Roger William, on his own behalf, on behalf of all other members of the Xeni Gwet'in First Nations Government and on behalf of all other members of the Tsilhqot'in Nation *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia, Regional Manager of the Cariboo Forest Region and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General of Manitoba, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Te'mexw Treaty Association, Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia, Association for Mineral Exploration British Columbia, Assembly of First Nations, Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and on behalf of all Gitanyow, Hul'qumi'num Treaty Group, Council of the Haida Nation, Office of the Wet'suwet'en Chiefs, Indigenous Bar Association in Canada, First Nations Summit, Tsawout First Nation, Tsartlip First Nation, Snuneymuxw First Nation, Kwakiutl First Nation, Coalition of Union of

Roger William, en son propre nom, au nom de tous les autres membres du gouvernement de la Première Nation Xeni Gwet'in et au nom de tous les autres membres de la Nation Tsilhqot'in *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, chef régional de la région de Cariboo Forest et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général du Québec, procureur général du Manitoba, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Association du traité des Te'mexw, Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia, Association for Mineral Exploration British Columbia, Assemblée des Premières Nations, chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom de tous les Gitanyow, Groupe du traité Hul'qumi'num, Conseil de la Nation haïda, Bureau des chefs Wet'suwet'en, Association du barreau autochtone au Canada, Sommet des Premières Nations, Première Nation Tsawout, Première Nation Tsartlip, Première Nation Snuneymuxw, Première Nation Kwakiutl, Coalition de l'Union des chefs

2014 SCC 44 (CanLII)

British Columbia Indian Chiefs, Okanagan Nation Alliance, Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Splatsin Indian Bands, Amnesty International, Canadian Friends Service Committee, Gitxaala Nation, Chilko Resorts and Community Association and Council of Canadians *Interveners*

indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splatsin, Amnistie internationale, Secours Quaker canadien, Nation Gitxaala, Chilko Resorts and Community Association et Conseil des Canadiens *Intervenants*

Indexed as: Tsilhqot'in Nation *v.* British Columbia

2014 SCC 44

File No.: 34986.

2013: November 7; 2014: June 26.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

Répertorié : Nation Tsilhqot'in *c.* Colombie-Britannique

2014 CSC 44

N° du greffe : 34986.

2013 : 7 novembre; 2014 : 26 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Elements of test for establishing Aboriginal title to land — Rights and limitations conferred by Aboriginal title — Duties owed by Crown before and after Aboriginal title to land established — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether test for Aboriginal title requiring proof of regular and exclusive occupation or evidence of intensive and site-specific occupation — Whether trial judge erred in finding Aboriginal title established — Whether Crown breached procedural duties to consult and accommodate before issuing logging licences — Whether Crown incursions on Aboriginal interest justified under s. 35 Constitution Act, 1982 framework — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Provincial laws of general application — Constitutional

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales —Éléments du critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral sur un territoire — Droits et restrictions rattachés au titre ancestral — Obligations de la Couronne avant et après la reconnaissance du titre ancestral — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur des terres — Le critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral exige-t-il la preuve d'une occupation régulière et exclusive ou la preuve d'une occupation intensive d'un site spécifique? — Le juge de première instance a-t-il conclu par erreur à l'existence du titre ancestral? — La Couronne a-t-elle manqué à ses obligations procédurales de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de délivrer les permis de coupe de bois? — Les atteintes portées par la Couronne aux intérêts des Autochtones sont-elles justifiées par le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Lois provinciales d'application

2014 SCC 44 (CanLII)

constraints on provincial regulation of Aboriginal title land — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Infringement and justification framework under s. 35 Constitution Act, 1982 — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether provincial laws of general application apply to Aboriginal title land — Whether Forest Act on its face applies to Aboriginal title land — Whether application of Forest Act ousted by operation of Constitution — Whether doctrine of interjurisdictional immunity should be applied to lands held under Aboriginal title — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

générale — Contraintes constitutionnelles sur la réglementation, par la province, du territoire visé par le titre ancestral — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Atteinte et cadre d'analyse de la justification relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur le territoire — Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles au territoire visé par le titre ancestral? — La Forest Act s'applique-t-elle à première vue au territoire visé par le titre ancestral? — La Constitution a-t-elle pour effet d'écarter l'application de la Forest Act? — La doctrine de l'exclusivité des compétences devrait-elle s'appliquer à des terres grevées du titre ancestral? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

For centuries the Tsilhqot'in Nation, a semi-nomadic grouping of six bands sharing common culture and history, have lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. It is one of hundreds of indigenous groups in B.C. with unresolved land claims. In 1983, B.C. granted a commercial logging licence on land considered by the Tsilhqot'in to be part of their traditional territory. The band objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. Talks with the Province reached an impasse and the original land claim was amended to include a claim for Aboriginal title to the land at issue on behalf of all Tsilhqot'in people. The federal and provincial governments opposed the title claim.

Depuis des siècles, la Nation Tsilhqot'in, un regroupement de six bandes semi-nomades ayant une culture et une histoire communes, vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique. Ce n'est qu'un groupe autochtone parmi des centaines en Colombie-Britannique dont les revendications territoriales ne sont pas réglées. En 1983, la province a accordé un permis commercial de coupe de bois sur des terres que les Tsilhqot'in considèrent faire partie de leur territoire ancestral. La bande s'y est opposée et a sollicité un jugement déclaratoire interdisant l'exploitation forestière commerciale sur le territoire. La négociation avec la province a mené à une impasse et la revendication territoriale initiale a été modifiée de manière à inclure une revendication du titre ancestral sur le territoire en cause au nom de tous les Tsilhqot'in. Les gouvernements fédéral et provincial ont contesté la revendication du titre.

The Supreme Court of British Columbia held that occupation was established for the purpose of proving title by showing regular and exclusive use of sites or territory within the claim area, as well as to a small area outside that area. Applying a narrower test based on site-specific occupation requiring proof that the Aboriginal group's ancestors intensively used a definite tract of land with reasonably defined boundaries at the time of European sovereignty, the British Columbia Court of Appeal held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que l'occupation était établie dans le but de fonder l'existence du titre par la démonstration d'une utilisation régulière et exclusive de certains sites ou du territoire revendiqué ainsi que d'un petit secteur à l'extérieur de ce territoire. Appliquant un critère plus restreint fondé sur l'occupation d'un site spécifique exigeant la preuve qu'au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, les ancêtres du groupe autochtone utilisaient intensément une parcelle de terrain spécifique dont les limites sont raisonnablement définies, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'existence du titre revendiqué par les Tsilhqot'in n'avait pas été établie.

2014 SCC 44 (CanLII)

Held: The appeal should be allowed and a declaration of Aboriginal title over the area requested should be granted. A declaration that British Columbia breached its duty to consult owed to the Tsilhqot'in Nation should also be granted.

