its ancestral territory and not the territory of an unconnected aboriginal society. It is possible that two or more aboriginal groups may have occupied the same territory and therefore a finding of joint occupancy would not be precluded.

Third, the aboriginal right of possession is based on the continued occupation and use of traditional tribal lands since the assertion of Crown sovereignty. However, the date of sovereignty may not be the only relevant time to consider. Continuity may still exist where the present occupation of one area is connected to the pre-sovereignty occupation of another area. Also, aboriginal peoples claiming a right of possession may provide evidence of present occupation as proof of prior occupation. Further, it is not necessary to establish an unbroken chain of continuity.

Fourth, if aboriginal peoples continue to occupy and use the land as part of their traditional way of life, the land is of central significance to them. Aboriginal occupancy refers not only to the presence of aboriginal peoples in villages or permanently settled areas but also to the use of adjacent lands and even remote territories used to pursue a traditional mode of life. Occupancy is part of aboriginal culture in a broad sense and is, therefore, absorbed in the notion of distinctiveness. The *Royal Proclamation, 1763* supports this approach to occupancy.

McLachlin J. was in substantial agreement.

Infringements of Aboriginal Title: The Test of Justification

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ.: Constitutionally recognized aboriginal rights are not absolute and may be infringed by the federal and pro-

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 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 gouver-

1997 CanLII 302 (SCC)

vincial governments if the infringement (1) furthers a compelling and substantial legislative objective and (2) is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and the aboriginal peoples. The development of agriculture, forestry, mining and hydroelectric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, and the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are objectives consistent with this purpose. Three aspects of aboriginal title are relevant to the second part of the test. First, the right to exclusive use and occupation of land is relevant to the degree of scrutiny of the infringing measure or action. Second, the right to choose to what uses land can be put, subject to the ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of aboriginal peoples, suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation and, in most cases, the duty will be significantly deeper than mere consultation. And third, lands held pursuant to aboriginal title have an inescapable economic component which suggests that compensation is relevant to the question of justification as well. Fair compensation will ordinarily be required when aboriginal title is infringed.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Government regulation can therefore infringe upon aboriginal rights if it meets the test of justification under s. 35(1). The approach is highly contextual.

The general economic development of the interior of British Columbia, through agriculture, mining, forestry and hydroelectric power, as well as the related building of infrastructure and settlement of foreign populations, are valid legislative objectives that, in principle, satisfy the first part of the justification analysis. Under the second part, these legislative objectives are subject to accommodation of the aboriginal peoples' interests. This accommodation must always be in accordance with

nement 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

1997 CanLII 302 (SCC)

the honour and good faith of the Crown. One aspect of accommodation of "aboriginal title" entails notifying and consulting aboriginal peoples with respect to the development of the affected territory. Another aspect is fair compensation.

McLachlin J. was in substantial agreement.

Self-Government

Per The Court: The errors of fact made by the trial judge, and the resultant need for a new trial, made it impossible for this Court to determine whether the claim to self-government had been made out.

Extinguishment

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ.: Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (the federal power to legislate in respect of Indians) carries with it the jurisdiction to legislate in relation to aboriginal title, and by implication, the jurisdiction to extinguish it. The ownership by the provincial Crown (under s. 109) of lands held pursuant to aboriginal title is separate from jurisdiction over those lands. Notwithstanding s. 91(24), provincial laws of general application apply *proprio vigore* to Indians and Indian lands.

A provincial law of general application cannot extinguish aboriginal rights. First, a law of general application cannot, by definition, meet the standard "of clear and plain intention" needed to extinguish aboriginal rights without being *ultra vires* the province. Second, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on "Indianness" or the "core of Indianness".

Provincial laws which would otherwise not apply to Indians *proprio vigore* are allowed to do so by s. 88 of the *Indian Act* which incorporates by reference provincial laws of general application. This provision, however, does not "invigorate" provincial laws which are invalid because they are in relation to Indians and Indian lands.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The province had no authority to extinguish aboriginal rights either under the *Constitution Act, 1867* or by virtue of s. 88 of the *Indian Act*.

McLachlin J. was in substantial agreement.

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.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, aff'g *sub nom. St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; **referred to:** *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Mabo v. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Uukw v. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285.

By La Forest J.

Considered: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R.

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

1997 CanLII 302 (SCC)

507; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, aff'g *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150.

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.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 109.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 18, 88.
Indian Oil and Gas Act, R.S.C., 1985, c. I-7, s. 6(2).
Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No.1.
Treaty Between Her Majesty And The United Stated Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary (*Oregon Boundary Treaty, 1846*), TS 120.

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, nº 1.
Treaty Between Her Majesty And The United States Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary (*Oregon Boundary Treaty, 1846*), TS 120.

Authors Cited

Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 14th ed. London: Butterworths, 1988.
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vols. 1 (*Looking Forward, Looking Back*) and 2 (*Restructuring the Relationship*). Ottawa: The 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 *McGill L.J.* 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.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

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. "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 707.

Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 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 *Can. Bar Rev.* 727.

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*, 2e 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.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (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), varying an order of McEachern C.J., [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), and dismissing British Columbia's cross-appeal as abandoned. Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

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, Q.C., Peter Grant, Michael Jackson, Louise Mandell and *David Paterson*, for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Gitksan Hereditary Chiefs *et al.*

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, Q.C., Joanne R. Lysyk and *Joseph C. McArthur*, for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Wet'suwet'en Hereditary Chiefs *et al.*

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

Joseph J. Arvay, Q.C., Mark G. Underhill and *Brenda Edwards*, for the respondent and appellant on the cross-appeal, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

Graham Garton, Q.C., Judith Bowers, Q.C., Murray T. Wolf and *Geoffrey S. Lester*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Arthur Pape, Harry A. Slade, Peter Hogg and *Jean Teillet*, for the intervener the First Nations Summit.

Jack Woodward and *Albert C. Peeling*, for the intervener the Westbank First Nation.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joanne R. Lysyk and *Joseph C. McArthur*, for the interveners the Musqueam Nation *et al.*

J. Keith Lowes, for the interveners the B.C. Cattlemen's Association *et al.*

Charles F. Willms, for the intervener Skeena Cellulose Inc.

J. Edward Gouge, Q.C., and *Jill M. Marks*, for the intervener Alcan Aluminum Ltd.

The judgment of Lamer C.J. and Cory and Major JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 This appeal is the latest in a series of cases in which it has fallen to this Court to interpret and apply the guarantee of existing aboriginal rights found in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Although that line of decisions, commencing with *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, proceeding through the *Van der Peet* trilogy (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723), and ending in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, and *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, have laid down the jurisprudential framework for s. 35(1), this appeal raises a set of

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.

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

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

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

1997 CanLII 302 (SCC)

interrelated and novel questions which revolve around a single issue — the nature and scope of the constitutional protection afforded by s. 35(1) to common law aboriginal title.

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.

In *Adams*, and in the companion decision in *Côté*, I considered and rejected the proposition that claims to aboriginal rights must also be grounded in an underlying claim to aboriginal title. But I held, nevertheless, that aboriginal title was a distinct species of aboriginal right that was recognized and affirmed by s. 35(1). Since aboriginal title was not being claimed in those earlier appeals, it was unnecessary to say more. This appeal demands, however, that the Court now explore and elucidate the implications of the constitutionalization of aboriginal title. The first is the specific content of aboriginal title, a question which this Court has not yet definitively addressed, either at common law or under s. 35(1). The second is the related question of the test for the proof of title, which, whatever its content, is a right in land, and its relationship to the definition of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) in *Van der Peet* in terms of activities. The third is whether aboriginal title, as a right in land, mandates a modified approach to the test of justification first laid down in *Sparrow* and elaborated upon in *Gladstone*.

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*.

In addition to the relationship between aboriginal title and s. 35(1), this appeal also raises an important practical problem relevant to the proof of aboriginal title which is endemic to aboriginal rights litigation generally — the treatment of the oral histories of Canada's aboriginal peoples by the courts. In *Van der Peet*, I held that the common law rules of evidence should be adapted to take into account the *sui generis* nature of aboriginal

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

1997 CanLII 302 (SCC)

rights. In this appeal, the Court must address what specific form those modifications must take.

4 Finally, given the existence of aboriginal title in British Columbia, this Court must address, on cross-appeal, the question of whether the province of British Columbia, from the time it joined Confederation in 1871, until the entrenchment of s. 35(1) in 1982, had jurisdiction to extinguish the rights of aboriginal peoples, including aboriginal title, in that province. Moreover, if the province was without this jurisdiction, a further question arises — whether provincial laws of general application that would otherwise be inapplicable to Indians and Indian lands could nevertheless extinguish aboriginal rights through the operation of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

II. Facts

5 At the British Columbia Supreme Court, McEachern C.J. heard 374 days of evidence and argument. Some of that evidence was not in a form which is familiar to common law courts, including oral histories and legends. Another significant part was the evidence of experts in genealogy, linguistics, archeology, anthropology, and geography.

6 The trial judge's decision (reported at [1991] 3 W.W.R. 97) is nearly 400 pages long, with another 100 pages of schedules. Although I am of the view that there must be a new trial, I nevertheless find it useful to summarize some of the relevant facts, so as to put the remainder of the judgment into context.

A. *The Claim at Trial*

7 This action was commenced by the appellants, who are all Gitksan or Wet'suwet'en hereditary chiefs, who, both individually and on behalf of their "Houses" claimed separate portions of 58,000 square kilometres in British Columbia. For the purpose of the claim, this area was divided into

Cour doit se demander quelle forme précise doivent prendre ces modifications.

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

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.

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*

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 revendi-

1997 CanLII 302 (SCC)

133 individual territories, claimed by the 71 Houses. This represents all of the Wet'suwet'en people, and all but 12 of the Gitksan Houses. Their claim was originally for "ownership" of the territory and "jurisdiction" over it. (At this Court, this was transformed into, primarily, a claim for aboriginal title over the land in question.) The province of British Columbia counterclaimed for a declaration that the appellants have no right or interest in and to the territory or alternatively, that the appellants' cause of action ought to be for compensation from the Government of Canada.

cation, 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. *The Gitksan and Wet'suwet'en Peoples*

(1) Demography

The Gitksan consist of approximately 4,000 to 5,000 persons, most of whom now live in the territory claimed, which is generally the watersheds of the north and central Skeena, Nass and Babine Rivers and their tributaries. The Wet'suwet'en consist of approximately 1,500 to 2,000 persons, who also predominantly live in the territory claimed. This territory is mainly in the watersheds of the Bulkley and parts of the Fraser-Nechako River systems and their tributaries. It lies immediately east and south of the Gitksan.

Of course, the Gitksan and Wet'suwet'en are not the only people living in the claimed territory. As noted by both McEachern C.J. at trial (at p. 440) and Lambert J.A. on appeal (at p. 243), there are other aboriginals who live in the claimed territory, notably the Carrier-Sekani and Nishga peoples. Some of these people have unsettled land claims overlapping with the territory at issue here. Moreover, there are also numerous non-aboriginals living there. McEachern C.J. found that, at the time of the trial, the non-aboriginal population in the territory was over 30,000.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

(2) History

10 There were numerous theories of the history of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples before the trial judge. His conclusion from the evidence was that their ancestors migrated from Asia, probably through Alaska, and spread south and west into the areas which they found to be liveable. There was archeological evidence, which he accepted, that there was some form of human habitation in the territory and its surrounding areas from 3,500 to 6,000 years ago, and intense occupation of the Hagwilget Canyon site (near Hazelton), prior to about 4,000 to 3,500 years ago. This occupation was mainly in or near villages on the Skeena River, the Babine River or the Bulkley River, where salmon, the staple of their diet, was easily obtainable. The other parts of the territory surrounding and between their villages and rivers were used for hunting and gathering for both food and ceremonial purposes. The scope of this hunting and gathering area depended largely on the availability of the required materials in the areas around the villages. Prior to the commencement of the fur trade, there was no reason to travel far from the villages for anything other than their subsistence requirements.

(3) North American Exploration

11 There was little European influence in western Canada until the arrival of Capt. Cook at Nootka on Vancouver Island in 1778, which led to the sea otter hunt in the north Pacific. This influence grew with the establishment of the first Hudson's Bay trading post west of the Rockies (although east of the territories claimed) by Simon Fraser in 1805-1806. Trapping for the commercial fur trade was not an aboriginal practice, but rather one influenced by European contact. The trial judge held that the time of direct contact between the Aboriginal Peoples in the claimed territory was approximately 1820, after the trader William Brown

(2) L'histoire

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

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

1997 CanLII 302 (SCC)

arrived and Hudson's Bay had merged with the North West Company.

(4) Present Social Organization

McEachern C.J. set out a description of the present social organization of the appellants. In his opinion, this was necessary because "one of the ingredients of aboriginal land claims is that they arise from long-term communal rather than personal use or possession of land" (at p. 147). The fundamental premise of both the Gitksan and the Wet'suwet'en peoples is that they are divided into clans and Houses. Every person born of a Gitksan or Wet'suwet'en woman is automatically a member of his or her mother's House and clan. There are four Gitksan and four Wet'suwet'en clans, which are subdivided into Houses. Each House has one or more Hereditary Chief as its titular head, selected by the elders of their House, as well as possibly the Head Chief of the other Houses of the clan. There is no head chief for the clans, but there is a ranking order of precedence within communities or villages, where one House or clan may be more prominent than others.

At trial, the appellants' claim was based on their historical use and "ownership" of one or more of the territories. The trial judge held that these are marked, in some cases, by physical and tangible indicators of their association with the territories. He cited as examples totem poles with the Houses' crests carved, or distinctive regalia. In addition, the Gitksan Houses have an "adaawk" which is a collection of sacred oral tradition about their ancestors, histories and territories. The Wet'suwet'en each have a "kungax" which is a spiritual song or dance or performance which ties them to their land. Both of these were entered as evidence on behalf of the appellants (see my discussion of the trial judge's view of this evidence, *infra*).

The most significant evidence of spiritual connection between the Houses and their territory is a

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

1997 CanLII 302 (SCC)

feast hall. This is where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples tell and retell their stories and identify their territories to remind themselves of the sacred connection that they have with their lands. The feast has a ceremonial purpose, but is also used for making important decisions. The trial judge also noted the *Criminal Code* prohibition on aboriginal feast ceremonies, which existed until 1951.

III. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*

(1) General Principles

15 The trial judge began his analysis by considering the significant cases in this area: *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.), *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, and *Sparrow*, *supra*. On the basis of this jurisprudence, he set out four propositions of law. First, aboriginal interests arise out of occupation or use of specific land for aboriginal purposes for an indefinite or long, long time before the assertion of sovereignty. Second, aboriginal interests are communal, consisting of subsistence activities and are not proprietary. Third, at common law, aboriginal rights exist at the pleasure of the Crown and may be extinguished when the intention of the Crown is clear and plain. This power reposed with the Imperial Crown during the colonial period. Upon Confederation the province obtained title to all Crown land in the province subject to the "interests" of the Indians. Finally, unextinguished aboriginal rights are not absolute. Crown action and aboriginal rights may, in proper circumstances, be reconciled. Generally speaking, aboriginal rights may be regulated by the Crown only when such regulation operates to interfere with aboriginal rights pursuant to legitimate Crown objectives which can honourably be justified, without undue interference with such rights. Moreover, when regulating, government must be mindful of the appropriate level

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

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 (1re 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,

1997 CanLII 302 (SCC)

of priority which aboriginal rights have over competing, inconsistent activities.

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 réglemente 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.

With respect to the appellants' claims, McEachern C.J. divided his analysis into three parts: (1) jurisdiction over the territory; (2) ownership of the territory; and (in the alternative) (3) particular aboriginal rights over the territory. In the ownership claim, the appellants asserted they were "absolutely entitled to occupy and possess the individual territories" claimed (at p. 126). The claim to jurisdiction was understood by the trial judge as comprising jurisdiction over land and people in the territory, and amounted to aboriginal sovereignty, a right to "govern the territory free of provincial control in all matters where their aboriginal laws conflict with the general law" (at p. 128). Although the claim advanced at trial was advanced by individual chiefs on behalf of themselves or their House members, the trial judge held that since aboriginal rights are communal in nature, any judgment must be for the benefit of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples generally.

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) (subsidiairement) 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) Aboriginal Ownership

(2) La propriété autochtone

McEachern C.J. started from the proposition, for which he cited *St. Catharines Milling*, that aboriginal rights are not proprietary in nature, but rather "personal and usufructuary", and dependent upon the good will of the Sovereign. He was satisfied that at the date of British sovereignty, the appellants' ancestors were living in their villages on the great rivers, in a form of communal society. He was satisfied that they were occupying or possessing fishing sites and the adjacent lands, as their ancestors had done for the purpose of hunting and

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 usufructuaires», 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

1997 CanLII 302 (SCC)

gathering that which they required for sustenance. However, he was not satisfied that they owned the territory in its entirety in any sense that would be recognized by the law.

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 There were several specific claims of the plaintiffs as to their uses of the land before the assertion of sovereignty. He concluded that the appellants' ancestors lived within the territory, but predominantly at the village sites. He accepted, at p. 372, that they harvested the resources of the lands, but that there was only evidence of "commonsense subsistence practices . . . entirely compatible with bare occupation for the purposes of subsistence". He was not persuaded that there was any system of governance or uniform custom relating to land outside the villages. He refused to accept that the spiritual beliefs exercised within the territory were necessarily common to all the people or that they were universal practices. He was not persuaded that the present institutions of the plaintiffs' society were recognized by their ancestors. Rather, he found, at p. 373, that "they more likely acted as they did because of survival instincts". He stated that the maintenance and protection of the boundaries were unproven because of the numerous intrusions into the territory by other peoples. The oral histories, totem poles and crests were not sufficiently reliable or site specific to discharge the plaintiff's burden of proof. Although McEachern C.J. recognized the social importance of the feast system and the fact that it evolved from earlier practices, he did not accept its role in the management and allocation of lands, particularly after the fur trade. McEachern C.J. concluded, at p. 383, that "I cannot infer from the evidence that the Indians possessed or controlled any part of the territory, other than for village sites and for aboriginal

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

1997 CanLII 302 (SCC)

use in a way that would justify a declaration equivalent to ownership".

Although he was of the opinion that the status of the villages and their immediate surrounding area may be different from the territory as a whole, they were already predominantly reserve lands. Hence, the question of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples' rights to these particular lands did not need to be dealt with. Moreover, to the extent that there were hunting grounds not included on those lands, McEachern C.J. believed he had no jurisdiction to extend their boundaries.

(3) Aboriginal Sovereignty

McEachern C.J. interpreted the appellants' claim for "jurisdiction" as a claim to govern the territories in question. This would include the right to enforce existing aboriginal law, as well as make and enforce new laws, as required for the governance of the people and their land. Most notably, this would also include a right to supersede the laws of British Columbia if the two were in conflict. McEachern C.J. rejected the appellants' claim for a right of self-government, relying on both the sovereignty of the Crown at common law, and what he considered to be the relative paucity of evidence regarding an established governance structure. First, he stated, at p. 386, that when British Columbia was united with Canada, "all legislative jurisdiction was divided between Canada and the province, and there was no room for aboriginal jurisdiction or sovereignty which would be recognized by the law or the courts". Second, he characterized the Gitksan and Wet'suwet'en legal system, at p. 379, as a "most uncertain and highly flexible set of customs which are frequently not followed by the Indians themselves". He continued, at pp. 379-80, stating:

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:

1997 CanLII 302 (SCC)

I heard many instances of prominent Chiefs conducting themselves other than in accordance with these rules, such as logging or trapping on another chief's territory, although there always seemed to be an aboriginal exception which made almost any departure from aboriginal rules permissible. In my judgment, these rules are so flexible and uncertain that they cannot be classified as laws.