The trial judge was correct in finding that the Tsilhqot'in had established Aboriginal title to the claim area at issue. The claimant group, here the Tsilhqot'in, bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common law terms. Aboriginal title flows from occupation in the sense of regular and exclusive use of land. To ground Aboriginal title "occupation" must be sufficient, continuous (where present occupation is relied on) and exclusive. In determining what constitutes sufficient occupation, which lies at the heart of this appeal, one looks to the Aboriginal culture and practices, and compares them in a culturally sensitive way with what was required at common law to establish title on the basis of occupation. Occupation sufficient to ground Aboriginal title is not confined to specific sites of settlement but extends to tracts of land that were regularly used for hunting, fishing or otherwise exploiting resources and over which the group exercised effective control at the time of assertion of European sovereignty.

In finding that Aboriginal title had been established in this case, the trial judge identified the correct legal test and applied it appropriately to the evidence. While the population was small, he found evidence that the parts of the land to which he found title were regularly used by the Tsilhqot'in, which supports the conclusion of sufficient occupation. The geographic proximity between sites for which evidence of recent occupation was tendered and those for which direct evidence of historic occupation existed also supports an inference of continuous occupation. And from the evidence that prior to the assertion of sovereignty the Tsilhqot'in repelled other people from their land and demanded permission from outsiders who wished to pass over it, he concluded that the Tsilhqot'in treated the land as exclusively theirs. The Province's criticisms of the trial judge's findings on the facts are primarily rooted in the erroneous thesis that only specific, intensively occupied areas can support Aboriginal title. Moreover, it was the trial judge's task to sort out conflicting evidence and make findings of fact.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la Cour reconnaît l'existence du titre ancestral sur le territoire que vise la revendication. La Cour déclare également que la Colombie-Britannique a manqué à son obligation de consultation envers la Nation Tsilhqot'in.

Le juge de première instance a eu raison de conclure que les Tsilhqot'in avaient établi l'existence du titre ancestral sur le territoire revendiqué en cause. Il incombe au groupe revendicateur, en l'espèce les Tsilhqot'in, d'établir l'existence du titre ancestral. Il faut déterminer la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne. Le titre ancestral découle de l'occupation, c'est-à-dire d'une utilisation régulière et exclusive des terres. Pour fonder l'existence du titre ancestral, l'« occupation » doit être suffisante, continue (si l'occupation actuelle est invoquée) et exclusive. Pour déterminer ce qui constitue une occupation suffisante, l'exigence qui se trouve au cœur du présent pourvoi, il faut examiner la culture et les pratiques des Autochtones et les comparer, tout en tenant compte de leurs particularités culturelles, à ce qui était requis en common law pour établir l'existence d'un titre fondé sur l'occupation. L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

En concluant que l'existence du titre ancestral avait été établie en l'espèce, le juge de première instance a identifié le bon critère juridique et l'a correctement appliqué à la preuve. Le territoire était peu peuplé, mais il a relevé des éléments de preuve indiquant que les parties du territoire sur lesquelles il a conclu à l'existence du titre étaient régulièrement utilisées par les Tsilhqot'in, ce qui appuyait sa conclusion quant à la possession suffisante. La proximité géographique entre les sites à l'égard desquels une preuve d'occupation récente a été produite et ceux à l'égard desquels il existait une preuve directe d'occupation passée appuyait également l'inférence d'une occupation continue. Au vu de la preuve indiquant que les Tsilhqot'in, avant l'affirmation de la souveraineté, ont repoussé d'autres peuples de leurs terres et ont exigé que les étrangers qui désiraient passer sur leurs terres leur demandent la permission, il a conclu que les Tsilhqot'in considéraient qu'ils possédaient leurs terres en exclusivité. Les critiques de la province à l'endroit des conclusions de fait du juge de première

2014 SCC 44 (CanLII)

The presence of conflicting evidence does not demonstrate palpable and overriding error. The Province has not established that the conclusions of the trial judge are unsupported by the evidence or otherwise in error. Nor has it established his conclusions were arbitrary or insufficiently precise. Absent demonstrated error, his findings should not be disturbed.

instance reposent principalement sur la thèse erronée voulant que le titre ancestral s'attache uniquement à des secteurs spécifiques occupés intensivement. En outre, il appartenait au juge de première instance de faire la part des éléments de preuve contradictoires et de tirer des conclusions de fait. La présence d'éléments de preuve contradictoires ne démontre pas l'existence d'une erreur manifeste et dominante. La province n'a pas démontré que les conclusions du juge de première instance ne sont pas étayées par la preuve ou qu'elles sont autrement erronées. Elle n'a pas non plus démontré que ses conclusions étaient arbitraires ou manquaient de précision. En l'absence d'une erreur manifeste, ses conclusions ne devraient pas être modifiées.

The nature of Aboriginal title is that it confers on the group that holds it the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to the restriction that the uses must be consistent with the group nature of the interest and the enjoyment of the land by future generations. Prior to establishment of title, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups. The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed.

De par sa nature, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, pourvu que les utilisations respectent la nature collective de ce droit et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Avant que l'existence du titre soit établie, la Couronne est tenue de consulter de bonne foi les groupes autochtones qui revendiquent le titre sur des terres au sujet de ses projets d'utilisation des terres et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de ces groupes. Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet préjudiciable éventuel du projet sur l'intérêt revendiqué.

Where Aboriginal title has been established, the Crown must not only comply with its procedural duties, but must also justify any incursions on Aboriginal title lands by ensuring that the proposed government action is substantively consistent with the requirements of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This requires demonstrating both a compelling and substantial governmental objective and that the government action is consistent with the fiduciary duty owed by the Crown to the Aboriginal group. This means the government must act in a way that respects the fact that Aboriginal title is a group interest that inheres in present and future generations, and the duty infuses an obligation of proportionality into the justification process: the incursion must be necessary to achieve the government's goal (rational connection); the government must go no further than necessary to achieve it (minimal impairment); and the benefits that may be expected to flow from that goal must not be outweighed by adverse effects on the Aboriginal interest (proportionality of impact). Allegations of infringement or failure to adequately consult can be avoided by obtaining the consent of the interested Aboriginal group. This s. 35

Lorsque l'existence du titre ancestral a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais elle doit aussi justifier toute incursion sur les terres visées par le titre ancestral en s'assurant que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle doit à cette fin démontrer l'existence d'un objectif public réel et impérieux, et la compatibilité de la mesure gouvernementale avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone. Le gouvernement doit donc agir d'une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures et que l'obligation fiduciaire de la Couronne insuffle une obligation de proportionnalité dans le processus de justification : l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel); le gouvernement ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale); et les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne doivent pas l'emporter sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence).

2014 SCC 44 (CanLII)

framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

Les allégations d'atteinte aux droits ou de manquement à l'obligation de consulter adéquatement le groupe peuvent être évitées par l'obtention du consentement du groupe autochtone en question. Ce cadre d'analyse relatif à l'art. 35 permet une conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les Canadiens.

The alleged breach in this case arises from the issuance by the Province of licences affecting the land in 1983 and onwards, before title was declared. The honour of the Crown required that the Province consult the Tsilhqot'in on uses of the lands and accommodate their interests. The Province did neither and therefore breached its duty owed to the Tsilhqot'in.