As a result of the flexibility and uncertainty of the customs and rules, McEachern C.J. rejected the appellants' claim to jurisdiction or sovereignty over the territories.

(4) Aboriginal Rights

21 After rejecting the appellants' claim for ownership of and jurisdiction over the disputed territories, McEachern C.J. turned to the possibility that the appellants nevertheless have aboriginal rights exercisable therein. He set out, at p. 388, the four part test from *Baker Lake* for an aboriginal right:

1. That they (the plaintiffs) and their ancestors were members of an organized society.

2. That the organized society occupied the specific territory over which they assert the aboriginal title.

3. That the occupation was to the exclusion of other organized societies.

4. That the occupation was an established fact at the time sovereignty was asserted by England.

McEachern C.J. noted that the requirement for an organized society had been satisfied, even though he did not believe the appellants' ancestors had institutions and governed themselves. However, he held that no specific level of sophistication ought to be required in satisfying this requirement. He then stated that there was evidence that the ancestors of the plaintiffs occupied specific locations in the territory (the villages) and they used surrounding lands. Although there was evidence that the Gitksan and Wet'suwet'en would not have been able to keep invaders or traders out of their terri-

[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

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

1997 CanLII 302 (SCC)

tory, no other organized societies had established themselves in the core areas on any permanent basis. Moreover, he noted at the outset of his reasons on this point that he was uncertain about the requirement for exclusivity.

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.

The activities that were to be protected were only those carried on at the time of contact or European influence and that were still carried on at the time of sovereignty. This included "all those sustenance practices and the gathering of all those products of the land and waters of the territory I shall define which they practised and used before exposure to European civilization (or sovereignty) for subsistence or survival" (at p. 391). This did not include trapping for the fur trade, or other land-based commercial enterprise. McEachern C.J. ultimately concluded, at p. 395 that "the plaintiffs have established, as of the date of British sovereignty, the requirements for continued residence in their villages, and for non-exclusive aboriginal sustenance rights within [certain] portions of the territory".

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) Extinguishment and Fiduciary Duties

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

McEachern C.J. started with the proposition, at pp. 396-97, that the law "never recognized that the settlement of new lands depended upon the consent of the Indians". All aboriginal rights existed at the pleasure of the Crown, and could be extinguished by unilateral act. He accepted the "clear and plain" intention test for extinguishment, but took the view that it need not be express or even mention aboriginal rights, if the intention can be identified by necessary implication. An example of such implied extinguishment might be a fee simple

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

1997 CanLII 302 (SCC)

grant to a third party, or a grant of a lease, licence, permit or other tenure inconsistent with continuing aboriginal interest.

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 McEachern C.J. held that any aboriginal rights to the land had been extinguished. The extinguishment arose out of certain colonial enactments which demonstrated an intention to manage Crown lands in a way that was inconsistent with continuing aboriginal rights. He stated, at p. 411, that "the Crown with full knowledge of the local situation fully intended to settle the colony and to grant titles and tenures unburdened by any aboriginal interests". Crown grantees who received land in colonial times were clearly intended to receive the land free from any aboriginal encumbrances. Moreover, this intention to extinguish did not only apply to lands that had actually been granted to third parties, but rather all Crown land in British Columbia. However, it should be noted that he was careful to distinguish between land and fishing rights. Since McEachern C.J. was of the view that all aboriginal title to the territories in question had been extinguished during colonial times, it was not necessary to consider whether the province had the power to extinguish aboriginal rights after Confederation.

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 Notwithstanding the complete extinguishment of all aboriginal rights in land, McEachern C.J. held, at p. 417, that the Crown was under a fiduciary obligation to continue to allow native persons to use vacant crown lands for lawful purposes until the land "is dedicated to another purpose". This is not an aboriginal "right", to which s. 35 can be applied, since any such "rights" over the land had been extinguished. However, he held that where the Crown extinguishes an aboriginal right, and

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. Tou-

1997 CanLII 302 (SCC)

makes a promise regarding use of Crown land at the same time, this creates the same fiduciary obligation as if the aboriginal people had surrendered the land to the Crown. In articulating guidelines for the application of the Crown's fiduciary obligation, McEachern C.J. made it clear that the Crown must be free to direct resource management in the province in the best interests of both the aboriginal and non-aboriginal persons in the province. However, Crown authorities should always keep the "aboriginal interests of the plaintiffs very much in mind" (at p. 423) in developing policies for the territory, and should ensure that aboriginal activities on the land are not unduly impaired.

tefois, 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) Damages

(6) Les dommages-intérêts

Since the plaintiffs failed to establish that existing ownership, jurisdiction, or aboriginal rights had been breached, the claim for damages for wrongful appropriation of their territory was dismissed by McEachern C.J.

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) Lands Subject to Aboriginal Rights at Sovereignty

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

McEachern C.J. felt it necessary to delineate the boundaries of the lands that were subject to aboriginal rights at the time of sovereignty in case he was wrong that these rights had been extinguished. He considered the evidence regarding the external boundary of the territory, and the internal boundaries therein. He found numerous inconsistencies, and generally did not find it to be reliable. He rejected the boundaries as put forth by the appellants.

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.

Nevertheless, since he had held that the Gitksan and Wet'suwet'en had aboriginal sustenance rights over part of the land, he had to delineate their

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

1997 CanLII 302 (SCC)

boundaries. He put forth three alternatives, and ultimately chose "Map 5" (at p. 400). This area recognized that the plaintiffs' ancestors likely used more distant areas in the territory. However, McEachern C.J. was not persuaded of such use in either the northernmost or southernmost portions of the territory. The northern boundary was drawn through the centre of the Skeena River, with 20 miles on the north side of the river being added. The southern boundary was drawn following some of the internal boundaries, but excluding several of the southern Wet'suwet'en individual territories. He selected this alternative because it worked less injustice for the Wet'suwet'en who lived more spread out and less concentrated near the rivers. However, he cut off the north and south portions of the claimed territory because he did not have confidence in the presence of the Gitksan or Wet'suwet'en in the areas north or south of the boundaries he drew.

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) Other Matters

29 McEachern C.J. concluded his reasons by rejecting the province's argument that the plaintiffs' aboriginal rights to some of the lands had been abandoned. He did not think courts should be quick to treat aboriginal lands as abandoned. He could not say with confidence which lands should be abandoned, and which should not, even though there was clearly declining aboriginal use of some of the lands. He also stressed that the onus of demonstrating abandonment rested with the province and that they had not discharged that onus. He also rejected the argument that the plaintiffs had waived their rights by accepting and using reserves and by conforming to the general law of the province. The honour of the Crown precluded the province from relying on this defence.

(8) Les autres questions

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

(9) Final Order

In result, therefore, McEachern C.J. dismissed the action against Canada, dismissed the plaintiffs' claims for ownership and jurisdiction and for aboriginal rights in the territory, granted a declaration that the plaintiffs were entitled to use unoccupied or vacant land subject to the general law of the province, dismissed the claim for damages and dismissed the province's counterclaim. No order for costs was made.

(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. *British Columbia Court of Appeal*

(1) Judgment of Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring)

Macfarlane J.A. set out the following propositions of law which he indicated were the starting points for analysing aboriginal rights in land, which he garnered from *Baker Lake*, *Calder*, *Guerin*, *Sparrow*, and *Mabo v. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1 (H.C.). First, such rights arise from historic occupation and possession of the aboriginal peoples' tribal lands. Second, they arise by operation of law and do not depend on a grant from the Crown. Third, they are not absolute, but they are subject to regulation and extinguishment. Fourth, they are *sui generis* communal rights. Fifth, they cannot be alienated other than to the Crown. Finally, they are related to aboriginal activities which formed an integral part of traditional Indian life prior to sovereignty.

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) *Ownership Rights*

Examining the appellants' ownership claim, Macfarlane J.A. agreed that an exclusive right to occupy land is required to support a claim akin to ownership. He noted that the use of the term "ownership" (which was used in the plaintiffs in their pleadings) was unfortunate, since *Guerin* specifically held that the aboriginal interest does not

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 malheu-

1997 CanLII 302 (SCC)

amount to beneficial ownership. In his view, the trial judge properly applied the law to the plaintiffs' claim of ownership. Similarly, he found no merit in the appellants' challenge to the trial judge's findings of fact on a number of points. Although some of the areas of the evidence were cause for concern, he concluded that the issues required an interpretation of the evidence as a whole and that it would be inappropriate for this court to intervene and substitute its opinions for that of the trial judge. Hence, he did not disturb the judge's conclusion with regard to ownership of the territory, nor his conclusion that any interest which the appellants have in the land is not proprietary.

reux, 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) *Aboriginal Sustenance Rights*

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

33 Macfarlane J.A. canvassed the trial judge's findings regarding aboriginal sustenance rights. He noted that McEachern C.J.'s error in requiring a "time-depth" of a long time prior to contact in order to establish the rights did not affect his view of the territorial limits of the right. He agreed with the trial judge's application of the *Baker Lake* test. In particular, he viewed the significant question to be whether the practices were integral to aboriginal society or had only resulted from European influences. Macfarlane J.A. concluded that it would be inappropriate to intervene and substitute his view for that of the trial judge with respect to the weight of the evidence. Hence, if the appellants succeeded on the appeal with respect to extinguishment, they were entitled to sustenance rights in the area as identified by McEachern C.J. on Map 5.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

(c) *Jurisdiction*

Macfarlane J.A. essentially agreed with the trial judge with respect to his analysis of the jurisdiction, or sovereignty issue. He characterized the claim as the right to control and manage the use of lands and resources in the territory, as well as the right to govern the people within the territory, to the possible exclusion of laws of general application within the province. He stated that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples do not need a court declaration to permit internal self-regulation, if they consent to be governed. However, the rights of self-government encompassing a power to make general laws governing the land, resources, and people in the territory are legislative powers which cannot be awarded by the courts. Such jurisdiction is inconsistent with the *Constitution Act, 1867* and its division of powers. When the Crown imposed English law on all the inhabitants of the colony and when British Columbia entered Confederation, the aboriginal people became subject to Canadian (and provincial) legislative authority. For this reason, the claim to jurisdiction failed.

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) *Extinguishment*

Macfarlane J.A. began by noting that treaty-making is the most desirable way to resolve aboriginal land issues. However, he noted that prior to 1982, the rights of aboriginal people could be extinguished by the unilateral act of the sovereign, without the consent of the aboriginal people. Intention to extinguish must be clear and plain. Although express language is not strictly necessary, the honour of the Crown requires its intentions to be either express or manifested by unavoidable implication. Unavoidable implication should not be easily found — it occurs only where the interpretation of the instrument permits no other result. This, in turn, depends on the nature of the aboriginal interest and of the impugned grant.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

36 Macfarlane J.A. disagreed with the trial judge that the colonial instruments manifested the required clear and plain intention to extinguish all aboriginal interests in land. The purpose of the colonial instruments in question was to facilitate an orderly settlement of the province, and to give the Crown control over grants to third parties. It is not inevitable, upon a reading of the statutory scheme, that the aboriginal interest was to be disregarded. They did not foreclose the possibility of treaties or of co-existence of aboriginal and Crown interests. Similarly, even fee simple grants to third parties do not necessarily exclude aboriginal use. For example, uncultivated vacant land held in fee simple does not necessarily preclude the exercise of hunting rights. Moreover, it is clear that, at common law, two or more interests in land less than fee simple can co-exist. However, since the record was not sufficiently specific to permit the detailed analysis of such issues, Macfarlane J.A. suggested that these issues be dealt with in negotiation. He concluded that extinguishment by a particular grant needed to be determined on a case by case basis.

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 Macfarlane J.A. considered the constitutional power of the province to extinguish aboriginal rights after 1871, and in particular, whether valid provincial legislation could extinguish aboriginal rights in land by incidental effect. After 1871, the exclusive power to legislate in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians" was given to the federal government by virtue of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Valid provincial legislation may apply to Indians, so long is it is a law of general application and not one that affects their Indianness, their status, or their core values (*Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309). However, the proposition that provincial laws could extinguish Indian title by incidental effect

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). Cepen-

1997 CanLII 302 (SCC)

must be examined in light of federal authority relating to Indians and of the aboriginal perspective. The traditional homelands of aboriginal people are integral to their traditional way of life and their self-concept. If the effect of provincial legislation were to strip the aboriginal people of the use and occupation of their traditional homelands, it would be an impermissible intrusion into federal jurisdiction, as such a law would "trench on the very core of the subject matter of s. 91(24)" (at p. 169). Hence, he concluded that provincial legislatures do not have the constitutional competence to extinguish common law aboriginal rights. Moreover, extinguishment by adverse dominion could only be accomplished by the federal government. Similarly, s. 88 of the *Indian Act* did not assist the province. Laws of general application which do not affect the "core of Indianness" apply by their own force. However, provincial laws which do affect that core rely on s. 88, which referentially incorporates them into federal law. For s. 88 of the *Indian Act* to give the province authority to extinguish aboriginal rights, it would have to show a clear and plain intention to do so. Since no such intention exists in s. 88 in particular or the *Indian Act* in general, it cannot authorize outright extinguishment. However, it may authorize provincial regulation of and interference with aboriginal rights. Of course, now the operation of such regulations are now subject to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

dant, 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) *Relief Allowed*

e) *La réparation accordée*

38 Macfarlane J.A. granted a declaration that the plaintiffs' aboriginal rights were not all extinguished by the colonial instruments enacted prior to British Columbia's entry into Confederation in

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-

1997 CanLII 302 (SCC)

1871. He also granted a declaration that the appellants have unextinguished, non-exclusive aboriginal rights, formerly protected at common law, and now protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. These rights are not ownership or property rights, and are located within the area indicated on Map 5. Their characteristics may vary depending on the particular context in which the rights are said to exist, and are dependent on the specific facts of each case.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

39 Macfarlane J.A. did not grant a declaration with respect to jurisdiction over land and resources or people within the territory, leaving this to negotiation. He also did not interfere with the decision of the trial judge that the claim for damages must be dismissed. He noted that the parties wished to negotiate the precise location, scope, content and consequences of the aboriginal rights which the trial judge has held may be exercised in that part of the territory, the approximate area of which is illustrated on Map 5. However, no order of the court was required to permit the parties to enter into such negotiations.

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 Finally, Macfarlane J.A. stated that he would not give effect to the alternative declarations sought by the province relating to the alleged extinguishment of aboriginal rights by grants of fee simple and of lesser interests in the period from 1871-1982. The province did not have the power after 1871 to extinguish aboriginal rights. However, some provincial land and resource laws affecting aboriginal rights may be given force as federal laws through the operation of s. 88 of the *Indian Act*. The effect of fee simple and lesser grants on the particular aboriginal rights would require a detailed and complete analysis, which neither the record nor the

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

submissions permitted. He made no order for costs, adopting the reasons of the trial judge.

(2) Wallace J.A. (concurring)

(a) *Scope of Appellate Review*

Wallace J.A. considered the appropriate principles for appellate review of a trial judge's findings of fact. An appellate court should find error on the part of the trial judge with respect to those aspects of the finding of facts which involve questions of credibility or weight to be given the evidence of a witness only if it is established that the trial judge made some "palpable and overriding error" which affected his assessment of the material facts. Such an error exists in three situations: firstly, when it can be demonstrated there was no evidence to support a material finding of fact of the trial judge; secondly, when the trial judge wrongly overlooked admissible evidence relevant and material to the issue before the court; or thirdly, where the trial judge's finding of fact cannot be supported as reasonable. In reversing the trial judge for "palpable and overriding error" the Court of Appeal must designate the specific error and state why the nature of the error justifies reversing the trial judge's finding of fact. Wallace J.A. held that these principles applied to the trial judge's determination of the nature and territorial scope of the aboriginal activities, the question of jurisdiction and control over the territory, and the weight to be attributed to the evidence of the various witnesses.

(b) *General Principles*

Wallace J.A. stated that aboriginal rights of occupation and use originate in the Indians' historic occupation and use of their tribal lands, and is recognized by the common law. Unlike the trial judge, he recognized that these rights may resem-

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'infirmation 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. Contrai-

1997 CanLII 302 (SCC)

ble a proprietary title, not unlike those in western property law systems, or they may be restricted to certain uses of the land. He set out the requirements for establishing aboriginal rights, varying from the *Baker Lake* test used by the trial judge. In Wallace J.A.'s formulation of the test, the practices supporting the rights in question had to be integral to the claimants' distinctive and traditional society or culture. Moreover, he resolved the trial judge's concerns about the requirement of exclusivity as follows: if the plaintiffs claim exclusive occupation and use, the traditional occupation had to be to the exclusion of other organized societies.

rement 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) *Aboriginal Ownership*

43 Wallace J.A. considered there to be reasonable support for the trial judge's conclusions regarding the nature and scope of the appellants' interest in the territory. The standard of occupation required to support the claim of ownership depended on the nature of the interest. The appellants' claim was to manage the lands and natural resources. This suggests exclusive control and possession of the territory, requiring the appellants to demonstrate exclusive possession. Since they could not do so, he concluded that the trial judge correctly dismissed their claim for ownership.

c) *Droit de propriété ancestral*

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) *Aboriginal Rights of Occupation and Use of Traditional Lands*

44 Even if the appellants' claim were characterized as a claim for aboriginal title, rather than ownership, Wallace J.A. agreed with the criteria applied by the trial judge: the occupation of specific territory, the exclusion of other organized societies, occupation at the time of British sovereignty and long-time aboriginal practices**.** Applying these principles to the trial judge's findings of fact, Wallace J.A. concluded that the appellants had not

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

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

1997 CanLII 302 (SCC)

established a manifest or palpable error in concluding that the appellants' rights were non-exclusive, and confined to user rights. However, he was of the view that the court was not in a position to express an opinion on the specific territorial scope of these rights.

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) *Aboriginal Jurisdiction or Self-Government*

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

Wallace J.A. agreed that the claim for "jurisdiction" was for an undefined form of government over land and people in the territory, which would be paramount as against provincial laws in the case of a conflict. Wallace J.A. held, at p. 225, that this claim was "incompatible with every principle of the parliamentary sovereignty which vested in the Imperial Parliament in 1846". Moreover, British Columbia's entry into Canada in 1871 exhaustively distributed legislative power between the province and the federal government. Section 35 of the *Constitution Act, 1982* could not revive and protect any sovereignty rights which the Gitksan and Wet'suwet'en may have had.

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) *Extinguishment*

f) *L'extinction*

Wallace J.A. agreed with Macfarlane J.A. on this issue. He set out the test ("clear and plain intention") and decided that the rights of use and occupation discussed above had not been extinguished.

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) *Miscellaneous*

g) *Les autres questions*

Wallace J.A. agreed that the appellants' damages claim should be dismissed, without deciding whether damages might be payable for wrongful interference with the Gitksan's and Wet'suwet'en's non-exclusive aboriginal rights in the territory. He also considered the appellants' claim that the appeal be adjourned in part for two years, during

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 des Wet'suwet'en sur le territoire. Il a aussi examiné la demande des appelants que l'appel soit

1997 CanLII 302 (SCC)

which time the parties would attempt to negotiate an agreement regarding the geographic parameters of the claimed territory. The court would retain jurisdiction to determine issues or refer them to the trial court if the parties failed to reach an agreement during the two-year period. However, he noted that the role of the Court of Appeal is not to tailor its judgment to facilitate negotiation. The Court of Appeal is restricted to declaring the legal status of rights claimed, on the basis of the trial record.