En l'espèce, le manquement allégué découle de la délivrance, par la province, de permis de coupe de bois sur les terres à compter de 1983, avant que l'existence du titre soit reconnue. Le principe de l'honneur de la Couronne obligeait la province à consulter les Tsilhqot'in à propos des utilisations des terres et à trouver des accommodements à leurs intérêts. La province n'a fait ni l'un ni l'autre et a donc manqué à son obligation envers les Tsilhqot'in.

While unnecessary for the disposition of the appeal, the issue of whether the *Forest Act* applies to Aboriginal title land is of pressing importance and is therefore addressed. As a starting point, subject to the constitutional constraints of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and the division of powers in the *Constitution Act, 1867*, provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title. As a matter of statutory construction, the *Forest Act* on its face applied to the land in question at the time the licences were issued. The British Columbia legislature clearly intended and proceeded on the basis that lands under claim remain "Crown land" for the purposes of the *Forest Act* at least until Aboriginal title is recognized. Now that title has been established, however, the timber on it no longer falls within the definition of "Crown timber" and the *Forest Act* no longer applies. It remains open to the legislature to amend the Act to cover lands over which Aboriginal title has been established, provided it observes applicable constitutional restraints.

La question de l'application de la *Forest Act* aux terres visées par un titre ancestral revêt une grande importance, et bien qu'il ne soit pas nécessaire de la trancher pour les besoins du présent pourvoi, il convient de l'examiner. Comme point de départ, sous réserve des contraintes constitutionnelles qu'imposent l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral. Suivant les règles d'interprétation législative, la *Forest Act* s'appliquait, à première vue, aux terres en question à l'époque où les permis ont été délivrés. Le législateur de la Colombie-Britannique entendait clairement que les terres revendiquées demeurent des « terres publiques » pour les besoins de la *Forest Act*, du moins jusqu'à ce que le titre ancestral soit reconnu; c'est sur quoi la province s'est fondée pour accorder le permis. Cependant, maintenant que l'existence du titre a été établie, la définition de « bois des terres publiques » ne s'applique plus au bois qui se trouve sur ces terres et la *Forest Act* ne s'applique plus à ces terres. Le législateur peut toujours modifier la *Forest Act* afin qu'elle s'applique au territoire sur lequel le titre ancestral a été établi, à la condition de respecter les contraintes constitutionnelles applicables.

This raises the question of whether provincial forestry legislation that on its face purports to apply to Aboriginal title lands, such as the *Forest Act*, is ousted by the s. 35 framework or by the limits on provincial power under the *Constitution Act, 1867*. Under s. 35, a right will be infringed by legislation if the limitation is unreasonable, imposes undue hardship, or denies the holders of the right their preferred means of exercising the right. General regulatory legislation, such as legislation aimed at managing the forests in a way that deals with pest invasions or prevents forest fires, will often pass this test and

Cela soulève la question de savoir si le cadre d'analyse relatif à l'art. 35, ou les limites à la compétence que la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province, écartent les lois provinciales régissant l'exploitation forestière, telle la *Forest Act*, qui sont à première vue censées s'appliquer aux terres visées par un titre ancestral. Aux termes de l'art. 35, une loi portera atteinte à un droit si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse ou si elle refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Une loi de nature réglementaire de portée générale, par

2014 SCC 44 (CanLII)

no infringement will result. However, the issuance of timber licences on Aboriginal title land is a direct transfer of Aboriginal property rights to a third party and will plainly be a meaningful diminution in the Aboriginal group's ownership right amounting to an infringement that must be justified in cases where it is done without Aboriginal consent.

Finally, for purposes of determining the validity of provincial legislative incursions on lands held under Aboriginal title, the framework under s. 35 displaces the doctrine of interjurisdictional immunity. There is no role left for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the idea that Aboriginal rights are at the core of the federal power over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. The doctrine of interjurisdictional immunity is directed to ensuring that the two levels of government are able to operate without interference in their core areas of exclusive jurisdiction. This goal is not implicated in cases such as this. Aboriginal rights are a limit on both federal and provincial jurisdiction. The problem in cases such as this is not competing provincial and federal power, but rather tension between the right of the Aboriginal title holders to use their land as they choose and the province which seeks to regulate it, like all other land in the province. Interjurisdictional immunity — premised on a notion that regulatory environments can be divided into watertight jurisdictional compartments — is often at odds with modern reality. Increasingly, as our society becomes more complex, effective regulation requires cooperation between interlocking federal and provincial schemes. Interjurisdictional immunity may thwart such productive cooperation.

In the result, provincial regulation of general application, including the *Forest Act*, will apply to exercises of Aboriginal rights such as Aboriginal title land, subject to the s. 35 infringement and justification framework. This carefully calibrated test attempts to reconcile general legislation with Aboriginal rights in a sensitive way as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and is fairer and more practical from a policy perspective than the blanket inapplicability imposed by the doctrine of interjurisdictional immunity. The result is a balance that

exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt, satisfera souvent à ce critère et il n'en résultera aucune atteinte. Toutefois, la délivrance de permis de coupe de bois sur des terres grevées du titre ancestral constitue un transfert direct à des tiers de droits de propriété des Autochtones et entraîne manifestement une diminution significative du droit de propriété du groupe autochtone assimilable à une atteinte qui doit être justifiée dans les cas où les Autochtones n'y ont pas consenti.

Enfin, lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une atteinte causée par l'application des lois provinciales à des terres visées par un titre ancestral, le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 écarte la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les « Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont alors d'aucune utilité. La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à faire en sorte que les deux niveaux de gouvernement soient en mesure de fonctionner sans que l'un empiète sur le contenu essentiel des domaines de compétence exclusive de l'autre. Cet objectif n'est pas en cause dans les affaires telles que celle qui nous occupe. Les droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales. Le problème dans des cas comme celui-ci ne résulte pas d'une confrontation entre le pouvoir des provinces et celui du gouvernement fédéral mais plutôt d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province. La doctrine de l'exclusivité des compétences — fondée sur l'idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l'encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. La doctrine de l'exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération.

En conséquence, la réglementation provinciale d'application générale, notamment la *Forest Act*, s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux tels que le titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte. Ce critère soigneusement conçu vise à concilier la loi d'application générale et les droits ancestraux avec la délicatesse qu'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il est plus équitable et pratique du point de vue de la politique générale que l'inapplicabilité générale

2014 SCC 44 (CanLII)

preserves the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province. In this case, however, the Province's land use planning and forestry authorizations under the *Forest Act* were inconsistent with its duties owed to the Tsilhqot'in people.

qu'impose la doctrine de l'exclusivité des compétences. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en permettant une réglementation efficace des forêts par la province. En l'espèce toutefois, le projet d'aménagement du territoire prévu par la province et les autorisations d'exploitation forestière qu'elle a accordées en vertu de la *Forest Act* étaient incompatibles avec les obligations qu'elle avait envers le peuple Tsilhqot'in.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **distinguished:** *R. v. Morris*, 2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915; **referred to:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Western Australia v. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915; **arrêts mentionnés :** *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Western Australia c. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 109.
Constitution Act, 1982, Part I, Part II, s. 35.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157, s. 1 "Crown land", "Crown timber", "private land".
Royal Proclamation (1763) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 1).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157, art. 1 « *Crown land* » (terres publiques), « *Crown timber* » (bois des terres publiques), « *private land* » (terres privées).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 109.
Loi constitutionnelle de 1982, partie I, partie II, art. 35.
Proclamation royale (1763) (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, "vested".
Hogg, Peter W. "The Constitutional Basis of Aboriginal Rights", in Maria Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009, 3.
McNeil, Kent. "Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?" (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281.