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) Lambert J.A. (dissenting)

(3) Le juge Lambert (dissident)

(a) *General Principles*

a) *Les principes généraux*

48 Lambert J.A. considered at length the leading cases with regard to aboriginal rights in British Columbia. He set out a number of conclusions. He recognized that aboriginal title and aboriginal rights are *sui generis*, and not easily explicable in terms of ordinary western jurisprudential analysis or common law concepts. He noted that aboriginal title is a form of aboriginal rights, and is therefore protected by s. 35. All rights arise from the practices, customs and traditions which form an integral part of the distinctive culture of the aboriginal people, and were part of the social fabric of aboriginal society at the time of the arrival of the first Europeans. This co-existed with the settlors' common law rights from the time of contact until sovereignty. After that time, aboriginal rights that continued as part of the social fabric of the aboriginal society were protected by both their own internal institutions and the common law.

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 Lambert J.A. believed that aboriginal rights were not frozen at the time of contact. Rather, they must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the holders of the rights as those needs change along with the changes in overall society. The rights may be individual, or they may be collective, depending on

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

1997 CanLII 302 (SCC)

how they were and are treated by aboriginal people. Moreover, they do not come from aboriginal practice dating from time immemorial. Rather, they come, under the doctrine of continuity, from the practices, customs and traditions of the aboriginal people.

Aboriginal rights are neither abrogated by the fact that similar rights may be held by non-aboriginal people nor because the holders of the rights participate in the wage or cash economy. A right to occupy, possess, use and enjoy land to the exclusion of all others does not mean that it must be confined to the activities carried on in 1846, or that its exercise requires a renunciation of the contemporary world.

(b) *Extinguishment*

Lambert J.A. considered the test for extinguishment from *Calder*, and expressly rejected Judson J.'s views. He derived the authority to do so from the way in which extinguishment was dealt with in *Sparrow*. In considering implicit extinguishment, he stated that it will only be held to occur where no other conclusion is possible from the particular instrument or conduct. It could not take place through adverse dominion. In the case of an inconsistency between a Crown grant of land and aboriginal title, the title should not necessarily give way in the absence of a clear and plain intention to extinguish. In any case, no grants or other interests were granted in the territory prior to 1871, and after that date, the British Columbia legislature had no power to legislate to extinguish, by adverse dominion, or otherwise. Lambert J.A. recognized, at p. 312, that because of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, and the doctrine of interjurisdictional immunity, provincial legislation could not affect "Indians in their Indianness". This included aboriginal rights, since they are an integral part of aboriginal culture. This is not affected by s. 88 of the *Indian Act*.

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 doive 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.

1997 CanLII 302 (SCC)

52 Lambert J.A. applied the same principles to a consideration of whether the right to self-government had been extinguished. Neither the assertion of sovereignty nor the colonial enactments mentioned by the trial judge were sufficient to extinguish aboriginal rights in the claimed territory. He saw no incompatibility between statements that the Crown owned the land of the province and the notion that aboriginal title was a burden on the Crown's radical title. Moreover, there was no "inescapable inference" that the colonial enactments were intended to extinguish aboriginal interests. If this were the case, aboriginal peoples would instantly become trespassers on any lands not reserved for them as soon as the Crown took title. Finally, the evidence that the aboriginal peoples of northern British Columbia surrendered their title under Treaty No. 8 also suggested that they had title interests to surrender.

(c) *Findings at Trial*

53 Lambert J.A. considered the factual findings made by the trial judge and made a number of general observations. First, if a finding of fact is necessary to the decision in the case, it should be given more deference than a fact which is merely made in the course of the decision or for some incidental reason. Second, findings of historical fact based on historical or anthropological evidence given by historians and anthropologists should be given only the kind of weight that other historians or anthropologists might have given them. These social scientists do not always agree, circumstances change, and new material is discovered and interpreted. Third, the appellants' oral evidence should be weighed, like all evidence, against the weight of countervailing evidence and not against an absolute standard so long as it is enough to support an air of reality. Fourth, with the election of an NDP government in British Columbia in 1991, the province reconsidered its legal stance in this case. As such, it invited the court to confirm the existence of aboriginal rights of unspecified content over unspecified areas and to permit the parties to negotiate the precise content and the precise areas. In Lambert J.A.'s view, the

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 suffit 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 acquérait le titre. Finalement, la preuve indiquant que les autochtones du nord de la Colombie-Britannique ont cédé leur titre aux termes du Traité nº 8 suggérait également qu'ils avaient des droits de cette nature à céder.

c) *Les conclusions de fait en première instance*

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

1997 CanLII 302 (SCC)

Crown, by adopting the position that it wished to negotiate the content and territorial scope of aboriginal rights, must be taken to have waived the argument that the findings of the trial judge must stand and that any aboriginal rights held by the Gitksan and Wet'suwet'en peoples must be confined to non-exclusive sustenance rights over the area covered by Map 5. In short, reliance on the findings of fact of the trial judge is entirely inconsistent with negotiation.

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 les 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.

Nonetheless, Lambert J.A. was of the view that the findings of fact with respect to boundaries and with respect to the scope and content of aboriginal rights, including both rights in land and rights of self-government, cannot stand even in accordance with the usual principles governing the consideration of findings of fact, because they are flawed by errors of law.

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.

With regard to the ownership claim, Lambert J.A. identified the following errors in the trial judge's reasons. In his view, the trial judge erred: (1) in not treating the ownership claim as a claim to aboriginal title and applied incorrect legal standards as a result; (2) in treating the claim to aboriginal title as a claim to a proprietary interest in land; (3) in applying a test of indefinite or long, long time use and occupation before the assertion of sovereignty; (4) in treating evidence of commercial interaction with the first Europeans as not being evidence of aboriginal practices; (5) in treating the rights to trap as being the exercise of rights other than aboriginal rights; (6) in rejecting evidence about commercial trapping and the evidence of Dr. Ray, a historical geographer who gave evidence at trial; (7) in rejecting possession, occupation, use, and enjoyment in a social sense as sufficient to establish aboriginal title; (8) in treating the test of possession and occupation as being whether

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

1997 CanLII 302 (SCC)

there was a law which would have required a trespasser to depart; (9) in considering that aboriginal rights cannot be held jointly by more than one people; (10) in not concluding that aboriginal title could rest on occupation, possession, use, and enjoyment of land even though that occupation may have diminished in the period after contact; (11) in his treatment of blanket extinguishment of aboriginal title; and (12) in concluding that all aboriginal rights had been extinguished by the colonial instruments. These errors of law led to an incorrect conclusion on the part of the trial judge about the existence of aboriginal title. His findings of fact can be reconsidered on appellate review.

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 With regard to the jurisdiction claim, Lambert J.A. stated that the trial judge erred: (1) in treating the claim to jurisdiction as a claim to govern territory and assert sovereignty over the territory; (2) in trying to define the appellants' claim in terms of the answers given by one witness in cross-examination; (3) in concluding that the claim to jurisdiction must fail because the nature of aboriginal self-government and self-regulation was such that it does not produce a set of binding and enforceable laws; and (4) in considering that the existence of a legislative institution is an essential part of the existence of an aboriginal right to self-government. Because of these errors of law, the trial judge's conclusions were wrong.

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 With regard to the claim to aboriginal rights, Lambert J.A. was of the view that the trial judge erred: (1) in not treating the evidence of occupa-

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 consi-

1997 CanLII 302 (SCC)

tion, possession, use, and enjoyment of the territory in an organized way by the appellants for their purposes, but particularly for sustenance, as being sufficient to establish aboriginal title to much of the land within the territory; (2) in separating commercial practices of aboriginal people from other practices and saying that commercial practices were not aboriginal practices; (3) in not considering the evidence of trading practices with neighbouring peoples; (4) in his treatment of the question of exclusivity both in relation to aboriginal title and sustenance rights; and (5) in considering participation in the wage or cash economy in relation to the existence (or non-existence) of aboriginal title. Again, given these errors of law, Lambert J.A. asserted that an appellate court had jurisdiction to intervene and set aside the trial judge's findings.

dérant 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) *Substituted Findings*

d) *La substitution des conclusions*

In light of these errors, Lambert J.A. substituted his own findings of fact for those of the trial judge. In his view, the evidence established that in 1846, the Gitksan and Wet'suwet'en peoples occupied, possessed, used and enjoyed their traditional ancestral lands in accordance with their own practices, customs and traditions which were an integral part of their distinctive culture. Those ancestral lands extend throughout the claimed territory, well beyond the area indicated in Map 5. In areas where there were no conflicting claims to user rights, the appellants' rights should be characterized as aboriginal title. In areas of shared occupancy and use, the appellants' title would be shared-exclusive aboriginal title. In areas where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples did not occupy, possess or use the land as an integral part of their culture, they would not have title, but may have aboriginal sustenance rights. These rights were not extinguished through any blanket extinguishment in the colonial period. Precise legislation related to a specific area may have extinguished some rights. However, no such legislation was before the court. The geographic scope of the

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

1997 CanLII 302 (SCC)

rights was a matter to be negotiated between the parties, and failing negotiation, needed to be determined by a new trial.

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 Lambert J.A. also concluded that in 1846, the appellants' ancestors had rights of self-government and self-regulation, which rested on the practices, customs and traditions of those people which formed an integral part of their distinctive cultures. It is true that the rights may have been diminished by the assertion of British sovereignty, but those rights that continue are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

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 Turning to aboriginal sustenance rights, Lambert J.A. stated that they are entirely encompassed within aboriginal title in those areas where Gitksan and Wet'suwet'en aboriginal title exists. They also may exist in areas outside of title lands. In areas where such rights were shared by a number of peoples, the appellants' rights may be limited to specific sustenance activities as opposed to exclusive or shared-exclusive use and occupation.

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) *Other Issues*

e) *Les autres questions*

61 With regard to the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, Lambert J.A. expressed no views on its application or effect in the claimed territory and its inhabitants. With regard to infringement or denial of the appellants' rights in the claimed territory, Lambert J.A. concluded that the evidence in the case did not permit a proper consideration of the issues. Each infringement or denial would have to be examined in relation to the specific circumstances.

En ce qui concerne la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, nº 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.

1997 CanLII 302 (SCC)

(f) *Disposition*

Lambert J.A. would have allowed the appeal, and made a number of declarations. First, he would declare that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples had, at the time of the assertion of British sovereignty in 1846, aboriginal title to occupy, possess, use and enjoy all or some of the land within the claimed territory. The land covered by aboriginal title at that time extended far beyond village sites and the immediate areas surrounding. Second, he would declare that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples may have had aboriginal sustenance rights, including hunting, fishing, gathering, and similar rights over any parts of the land within the claimed territory to which aboriginal title did not extend. He would also declare that the aboriginal title and the aboriginal sustenance rights described may have been exclusive to the Gitksan in certain areas and exclusive to the Wet'suwet'en in others, and in some they may have shared with each other, or other aboriginal peoples, or non-aboriginals.

Lambert J.A. would have also declared that the appellants' ancestors had, at the time of the assertion of British sovereignty in 1846, aboriginal rights of self-government and self-regulation relating to their own organized society, its members, its institutions and its sustenance rights. These rights were recognized by, incorporated into, and protected by the common law after 1846**.** They have not been extinguished by any form of blanket extinguishment. Hence, they exist in modern form, subject only to specific extinguishment of the specific title or specific sustenance right in a specific area. However, the right of aboriginal self-government did not include any rights that were inconsistent with British sovereignty, any rights that are repugnant to natural justice, equity and good conscience, and have not been modified to overcome that repugnancy, and any rights which are contrary to the part of the common law that applied to the

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 incom-

1997 CanLII 302 (SCC)

territory, the Gitksan and Wet'suwet'en peoples and their institutions.

patibilité, 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 Lambert J.A. would also declare that these aboriginal title rights, aboriginal rights of self-government and self-regulation, and aboriginal sustenance rights may have been subject, after 1846 to specific extinguishment by the clear and plain extinguishing intention of the Sovereign Power, legislatively expressed by Parliament. Any specific extinguishment of specific rights might have been express or implicit, and, if implicit, it may have been brought about by the legislation itself (implied extinguishment) or by acts authorized by the legislation (extinguishment by adverse dominion), provided the intention to extinguish was contained within the legislative expression and was clear and plain. Instances of such specific extinguishment could not be decided on this appeal.

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 Lambert J.A. would declare that the present aboriginal rights of self-government and self-regulation of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples, exercisable in relation to their aboriginal title, would include the specific rights claimed in this appeal by the plaintiffs in relation to aboriginal title. He would also declare that the present aboriginal rights of self-government and self-regulation of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples would include rights of self-government and self-regulation exercisable through their own institutions to preserve and enhance their social, political, cultural, linguistic and spiritual identity.

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 Finally, Lambert J.A. would remit a number of questions back to trial. These include the question of the territorial boundaries for both title and sustenance rights; the degree of exclusivity or shared exclusivity which the appellants hold, on both the territories over which they have title and the territories over which they have sustenance rights; the scope and content of the sustenance rights; the scope and content of the rights to self-government and self-regulation; and all questions relating to

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

1997 CanLII 302 (SCC)

the plaintiffs' entitlement to damages and the quantum of damages. He would have also awarded the plaintiffs their costs, both in the Court of Appeal, and at trial.

(4) Hutcheon J.A. (dissenting in part)

(a) *Rights to Land*

Hutcheon J.A. agreed with the trial judge that the *Royal Proclamation, 1763* did not apply to the territory or its inhabitants. Nonetheless, the policy reflected in the *Proclamation* was, generally speaking, acceptance of aboriginal rights to land. Moreover, Hutcheon J.A. concluded on the basis of *Calder* and *Sparrow* that the colonial enactments did not extinguish the aboriginal rights in the claimed territory. He found it unnecessary to decide whether a grant in fee simple extinguishes aboriginal title or whether entitlement to compensation arises in such circumstances.

(b) *Nature of the Rights*

Hutcheon J.A. accepted that aboriginal rights to land existed prior to 1846 over the claimed territory. He found it sufficient to say, at p. 389, that aboriginal rights can "compete on an equal footing" with proprietary interests. Additionally, he noted that these rights are collective, inalienable except to the Crown, and extend to the traditional territory of the particular people.

(c) *Territory*

Hutcheon J.A. disagreed with the trial judge's conclusion that the appellants' ancestors occupied or controlled only the villages in the territory and the immediately surrounding areas. In Hutcheon J.A.'s view, the trial judge misapprehended the legal test for occupation and disregarded the independent evidence which showed that the territory occupied or controlled by the appellants extended far beyond the villages.

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] «concurrencer 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.

1997 CanLII 302 (SCC)

(d) *Self-Regulation*

70 The traditions of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples existed long before 1846 and continued thereafter. They included the right to names and titles, the use of masks and symbols in rituals, the use of ceremonial robes, and the right to occupy and control places of economic importance. The traditions also included the institution of the clans and the Houses in which membership descended through the mother and the feast system. They regulated marriage and relations with neighbouring societies. The right to practise these traditions was not lost, although the *Indian Act* and provincial laws have affected the appellants' right to self-regulation. Only negotiations will define with greater specificity the areas and terms under which the appellants and the federal and provincial governments will exercise jurisdiction in respect of the appellants, their institutions, and laws.

(e) *Disposition*

71 Hutcheon J.A. would have allowed the appeal and have made a number of declarations. First, he would declare that all of the aboriginal rights of the appellants were not extinguished before 1871. Second, the appellants continue to have existing aboriginal rights to undefined portions of land within the claimed territory. Third, the appellants have rights of self-regulation exercisable through their own institutions to preserve and enhance their social, political, cultural, linguistic and spiritual identity. He would have remitted the outstanding matters to the Supreme Court of British Columbia, and stayed the proceedings for two years from the date of the judgment, or such shorter or longer period, in order for the parties to agree about the lands in respect of which the appellants have aboriginal rights, the scope of such rights on and to such lands, the scope of the right of self-regulation, and the appellants' entitlement to and quantum of

d) *L'autoréglementation*

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 matrilinéaire, 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*

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

1997 CanLII 302 (SCC)

damages. Hutcheon J.A. would have awarded the appellants their costs throughout the proceedings.

IV. Issues

The following are the principal issues which must be addressed in this appeal. As will become apparent in my analysis, some of these issues in turn raise a number of sub-issues which I will address as well:

A. Do the pleadings preclude the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government?

B. What is the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge?

C. What is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and what is required for its proof?

D. Has a claim to self-government been made out by the appellants?

E. Did the province have the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the *Indian Act*?

V. Analysis

A. *Do the pleadings preclude the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government*?

In their pleadings, the appellants, 51 Chiefs representing most of the Houses of the Gitksan and Wet'suwet'en nations, originally advanced 51 individual claims on their own behalf and on behalf of their houses for "ownership" and "jurisdiction" over 133 distinct territories which together comprise 58,000 square kilometres of northwestern British Columbia. On appeal, that original claim was altered in two different ways. First, the claims for ownership and jurisdiction have been replaced with claims for aboriginal title and self-govern-

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

1997 CanLII 302 (SCC)

ment, respectively. Second, the individual claims by each house have been amalgamated into two communal claims, one advanced on behalf of each nation. However, there were no formal amendments to the pleadings to this effect, and the respondents accordingly argue that claims which are central to this appeal are not properly before the Court. Furthermore, the respondents argue that they have suffered prejudice as a result because they might have conducted the defence quite differently had they known the case to meet.

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 I reject the respondents' submission with respect to the substitution of aboriginal title and self-government for the original claims of ownership and jurisdiction. Although it is true that the pleadings were not formally amended, the trial judge, at p. 158, did allow a *de facto* amendment to permit "a claim for aboriginal rights other than ownership and jurisdiction". Had the respondents been concerned about the prejudice arising from this ruling, they could have appealed accordingly. However, they did not, and, as a result, the decision of the trial judge on this point must stand.

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 Moreover, in my opinion, that ruling was correct because it was made against the background of considerable legal uncertainty surrounding the nature and content of aboriginal rights, under both the common law and s. 35(1). The content of common law aboriginal title, for example, has not been authoritatively determined by this Court and has been described by some as a form of "ownership". As well, this case was pleaded prior to this Court's decision in *Sparrow*, *supra*, which was the first statement from this Court on the types of rights that come within the scope of s. 35(1). The law has rapidly evolved since then. Accordingly, it was just and appropriate for the trial judge to allow for

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

1997 CanLII 302 (SCC)

an amendment to pleadings which were framed when the jurisprudence was in its infancy.

juge de première instance permette la modification d'actes de procédure qui ont été rédigés lorsque la jurisprudence en était encore à ses balbutiements.

However, no such amendment was made with respect to the amalgamation of the individual claims brought by the 51 Gitksan and Wet'suwet'en Houses into two collective claims, one by each nation, for aboriginal title and self-government. Given the absence of an amendment to the pleadings, I must reluctantly conclude that the respondents suffered some prejudice. The appellants argue that the respondents did not experience prejudice since the collective and individual claims are related to the extent that the territory claimed by each nation is merely the sum of the individual claims of each House; the external boundaries of the collective claims therefore represent the outer boundaries of the outer territories. Although that argument carries considerable weight, it does not address the basic point that the collective claims were simply not in issue at trial. To frame the case in a different manner on appeal would retroactively deny the respondents the opportunity to know the appellants' case.

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.

This defect in the pleadings prevents the Court from considering the merits of this appeal. However, given the importance of this case and the fact that much of the evidence of individual territorial holdings is extremely relevant to the collective claims now advanced by each of the appellants, the correct remedy for the defect in pleadings is a new trial, where, to quote the trial judge at p. 368, "[i]t will be for the parties to consider whether any amendment is required in order to make the pleadings conform with the evidence". Moreover, as I will now explain, there are other reasons why a new trial should be ordered.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

B. *What is the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge*?

(1) General Principles

78 I recently reviewed the principles governing the appellate review of findings of fact in *Van der Peet*, *supra*. As a general rule, this Court has been extremely reluctant to interfere with the findings of fact made at trial, especially when those findings of fact are based on an assessment of the testimony and credibility of witnesses. Unless there is a "palpable and overriding error", appellate courts should not substitute their own findings of fact for those of the trial judge. The leading statement of this principle can be found in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, *per* Ritchie J., at p. 808:

> These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

The same deference must be accorded to the trial judge's assessment of the credibility of expert witnesses: see *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247.

79 The policy reason underlying this rule is protection of "[t]he autonomy and integrity of the trial process" (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 278), which recognizes that the trier of fact, who is in direct contact with the mass of the evidence, is in the best position to make findings of fact, particularly those which turn on credibility. Moreover, *Van der Peet* clarified that deference was owed to findings of fact even when the trial judge misapprehended the law which was applied to those facts, a problem which can arise in quickly

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

(1) Les principes généraux

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.

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

1997 CanLII 302 (SCC)

evolving areas of law such as the jurisprudence surrounding s. 35(1).

I recently held, in *Van der Peet*, that these general principles apply to cases litigated under s. 35(1). On the other hand, while accepting the general principle of non-interference, this Court has also identified specific situations in which an appeal court can interfere with a finding of fact made at trial. For example, appellate intervention is warranted "where the courts below have misapprehended or overlooked material evidence": see *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474, at p. 493. In cases involving the determination of aboriginal rights, appellate intervention is also warranted by the failure of a trial court to appreciate the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims when, first, applying the rules of evidence and, second, interpreting the evidence before it. As I said in *Van der Peet*, at para. 68:

> In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal culture, a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case. [Emphasis added.]

The justification for this special approach can be found in the nature of aboriginal rights themselves. I explained in *Van der Peet* that those rights are aimed at the reconciliation of the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. They attempt to achieve that

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

1997 CanLII 302 (SCC)

reconciliation by "their bridging of aboriginal and non-aboriginal cultures" (at para. 42). Accordingly, "a court must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the right. . . . while at the same time taking into account the perspective of the common law" such that "[t]rue reconciliation will, equally, place weight on each" (at paras. 49 and 50).

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 In other words, although the doctrine of aboriginal rights is a common law doctrine, aboriginal rights are truly *sui generis*, and demand a unique approach to the treatment of evidence which accords due weight to the perspective of aboriginal peoples. However, that accommodation must be done in a manner which does not strain "the Canadian legal and constitutional structure" (at para. 49). Both the principles laid down in *Van der Peet* — first, that trial courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims, and second, that trial courts must interpret that evidence in the same spirit — must be understood against this background.

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 A concrete application of the first principle can be found in *Van der Peet* itself, where I addressed the difficulties inherent in demonstrating a continuity between current aboriginal activities and the pre-contact practices, customs and traditions of aboriginal societies. As I reiterate below, the requirement for continuity is one component of the definition of aboriginal rights (although, as I explain below, in the case of title, the issue is continuity from sovereignty, not contact). However, given that many aboriginal societies did not keep written records at the time of contact or sovereignty, it would be exceedingly difficult for them to produce (at para. 62) "conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and

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

1997 CanLII 302 (SCC)

traditions of their community". Accordingly, I held that (at para. 62):

> The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. [Emphasis added.]

The same considerations apply when the time from which title is determined is sovereignty.

This appeal requires us to apply not only the first principle in *Van der Peet* but the second principle as well, and adapt the laws of evidence so that the aboriginal perspective on their practices, customs and traditions and on their relationship with the land, are given due weight by the courts. In practical terms, this requires the courts to come to terms with the oral histories of aboriginal societies, which, for many aboriginal nations, are the only record of their past. Given that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are defined by reference to pre-contact practices or, as I will develop below, in the case of title, pre-sovereignty occupation, those histories play a crucial role in the litigation of aboriginal rights.

A useful and informative description of aboriginal oral history is provided by the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1 (*Looking Forward, Looking Back*), at p. 33:

> The Aboriginal tradition in the recording of history is neither linear nor steeped in the same notions of social progress and evolution [as in the non-Aboriginal tradition]. Nor is it usually human-centred in the same way as the western scientific tradition, for it does not assume that human beings are anything more than one — and not necessarily the most important — element of the

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 impor-

1997 CanLII 302 (SCC)

natural order of the universe. Moreover, the Aboriginal historical tradition is an oral one, involving legends, stories and accounts handed down through the generations in oral form. It is less focused on establishing objective truth and assumes that the teller of the story is so much a part of the event being described that it would be arrogant to presume to classify or categorize the event exactly or for all time.

In the Aboriginal tradition the purpose of repeating oral accounts from the past is broader than the role of written history in western societies. It may be to educate the listener, to communicate aspects of culture, to socialize people into a cultural tradition, or to validate the claims of a particular family to authority and prestige. . . .

Oral accounts of the past include a good deal of subjective experience. They are not simply a detached recounting of factual events but, rather, are "facts enmeshed in the stories of a lifetime". They are also likely to be rooted in particular locations, making reference to particular families and communities. This contributes to a sense that there are many histories, each characterized in part by how a people see themselves, how they define their identity in relation to their environment, and how they express their uniqueness as a people.

tant — 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 Many features of oral histories would count against both their admissibility and their weight as evidence of prior events in a court that took a traditional approach to the rules of evidence. The most fundamental of these is their broad social role not only "as a repository of historical knowledge for a culture" but also as an expression of "the values and mores of [that] 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, at p. 1279. Dickson J. (as he then was) recognized as much when he stated in *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 109, that "[c]laims to aboriginal title are woven with history, legend, politics and moral obligations." The difficulty with these features of oral histories is that they are tangential to the ultimate purpose of the fact-finding process at trial — the determina-

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 «[l]es revendications de titres aborigènes reposent aussi sur

1997 CanLII 302 (SCC)

tion of the historical truth. Another feature of oral histories which creates difficulty is that they largely consist of out-of-court statements, passed on through an unbroken chain across the generations of a particular aboriginal nation to the present-day. These out-of-court statements are admitted for their truth and therefore conflict with the general rule against the admissibility of hearsay.

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 ouï-dire.

Notwithstanding the challenges created by the use of oral histories as proof of historical facts, the laws of evidence must be adapted in order that this type of evidence can be accommodated and placed on an equal footing with the types of historical evidence that courts are familiar with, which largely consists of historical documents. This is a long-standing practice in the interpretation of treaties between the Crown and aboriginal peoples: *Sioui*, *supra*, at p. 1068; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), at p. 232. To quote Dickson C.J., given that most aboriginal societies "did not keep written records", the failure to do so would "impose an impossible burden of proof" on aboriginal peoples, and "render nugatory" any rights that they have (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 408). This process must be undertaken on a case-by-case basis. I will take this approach in my analysis of the trial judge's findings of fact.

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 familiers 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.

On a final note, it is important to understand that even when a trial judge has erred in making a finding of fact, appellate intervention does not proceed automatically. The error must be sufficiently serious that it was "overriding and determinative in the assessment of the balance of probabilities with respect to that factual issue" (*Schwartz*, *supra*, at p. 281).

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).

1997 CanLII 302 (SCC)

(2) Application of General Principles

(a) *General Comments*

89 The general principle of appellate non-interference applies with particular force in this appeal. The trial was lengthy and very complex. There were 318 days of testimony. There were a large number of witnesses, lay and expert. The volume of evidence is enormous. To quote the trial judge at pp. 116-17:

> A total of 61 witnesses gave evidence at trial, many using translators from their native Gitksan or Wet'suwet'en language; "word spellers" to assist the official reporters were required for many witnesses; a further 15 witnesses gave their evidence on commission; 53 territorial affidavits were filed; 30 deponents were cross-examined out of court; there are 23,503 pages of transcript evidence at trial; 5898 pages of transcript of argument; 3,039 pages of commission evidence and 2,553 pages of cross-examination on affidavits (all evidence and oral arguments are conveniently preserved in hard copy and on diskettes); about 9,200 exhibits were filed at trial comprising, I estimate, well over 50,000 pages; the plaintiffs' draft outline of argument comprises 3,250 pages, the province's 1,975 pages, and Canada's over 1,000 pages; there are 5,977 pages of transcript of argument in hard copy and on diskettes. All parties filed some excerpts from the exhibits they referred to in argument. The province alone submitted 28 huge binders of such documents. At least 15 binders of reply argument were left with me during that stage of the trial.

The result was a judgment of over 400 pages in length.

90 It is not open to the appellants to challenge the trial judge's findings of fact merely because they disagree with them. I fear that a significant number of the appellants' objections fall into this category. Those objections are too numerous to list in their

(2) L'application des principes généraux

a) *Observations générales*

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 déposées 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.

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

1997 CanLII 302 (SCC)

entirety. The bulk of these objections, at best, relate to alleged instances of misapprehension or oversight of material evidence by the trial judge. However, the respondents have established that, in most situations, there was some contradictory evidence that supported the trial judge's conclusion. The question, ultimately, was one of weight, and the appellants have failed to demonstrate that the trial judge erred in this respect.

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.

One objection that I would like to mention specifically, albeit in passing, is the trial judge's refusal to accept the testimony of two anthropologists who were brought in as expert witnesses by the appellants. This aspect of the trial judge's reasons was hotly contested by the appellants in their written submissions. However, I need only reiterate what I have stated above, that findings of credibility, including the credibility of expert witnesses, are for the trial judge to make, and should warrant considerable deference from appellate courts.

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.

On the other hand, the appellants have alleged that the trial judge made a number of serious errors relating to the treatment of the oral histories of the appellants. Those oral histories were expressed in three different forms: (i) the adaawk of the Gitksan, and the kungax of the Wet'suwet'en; (ii) the personal recollections of members of the appellant nations, and (iii) the territorial affidavits filed by the heads of the individual houses within each nation. The trial judge ruled on both the admissibility of, and the weight to be given to, these various forms of oral history without the benefit of my reasons in *Van der Peet*, as will become evident in the discussion that follows.

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) *Adaawk and Kungax*

b) *L'adaawk et le kungax*

The adaawk and kungax of the Gitksan and Wet'suwet'en nations, respectively, are oral histories of a special kind. They were described by the

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

1997 CanLII 302 (SCC)

trial judge, at p. 164, as a "sacred 'official' litany, or history, or recital of the most important laws, history, traditions and traditional territory of a House". The content of these special oral histories includes its physical representation totem poles, crests and blankets. The importance of the adaawk and kungax is underlined by the fact that they are "repeated, performed and authenticated at important feasts" (at p. 164). At those feasts, dissenters have the opportunity to object if they question any detail and, in this way, help ensure the authenticity of the adaawk and kungax. Although they serve largely the same role, the trial judge found that there are some differences in both the form and content of the adaawk and the kungax. For example, the latter is "in the nature of a song . . .which is intended to represent the special authority and responsibilities of a chief . . . ." However, these differences are not legally relevant for the purposes of the issue at hand.

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 It is apparent that the adaawk and kungax are of integral importance to the distinctive cultures of the appellant nations. At trial, they were relied on for two distinct purposes. First, the adaawk was relied on as a component of and, therefore, as proof of the existence of a system of land tenure law internal to the Gitksan, which covered the whole territory claimed by that appellant. In other words, it was offered as evidence of the Gitksan's historical use and occupation of that territory. For the Wet'suwet'en, the kungax was offered as proof of the central significance of the claimed lands to their distinctive culture. As I shall explain later in these reasons, both use and occupation, and the central significance of the lands occupied, are relevant to proof of aboriginal title.

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 The admissibility of the adaawk and kungax was the subject of a general decision of the trial judge

Il a été statué sur l'admissibilité de l'adaawk et du kungax dans le cadre d'une décision générale

1997 CanLII 302 (SCC)

handed down during the course of the trial regarding the admissibility of all oral histories (incorrectly indexed as *Uukw v. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155 (B.C.S.C.)). Although the trial judge recognized that the evidence at issue was a form of hearsay, he ruled it admissible on the basis of the recognized exception that declarations made by deceased persons could be given in evidence by witnesses as proof of public or general rights: see Michael N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg, *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at p. 736. He affirmed that earlier ruling in his trial judgment, correctly in my view, by stating, at p. 180, that the adaawk and kungax were admissible "out of necessity as exceptions to the hearsay rule" because there was no other way to prove the history of the Gitksan and Wet'suwet'en nations.

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 ouï-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* (14e 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 ouï-dire», parce qu'il n'y avait aucune autre façon de faire la preuve de l'histoire des nations Gitksan et Wet'suwet'en.

The trial judge, however, went on to give these oral histories no independent weight at all. He held, at p. 180, that they were only admissible as "direct evidence of facts in issue . . . in a few cases where they could constitute confirmatory proof of early presence in the territory". His central concern that the adaawk and kungax could not serve "as evidence of detailed history, or land ownership, use or occupation". I disagree with some of the reasons he relied on in support of this conclusion.

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.

Although he had earlier recognized, when making his ruling on admissibility, that it was impossible to make an easy distinction between the mythological and "real" aspects of these oral histories, he discounted the adaawk and kungax because they were not "literally true", confounded "what is fact and what is belief", "included some material which might be classified as mythology", and projected a "romantic view" of the history of the appellants. He also cast doubt on the authenticity of these special oral histories (at p. 181) because, *inter alia*, "the verifying group is so small that they cannot

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

1997 CanLII 302 (SCC)

safely be regarded as expressing the reputation of even the Indian community, let alone the larger community whose opportunity to dispute territorial claims would be essential to weight". Finally, he questioned (at p. 181) the utility of the adaawk and kungax to demonstrate use and occupation because they were "seriously lacking in detail about the specific lands to which they are said to relate".

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 Although he framed his ruling on weight in terms of the specific oral histories before him, in my respectful opinion, the trial judge in reality based his decision on some general concerns with the use of oral histories as evidence in aboriginal rights cases. In summary, the trial judge gave no independent weight to these special oral histories because they did not accurately convey historical truth, because knowledge about those oral histories was confined to the communities whose histories they were and because those oral histories were insufficiently detailed. However, as I mentioned earlier, these are features, to a greater or lesser extent, of all oral histories, not just the adaawk and kungax. The implication of the trial judge's reasoning is that oral histories should never be given any independent weight and are only useful as confirmatory evidence in aboriginal rights litigation. I fear that if this reasoning were followed, the oral histories of aboriginal peoples would be consistently and systematically undervalued by the Canadian legal system, in contradiction of the express instruction to the contrary in *Van der Peet* that trial courts interpret the evidence of aboriginal peoples in light of the difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

(c) *Recollections of Aboriginal Life*

The trial judge also erred when he discounted the "recollections of aboriginal life" offered by various members of the appellant nations. I take that term to be a reference to testimony about personal and family history that is not part of an adaawk or a kungax. That evidence consisted of the personal knowledge of the witnesses and declarations of witnesses' ancestors as to land use. This history had been adduced by the appellants in order to establish the requisite degree of use and occupation to make out a claim to ownership and, for the same reason as the adaawk and kungax, is material to the proof of aboriginal title.

The trial judge limited the uses to which the evidence could be put. He reasoned, at p. 177, that this evidence, at most, established "without question, that the plaintiff's immediate ancestors, for the past 100 years or so" had used land in the claimed territory for aboriginal purposes. However, the evidence was insufficiently precise to demonstrate that the more distant ancestors of the witnesses had engaged in specific enough land use "far enough back in time to permit the plaintiffs to succeed on issues such as internal boundaries". In the language of *Van der Peet*, the trial judge effectively held that this evidence did not demonstrate the requisite continuity between present occupation and past occupation in order to ground a claim for aboriginal title.

In my opinion, the trial judge expected too much of the oral history of the appellants, as expressed in the recollections of aboriginal life of members of the appellant nations. He expected that evidence to provide definitive and precise evidence of precontact aboriginal activities on the territory in question. However, as I held in *Van der Peet*, this will be almost an impossible burden to meet. Rather, if oral history cannot conclusively estab-

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

1997 CanLII 302 (SCC)

lish pre-sovereignty (after this decision) occupation of land, it may still be relevant to demonstrate that current occupation has its origins prior to sovereignty. This is exactly what the appellants sought to do.

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) *Territorial Affidavits*

d) *Les affidavits territoriaux*

102 Finally, the trial judge also erred in his treatment of the territorial affidavits filed by the appellant chiefs. Those affidavits were declarations of the territorial holdings of each of the Gitksan and Wet'suwet'en houses and, at trial, were introduced for the purposes of establishing each House's ownership of its specific territory. Before this Court, the appellants tried to amalgamate these individual claims into collective claims on behalf of each nation and the relevance of the affidavits changed accordingly. I have already held that it is not open to the appellants to alter fundamentally the nature of their claim in this way on appeal. Nevertheless, the treatment of the affidavits is important because they will be relevant at a new trial to the existence and nature of the land tenure system within each nation and, therefore, material to the proof of title.

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 The affidavits rely heavily on the declarations of deceased persons of use or ownership of the lands, which are a form of oral history. But those declarations are a kind of hearsay and the appellants therefore argued that the affidavits should be admitted through the reputation exception to the hearsay rule. Although he recognized, at p. 438, that the territorial affidavits were "the best evidence [the appellants] could adduce on this question of internal boundaries", the trial judge held

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 ouï-dire, et les appelants ont par conséquent plaidé que les affidavits devraient être admis sur le fondement de l'exception à la règle du ouï-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

1997 CanLII 302 (SCC)

that this exception did not apply and refused to admit the declarations contained in the affidavits.

a refusé d'admettre les déclarations contenues dans les affidavits.

I am concerned by the specific reasons the trial judge gave for refusing to apply the reputation exception. He questioned the degree to which the declarations amounted to a reputation because they were largely confined to the appellants' communities. The trial judge asserted that neighbouring aboriginal groups whose territorial claims conflicted with those of the appellants, as well as non-aboriginals who potentially possessed a legal interest in the claimed territory, were unaware of the content of the alleged reputation at all. Furthermore, the trial judge reasoned that since the subject-matter of the affidavits was disputed, its reliability was doubtful. Finally, the trial judge questioned, at p. 441, "the independence and objectivity" of the information contained in the affidavits, because the appellants and their ancestors (at p. 440) "have been actively discussing land claims for many years".

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».

Although he regretted this finding, the trial judge felt bound to apply the rules of evidence because it did not appear to him (at p. 442) "that the Supreme Court of Canada has decided that the ordinary rules of evidence do not apply to this kind of case". The trial judge arrived at this conclusion, however, without the benefit of *Van der Peet*, where I held that the ordinary rules of evidence must be approached and adapted in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims.

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.

Many of the reasons relied on by the trial judge for excluding the evidence contained in the territorial affidavits are problematic because they run against this fundamental principle. The requirement that a reputation be known in the general community, for example, ignores the fact that oral

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

1997 CanLII 302 (SCC)

histories, as noted by the Royal Commission on Aboriginal Peoples, generally relate to particular locations, and refer to particular families and communities and may, as a result, be unknown outside of that community, even to other aboriginal nations. Excluding the territorial affidavits because the claims to which they relate are disputed does not acknowledge that claims to aboriginal rights, and aboriginal title in particular, are almost always disputed and contested. Indeed, if those claims were uncontroversial, there would be no need to bring them to the courts for resolution. Casting doubt on the reliability of the territorial affidavits because land claims had been actively discussed for many years also fails to take account of the special context surrounding aboriginal claims, in two ways. First, those claims have been discussed for so long because of British Columbia's persistent refusal to acknowledge the existence of aboriginal title in that province until relatively recently, largely as a direct result of the decision of this Court in *Calder*, *supra*. It would be perverse, to say the least, to use the refusal of the province to acknowledge the rights of its aboriginal inhabitants as a reason for excluding evidence which may prove the existence of those rights. Second, this rationale for exclusion places aboriginal claimants whose societies record their past through oral history in a grave dilemma. In order for the oral history of a community to amount to a form of reputation, and to be admissible in court, it must remain alive through the discussions of members of that community; those discussions are the very basis of that reputation. But if those histories are discussed too much, and too close to the date of litigation, they may be discounted as being suspect, and may be held to be inadmissible. The net effect may be that a society with such an oral tradition would never be able to establish a historical claim through the use of oral history in court.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

(e) *Conclusion*

The trial judge's treatment of the various kinds of oral histories did not satisfy the principles I laid down in *Van der Peet*. These errors are particularly worrisome because oral histories were of critical importance to the appellants' case. They used those histories in an attempt to establish their occupation and use of the disputed territory, an essential requirement for aboriginal title. The trial judge, after refusing to admit, or giving no independent weight to these oral histories, reached the conclusion that the appellants had not demonstrated the requisite degree of occupation for "ownership". Had the trial judge assessed the oral histories correctly, his conclusions on these issues of fact might have been very different.