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn. : West, 2009, « vested » (dévolu).
Hogg, Peter W. « The Constitutional Basis of Aboriginal Rights », in Maria Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009, 3.
McNeil, Kent. « Aboriginal Title and the Supreme Court : What's Happening? » (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281.

2014 SCC 44 (CanLII)

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2010.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Tysoe and Groberman JJ.A.), 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, 324 B.C.A.C. 214, 551 W.A.C. 214, [2012] 3 C.N.L.R. 333, [2012] 10 W.W.R. 639, 26 R.P.R. (5th) 67, [2012] B.C.J. No. 1302 (QL), 2012 CarswellBC 1860, upholding the order of Vickers J., 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, 65 R.P.R. (4th) 1, [2007] B.C.J. No. 2465 (QL), 2007 CarswellBC 2741. Appeal allowed.

David M. Rosenberg, *Q.C.*, *Jay Nelson*, *David M. Robbins* and *Dominique Nouvet*, for the appellant.

Patrick G. Foy, *Q.C.*, and *Kenneth J. Tyler*, for the respondents Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Regional Manager of the Cariboo Forest Region.

Mark R. Kindrachuk, *Q.C.*, *Brian McLaughlin* and *Jan Brongers*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Alain Gingras and *Hubert Noreau-Simpson*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Heather Leonoff, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

P. Mitch McAdam, *Q.C.*, and *Sonia Eggerman*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Sandra Folkins, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Robert J. M. Janes and *Karey Brooks*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford : Clarendon Press, 1989.
Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Tysoe et Groberman), 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, 324 B.C.A.C. 214, 551 W.A.C. 214, [2012] 3 C.N.L.R. 333, [2012] 10 W.W.R. 639, 26 R.P.R. (5th) 67, [2012] B.C.J. No. 1302 (QL), 2012 CarswellBC 1860, qui a confirmé l'ordonnance du juge Vickers, 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, 65 R.P.R. (4th) 1, [2007] B.C.J. No. 2465 (QL), 2007 CarswellBC 2741. Pourvoi accueilli.

David M. Rosenberg, *c.r.*, *Jay Nelson*, *David M. Robbins* et *Dominique Nouvet*, pour l'appelant.

Patrick G. Foy, *c.r.*, et *Kenneth J. Tyler*, pour les intimés Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le chef régional de la région de Cariboo Forest.

Mark R. Kindrachuk, *c.r.*, *Brian McLaughlin* et *Jan Brongers*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Alain Gingras et *Hubert Noreau-Simpson*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Heather Leonoff, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

P. Mitch McAdam, *c.r.*, et *Sonia Eggerman*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Sandra Folkins, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Robert J. M. Janes et *Karey Brooks*, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw.

2014 SCC 44 (CanLII)

Charles F. Willms and *Kevin O'Callaghan*, for the interveners the Business Council of British Columbia, the Council of Forest Industries, the Coast Forest Products Association, the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, *Catherine J. Boies Parker* and *Patrick Macklem*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Diane Soroka, for the interveners the Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and on behalf of all Gitanyow, and the Office of the Wet'suwet'en Chiefs.

Robert B. Morales and *Renée Racette*, for the intervener the Hul'qumi'num Treaty Group.

Written submissions only by *Louise Mandell*, *Q.C.*, *Stuart Rush*, *Q.C.*, *Michael Jackson*, *Q.C.*, *Terri-Lynn Williams-Davidson*, *David Paterson* and *Angela D'Elia*, for the intervener the Council of the Haida Nation.

David C. Nahwegahbow and *Guy Régimbald*, for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada.

Maria Morellato, *Q.C.*, *Cheryl Sharvit* and *Stacey Edzerza Fox*, for the intervener the First Nations Summit.

Written submissions only by *John W. Gailus* and *Christopher G. Devlin*, for the interveners the Tsawout First Nation, the Tsartlip First Nation, the Snuneymuxw First Nation and the Kwakiutl First Nation.

Louise Mandell, *Q.C.*, *Michael Jackson*, *Q.C.*, *Ardith Walkem* and *Nicole Schabus*, for the intervener the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Splatsin Indian Bands.

Charles F. Willms et *Kevin O'Callaghan*, pour les intervenants Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, *Catherine J. Boies Parker* et *Patrick Macklem*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Diane Soroka, pour les intervenants les chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom de tous les Gitanyow, et le Bureau des chefs Wet'suwet'en.

Robert B. Morales et *Renée Racette*, pour l'intervenant le Groupe du traité Hul'qumi'num.

Argumentation écrite seulement par *Louise Mandell*, *c.r.*, *Stuart Rush*, *c.r.*, *Michael Jackson*, *c.r.*, *Terri-Lynn Williams-Davidson*, *David Paterson* et *Angela D'Elia*, pour l'intervenant le Conseil de la Nation haïda.

David C. Nahwegahbow et *Guy Régimbald*, pour l'intervenante l'Association du barreau autochtone au Canada.

Maria Morellato, *c.r.*, *Cheryl Sharvit* et *Stacey Edzerza Fox*, pour l'intervenant le Sommet des Premières Nations.

Argumentation écrite seulement par *John W. Gailus* et *Christopher G. Devlin*, pour les intervenantes la Première Nation Tsawout, la Première Nation Tsartlip, la Première Nation Snuneymuxw et la Première Nation Kwakiutl.

Louise Mandell, *c.r.*, *Michael Jackson*, *c.r.*, *Ardith Walkem* et *Nicole Schabus*, pour l'intervenante la Coalition de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, les bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splatsin.

2014 SCC 44 (CanLII)

Justin Safayeni and *Paul Joffe*, for the interveners Amnesty International and the Canadian Friends Service Committee.

Tim A. Dickson, for the intervener the Gitxaala Nation.

Gregory J. McDade, *Q.C.*, and *F. Matthew Kirchner*, for the interveners the Chilko Resorts and Community Association and the Council of Canadians.

Justin Safayeni et *Paul Joffe*, pour les intervenants Amnistie internationale et Secours Quaker canadien.

Tim A. Dickson, pour l'intervenante la Nation Gitxaala.

Gregory J. McDade, *c.r.*, et *F. Matthew Kirchner*, pour les intervenants Chilko Resorts and Community Association et le Conseil des Canadiens.