In the circumstances, the factual findings cannot stand. However, given the enormous complexity of the factual issues at hand, it would be impossible for the Court to do justice to the parties by sifting through the record itself and making new factual findings. A new trial is warranted, at which the evidence may be considered in light of the principles laid down in *Van der Peet* and elaborated upon here. In applying these principles, the new trial judge might well share some or all of the findings of fact of McEachern C.J.

C. *What is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and what is required for its proof*?

(1) Introduction

The parties disagree over whether the appellants have established aboriginal title to the disputed area. However, since those factual issues require a new trial, we cannot resolve that dispute in this appeal. But factual issues aside, the parties also have a more fundamental disagreement over the content of aboriginal title itself, and its reception

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,

1997 CanLII 302 (SCC)

into the Constitution by s. 35(1). In order to give guidance to the judge at the new trial, it is to this issue that I will now turn.

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 I set out these opposing positions by way of illustration and introduction because I believe that all of the parties have characterized the content of aboriginal title incorrectly. The appellants argue that aboriginal title is tantamount to an inalienable fee simple, which confers on aboriginal peoples the rights to use those lands as they choose and which has been constitutionalized by s. 35(1). The respondents offer two alternative formulations: first, that aboriginal title is no more than a bundle of rights to engage in activities which are themselves aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), and that the *Constitution Act, 1982*, merely constitutionalizes those individual rights, not the bundle itself, because the latter has no independent content; and second, that aboriginal title, at most, encompasses the right to exclusive use and occupation of land in order to engage in those activities which are aboriginal rights themselves, and that s. 35(1) constitutionalizes this notion of exclusivity.

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 The content of aboriginal title, in fact, lies somewhere in between these positions. Aboriginal title is a right in land and, as such, is more than the right to engage in specific activities which may be themselves aboriginal rights. Rather, it confers the right to use land for a variety of activities, not all of which need be aspects of practices, customs and traditions which are integral to the distinctive cultures of aboriginal societies. Those activities do not constitute the right *per se*; rather, they are parasitic on the underlying title. However, that range of uses is subject to the limitation that they must not be irreconcilable with the nature of the attachment to the land which forms the basis of the particular group's aboriginal title. This inherent limit, to be explained more fully below, flows from the definition of aboriginal title as a *sui generis* interest in

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

1997 CanLII 302 (SCC)

land, and is one way in which aboriginal title is distinct from a fee simple.

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) Aboriginal Title at Common Law

(2) Le titre aborigène en common law

(a) *General Features*

a) *Caractéristiques générales*

The starting point of the Canadian jurisprudence on aboriginal title is the Privy Council's decision in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, which described aboriginal title as a "personal and usufructuary right" (at p. 54). The subsequent jurisprudence has attempted to grapple with this definition, and has in the process demonstrated that the Privy Council's choice of terminology is not particularly helpful to explain the various dimensions of aboriginal title. What the Privy Council sought to capture is that aboriginal title is a *sui generis* interest in land. Aboriginal title has been described as *sui generis* in order to distinguish it from "normal" proprietary interests, such as fee simple. However, as I will now develop, it is also *sui generis* in the sense that its characteristics cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems. As with other aboriginal rights, it must be understood by reference to both common law and aboriginal perspectives.

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'expliciter, 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.

The idea that aboriginal title is *sui generis* is the unifying principle underlying the various dimensions of that title. One dimension is its inalienability. Lands held pursuant to aboriginal title cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown and, as a result, is inalienable to third parties. This Court has taken pains to clarify that aboriginal title is only "personal" in this sense, and does not mean that aboriginal title is a non-proprietary interest which amounts to no more than a licence to use and occupy the land and cannot

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

1997 CanLII 302 (SCC)

compete on an equal footing with other proprietary interests: see *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 677.

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 Another dimension of aboriginal title is its source. It had originally been thought that the source of aboriginal title in Canada was the *Royal Proclamation, 1763*: see *St. Catherine's Milling*. However, it is now clear that although aboriginal title was recognized by the *Proclamation*, it arises from the prior occupation of Canada by aboriginal peoples. That prior occupation, however, is relevant in two different ways, both of which illustrate the *sui generis* nature of aboriginal title. The first is the physical fact of occupation, which derives from the common law principle that occupation is proof of possession in law: see Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), at p. 7. Thus, in *Guerin*, *supra*, Dickson J. described aboriginal title, at p. 376, as a "legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". What makes aboriginal title *sui generis* is that it arises from possession before the assertion of British sovereignty, whereas normal estates, like fee simple, arise afterward: see Kent McNeil, "The Meaning of Aboriginal Title", in Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* (1997), 135, at p. 144. This idea has been further developed in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, where this Court unanimously held at p. 340 that "aboriginal title pre-dated colonization by the British and survived British claims of sovereignty" (also see *Guerin*, at p. 378). What this suggests is a second source for aboriginal title — the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law.

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 A further dimension of aboriginal title is the fact that it is held communally. Aboriginal title cannot be held by individual aboriginal persons; it is a collective right to land held by all members of an aboriginal nation. Decisions with respect to that

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

1997 CanLII 302 (SCC)

land are also made by that community. This is another feature of aboriginal title which is *sui generis* and distinguishes it from normal property interests.

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) *The Content of Aboriginal Title*

b) *Le contenu du titre aborigène*

Although cases involving aboriginal title have come before this Court and Privy Council before, there has never been a definitive statement from either court on the content of aboriginal title. In *St. Catherine's Milling*, the Privy Council, as I have mentioned, described the aboriginal title as a "personal and usufructuary right", but declined to explain what that meant because it was not "necessary to express any opinion upon the point" (at p. 55). Similarly, in *Calder*, *Guerin*, and *Paul*, the issues were the extinguishment of, the fiduciary duty arising from the surrender of, and statutory easements over land held pursuant to, aboriginal title, respectively; the content of title was not at issue and was not directly addressed.

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.

Although the courts have been less than forthcoming, I have arrived at the conclusion that the content of aboriginal title can be summarized by two propositions: first, that aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures; and second, that those protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land. For the sake of clarity, I will discuss each of these propositions separately.

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.

Aboriginal title encompasses the right to use the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, cultures and traditions

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

1997 CanLII 302 (SCC)

which are integral to distinctive aboriginal cultures

118 The respondents argue that aboriginal title merely encompasses the right to engage in activities which are aspects of aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures of the aboriginal group claiming the right and, at most, adds the notion of exclusivity; i.e., the exclusive right to use the land for those purposes. However, the uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put are not restricted in this way. This conclusion emerges from three sources: (i) the Canadian jurisprudence on aboriginal title, (ii) the relationship between reserve lands and lands held pursuant to aboriginal title, and (iii) the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7. As well, although this is not legally determinative, it is supported by the critical literature. In particular, I have profited greatly from Professor McNeil's article, "The Meaning of Aboriginal Title", *supra*.

(i) Canadian Jurisprudence on Aboriginal Title

119 Despite the fact that the jurisprudence on aboriginal title is somewhat underdeveloped, it is clear that the uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put is not restricted to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples integral to distinctive aboriginal cultures. In *Guerin*, for example, Dickson J. described aboriginal title as an "interest in land" which encompassed "a legal right to occupy and possess certain lands" (at p. 382). The "right to occupy and possess" is framed in broad terms and, significantly, is not qualified by reference to traditional and customary uses of those lands. Any doubt that the right to occupancy and possession encompasses a broad variety of uses of land was put to rest in *Paul*, where the Court went even further and stated that aboriginal title was "more than the right to enjoyment and occupancy" (at p. 678). Once again, there is no reference to aboriginal practices, customs and traditions as a qualifier on that right. Moreover, I take the reference to "more" as

autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive

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

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

1997 CanLII 302 (SCC)

emphasis of the broad notion of use and possession.

(ii) Reserve Land

Another source of support for the conclusion that the uses to which lands held under aboriginal title can be put are not restricted to those grounded in practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal cultures can be found in *Guerin*, where Dickson J. stated at p. 379 that the same legal principles governed the aboriginal interest in reserve lands and lands held pursuant to aboriginal title:

> It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian Band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases. . . . [Emphasis added.]

The nature of the Indian interest in reserve land is very broad, and can be found in s. 18 of the *Indian Act*, which I reproduce in full:

> **18.** (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.
>
> (2) The Minister may authorize the use of lands in a reserve for the purpose of Indian schools, the administration of Indian affairs, Indian burial grounds, Indian health projects or, with the consent of the council of the band, for any other purpose for the general welfare of the band, and may take any lands in a reserve required for those purposes, but where an individual Indian, immediately prior to the taking, was entitled to the possession of those lands, compensation for that use shall be paid to the Indian, in such amount as may be agreed

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

1997 CanLII 302 (SCC)

between the Indian and the Minister, or, failing agreement, as may be determined in such manner as the Minister may direct. [Emphasis added.]

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.]

The principal provision is s. 18(1), which states that reserve lands are held "for the use and benefit" of the bands which occupy them; those uses and benefits, on the face of the *Indian Act*, do not appear to be restricted to practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal cultures. The breadth of those uses is reinforced by s. 18(2), which states that reserve lands may be used "for any other purpose for the general welfare of the band". The general welfare of the band has not been defined in terms of aboriginal practices, customs and traditions, nor in terms of those activities which have their origin pre-contact; it is a concept, by definition, which incorporates a reference to the present-day needs of aboriginal communities. On the basis of *Guerin*, lands held pursuant to aboriginal title, like reserve lands, are also capable of being used for a broad variety of purposes.

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) *Indian Oil and Gas Act*

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

122 The third source for the proposition that the content of aboriginal title is not restricted to practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures is the *Indian Oil and Gas Act*. The overall purpose of the statute is to provide for the exploration of oil and gas on reserve lands through their surrender to the Crown. The statute presumes that the aboriginal interest in reserve land includes mineral rights, a point which this Court unanimously accepted with respect to the *Indian Act* in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344. On the basis of *Guerin*, aboriginal title also encompass mineral rights, and lands held pursuant to aboriginal title should be capable of exploitation in the same way, which is certainly not a traditional use

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 certaine-

1997 CanLII 302 (SCC)

for those lands. This conclusion is reinforced by s. 6(2) of the Act, which provides:

> **6.** . . .
>
> (2) Nothing in this Act shall be deemed to abrogate the rights of Indian people or preclude them from negotiating for oil and gas benefits in those areas in which land claims have not been settled.

The areas referred to in s. 6(2), at the very least, must encompass lands held pursuant to aboriginal title, since those lands by definition have not been surrendered under land claims agreements. The presumption underlying s. 6(2) is that aboriginal title permits the development of oil and gas reserves.

Although this is not determinative, the conclusion that the content of aboriginal title is not restricted to those uses with their origins in the practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal societies has wide support in the critical literature: Jocelyn Gagne, "The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim" (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309 at pp. 336-37; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 242; Kent McNeil, "The Meaning of Aboriginal Title", *supra*, at pp. 143-150; 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, at p. 221; *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2 (*Restructuring the Relationship*), at p. 561; Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232, at pp. 268-9; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), at p. 34; Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 746-48.

In conclusion, the content of aboriginal title is not restricted to those uses which are elements of a practice, custom or tradition integral to the distinc-

ment 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

1997 CanLII 302 (SCC)

tive culture of the aboriginal group claiming the right. However, nor does aboriginal title amount to a form of inalienable fee simple, as I will now explain.

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) *Inherent Limit: Lands Held Pursuant to Aboriginal Title Cannot Be Used in a Manner that Is Irreconcilable with the Nature of the Attachment to the Land Which Forms the Basis of the Group's Claim to Aboriginal Title*

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 The content of aboriginal title contains an inherent limit that lands held pursuant to title cannot be used in a manner that is irreconcilable with the nature of the claimants' attachment to those lands. This limit on the content of aboriginal title is a manifestation of the principle that underlies the various dimensions of that special interest in land — it is a *sui generis* interest that is distinct from "normal" proprietary interests, most notably fee simple.

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 I arrive at this conclusion by reference to the other dimensions of aboriginal title which are *sui generis* as well. I first consider the source of aboriginal title. As I discussed earlier, aboriginal title arises from the prior occupation of Canada by aboriginal peoples. That prior occupation is relevant in two different ways: first, because of the physical fact of occupation, and second, because aboriginal title originates in part from pre-existing systems of aboriginal law. However, the law of aboriginal title does not only seek to determine the historic rights of aboriginal peoples to land; it also seeks to afford legal protection to prior occupation in the present-day. Implicit in the protection of historic patterns of occupation is a recognition of the importance of the continuity of the relationship of an aboriginal community to its land over time.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

I develop this point below with respect to the test for aboriginal title. The relevance of the continuity of the relationship of an aboriginal community with its land here is that it applies not only to the past, but to the future as well. That relationship should not be prevented from continuing into the future. As a result, uses of the lands that would threaten that future relationship are, by their very nature, excluded from the content of aboriginal title.

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. 127

Accordingly, in my view, lands subject to aboriginal title cannot be put to such uses as may be irreconcilable with the nature of the occupation of that land and the relationship that the particular group has had with the land which together have given rise to aboriginal title in the first place. As discussed below, one of the critical elements in the determination of whether a particular aboriginal group has aboriginal title to certain lands is the matter of the occupancy of those lands. Occupancy is determined by reference to the activities that have taken place on the land and the uses to which the land has been put by the particular group. If lands are so occupied, there will exist a special bond between the group and the land in question such that the land will be part of the definition of the group's distinctive culture. It seems to me that these elements of aboriginal title create an inherent limitation on the uses to which the land, over which such title exists, may be put. For example, if occupation is established with reference to the use of the land as a hunting ground, then the group that successfully claims aboriginal title to that land may not use it in such a fashion as to destroy its value for such a use (e.g., by strip mining it). Similarly, if a group claims a special bond with the land because of its ceremonial or cultural significance, it may not use the land in such a way as to destroy that relationship (e.g., by developing it in such a way that the bond is destroyed, perhaps by turning it into a parking lot).

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). 128

1997 CanLII 302 (SCC)

129 It is for this reason also that lands held by virtue of aboriginal title may not be alienated. Alienation would bring to an end the entitlement of the aboriginal people to occupy the land and would terminate their relationship with it. I have suggested above that the inalienability of aboriginal lands is, at least in part, a function of the common law principle that settlers in colonies must derive their title from Crown grant and, therefore, cannot acquire title through purchase from aboriginal inhabitants. It is also, again only in part, a function of a general policy "to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements": see *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 133. What the inalienability of lands held pursuant to aboriginal title suggests is that those lands are more than just a fungible commodity. The relationship between an aboriginal community and the lands over which it has aboriginal title has an important non-economic component. The land has an inherent and unique value in itself, which is enjoyed by the community with aboriginal title to it. The community cannot put the land to uses which would destroy that value.

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 I am cognizant that the *sui generis* nature of aboriginal title precludes the application of "traditional real property rules" to elucidate the content of that title (*St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 14). Nevertheless, a useful analogy can be drawn between the limit on aboriginal title and the concept of equitable waste at common law. Under that doctrine, persons who hold a life estate in real property cannot commit "wanton or extravagant acts of destruction" (E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property* (14th ed. 1988), at p. 264) or "ruin the property" (Robert E. Megarry and H. W. R. Wade, *The Law of Real Property* (4th ed. 1975), at p. 105). This description of the limits

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* (14e 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* (4e éd. 1975), à la p. 105). Cette description des limites imposées par le concept de

1997 CanLII 302 (SCC)

imposed by the doctrine of equitable waste capture the kind of limit I have in mind here.

Finally, what I have just said regarding the importance of the continuity of the relationship between an aboriginal community and its land, and the non-economic or inherent value of that land, should not be taken to detract from the possibility of surrender to the Crown in exchange for valuable consideration. On the contrary, the idea of surrender reinforces the conclusion that aboriginal title is limited in the way I have described. If aboriginal peoples wish to use their lands in a way that aboriginal title does not permit, then they must surrender those lands and convert them into non-title lands to do so.

The foregoing amounts to a general limitation on the use of lands held by virtue of aboriginal title. It arises from the particular physical and cultural relationship that a group may have with the land and is defined by the source of aboriginal title over it. This is not, I must emphasize, a limitation that restricts the use of the land to those activities that have traditionally been carried out on it. That would amount to a legal straitjacket on aboriginal peoples who have a legitimate legal claim to the land. The approach I have outlined above allows for a full range of uses of the land, subject only to an overarching limit, defined by the special nature of the aboriginal title in that land.

(d) *Aboriginal Title under s. 35(1) of the Constitution Act, 1982*

Aboriginal title at common law is protected in its full form by s. 35(1). This conclusion flows from the express language of s. 35(1) itself, which states in full: "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed" (emphasis added). On a plain reading of the provision, s. 35(1) did not create aboriginal rights; rather, it accorded constitutional status to those rights which were "existing" in 1982. The provision, at the very least, constitutionalized those rights which aborigi-

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,

1997 CanLII 302 (SCC)

nal peoples possessed at common law, since those rights existed at the time s. 35(1) came into force. Since aboriginal title was a common law right whose existence was recognized well before 1982 (e.g., *Calder*, *supra*), s. 35(1) has constitutionalized it in its full form.

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 I expressed this understanding of the relationship between common law aboriginal rights, including aboriginal title, and the aboriginal rights protected by s. 35(1) in *Van der Peet*. While explaining the purposes behind s. 35(1), I stated that "it must be remembered that s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law" (at para. 28). Through the enactment of s. 35(1), "a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status" (at para. 29), or in other words, s. 35(1) had achieved "the constitutionalization of those rights" (at para. 29).

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 Finally, this view of the effect of s. 35(1) on common law aboriginal title is supported by numerous commentators: Patrick Macklem, "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382, at pp. 447-48; Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, at pp. 256-57; James O'Reilly, "La *Loi constitutionnelle de 1982*, droit des autochtones" (1984), 25 *C. de D.* 125, at p. 137; William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee", *supra*, at pp. 220-21; Douglas Sanders, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314, at p. 329; Douglas Sanders, "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada", in Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 707, at pp. 731-32; Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights", *supra*, at p. 254; Brian Slattery, *Ancestral Lands*,

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* (2e éd. 1989), 779, aux pp. 809 à 811; Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc.*

1997 CanLII 302 (SCC)

Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title, *supra*, at p. 45.

cit., à la p. 254; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 45.

I hasten to add that the constitutionalization of common law aboriginal rights by s. 35(1) does not mean that those rights exhaust the content of s. 35(1). As I said in *Côté*, *supra*, at para. 52:

Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features which were fortunate enough to have received the legal recognition and approval of European colonizers.

I relied on this proposition in *Côté* to defeat the argument that the possible absence of aboriginal rights under French colonial law was a bar to the existence of aboriginal rights under s. 35(1) within the historic boundaries of New France. But it also follows that the existence of a particular aboriginal right at common law is not a *sine qua non* for the proof of an aboriginal right that is recognized and affirmed by s. 35(1). Indeed, none of the decisions of this Court handed down under s. 35(1) in which the existence of an aboriginal right has been demonstrated has relied on the existence of that right at common law. The existence of an aboriginal right at common law is therefore sufficient, but not necessary, for the recognition and affirmation of that right by s. 35(1).

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).

The acknowledgement that s. 35(1) has accorded constitutional status to common law aboriginal title raises a further question — the relationship of aboriginal title to the "aboriginal rights" protected by s. 35(1). I addressed that question in *Adams*, *supra*, where the Court had been presented with two radically different conceptions of this relationship. The first conceived of aboriginal rights as being "inherently based in aboriginal title to the land" (at para. 25), or as fragments of a broader claim to aboriginal title. By implication, aboriginal rights must rest either in a claim to title or the unextinguished remnants of title. Taken to

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

1997 CanLII 302 (SCC)

its logical extreme, this suggests that aboriginal title is merely the sum of a set of individual aboriginal rights, and that it therefore has no independent content. However, I rejected this position for another — that aboriginal title is "simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights" (at para. 25). Thus, although aboriginal title is a species of aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1), it is distinct from other aboriginal rights because it arises where the connection of a group with a piece of land "was of a central significance to their distinctive culture" (at para. 26).

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 The picture which emerges from *Adams* is that the aboriginal rights which are recognized and affirmed by s. 35(1) fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At the one end, there are those aboriginal rights which are practices, customs and traditions that are integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right. However, the "occupation and use of the land" where the activity is taking place is not "sufficient to support a claim of title to the land" (at para. 26 (emphasis in original)). Nevertheless, those activities receive constitutional protection. In the middle, there are activities which, out of necessity, take place on land and indeed, might be intimately related to a particular piece of land. Although an aboriginal group may not be able to demonstrate title to the land, it may nevertheless have a site-specific right to engage in a particular activity. I put the point this way in *Adams*, at para. 30:

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):

> Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land. For example, if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to,

> 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

1997 CanLII 302 (SCC)

the right to hunt on the specific tract of land. [Emphasis added.]

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.]

At the other end of the spectrum, there is aboriginal title itself. As *Adams* makes clear, aboriginal title confers more than the right to engage in site-specific activities which are aspects of the practices, customs and traditions of distinctive aboriginal cultures. Site-specific rights can be made out even if title cannot. What aboriginal title confers is the right to the land itself.

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.

Because aboriginal rights can vary with respect to their degree of connection with the land, some aboriginal groups may be unable to make out a claim to title, but will nevertheless possess aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1), including site-specific rights to engage in particular activities. As I explained in *Adams*, this may occur in the case of nomadic peoples who varied "the location of their settlements with the season and changing circumstances" (at para. 27). The fact that aboriginal peoples were non-sedentary, however (at para. 27)

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)

does not alter the fact that nomadic peoples survived through reliance on the land prior to contact with Europeans and, further, that many of the practices, customs and traditions of nomadic peoples that took place on the land were integral to their distinctive cultures.

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) *Proof of Aboriginal Title*

(i) Introduction

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

(i) Introduction

In addition to differing in the degree of connection with the land, aboriginal title differs from other aboriginal rights in another way. To date, the Court has defined aboriginal rights in terms of activities. As I said in *Van der Peet* (at para. 46):

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):

[I]n order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to

[P]our constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant

1997 CanLII 302 (SCC)

the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. [Emphasis added.]

partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. [Je souligne.]

Aboriginal title, however, is a right to the land itself. Subject to the limits I have laid down above, that land may be used for a variety of activities, none of which need be individually protected as aboriginal rights under s. 35(1). Those activities are parasitic on the underlying title.

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 This difference between aboriginal rights to engage in particular activities and aboriginal title requires that the test I laid down in *Van der Peet* be adapted accordingly. I anticipated this possibility in *Van der Peet* itself, where I stated that (at para. 74):

Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights. [Emphasis added; "and" emphasized in original.]

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.]

Since the purpose of s. 35(1) is to reconcile the prior presence of aboriginal peoples in North America with the assertion of Crown sovereignty, it is clear from this statement that s. 35(1) must recognize and affirm both aspects of that prior presence — first, the occupation of land, and second, the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. To date the jurisprudence under s. 35(1) has given more emphasis to the second aspect. To a great extent, this has been a function of the types of cases which have come before this Court under s. 35(1) — prosecutions for regulatory offences that, by their very nature, proscribe discrete types of activity.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

The adaptation of the test laid down in *Van der Peet* to suit claims to title must be understood as the recognition of the first aspect of that prior presence. However, as will now become apparent, the tests for the identification of aboriginal rights to engage in particular activities and for the identification of aboriginal title share broad similarities. The major distinctions are first, under the test for aboriginal title, the requirement that the land be integral to the distinctive culture of the claimants is subsumed by the requirement of occupancy, and second, whereas the time for the identification of aboriginal rights is the time of first contact, the time for the identification of aboriginal title is the time at which the Crown asserted sovereignty over the land.

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) The Test for the Proof of Aboriginal Title

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

In order to make out a claim for aboriginal title, the aboriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

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.

The land must have been occupied prior to sovereignty

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

In order to establish a claim to aboriginal title, the aboriginal group asserting the claim must establish that it occupied the lands in question at the time at which the Crown asserted sovereignty over the land subject to the title. The relevant time period for the establishment of title is, therefore, different than for the establishment of aboriginal rights to engage in specific activities. In *Van der Peet*, I held, at para. 60 that "[t]he time period that

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

1997 CanLII 302 (SCC)

a court should consider in identifying whether the right claimed meets the standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact . . . .” This arises from the fact that in defining the central and distinctive attributes of pre-existing aboriginal societies it is necessary to look to a time prior to the arrival of Europeans. Practices, customs or traditions that arose solely as a response to European influences do not meet the standard for recognition as aboriginal rights.

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 On the other hand, in the context of aboriginal title, sovereignty is the appropriate time period to consider for several reasons. First, from a theoretical standpoint, aboriginal title arises out of prior occupation of the land by aboriginal peoples and out of the relationship between the common law and pre-existing systems of aboriginal law. Aboriginal title is a burden on the Crown’s underlying title. However, the Crown did not gain this title until it asserted sovereignty over the land in question. Because it does not make sense to speak of a burden on the underlying title before that title existed, aboriginal title crystallized at the time sovereignty was asserted. Second, aboriginal title does not raise the problem of distinguishing between distinctive, integral aboriginal practices, customs and traditions and those influenced or introduced by European contact. Under common law, the act of occupation or possession is sufficient to ground aboriginal title and it is not necessary to prove that the land was a distinctive or integral part of the aboriginal society before the arrival of Europeans. Finally, from a practical standpoint, it appears that the date of sovereignty is more certain than the date of first contact. It is often very difficult to determine the precise moment that each aboriginal group had first contact with European culture. I note that this is the approach has support in the academic literature: Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at p. 742; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 196. For these reasons, I conclude that aboriginals must establish occupation of the land

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 autoch-

1997 CanLII 302 (SCC)

from the date of the assertion of sovereignty in order to sustain a claim for aboriginal title. McEachern C.J. found, at pp. 233-34, and the parties did not dispute on appeal, that British sovereignty over British Columbia was conclusively established by the Oregon Boundary Treaty of 1846. This is not to say that circumstances subsequent to sovereignty may never be relevant to title or compensation; this might be the case, for example, where native bands have been dispossessed of traditional lands after sovereignty.

tone 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*, *op. 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.

There was a consensus among the parties on appeal that proof of historic occupation was required to make out a claim to aboriginal title. However, the parties disagreed on how that occupancy could be proved. The respondents assert that in order to establish aboriginal title, the occupation must be the physical occupation of the land in question. The appellant Gitksan nation argue, by contrast, that aboriginal title may be established, at least in part, by reference to aboriginal law.

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.

This debate over the proof of occupancy reflects two divergent views of the source of aboriginal title. The respondents argue, in essence, that aboriginal title arises from the physical reality at the time of sovereignty, whereas the Gitksan effectively take the position that aboriginal title arises from and should reflect the pattern of land holdings under aboriginal law. However, as I have explained above, the source of aboriginal title appears to be grounded both in the common law

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

1997 CanLII 302 (SCC)

and in the aboriginal perspective on land; the latter includes, but is not limited to, their systems of law. It follows that both should be taken into account in establishing the proof of occupancy. Indeed, there is precedent for doing so. In *Baker Lake*, *supra*, Mahoney J. held that to prove aboriginal title, the claimants needed both to demonstrate their "physical presence on the land they occupied" (at p. 561) and the existence "among [that group of] . . . a recognition of the claimed rights. . . . by the regime that prevailed before" (at p. 559).

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 This approach to the proof of occupancy at common law is also mandated in the context of s. 35(1) by *Van der Peet*. In that decision, as I stated above, I held at para. 50 that the reconciliation of the prior occupation of North America by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty required that account be taken of the "aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law" and that "[t]rue reconciliation will, equally, place weight on each". I also held that the aboriginal perspective on the occupation of their lands can be gleaned, in part, but not exclusively, from their traditional laws, because those laws were elements of the practices, customs and traditions of aboriginal peoples: at para. 41. As a result, if, at the time of sovereignty, an aboriginal society had laws in relation to land, those laws would be relevant to establishing the occupation of lands which are the subject of a claim for aboriginal title. Relevant laws might include, but are not limited to, a land tenure system or laws governing land use.

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 However, the aboriginal perspective must be taken into account alongside the perspective of the common law. Professor McNeil has convincingly

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

1997 CanLII 302 (SCC)

argued that at common law, the fact of physical occupation is proof of possession at law, which in turn will ground title to the land: *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 73; also see *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, *supra*, at p. 28; and Megarry and Wade, *The Law of Real Property*, *supra*, at p. 1006. Physical occupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources: see McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at pp. 201-2. In considering whether occupation sufficient to ground title is established, "one must take into account the group's size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed": Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", at p. 758.

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.

In *Van der Peet*, I drew a distinction between those practices, customs and traditions of aboriginal peoples which were "an aspect of, or took place in" the society of the aboriginal group asserting the claim and those which were "a central and significant part of the society's distinctive culture" (at para. 55). The latter stood apart because they "made the culture of the society distinctive . . . it was one of the things that truly made the society what it was" (at para. 55, emphasis in original). The same requirement operates in the determination of the proof of aboriginal title. As I said in *Adams*, a claim to title is made out when a group can demonstrate "that their connection with the piece of land . . . was of a central significance to their distinctive culture" (at para. 26).

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).

Although this remains a crucial part of the test for aboriginal rights, given the occupancy requirement in the test for aboriginal title, I cannot imagine a situation where this requirement would actu-

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 sta-

1997 CanLII 302 (SCC)

ally serve to limit or preclude a title claim. The requirement exists for rights short of title because it is necessary to distinguish between those practices which were central to the culture of claimants and those which were more incidental. However, in the case of title, it would seem clear that any land that was occupied pre-sovereignty, and which the parties have maintained a substantial connection with since then, is sufficiently important to be of central significance to the culture of the claimants. As a result, I do not think it is necessary to include explicitly this element as part of the test for aboriginal title.

tuer 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.

If present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation

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 In *Van der Peet*, I explained that it is the pre-contact practices, customs and traditions of aboriginal peoples which are recognized and affirmed as aboriginal rights by s. 35(1). But I also acknowledged it would be "next to impossible" (at para. 62) for an aboriginal group to provide conclusive evidence of its pre-contact practices, customs and traditions. What would suffice instead was evidence of post-contact practices, which was "directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact" (at para. 62). The same concern, and the same solution, arises with respect to the proof of occupation in claims for aboriginal title, although there is a difference in the time for determination of title. Conclusive evidence of pre-sovereignty occupation may be difficult to come by. Instead, an aboriginal community may provide evidence of present occupation as proof of pre-sovereignty occupation in support of a claim to aboriginal title. What is required, in addition, is a continuity between present and pre-sovereignty occupation, because the relevant time for the deter-

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 abo-

1997 CanLII 302 (SCC)

mination of aboriginal title is at the time before sovereignty.

rigène, 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.

1997 CanLII 302 (SCC)

Needless to say, there is no need to establish "an unbroken chain of continuity" (*Van der Peet*, at para. 65) between present and prior occupation. The occupation and use of lands may have been disrupted for a time, perhaps as a result of the unwillingness of European colonizers to recognize aboriginal title. To impose the requirement of continuity too strictly would risk "undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers who failed to respect" aboriginal rights to land (*Côté*, *supra*, at para. 53). In *Mabo*, *supra*, the High Court of Australia set down the requirement that there must be "substantial maintenance of the connection" between the people and the land. In my view, this test should be equally applicable to proof of title in Canada.

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.

I should also note that there is a strong possibility that the precise nature of occupation will have changed between the time of sovereignty and the present. I would like to make it clear that the fact that the nature of occupation has changed would not ordinarily preclude a claim for aboriginal title, as long as a substantial connection between the people and the land is maintained. The only limitation on this principle might be the internal limits on uses which land that is subject to aboriginal title may be put, i.e., uses which are inconsistent with continued use by future generations of aboriginals.

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.

At sovereignty, occupation must have been exclusive

155 Finally, at sovereignty, occupation must have been exclusive. The requirement for exclusivity flows from the definition of aboriginal title itself, because I have defined aboriginal title in terms of the right to exclusive use and occupation of land. Exclusivity, as an aspect of aboriginal title, vests in the aboriginal community which holds the ability to exclude others from the lands held pursuant to that title. The proof of title must, in this respect, mirror the content of the right. Were it possible to prove title without demonstrating exclusive occupation, the result would be absurd, because it would be possible for more than one aboriginal nation to have aboriginal title over the same piece of land, and then for all of them to attempt to assert the right to exclusive use and occupation over it.

156 As with the proof of occupation, proof of exclusivity must rely on both the perspective of the common law and the aboriginal perspective, placing equal weight on each. At common law, a premium is placed on the factual reality of occupation, as encountered by the Europeans. However, as the common law concept of possession must be sensitive to the realities of aboriginal society, so must the concept of exclusivity. Exclusivity is a common law principle derived from the notion of fee simple ownership and should be imported into the concept of aboriginal title with caution. As such, the test required to establish exclusive occupation must take into account the context of the aboriginal society at the time of sovereignty. For example, it is important to note that exclusive occupation can be demonstrated even if other aboriginal groups were present, or frequented the claimed lands. Under those circumstances, exclusivity would be demonstrated by "the intention and capacity to retain exclusive control" (McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 204). Thus, an act of trespass, if isolated, would not undermine a general finding of exclusivity, if aboriginal groups intended to and attempted to

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

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.

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.*

1997 CanLII 302 (SCC)

enforce their exclusive occupation. Moreover, as Professor McNeil suggests, the presence of other aboriginal groups might actually reinforce a finding of exclusivity. For example, "[w]here others were allowed access upon request, the very fact that permission was asked for and given would be further evidence of the group's exclusive control" (at p. 204).

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).

A consideration of the aboriginal perspective may also lead to the conclusion that trespass by other aboriginal groups does not undermine, and that presence of those groups by permission may reinforce, the exclusive occupation of the aboriginal group asserting title. For example, the aboriginal group asserting the claim to aboriginal title may have trespass laws which are proof of exclusive occupation, such that the presence of trespassers does not count as evidence against exclusivity. As well, aboriginal laws under which permission may be granted to other aboriginal groups to use or reside even temporarily on land would reinforce the finding of exclusive occupation. Indeed, if that permission were the subject of treaties between the aboriginal nations in question, those treaties would also form part of the aboriginal perspective.

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.

In their submissions, the appellants pressed the point that requiring proof of exclusive occupation might preclude a finding of joint title, which is shared between two or more aboriginal nations. The possibility of joint title has been recognized by American courts: *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941). I would suggest that the requirement of exclusive occupancy and the possibility of joint title could be reconciled by recognizing that joint title could arise from shared exclusivity. The meaning of shared

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

1997 CanLII 302 (SCC)

exclusivity is well-known to the common law. Exclusive possession is the right to exclude others. Shared exclusive possession is the right to exclude others except those with whom possession is shared. There clearly may be cases in which two aboriginal nations lived on a particular piece of land and recognized each other's entitlement to that land but nobody else's. However, since no claim to joint title has been asserted here, I leave it to another day to work out all the complexities and implications of joint title, as well as any limits that another band's title may have on the way in which one band uses its title lands.

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 I should also reiterate that if aboriginals can show that they occupied a particular piece of land, but did not do so exclusively, it will always be possible to establish aboriginal rights short of title. These rights will likely be intimately tied to the land and may permit a number of possible uses. However, unlike title, they are not a right to the land itself. Rather, as I have suggested, they are a right to do certain things in connection with that land. If, for example, it were established that the lands near those subject to a title claim were used for hunting by a number of bands, those shared lands would not be subject to a claim for aboriginal title, as they lack the crucial element of exclusivity. However, they may be subject to site-specific aboriginal rights by all of the bands who used it. This does not entitle anyone to the land itself, but it may entitle all of the bands who hunted on the land to hunting rights. Hence, in addition to shared title, it will be possible to have shared, non-exclusive, site-specific rights. In my opinion, this accords with the general principle that the common law should develop to recognize aboriginal rights (and title, when necessary) as they were recognized by either *de facto* practice or by the aboriginal system of governance. It also allows sufficient

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

1997 CanLII 302 (SCC)

flexibility to deal with this highly complex and rapidly evolving area of the law.

(f) *Infringements of Aboriginal Title: the Test of Justification*

(i) Introduction

The aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), including aboriginal title, are not absolute. Those rights may be infringed, both by the federal (e.g., *Sparrow*) and provincial (e.g., *Côté*) governments. However, s. 35(1) requires that those infringements satisfy the test of justification. In this section, I will review the Court's nascent jurisprudence on justification and explain how that test will apply in the context of infringements of aboriginal title.

(ii) General Principles

The test of justification has two parts, which I shall consider in turn. First, the infringement of the aboriginal right must be in furtherance of a legislative objective that is compelling and substantial. I explained in *Gladstone* that compelling and substantial objectives were those which were directed at either one of the purposes underlying the recognition and affirmation of aboriginal rights by s. 35(1), which are (at para. 72):

> . . . the recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples or . . . the reconciliation of aboriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown.

I noted that the latter purpose will often "be most relevant" (at para. 72) at the stage of justification. I think it important to repeat why (at para. 73) that is so:

> Because . . . distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact

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

1997 CanLII 302 (SCC)

that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those limits are of sufficient importance to the broader community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation. [Emphasis added; "equally" emphasized in original.]

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.]

The conservation of fisheries, which was accepted as a compelling and substantial objective in *Sparrow*, furthers both of these purposes, because it simultaneously recognizes that fishing is integral to many aboriginal cultures, and also seeks to reconcile aboriginal societies with the broader community by ensuring that there are fish enough for all. But legitimate government objectives also include "the pursuit of economic and regional fairness" and "the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups" (para. 75). By contrast, measures enacted for relatively unimportant reasons, such as sports fishing without a significant economic component (*Adams*, *supra*) would fail this aspect of the test of justification.

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 The second part of the test of justification requires an assessment of whether the infringement is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples. What has become clear is that the requirements of the fiduciary duty are a function of the "legal and factual context" of each appeal (*Gladstone*, *supra*, at para. 56). *Sparrow* and *Gladstone*, for example, interpreted and applied the fiduciary duty in terms of the idea of priority. The theory underlying that principle is that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples demands that aboriginal interests be placed first. However, the fiduciary duty does not demand that aboriginal rights always be given

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

1997 CanLII 302 (SCC)

priority. As was said in *Sparrow*, *supra*, at pp. 1114-15:

> The nature of the constitutional protection afforded by s. 35(1) in this context demands that there be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. [Emphasis added.]

Other contexts permit, and may even require, that the fiduciary duty be articulated in other ways (at p. 1119):

> Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented.

Sparrow did not explain when the different articulations of the fiduciary duty should be used. Below, I suggest that the choice between them will in large part be a function of the nature of the aboriginal right at issue.