Table of Contents

Paragraph

I. Introduction 1

II. The Historic Backdrop 3

III. The Jurisprudential Backdrop 10

IV. Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases 19

V. Is Aboriginal Title Established? 19

A. *The Test for Aboriginal Title* 24

(1) Sufficiency of Occupation 33

(2) Continuity of Occupation 45

(3) Exclusivity of Occupation 47

(4) Summary 50

B. *Was Aboriginal Title Established in This Case?* 51

VI. What Rights Does Aboriginal Title Confer? 67

A. *The Legal Characterization of Aboriginal Title* 69

Table des matières

Paragraphe

I. Introduction 1

II. Le contexte historique 3

III. Le contexte jurisprudentiel 10

IV. Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones 19

V. L'existence du titre ancestral est-elle établie? 24

A. *Le critère applicable en matière de titre ancestral* 24

(1) La suffisance de l'occupation 33

(2) La continuité de l'occupation 45

(3) L'exclusivité de l'occupation 47

(4) Résumé 50

B. *L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?* 51

VI. Quels droits confère le titre ancestral? 67

A. *La qualification juridique du titre ancestral* 69

2014 SCC 44 (CanLII)

B. *The Incidents of Aboriginal Title* 73

C. *Justification of Infringement* 77

D. *Remedies and Transition* 89

E. *What Duties Were Owed by the Crown at the Time of the Government Action?* 93

VII. Breach of the Duty to Consult 95

VIII. Provincial Laws and Aboriginal Title 98

A. *Do Provincial Laws of General Application Apply to Land Held Under Aboriginal Title?* 101

B. *Does the Forest Act on its Face Apply to Aboriginal Title Land?* 107

C. *Is the Forest Act Ousted by the Constitution?* 117

(1) Section 35 of the *Constitution Act, 1982* 118

(2) The Division of Powers 128

IX. Conclusion 153

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] What is the test for Aboriginal title to land? If title is established, what rights does it confer? Does the British Columbia *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, apply to land covered by Aboriginal title? What are the constitutional constraints on provincial regulation of land under Aboriginal

B. *Les attributs du titre ancestral* 73

C. *La justification de l'atteinte* 77

D. *Mesures de réparation et période transitoire* 89

E. *Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?* 93

VII. Le manquement à l'obligation de consultation 95

VIII. Les lois provinciales et le titre ancestral 98

A. *Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?* 101

B. *À première vue, la Forest Act s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?* 107

C. *La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?* 117

(1) L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* 118

(2) Le partage des compétences 128

IX. Conclusion 153

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Quel critère permet d'établir l'existence d'un titre ancestral sur un territoire? Si l'existence d'un titre est établie, quels droits confère-t-il? La *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral? Quelles contraintes

2014 SCC 44 (CanLII)

title? Finally, how are broader public interests to be reconciled with the rights conferred by Aboriginal title? These are among the important questions raised by this appeal.

[2] These reasons conclude:

- Aboriginal title flows from occupation in the sense of regular and exclusive use of land.
- In this case, Aboriginal title is established over the area designated by the trial judge.
- Aboriginal title confers the right to use and control the land and to reap the benefits flowing from it.
- Where title is asserted, but has not yet been established, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* requires the Crown to consult with the group asserting title and, if appropriate, accommodate its interests.
- Once Aboriginal title is established, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* permits incursions on it only with the consent of the Aboriginal group or if they are justified by a compelling and substantial public purpose and are not inconsistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group; for purposes of determining the validity of provincial legislative incursions on lands held under Aboriginal title, this framework displaces the doctrine of interjurisdictional immunity.
- In this case, the Province's land use planning and forestry authorizations were inconsistent with its duties owed to the Tsilhqot'in people.

constitutionnelles sont imposées à la réglementation, par la province, des terres visées par un titre ancestral? Enfin, comment concilier l'intérêt public général et les droits conférés par un titre ancestral? Voilà quelques questions importantes soulevées dans le présent pourvoi.

[2] Voici les conclusions tirées dans les présents motifs :

- Le titre ancestral découle de l'occupation, c'est-à-dire d'une utilisation régulière et exclusive des terres.
- En l'espèce, l'existence d'un titre ancestral est établie à l'égard du territoire désigné par le juge de première instance.
- Le titre ancestral confère le droit d'utiliser et de contrôler le territoire et de tirer les avantages qui en découlent.
- Lorsque le titre est revendiqué, mais que son existence n'a pas encore été établie, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* oblige la Couronne à consulter le groupe qui revendique ce titre et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à ses intérêts.
- Une fois établie l'existence du titre ancestral, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet d'y porter atteinte seulement si le groupe autochtone y consent ou si l'atteinte est justifiée par un objectif public réel et impérieux et si elle est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone; lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une atteinte causée par l'application des lois provinciales aux terres visées par un titre ancestral, ce cadre d'analyse écarte la doctrine de l'exclusivité des compétences.
- En l'espèce, le projet d'aménagement du territoire de la province et les autorisations d'exploitation forestière accordées par elle étaient incompatibles avec les obligations qu'elle avait envers le peuple Tsilhqot'in.

2014 SCC 44 (CanLII)

II. The Historic Backdrop

[3] For centuries, people of the Tsilhqot'in Nation — a grouping of six bands sharing common culture and history — have lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. They lived in villages, managed lands for the foraging of roots and herbs, hunted and trapped. They repelled invaders and set terms for the European traders who came onto their land. From the Tsilhqot'in perspective, the land has always been theirs.

[4] Throughout most of Canada, the Crown entered into treaties whereby the indigenous peoples gave up their claim to land in exchange for reservations and other promises, but, with minor exceptions, this did not happen in British Columbia. The Tsilhqot'in Nation is one of hundreds of indigenous groups in British Columbia with unresolved land claims.

[5] The issue of Tsilhqot'in title lay latent until 1983, when the Province granted Carrier Lumber Ltd. a forest licence to cut trees in part of the territory at issue. The Xeni Gwet'in First Nations government (one of the six bands that make up the Tsilhqot'in Nation) objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. The dispute led to the blockade of a bridge the forest company was upgrading. The blockade ceased when the Premier promised that there would be no further logging without the consent of the Xeni Gwet'in. Talks between the Ministry of Forests and the Xeni Gwet'in ensued, but reached an impasse over the Xeni Gwet'in claim to a right of first refusal to logging. In 1998, the original claim was amended to include a claim for Aboriginal title on behalf of all Tsilhqot'in people.

[6] The claim is confined to approximately five percent of what the Tsilhqot'in — a total of about

II. Le contexte historique

[3] Depuis des siècles, le peuple de la nation Tsilhqot'in — un regroupement de six bandes ayant une culture et une histoire communes — vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique. Les membres de cette nation ont vécu dans des villages, géré des terres pour y récolter des végétaux à racine et des herbes; ils ont chassé et piégé. Ils ont repoussé les envahisseurs et imposé des conditions aux marchands européens qui entraient sur leur territoire. De leur point de vue, le territoire leur a toujours appartenu.