In addition to variation in the form which the fiduciary duty takes, there will also be variation in degree of scrutiny required by the fiduciary duty of the infringing measure or action. The degree of scrutiny is a function of the nature of the aboriginal right at issue. The distinction between *Sparrow* and *Gladstone*, for example, turned on whether the right amounted to the exclusive use of a resource, which in turn was a function of whether the right had an internal limit. In *Sparrow*, the right was internally limited, because it was a right to fish for food, ceremonial and social purposes, and as a result would only amount to an exclusive right to use the fishery in exceptional circumstances. Accordingly, the requirement of priority was applied strictly to mean that (at p. 1116) "any allocation of priorities after valid conservation

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 assujetti 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 conserva-

1997 CanLII 302 (SCC)

measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing".

164 In *Gladstone*, by contrast, the right to sell fish commercially was only limited by supply and demand. Had the test for justification been applied in a strict form in *Gladstone*, the aboriginal right would have amounted to an exclusive right to exploit the fishery on a commercial basis. This was not the intention of *Sparrow*, and I accordingly modified the test for justification, by altering the idea of priority in the following way (at para. 62):

> . . . the doctrine of priority requires that the government demonstrate that, in allocating the resource, it has taken account of the existence of aboriginal rights and allocated the resource in a manner respectful of the fact that those rights have priority over the exploitation of the fishery by other users. This right is at once both procedural and substantive; at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest of aboriginal rights holders in the fishery.

After *Gladstone*, in the context of commercial activity, the priority of aboriginal rights is constitutionally satisfied if the government had taken those rights into account and has allocated a resource "in a manner respectful" (at para. 62) of that priority. A court must be satisfied that "the government has taken into account the existence and importance of [aboriginal] rights" (at para. 63) which it determines by asking the following questions (at para. 64):

> Questions relevant to the determination of whether the government has granted priority to aboriginal rights holders are . . . questions such as whether the government has accommodated the exercise of the aboriginal right to participate in the fishery (through reduced licence fees, for example), whether the government's objectives in enacting a particular regulatory scheme reflect the need to take into account the priority of aboriginal rights holders, the extent of the participation in the fishery of aboriginal rights holders relative to their percentage of the population, how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery (food *versus* commercial rights, for example), how important the fishery is to the economic and

tion valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance».

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 pêcherie, 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 pêcherie.

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

1997 CanLII 302 (SCC)

material well-being of the band in question, and the criteria taken into account by the government in, for example, allocating commercial licences amongst different users.

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 and Aboriginal Title

(iii) Justification et titre aborigène

The general principles governing justification laid down in *Sparrow*, and embellished by *Gladstone*, operate with respect to infringements of aboriginal title. In the wake of *Gladstone*, the range of legislative objectives that can justify the infringement of aboriginal title is fairly broad. Most of these objectives can be traced to the reconciliation of the prior occupation of North America by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, which entails the recognition that "distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community" (at para. 73). In my opinion, the development of agriculture, forestry, mining, and hydroelectric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are the kinds of objectives that are consistent with this purpose and, in principle, can justify the infringement of aboriginal title. Whether a particular measure or government act can be explained by reference to one of those objectives, however, is ultimately a question of fact that will have to be examined on a case-by-case basis.

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.

The manner in which the fiduciary duty operates with respect to the second stage of the justification test — both with respect to the standard of scrutiny and the particular form that the fiduciary duty will take — will be a function of the nature of aboriginal title. Three aspects of aboriginal title are relevant here. First, aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of land; second, aboriginal title encompasses the right to choose to what uses land can be put, subject to the

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

1997 CanLII 302 (SCC)

ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of aboriginal peoples; and third, that lands held pursuant to aboriginal title have an inescapable economic component.

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 The exclusive nature of aboriginal title is relevant to the degree of scrutiny of the infringing measure or action. For example, if the Crown's fiduciary duty requires that aboriginal title be given priority, then it is the altered approach to priority that I laid down in *Gladstone* which should apply. What is required is that the government demonstrate (at para. 62) "both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest" of the holders of aboriginal title in the land. By analogy with *Gladstone*, this might entail, for example, that governments accommodate the participation of aboriginal peoples in the development of the resources of British Columbia, that the conferral of fee simples for agriculture, and of leases and licences for forestry and mining reflect the prior occupation of aboriginal title lands, that economic barriers to aboriginal uses of their lands (e.g., licensing fees) be somewhat reduced. This list is illustrative and not exhaustive. This is an issue that may involve an assessment of the various interests at stake in the resources in question. No doubt, there will be difficulties in determining the precise value of the aboriginal interest in the land and any grants, leases or licences given for its exploitation. These difficult economic considerations obviously cannot be solved here.

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 tienne 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 Moreover, the other aspects of aboriginal title suggest that the fiduciary duty may be articulated in a manner different than the idea of priority. This point becomes clear from a comparison between aboriginal title and the aboriginal right to fish for

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

1997 CanLII 302 (SCC)

food in *Sparrow*. First, aboriginal title encompasses within it a right to choose to what ends a piece of land can be put. The aboriginal right to fish for food, by contrast, does not contain within it the same discretionary component. This aspect of aboriginal title suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown's failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*. The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.

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.

Second, aboriginal title, unlike the aboriginal right to fish for food, has an inescapably economic aspect, particularly when one takes into account the modern uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put. The economic aspect of aboriginal title suggests that compensation is relevant to the question of justification as well, a possibility suggested in *Sparrow* and which I repeated in *Gladstone*. Indeed, compensation for breaches

Deuxièmement, contrairement au droit ancestral 169
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

1997 CanLII 302 (SCC)

of fiduciary duty are a well-established part of the landscape of aboriginal rights: *Guerin*. In keeping with the duty of honour and good faith on the Crown, fair compensation will ordinarily be required when aboriginal title is infringed. The amount of compensation payable will vary with the nature of the particular aboriginal title affected and with the nature and severity of the infringement and the extent to which aboriginal interests were accommodated. Since the issue of damages was severed from the principal action, we received no submissions on the appropriate legal principles that would be relevant to determining the appropriate level of compensation of infringements of aboriginal title. In the circumstances, it is best that we leave those difficult questions to another day.

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. *Has a claim to self-government been made out by the appellants*?

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

170 In the courts below, considerable attention was given to the question of whether s. 35(1) can protect a right to self-government, and if so, what the contours of that right are. The errors of fact made by the trial judge, and the resultant need for a new trial, make it impossible for this Court to determine whether the claim to self-government has been made out. Moreover, this is not the right case for the Court to lay down the legal principles to guide future litigation. The parties seem to have acknowledged this point, perhaps implicitly, by giving the arguments on self-government much less weight on appeal. One source of the decreased emphasis on the right to self-government on appeal is this Court's judgment *Pamajewon*. There, I held that rights to self-government, if they existed, cannot be framed in excessively general terms. The appellants did not have the benefit of my judgment at trial. Unsurprisingly, as counsel for the Wet'suwet'en specifically concedes, the appellants advanced the right to self-government in very

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,

1997 CanLII 302 (SCC)

broad terms, and therefore in a manner not cognizable under s. 35(1).

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).

The broad nature of the claim at trial also led to a failure by the parties to address many of the difficult conceptual issues which surround the recognition of aboriginal self-government. The degree of complexity involved can be gleaned from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, which devotes 277 pages to the issue. That report describes different models of self-government, each differing with respect to their conception of territory, citizenship, jurisdiction, internal government organization, etc. We received little in the way of submissions that would help us to grapple with these difficult and central issues. Without assistance from the parties, it would be imprudent for the Court to step into the breach. In these circumstances, the issue of self-government will fall to be determined at trial.

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. *Did the province have the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the Indian Act*?

(1) Introduction

For aboriginal rights to be recognized and affirmed by s. 35(1), they must have existed in 1982. Rights which were extinguished by the sovereign before that time are not revived by the provision. In a federal system such as Canada's, the need to determine whether aboriginal rights have been extinguished raises the question of which level of government has jurisdiction to do so. In the context of this appeal, that general question becomes three specific ones. First, there is the question whether the province of British Columbia, from the time it joined Confederation in 1871, until the entrenchment of s. 35(1) in 1982, had the

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

1997 CanLII 302 (SCC)

jurisdiction to extinguish the rights of aboriginal peoples, including aboriginal title, in that province. Second, if the province was without such jurisdiction, another question arises — whether provincial laws which were not in pith and substance aimed at the extinguishment of aboriginal rights could have done so nevertheless if they were laws of general application. The third and final question is whether a provincial law, which could otherwise not extinguish aboriginal rights, be given that effect through referential incorporation by s. 88 of the *Indian Act*.

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) Primary Jurisdiction

(2) Compétence principale

173 Since 1871, the exclusive power to legislate in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians" has been vested with the federal government by virtue of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. That head of jurisdiction, in my opinion, encompasses within it the exclusive power to extinguish aboriginal rights, including aboriginal title.

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.

"Lands reserved for the Indians"

«Les terres réservées aux Indiens»

174 I consider the second part of this provision first, which confers jurisdiction to the federal government over "Lands reserved for the Indians". The debate between the parties centred on whether that part of s. 91(24) confers jurisdiction to legislate with respect to aboriginal title. The province's principal submission is that "Lands reserved for the Indians" are lands which have been specifically set aside or designated for Indian occupation, such as reserves. However, I must reject that submission, because it flies in the face of the judgment of the Privy Council in *St. Catherine's Milling*. One of the issues in that appeal was the federal jurisdiction to accept the surrender of lands held pursuant to aboriginal title. It was argued that the federal government, at most, had jurisdiction over "Indian Reserves". Lord Watson, speaking for the Privy Council, rejected this argument, stating that had the intention been to restrict s. 91(24) in this way,

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

1997 CanLII 302 (SCC)

specific language to this effect would have been used. He accordingly held that (at p. 59):

> . . . the words actually used are, according to their natural meaning, sufficient to include all lands reserved, upon any terms or conditions, for Indian occupation.

Lord Watson's reference to "all lands" encompasses not only reserve lands, but lands held pursuant to aboriginal title as well. Section 91(24), in other words, carries with it the jurisdiction to legislate in relation to aboriginal title. It follows, by implication, that it also confers the jurisdiction to extinguish that title.

The province responds by pointing to the fact that underlying title to lands held pursuant to aboriginal title vested with the provincial Crown pursuant to s. 109 of the *Constitution Act, 1867*. In its submission, this right of ownership carried with it the right to grant fee simples which, by implication, extinguish aboriginal title, and so by negative implication excludes aboriginal title from the scope of s. 91(24). The difficulty with the province's submission is that it fails to take account of the language of s. 109, which states in part that:

> **109.** All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada . . . at the Union . . . shall belong to the several Provinces . . . subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

Although that provision vests underlying title in provincial Crowns, it qualifies provincial ownership by making it subject to the "any Interest other than that of the Province in the same". In *St. Catherine's Milling*, the Privy Council held that aboriginal title was such an interest, and rejected the argument that provincial ownership operated as a limit on federal jurisdiction. The net effect of that decision, therefore, was to separate the ownership of lands held pursuant to aboriginal title from jurisdiction over those lands. Thus, although on surrender of aboriginal title the province would

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 compé-

1997 CanLII 302 (SCC)

take absolute title, jurisdiction to accept surrenders lies with the federal government. The same can be said of extinguishment — although on extinguishment of aboriginal title, the province would take complete title to the land, the jurisdiction to extinguish lies with the federal government.

tence 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 I conclude with two remarks. First, even if the point were not settled, I would have come to the same conclusion. The judges in the court below noted that separating federal jurisdiction over Indians from jurisdiction over their lands would have a most unfortunate result — the government vested with primary constitutional responsibility for securing the welfare of Canada's aboriginal peoples would find itself unable to safeguard one of the most central of native interests — their interest in their lands. Second, although the submissions of the parties and my analysis have focussed on the question of jurisdiction over aboriginal title, in my opinion, the same reasoning applies to jurisdiction over any aboriginal right which relates to land. As I explained earlier, *Adams* clearly establishes that aboriginal rights may be tied to land but nevertheless fall short of title. Those relationships with the land, however, may be equally fundamental to aboriginal peoples and, for the same reason that jurisdiction over aboriginal title must vest with the federal government, so too must the power to legislate in relation to other aboriginal rights in relation to land.

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.

"Indians"

177 The extent of federal jurisdiction over Indians has not been definitively addressed by this Court. We have not needed to do so because the *vires* of federal legislation with respect to Indians, under the division of powers, has never been at issue. The cases which have come before the Court under

«Les Indiens»

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

1997 CanLII 302 (SCC)

s. 91(24) have implicated the question of jurisdiction over Indians from the other direction — whether provincial laws which on their face apply to Indians intrude on federal jurisdiction and are inapplicable to Indians to the extent of that intrusion. As I explain below, the Court has held that s. 91(24) protects a "core" of Indianness from provincial intrusion, through the doctrine of interjurisdictional immunity.

It follows, at the very least, that this core falls within the scope of federal jurisdiction over Indians. That core, for reasons I will develop, encompasses aboriginal rights, including the rights that are recognized and affirmed by s. 35(1). Laws which purport to extinguish those rights therefore touch the core of Indianness which lies at the heart of s. 91(24), and are beyond the legislative competence of the provinces to enact. The core of Indianness encompasses the whole range of aboriginal rights that are protected by s. 35(1). Those rights include rights in relation to land; that part of the core derives from s. 91(24)'s reference to "Lands reserved for the Indians". But those rights also encompass practices, customs and traditions which are not tied to land as well; that part of the core can be traced to federal jurisdiction over "Indians". Provincial governments are prevented from legislating in relation to both types of aboriginal rights.

(3) Provincial Laws of General Application

The vesting of exclusive jurisdiction with the federal government over Indians and Indian lands under s. 91(24), operates to preclude provincial laws in relation to those matters. Thus, provincial laws which single out Indians for special treatment are *ultra vires*, because they are in relation to Indians and therefore invade federal jurisdiction: see *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451. However, it

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

1997 CanLII 302 (SCC)

is a well-established principle that (*Four B Manufacturing Ltd.*, *supra*, at p. 1048):

> The conferring upon Parliament of exclusive legislative competence to make laws relating to certain classes of persons does not mean that the totality of these persons' rights and duties comes under primary federal competence to the exclusion of provincial laws of general application.

In other words, notwithstanding s. 91(24), provincial laws of general application apply *proprio vigore* to Indians and Indian lands. Thus, this Court has held that provincial labour relations legislation (*Four B*) and motor vehicle laws (*R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025), which purport to apply to all persons in the province, also apply to Indians living on reserves.

180 What must be answered, however, is whether the same principle allows provincial laws of general application to extinguish aboriginal rights. I have come to the conclusion that a provincial law of general application could not have this effect, for two reasons. First, a law of general application cannot, by definition, meet the standard which has been set by this Court for the extinguishment of aboriginal rights without being *ultra vires* the province. That standard was laid down in *Sparrow*, *supra*, at p. 1099, as one of "clear and plain" intent. In that decision, the Court drew a distinction between laws which extinguished aboriginal rights, and those which merely regulated them. Although the latter types of laws may have been "necessarily inconsistent" with the continued exercise of aboriginal rights, they could not extinguish those rights. While the requirement of clear and plain intent does not, perhaps, require that the Crown "use language which refers expressly to its extinguishment of aboriginal rights" (*Gladstone*, *supra*, at para. 34), the standard is still quite high. My concern is that the only laws with the sufficiently clear and plain intention to extinguish aboriginal rights would be laws in relation to Indians and Indian lands. As a result, a provincial law could never, *proprio vigore*, extinguish aboriginal

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.

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

1997 CanLII 302 (SCC)

rights, because the intention to do so would take the law outside provincial jurisdiction.

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.

Second, as I mentioned earlier, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application, through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on "Indianness" or the "core of Indianness" (*Dick*, *supra*, at pp. 326 and 315; also see *Four B*, *supra*, at p. 1047 and *Francis*, *supra*, at pp. 1028-29). The core of Indianness at the heart of s. 91(24) has been defined in both negative and positive terms. Negatively, it has been held to not include labour relations (*Four B*) and the driving of motor vehicles (*Francis*). The only positive formulation of Indianness was offered in *Dick*. Speaking for the Court, Beetz J. assumed, but did not decide, that a provincial hunting law did not apply *proprio vigore* to the members of an Indian band to hunt and because those activities were "at the centre of what they do and what they are" (at p. 320). But in *Van der Peet*, I described and defined the aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1) in a similar fashion, as protecting the occupation of land and the activities which are integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right. It follows that aboriginal rights are part of the core of Indianness at the heart of s. 91(24). Prior to 1982, as a result, they could not be extinguished by provincial laws of general application.

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) Section 88 of the *Indian Act*

Provincial laws which would otherwise not apply to Indians *proprio vigore*, however, are allowed to do so by s. 88 of the *Indian Act*, which incorporates by reference provincial laws of gen-

(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

1997 CanLII 302 (SCC)

eral application: *Dick*, *supra*, at pp. 326-27; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, at p. 297; *Francis*, *supra*, at pp. 1030-31. However, it is important to note, in Professor Hogg's words, that s. 88 does not "invigorate" provincial laws which are invalid because they are in relation to Indians and Indian lands (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 676; also see *Dick*, *supra*, at p. 322). What this means is that s. 88 extends the effect of provincial laws of general application which cannot apply to Indians and Indian lands because they touch on the Indianness at the core of s. 91(24). For example, a provincial law which regulated hunting may very well touch on this core. Although such a law would not apply to aboriginal people *proprio vigore*, it would still apply through s. 88 of the *Indian Act*, being a law of general application. Such laws are enacted to conserve game and for the safety of all.

183 The respondent B.C. Crown argues that since such laws are *intra vires* the province, and applicable to aboriginal persons, s. 88 could allow provincial laws to extinguish aboriginal rights. I reject this submission, for the simple reason that s. 88 does not evince the requisite clear and plain intent to extinguish aboriginal rights. The provision states in full:

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

I see nothing in the language of the provision which even suggests the intention to extinguish aboriginal rights. Indeed, the explicit reference to treaty rights in s. 88 suggests that the provision

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* (3e 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.

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

1997 CanLII 302 (SCC)

was clearly not intended to undermine aboriginal rights.

VI. Conclusion and Disposition

For the reasons I have given above, I would allow the appeal in part, and dismiss the cross-appeal. Reluctantly, I would also order a new trial.

I conclude with two observations. The first is that many aboriginal nations with territorial claims that overlap with those of the appellants did not intervene in this appeal, and do not appear to have done so at trial. This is unfortunate, because determinations of aboriginal title for the Gitksan and Wet'suwet'en will undoubtedly affect their claims as well. This is particularly so because aboriginal title encompasses an exclusive right to the use and occupation of land, i.e., to the exclusion of both non-aboriginals and members of other aboriginal nations. It may, therefore, be advisable if those aboriginal nations intervened in any new litigation.

Finally, this litigation has been both long and expensive, not only in economic but in human terms as well. By ordering a new trial, I do not necessarily encourage the parties to proceed to litigation and to settle their dispute through the courts. As was said in *Sparrow*, at p. 1105, s. 35(1) "provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place". Those negotiations should also include other aboriginal nations which have a stake in the territory claimed. Moreover, the Crown is under a moral, if not a legal, duty to enter into and conduct those negotiations in good faith. Ultimately, it is through negotiated settlements, with good faith and give and take on all sides, reinforced by the judgments of this Court, that we will achieve what I stated in *Van der Peet*, *supra*, at para. 31, to be a basic purpose of s. 35(1) — "the reconciliation of the pre-existence

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),

1997 CanLII 302 (SCC)

of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown". Let us face it, we are all here to stay.

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.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

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

187 LA FOREST J. — I have read the reasons of the Chief Justice, and while I agree with his conclusion, I disagree with various aspects of his reasons and in particular, with the methodology he uses to prove that aboriginal peoples have a general right of occupation of certain lands (often referred to as "aboriginal title").

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 I begin by considering why a new trial is necessary in this case. It is true, as the Chief Justice points out, that the amalgamation of the appellants' individual claims represents a defect in the pleadings and, technically speaking, this prevents us from considering the merits of the case. However, in my view, there is a more substantive problem with the pleadings in this case. Before this Court, the appellants sought a declaration of "aboriginal title" but attempted, in essence, to prove that they had complete control over the territory in question. The appellants effectively argued on appeal, as they did at trial, that by virtue of their social and land tenure systems — consisting of Chief authority, Houses, feasts, crests, and totem poles — they acquired an absolute interest in the claimed territory, including ownership of and jurisdiction over the land. The problem with this approach is that it requires proof of governance and control as opposed to proof of general occupation of the affected land. Only the latter is the *sine qua non* of "aboriginal title". It follows that what the appellants sought by way of declaration from this Court and what they set out to prove by way of the evidence were two different matters. In light of this substantive defect in the pleadings, a new trial

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

1997 CanLII 302 (SCC)

should be ordered to permit a reassessment of the matter on the basis of these reasons.

nouveau procès doit être ordonnée pour permettre le réexamen de la question, sur le fondement des présents motifs.

189 In my view, the foundation of "aboriginal title" was succinctly described by Judson J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, where, at p. 328, he stated: "the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means . . . ." Relying in part on Judson J.'s remarks, Dickson J. (as he then was) wrote in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 382, that aboriginal peoples have a "legal right to occupy and possess certain lands, the ultimate title to which is in the Crown". As well, in *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, this Court stated, at p. 678: "The inescapable conclusion from the Court's analysis of Indian title up to this point is that the Indian interest in land is truly *sui generis*. It is more than the right to enjoyment and occupancy although . . . it is difficult to describe what more in traditional property law terminology". More recently, Judson J.'s views were reiterated in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. There Lamer C.J. wrote for the majority, at para. 30, that the doctrine of aboriginal rights (one aspect of which is "aboriginal title") arises from "one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries" (emphasis in original).

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 It follows from these cases that the aboriginal right of possession is derived from the historic occupation and use of ancestral lands by aboriginal peoples. Put another way, "aboriginal title" is based on the continued occupation and use of the

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'utilisa-

1997 CanLII 302 (SCC)

land as part of the aboriginal peoples' traditional way of life. This *sui generis* interest is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts. The best description of "aboriginal title", as set out above, is a broad and general one derived from Judson J.'s pronouncements in *Calder*, *supra*. Adopting the same approach, Dickson J. wrote in *Guerin*, *supra*, that the aboriginal right of occupancy is further characterized by two principal features. First, this *sui generis* interest in the land is personal in that it is generally inalienable except to the Crown. Second, in dealing with this interest, the Crown is subject to a fiduciary obligation to treat aboriginal peoples fairly. Dickson J. went on to conclude, at p. 382, that "[a]ny description of Indian title which goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading". I share his views and am therefore reluctant to define more precisely the "right [of aboriginal peoples] to continue to live on their lands as their forefathers had lived"; see *Calder*, at p. 328.

tion 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 The approach I adopt, in defining the aboriginal right of occupancy, is also a highly contextual one. More specifically, I find it necessary to make a distinction between: (1) the recognition of a general right to occupy and possess ancestral lands; and (2) the recognition of a discrete right to engage in an aboriginal activity in a particular area. I defined the latter in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 97, as "the traditional use, by a tribe of Indians, that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose". The issue in *Côté*, as in *Van der Peet*, was whether the use of a particular fishing spot was really an aspect of the aboriginal peoples' way of life in pre-contact times; see also in the *Van der Peet* trilogy *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672. In all those cases, the fishing rights asserted by the aboriginal claimants were not associated with a

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

1997 CanLII 302 (SCC)

more general occupancy of the affected land. By contrast, the present case deals with a general claim to occupy and possess vast tracts of territory (58,000 square kilometres). This type of generalized land claim is not merely a bundle of discrete aboriginal rights to engage in specific activities. Rather, it is, as the Chief Justice states, at para. 111, the "right to use land for a variety of activities, not all of which need be aspects of practices, customs and traditions which are integral to the distinctive cultures of aboriginal societies". These land-based activities are, of course, related to the aboriginal society's habits and mode of life.

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.

I note, as well, that in defining the nature of "aboriginal title", one should generally not be concerned with statutory provisions and regulations dealing with reserve lands. In *Guerin*, *supra*, this Court held that the interest of an Indian band in a reserve is derived from, and is of the same nature as, the interest of an aboriginal society in its traditional tribal lands. Accordingly, the Court treated the aboriginal interest in reserve lands as one of occupation and possession while recognizing that the underlying title to those lands was in the Crown. It was not decided in *Guerin*, *supra*, and it by no means follows, that specific statutory provisions governing reserve lands should automatically apply to traditional tribal lands. For this reason, I am unable to assume that specific "reserve" provisions of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, and the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7, apply to huge tracts of land which are subject to an aboriginal right of occupancy.

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.

1997 CanLII 302 (SCC)

1997 CanLII 302 (SCC)

193 I turn next to this Court's decision in *Van der Peet*, *supra*, where the Chief Justice identified a number of factors essential to the recognition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As I have already indicated, the *Van der Peet* trilogy dealt with activity-based discrete rights and, more specifically, with fishing activities that were carried out in the face of statutory prohibitions. By contrast, the present case deals with a generalized claim over vast tracts of territory, a claim which is itself the foundation for particular rights and activities. Moreover, I agree with the appellants that this generalized claim should not be defined as merely a compendium of aboriginal rights, each of which must meet the test set out in *Van der Peet*. Nonetheless, I am of the view that the "key" factors identified in *Van der Peet*, namely precision, specificity, continuity, and centrality are still met by my approach in the present case.

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 First, it is clear that the nature of an aboriginal claim must be identified precisely with regard to particular practices, customs and traditions. As already mentioned, when dealing with a claim of "aboriginal title", the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society's traditional way of life. In pragmatic terms, this means looking at the manner in which the society used the land to live, namely to establish villages, to work, to get to work, to hunt, to travel to hunting grounds, to fish, to get to fishing pools, to conduct religious rites, etc. These uses, although limited to the aboriginal society's traditional way of life, may be exercised in a contemporary manner; see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1099.

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 Second, it is self-evident that an aboriginal society asserting the right to live on its ancestral lands

Deuxièmement, il est évident que la société autochtone qui revendique le droit de vivre sur ses

must specify the area which has been continuously used and occupied. That is, the general boundaries of the occupied territory should be identified. I recognize, however, that when dealing with vast tracts of territory it may be impossible to identify geographical limits with scientific precision. Nonetheless, this should not preclude the recognition of a general right of occupation of the affected land. Rather, the drawing of exact territorial limits can be settled by subsequent negotiations between the aboriginal claimants and the government.

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.

Some would also argue that specificity requires exclusive occupation and use of the land by the aboriginal group in question. The way I see it, exclusivity means that an aboriginal group must show that a claimed territory is indeed its ancestral territory and not the territory of an unconnected aboriginal society. On the other hand, I recognize the possibility that two or more aboriginal groups may have occupied the same territory and used the land communally as part of their traditional way of life. In cases where two or more groups have accommodated each other in this way, I would not preclude a finding of joint occupancy. The result may be different, however, in cases where one dominant aboriginal group has merely permitted other groups to use the territory or where definite boundaries were established and maintained between two aboriginal groups in the same territory.

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.

Third, as indicated above, the aboriginal right of possession is based on the continued occupation and use of traditional tribal lands. The Chief Justice concludes that the relevant time period for the establishment of "aboriginal title" is the time at which the Crown asserted sovereignty over the affected land. I agree that in the context of generalized land claims, it is more appropriate, from a practical and theoretical standpoint, to consider the time of sovereignty as opposed to the time of first contact between an aboriginal society and Europeans. However, I am also of the view that the date

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

1997 CanLII 302 (SCC)

of sovereignty may not be the only relevant moment to consider. For instance, there may have been aboriginal settlements in one area of the province but, after the assertion of sovereignty, the aboriginal peoples may have all moved to another area where they remained from the date of sovereignty until the present. This relocation may have been due to natural causes, such as the flooding of villages, or to clashes with European settlers. In these circumstances, I would not deny the existence of "aboriginal title" in that area merely because the relocation occurred post-sovereignty. In other words, continuity may still exist where the present occupation of one area is connected to the pre-sovereignty occupation of another area.

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 Also, on the view I take of continuity, I agree with the Chief Justice that it is not necessary for courts to have conclusive evidence of pre-sovereignty occupation. Rather, aboriginal peoples claiming a right of possession may provide evidence of present occupation as proof of prior occupation. Further, I agree that there is no need to establish an unbroken chain of continuity and that interruptions in occupancy or use do not necessarily preclude a finding of "title". I would go further, however, and suggest that the presence of two or more aboriginal groups in a territory may also have an impact on continuity of use. For instance, one aboriginal group may have ceded its possession to subsequent occupants or merged its territory with that of another aboriginal society. As well, the occupancy of one aboriginal society may be connected to the occupancy of another society by conquest or exchange. In these circumstances, continuity of use and occupation, extending back to the relevant time, may very well be established;

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

1997 CanLII 302 (SCC)

see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 759.

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.

Fourth, if aboriginal peoples continue to occupy and use the land as part of their traditional way of life, it necessarily follows that the land is of central significance to them. As already suggested, aboriginal occupancy refers not only to the presence of aboriginal peoples in villages or permanently settled areas. Rather, the use of adjacent lands and even remote territories to pursue a traditional mode of life is also related to the notion of occupancy. Viewed in this light, occupancy is part of aboriginal culture in a broad sense and is, therefore, absorbed in the notion of distinctiveness. To use the language of *Van der Peet*, proof of occupancy is proof of centrality.

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.

I would also add that my approach regarding the nature of aboriginal occupancy is supported by the terms of the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1. Although the *Proclamation* is not the sole source of "aboriginal title" in this country, it bears witness to the British policy towards aboriginal peoples which was based on respect for their right to occupy their ancestral lands; see *Sparrow*, *supra*, at p. 1103. Specifically, the *Proclamation* provides:

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, nº 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:

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

> 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.

In clear terms vast tracts of territory (including large portions of the area now comprising Ontario,

En termes clairs, de vastes étendues de territoire (y compris de larges portions du territoire qui

1997 CanLII 302 (SCC)

Quebec, and the prairie provinces) were reserved for aboriginal peoples. These huge tracts of land were by no means limited to villages or permanent settlements but were reserved more generally as "Hunting Grounds" and "for the use of the said Indians". Aboriginal peoples had the right to possess the lands reserved for them and "not be molested or disturbed in the Possession" of such territory. In essence, the rights set out in the *Proclamation* — which were applied in principle to aboriginal peoples across the country — underlie the view I have taken of aboriginal occupancy; see *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774 (Alta. S.C., App. Div.), at p. 787, and *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (N.W.T.C.A.), aff'd *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642.

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 The analysis thus far has focussed on the nature of the aboriginal right to occupy and possess certain lands — a right recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Nonetheless, as Dickson C.J. and I wrote in *Sparrow*, *supra*, at p. 1109: "Rights that are recognized and affirmed are not absolute". Thus, government regulation can infringe upon aboriginal rights if it meets the test of justification under s. 35(1). It is important to emphasize as well that the approach adopted under s. 35(1) is a highly contextual one. This is also clear from the reasons I wrote jointly with Dickson C.J. in *Sparrow*, at p. 1111:

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:

> We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

> 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 In the context of the present case, I agree with the Chief Justice that the general economic development of the interior of British Columbia,

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

1997 CanLII 302 (SCC)

through agriculture, mining, forestry, and hydroelectric power, as well as the related building of infrastructure and settlement of foreign populations are valid legislative objectives that, in principle, satisfy the first part of the justification analysis.

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.

Under the second part of the justification test, these legislative objectives are subject to accommodation of the aboriginal peoples' interests. This accommodation must always be in accordance with the honour and good faith of the Crown. Moreover, when dealing with a generalized claim over vast tracts of land, accommodation is not a simple matter of asking whether licences have been fairly allocated in one industry, or whether conservation measures have been properly implemented for a specific resource. Rather, the question of accommodation of "aboriginal title" is much broader than this. Certainly, one aspect of accommodation in this context entails notifying and consulting aboriginal peoples with respect to the development of the affected territory. Another aspect of accommodation is fair compensation. More specifically, in a situation of expropriation, one asks whether fair compensation is available to the aboriginal peoples; see *Sparrow*, *supra*, at p. 1119. Indeed, the treatment of "aboriginal title" as a compensable right can be traced back to the *Royal Proclamation, 1763*. The relevant portions of the *Proclamation* are as follows:

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*:

> . . . such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them [aboriginal peoples] or any of them, as their Hunting Grounds. . . .
>
> We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians . . . but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name. . . . [Emphasis added.]

> . . . 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.]

Clearly, the *Proclamation* contemplated that aboriginal peoples would be compensated for the

De toute évidence, la *Proclamation* prévoyait que les peuples autochtones seraient indemnisés pour

1997 CanLII 302 (SCC)

surrender of their lands; see also Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 751-52. It must be emphasized, nonetheless, that fair compensation in the present context is not equated with the price of a fee simple. Rather, compensation must be viewed in terms of the right and in keeping with the honour of the Crown. Thus, generally speaking, compensation may be greater where the expropriation relates to a village area as opposed to a remotely visited area. I add that account must be taken of the interdependence of traditional uses to which the land was put.

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 In summary, in developing vast tracts of land, the government is expected to consider the economic well being of all Canadians. But the aboriginal peoples must not be forgotten in this equation. Their legal right to occupy and possess certain lands, as confirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, mandates basic fairness commensurate with the honour and good faith of the Crown.

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 With regard to the issue of self-government, I conclude, as does the Chief Justice, that there was insufficient evidence before this Court to make any determination regarding this aspect of the appellants' claim.

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 As for the issue raised on the cross-appeal, I agree with the Chief Justice's conclusion. The respondent province had no authority to extinguish aboriginal rights either under the *Constitution Act, 1867* or by virtue of s. 88 of the *Indian Act*.

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 On a final note, I wish to emphasize that the best approach in these types of cases is a process of negotiation and reconciliation that properly considers the complex and competing interests at stake. This point was made by Lambert J.A. in the Court of Appeal, [1993] 5 W.W.R. 97, at pp. 379-80:

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:

1997 CanLII 302 (SCC)

So, in the end, the legal rights of the Indian people will have to be accommodated within our total society by political compromises and accommodations based in the first instance on negotiation and agreement and ultimately in accordance with the sovereign will of the community as a whole. The legal rights of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples, to which this law suit is confined, and which allow no room for any approach other than the application of the law itself, and the legal rights of all aboriginal peoples throughout British Columbia, form only one factor in the ultimate determination of what kind of community we are going to have in British Columbia and throughout Canada in the years ahead. [Emphasis added.]

(See also *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 2 (*Restructuring the Relationship*), Part 2, at pp. 561-62.)

Accordingly, I would allow the appeal in part and order a new trial on the basis of the principles set out in these reasons. I would also dismiss the cross-appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I concur with the Chief Justice. I add that I am also in substantial agreement with the comments of Justice La Forest.

* * *

SCHEDULE 1

Appellants

DELGAMUUKW, also known as Earl Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Delgamuukw and Haaxw

GISDAY WA, also known as Alfred Joseph, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gisday Wa

NII KYAP, also known as Gerald Gunanoot, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Nii Kyap

[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.

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 Gisday 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

1997 CanLII 302 (SCC)

LELT, also known as Lloyd Ryan, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Lelt and Haak'w

ANTGULILBIX, also known as Mary Johnson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Antgulilbix

TENIMGYET, also known as Arthur Matthews, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Tenimgyet

GOOHLAHT, also known as Lucy Namox, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Goohlaht and Samooh

KLIIYEM LAX HAA, also known as Eva Sampson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Kliiyem Lax Haa and Wii'mugulsxw

GWIS GYEN, also known as Stanley Williams, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwis Gyen

KWEESE, also known as Florence Hall, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Kweese

DJOGASLEE, also known as Walter Wilson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Djogaslee

GWAGL'LO, also known as Ernest Hyzims, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gwagl'lo and Duubisxw

GYOLUGYET, also known as Mary McKenzie, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Gyolugyet

GYETM GALDOO, also known as Sylvester Green, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gyetm Galdoo and Wii'Goob'l

HAAK ASXW, also known as Larry Wright, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Haak Asxw

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

KLIIYEM 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

1997 CanLII 302 (SCC)

GEEL, also known as Walter Harris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Geel

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, also known as Billy Morrison, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Haalus

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, also known as Herbert Burke, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Hlengwax

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, also known as Ben McKenzie, Sr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Luutkudziiwus

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, also known as Jeffrey Harris, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Ma'uus

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, also known as Alice Jeffery, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Miluu Lak and Haiwas

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, also known as James Woods, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Nika Teen

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, also known as John Wilson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Skiik'm Lax Ha

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, also known as Robert Stevens, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Minosik

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, also known as Solomon Jack, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwinin Nitxw

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, also known as Kathleen Wale, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gwoimt and Tsabux

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, also known as Jeffrey Harris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Luus

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

1997 CanLII 302 (SCC)

NIIST, also known as David Blackwater, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Niist and Baskyelaxha

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, also known as Steven Robinson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Spookw and Yagosip

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, also known as Neil Sterritt, Sr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Gaak

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, also known as Charlie Clifford, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Dawamuxw

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, also known as Peter Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gitludahl and Wiigyet

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, also known as Herbert Wesley, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Guxsan

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, also known as Joan Ryan, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Hanamuxw

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, also known as George Turner, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Yal

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, also known as Chris Skulsh, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwiiyeehl

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, also known as Vernon Smith, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Sakxum Higookx

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, also known as James Brown, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Ma Deek

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, also known as Roy Morris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Woos

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

1997 CanLII 302 (SCC)

KNEDEBEAS, also known as Sarah Layton, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Knedebeas

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, also known as Leonard George, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Smogelgem

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, also known as Patrick Pierre, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Klo Um Khun

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, also known as Ron Mitchell, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Hag Wil Negh

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, also known as Henry Alfred, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wah Tah Keg'ht

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, also known as John Namox, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wah Tah Kwets

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, also known as Victor Mowatt, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gutginuxw

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, also known as Vernon Milton, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Xsgogimlaxha

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, also known as Roy Wesley, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wiigyet

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, also known as Jim Angus, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Wii Elaast and Amagyet

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, also known as Gertie Watson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Gaxsbgabaxs

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, also known as Dan Michell, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Namox

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

1997 CanLII 302 (SCC)

1997 CanLII 302 (SCC)

SCHEDULE 2

Those Intervening with the Musqueam Nation

Delbert Guerin

Gail Y. Sparrow

Jim Kew

Larry Grant

Leona M. Sparrow

Mary Charles

Myrtle McKay

Nolan Charles

Susan A. Point

Chief George Guerin

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

SCHEDULE 3

Those Intervening with the 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

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

Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Gitksan Hereditary Chiefs et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitors for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Wet'suwet'en Hereditary Chiefs et al.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

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.

Solicitors for the respondent and appellant on the cross-appeal, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Arvay, Finlay, Victoria.

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

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the intervener the Westbank First Nation: Woodward and Company, Victoria.

Solicitors for the interveners the Musqueam Nation et al.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitor for the interveners the B.C. Cattlemen's Association, et al.: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the intervener Skeena Cellulose Inc.: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener Alcan Aluminum Ltd.: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, 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.

1997 CanLII 302 (SCC)