[4] La Couronne a conclu presque partout au Canada des traités en vertu desquels les peuples autochtones ont renoncé à leurs revendications territoriales en échange de réserves et d'autres promesses, mais, à quelques exceptions près, ce n'est pas ce qui s'est produit en Colombie-Britannique. La nation Tsilhqot'in n'est qu'un groupe autochtone parmi des centaines en Colombie-Britannique dont les revendications territoriales ne sont pas réglées.

[5] La question du titre des Tsilhqot'in est demeurée latente jusqu'en 1983, quand la province a accordé à Carrier Lumber Ltd. un permis d'exploitation forestière l'autorisant à abattre des arbres dans une partie du territoire en question. Le gouvernement de la Première Nation Xeni Gwet'in (une des six bandes qui constituent la nation Tsilhqot'in) s'y est opposé et a sollicité un jugement déclaratoire interdisant l'exploitation forestière commerciale sur le territoire. Le litige a mené au barrage d'un pont que l'entreprise forestière voulait moderniser. Le barrage a été levé quand le premier ministre a promis qu'il n'y aurait aucune autre exploitation forestière sans le consentement des Xeni Gwet'in. Le ministère des Forêts et les Xeni Gwet'in ont négocié, mais ils n'ont pu s'entendre sur le droit de premier refus revendiqué par les Xeni Gwet'in à l'égard de l'exploitation forestière. En 1998, la revendication initiale a été modifiée de manière à inclure une revendication du titre ancestral au nom de tous les Tsilhqot'in.

[6] La revendication se limite à environ cinq pour cent de ce que les Tsilhqot'in — approximativement

2014 SCC 44 (CanLII)

3,000 people — regard as their traditional territory. The area in question is sparsely populated. About 200 Tsilhqot'in people live there, along with a handful of non-indigenous people who support the Tsilhqot'in claim to title. There are no adverse claims from other indigenous groups. The federal and provincial governments both oppose the title claim.

[7] In 2002, the trial commenced before Vickers J. of the British Columbia Supreme Court, and continued for 339 days over a span of five years. The trial judge spent time in the claim area and heard extensive evidence from elders, historians and other experts. He found that the Tsilhqot'in people were in principle entitled to a declaration of Aboriginal title to a portion of the claim area as well as to a small area outside the claim area. However, for procedural reasons which are no longer relied on by the Province, he refused to make a declaration of title (2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112).

[8] In 2012, the British Columbia Court of Appeal held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established, but left open the possibility that in the future, the Tsilhqot'in might be able to prove title to specific sites within the area claimed. For the rest of the claimed territory, the Tsilhqot'in were confined to Aboriginal rights to hunt, trap and harvest (2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260).

[9] The Tsilhqot'in now ask this Court for a declaration of Aboriginal title over the area designated by the trial judge, with one exception. A small portion of the area designated by the trial judge consists of either privately owned or underwater lands and no declaration of Aboriginal title over these lands is sought before this Court. With respect to those areas designated by the trial judge that are not privately owned or submerged lands, the Tsilhqot'in ask this Court to restore the trial judge's finding, affirm their title to the area he designated, and confirm that issuance of forestry licences on the

3 000 personnes — considèrent comme étant leur territoire traditionnel. Ce territoire est peu peuplé. Environ 200 membres des Tsilhqot'in y vivent, ainsi que quelques non-Autochtones qui appuient la revendication du titre des Tsilhqot'in. Aucun autre groupe autochtone n'a revendiqué un titre sur ce territoire. Les gouvernements fédéral et provincial s'opposent tous deux à la revendication du titre.

[7] Le procès a débuté en 2002 devant le juge Vickers de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et a duré 339 jours sur une période de cinq ans. Le juge de première instance s'est rendu sur le territoire revendiqué et a entendu de nombreux témoignages des aînés, des historiens et d'autres experts. Il a conclu que les Tsilhqot'in avaient droit, en principe, à un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral sur une partie du territoire revendiqué ainsi que sur un petit secteur à l'extérieur de ce territoire. Cependant, pour des raisons d'ordre procédural que la province n'invoque plus, il a refusé dans son jugement de déclarer l'existence d'un titre ancestral (2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112).

[8] En 2012, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'existence du titre revendiqué par les Tsilhqot'in n'avait pas été établie, mais n'a pas écarté la possibilité que les Tsilhqot'in puissent éventuellement établir l'existence d'un titre sur certains sites à l'intérieur du territoire revendiqué. En ce qui concerne le reste du territoire revendiqué, les Tsilhqot'in n'ont obtenu que les droits ancestraux de chasse, de piégeage et de récolte (2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260).

[9] Les Tsilhqot'in demandent maintenant à notre Cour de reconnaître l'existence du titre ancestral sur le territoire désigné par le juge de première instance, sous réserve d'une exception. Sur une petite partie du territoire désigné par le juge se trouvent des terrains privés ou des terres submergées à l'égard desquels la reconnaissance du titre ancestral n'est pas demandée devant notre Cour. Pour ce qui est des terres désignées par le juge qui ne sont pas des terrains privés ou des terres submergées, les Tsilhqot'in demandent à notre Cour de rétablir les conclusions du juge de première instance, de

2014 SCC 44 (CanLII)

land unjustifiably infringed their rights under that title.

confirmer qu'ils possèdent le titre ancestral sur le secteur qu'il a désigné et de confirmer que la délivrance de permis d'exploitation forestière sur les terres a indûment porté atteinte aux droits que leur confère ce titre.

III. The Jurisprudential Backdrop

[10] In 1973, the Supreme Court of Canada ushered in the modern era of Aboriginal land law by ruling that Aboriginal land rights survived European settlement and remain valid to the present unless extinguished by treaty or otherwise: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. Although the majority in *Calder* divided on whether title had been extinguished, its affirmation of Aboriginal rights to land led the Government of Canada to begin treaty negotiations with First Nations without treaties — mainly in British Columbia — resuming a policy that had been abandoned in the 1920s: P. W. Hogg, "The Constitutional Basis of Aboriginal Rights", in M. Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.

III. Le contexte jurisprudentiel

[10] En 1973, la Cour suprême du Canada a marqué le début de l'ère moderne du droit inhérent aux terres ancestrales en statuant que les droits fonciers des Autochtones avaient subsisté à l'établissement des Européens et qu'ils étaient toujours valides s'ils n'avaient pas été éteints par traité ou autrement : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Bien que les juges majoritaires dans *Calder* étaient divisés quant à savoir si le titre avait été éteint, leur confirmation des droits fonciers ancestraux a incité le gouvernement du Canada à entamer des négociations avec les Premières Nations non assujetties à des traités en vue de conclure des traités — principalement en Colombie-Britannique — reprenant ainsi une politique qui avait été abandonnée dans les années 1920 : P. W. Hogg, « The Constitutional Basis of Aboriginal Rights », dans M. Morellato, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.

[11] Almost a decade after *Calder*, the enactment of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* "recognized and affirmed" existing Aboriginal rights, although it took some time for the meaning of this section to be fully fleshed out.

[11] Presque 10 ans après l'arrêt *Calder*, les droits existants des Autochtones ont été « reconnus et confirmés » avec l'adoption de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, bien qu'il ait fallu un certain temps pour bien préciser le sens de cette disposition.

[12] In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, this Court confirmed the potential for Aboriginal title in ancestral lands. The actual dispute concerned government conduct with respect to reserve lands. The Court held that the government had breached a fiduciary duty to the Musqueam Indian Band. In a concurring opinion, Justice Dickson (later Chief Justice) addressed the theory underlying Aboriginal title. He held that the Crown acquired radical or underlying title to all the land in British Columbia at the time of sovereignty. However, this title was burdened by the "pre-existing legal right" of

[12] Dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a confirmé qu'il était possible que les Autochtones détiennent un titre sur les terres ancestrales. Le litige se rapportait à la conduite du gouvernement à l'égard de terres situées sur une réserve. La Cour a conclu que le gouvernement avait manqué à une obligation fiduciaire envers la bande indienne Musqueam. Dans une opinion concourante, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la théorie sous-jacente au titre ancestral. Selon lui, la Couronne a acquis un titre absolu ou sous-jacent sur toutes les terres situées

2014 SCC 44 (CanLII)

Aboriginal people based on their use and occupation of the land prior to European arrival (pp. 379-82). Dickson J. characterized this Aboriginal interest in the land as "an independent legal interest" (at p. 385), which gives rise to a *sui generis* fiduciary duty on the part of the Crown.

en Colombie-Britannique au moment de l'affirmation de la souveraineté. Cependant, ce titre était grevé du « droit, en *common law*, qui existait déjà » que détiennent les peuples autochtones du fait de leur utilisation et de leur occupation des terres avant l'arrivée des Européens (p. 379-382). Le juge Dickson a affirmé que le droit des Autochtones sur leurs terres avait « une existence juridique indépendante » (p. 385), lequel donne naissance à une obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne.

[13] In 1990, this Court held that s. 35 of the *Constitution Act, 1982* constitutionally protected all Aboriginal rights that had not been extinguished prior to April 17, 1982, and imposed a fiduciary duty on the Crown with respect to those rights: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The Court held that under s. 35, legislation can infringe rights protected by s. 35 only if it passes a two-step justification analysis: the legislation must further a "compelling and substantial" purpose and account for the "priority" of the infringed Aboriginal interest under the fiduciary obligation imposed on the Crown (pp. 1113-19).

[13] En 1990, notre Cour a conclu que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* accordait une protection constitutionnelle à tous les droits ancestraux qui n'avaient pas été éteints avant le 17 avril 1982 et imposait à la Couronne une obligation fiduciaire relativement à ces droits : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. La Cour a déclaré que, sous le régime de l'art. 35, un texte de loi ne peut porter atteinte aux droits protégés par cet article que si l'atteinte résiste à une analyse de la justification en deux étapes : le texte de loi doit poursuivre un objectif « impérieux et réel » et doit reconnaître la « priorité » du droit ancestral en cause qui découle de l'obligation fiduciaire imposée à la Couronne (p. 1113-1119).

[14] The principles developed in *Calder*, *Guerin* and *Sparrow* were consolidated and applied in the context of a claim for Aboriginal title in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. This Court confirmed the *sui generis* nature of the rights and obligations to which the Crown's relationship with Aboriginal peoples gives rise, and stated that what makes Aboriginal title unique is that it arises from possession *before* the assertion of British sovereignty, as distinguished from other estates such as fee simple that arise *afterward*. The dual perspectives of the common law and of the Aboriginal group bear equal weight in evaluating a claim for Aboriginal title.

[14] Les principes établis dans les arrêts *Calder*, *Guerin* et *Sparrow* ont été réunis et appliqués dans le contexte d'une revendication du titre ancestral dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Notre Cour a confirmé le caractère *sui generis* des droits et des obligations auxquels la relation entre la Couronne et les peuples autochtones donne naissance, et elle a déclaré que ce qui rend le titre ancestral unique est le fait qu'il découle d'une possession *antérieure* à l'affirmation de la souveraineté britannique, contrairement aux autres domaines, comme le fief simple, qui ont pris naissance *par la suite*. Il faut accorder une importance égale à la common law et au point de vue des Autochtones au moment d'évaluer une revendication du titre ancestral.

[15] The Court in *Delgamuukw* summarized the content of Aboriginal title by two propositions, one positive and one negative. Positively, "[A]boriginal

[15] Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a résumé le contenu du titre ancestral au moyen de deux énoncés, l'un positif et l'autre négatif. De façon

2014 SCC 44 (CanLII)

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 [A]boriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive [A]boriginal cultures" (para. 117). Negatively, the "protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land" (*ibid.*) — that is, it is group title and cannot be alienated in a way that deprives future generations of the control and benefit of the land.

[16] The Court in *Delgamuukw* confirmed that infringements of Aboriginal title can be justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* pursuant to the *Sparrow* test and described this as a "necessary part of the reconciliation of [A]boriginal societies with the broader political community of which they are part" (at para. 161), quoting *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 73. While *Sparrow* had spoken of *priority* of Aboriginal rights infringed by regulations over non-aboriginal interests, *Delgamuukw* articulated the "different" (at para. 168) approach of involvement of Aboriginal peoples — varying depending on the severity of the infringement — in decisions taken with respect to their lands.

[17] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, the Court applied the *Delgamuukw* idea of involvement of the affected Aboriginal group in decisions about its land to the situation where development is proposed on land over which Aboriginal title is asserted but has not yet been established. The Court affirmed a spectrum of consultation. The Crown's duty to consult and accommodate the asserted Aboriginal interest "is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed" (para. 39). Thus, the idea of proportionate balancing implicit in *Delgamuukw* reappears in *Haida.* The Court in

positive, « 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 » (par. 117). De façon négative, ces « utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres » (*ibid.*) — c'est-à-dire que le titre appartient au groupe et qu'il ne peut pas être aliéné d'une manière qui prive les générations futures du contrôle et du bénéfice des terres.

[16] Dans *Delgamuukw*, la Cour a confirmé que les atteintes au titre ancestral peuvent être justifiées au regard de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* et a décrit les droits ancestraux comme un « élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent » (par. 161), citant *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73. Alors que dans l'arrêt *Sparrow* il était question de la *priorité* des droits ancestraux violés par des dispositions réglementaires sur les intérêts non autochtones, l'arrêt *Delgamuukw* a exposé « autrement » (au par. 168) l'approche selon laquelle les peuples autochtones participent — participation qui varie en fonction de la gravité de l'atteinte — à la prise des décisions concernant leurs terres.

[17] Dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, la Cour a appliqué l'idée exprimée dans l'arrêt *Delgamuukw*, soit que le groupe autochtone visé participe à la prise des décisions concernant ses terres, à un cas où il est proposé que des activités d'exploitation soient menées sur des terres sur lesquelles le titre ancestral est revendiqué mais n'est pas encore établi. La Cour a reconnu un continuum de consultation. L'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de trouver des accommodements aux droits qu'ils revendiquent « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le

2014 SCC 44 (CanLII)

Haida stated that the Crown had not only a moral duty, but a legal duty to negotiate in good faith to resolve land claims (para. 25). The governing ethos is not one of competing interests but of reconciliation.

[18] The jurisprudence just reviewed establishes a number of propositions that touch on the issues that arise in this case, including:

- Radical or underlying Crown title is subject to Aboriginal land interests where they are established.
- Aboriginal title gives the Aboriginal group the right to use and control the land and enjoy its benefits.
- Governments can infringe Aboriginal rights conferred by Aboriginal title but only where they can justify the infringements on the basis of a compelling and substantial purpose and establish that they are consistent with the Crown's fiduciary duty to the group.
- Resource development on claimed land to which title has not been established requires the government to consult with the claimant Aboriginal group.
- Governments are under a legal duty to negotiate in good faith to resolve claims to ancestral lands.

Against this background, I turn to the issues raised in this appeal.

IV. Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases

[19] The Province, to its credit, no longer contends that the claim should be barred because of

titre » (par. 39). Ainsi, la notion de mise en balance proportionnée qui ressort implicitement de l'arrêt *Delgamuukw* est reprise dans *Nation haïda*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a indiqué que la Couronne n'avait pas seulement une obligation morale, mais une obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications territoriales (par. 25). Le principe directeur ne repose pas sur les intérêts opposés mais sur la conciliation.

[18] Les arrêts que nous venons d'examiner établissent un certain nombre de postulats qui touchent à des questions soulevées en l'espèce, notamment :

- Le titre absolu ou sous-jacent de la Couronne est assujetti aux droits qu'ont les Autochtones sur les terres où ils sont établis.
- Le titre ancestral confère au groupe autochtone le droit d'utiliser et de contrôler le territoire, et de bénéficier des avantages qu'il procure.
- Les gouvernements peuvent porter atteinte aux droits ancestraux que confère le titre ancestral, mais seulement dans la mesure où ils peuvent démontrer que les atteintes poursuivent un objectif impérieux et réel et qu'elles sont compatibles avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe.
- L'exploitation des ressources sur des terres revendiquées dont le titre n'a pas été établi exige du gouvernement qu'il consulte la nation autochtone revendicatrice.
- Les gouvernements ont l'obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications de terres ancestrales.

C'est dans ce contexte que j'aborde les questions soulevées dans le présent pourvoi.

IV. Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones

[19] À sa décharge, la province ne soutient plus que la revendication doive être rejetée en raison

2014 SCC 44 (CanLII)

defects in the pleadings. However, it may be useful to address how to approach pleadings in land claims, in view of their importance to future land claims.

de vices qui entachent les actes de procédure. Cependant, il peut être utile de déterminer l'approche à adopter à l'égard des actes de procédure dans les revendications territoriales compte tenu de leur importance pour de futures revendications territoriales.

[20] I agree with the Court of Appeal that a functional approach should be taken to pleadings in Aboriginal cases. The function of pleadings is to provide the parties and the court with an outline of the material allegations and relief sought. Where pleadings achieve this aim, minor defects should be overlooked, in the absence of clear prejudice. A number of considerations support this approach.

[20] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'il convient d'adopter une approche fonctionnelle à l'égard des actes de procédure dans les affaires intéressant les Autochtones. Les actes de procédure visent à fournir aux parties et au tribunal un aperçu des allégations importantes et de la réparation sollicitée. Quand les actes de procédure permettent l'atteinte de cet objectif, en l'absence d'un préjudice évident, il ne faut pas tenir compte des vices mineurs. Un certain nombre de considérations étayent cette approche.

[21] First, in a case such as this, the legal principles may be unclear at the outset, making it difficult to frame the claim with exactitude.

[21] Premièrement, dans un cas comme celui qui nous occupe, les principes juridiques sont parfois ambigus de prime abord, de sorte qu'il est difficile de formuler la demande avec exactitude.

[22] Second, in these cases, the evidence as to how the land was used may be uncertain at the outset. As the claim proceeds, elders will come forward and experts will be engaged. Through the course of the trial, the historic practices of the Aboriginal group in question will be expounded, tested and clarified. The Court of Appeal correctly recognized that determining whether Aboriginal title is made out over a pleaded area is not an "all or nothing" proposition (at para. 117):

[22] Deuxièmement, en de telles circonstances, la preuve quant à la façon dont le territoire était utilisé peut être incertaine au départ, mais à mesure que la demande progresse, des aînés se manifestent et les services d'experts sont retenus. Pendant le procès, les pratiques historiques du groupe autochtone en question sont exposées, vérifiées et précisées. La Cour d'appel a reconnu à juste titre que la question de savoir si le bien-fondé de la revendication d'un titre ancestral est établi sur un territoire n'est pas une affaire de [TRADUCTION] « tout ou rien » (par. 117) :

> The occupation of traditional territories by First Nations prior to the assertion of Crown sovereignty was not an occupation based on a Torrens system, or, indeed, on any precise boundaries. Except where impassable (or virtually impassable) natural boundaries existed, the limits of a traditional territory were typically ill-defined and fluid. . . . [Therefore] requir[ing] proof of Aboriginal title precisely mirroring the claim would be too exacting. [para. 118]

> [TRADUCTION] L'occupation des territoires traditionnels par les Premières Nations avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne n'était pas une occupation fondée sur le régime Torrens, ni sur des limites précises. Sauf dans les cas où il existait des limites naturelles infranchissables (ou quasi infranchissables), les limites d'un territoire traditionnel étaient habituellement mal définies et variables. [. . .] [Par conséquent] il serait trop exigeant de demander une preuve du titre ancestral qui reflète précisément la revendication. [par. 118]

[23] Third, cases such as this require an approach that results in decisions based on the best

[23] Troisièmement, les cas comme celui-ci requièrent une approche qui permet de rendre des

2014 SCC 44 (CanLII)

evidence that emerges, not what a lawyer may have envisaged when drafting the initial claim. What is at stake is nothing less than justice for the Aboriginal group and its descendants, and the reconciliation between the group and broader society. A technical approach to pleadings would serve neither goal. It is in the broader public interest that land claims and rights issues be resolved in a way that reflects the substance of the matter. Only thus can the project of reconciliation this Court spoke of in *Delgamuukw* be achieved.

V. Is Aboriginal Title Established?

A. *The Test for Aboriginal Title*

[24] How should the courts determine whether a semi-nomadic indigenous group has title to lands? This Court has never directly answered this question. The courts below disagreed on the correct approach. We must now clarify the test.

[25] As we have seen, the *Delgamuukw* test for Aboriginal title to land is based on "occupation" prior to assertion of European sovereignty. To ground Aboriginal title this occupation must possess three characteristics. It must be *sufficient*; it must be *continuous* (where present occupation is relied on); and it must be *exclusive*.

[26] The test was set out in *Delgamuukw*, *per* Lamer C.J., at para. 143:

> In order to make out a claim for [A]boriginal title, the [A]boriginal 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.

décisions fondées sur la meilleure preuve disponible, et non sur ce qu'un avocat a pu envisager quand il a rédigé la demande initiale. L'enjeu n'est rien de moins que la possibilité pour le groupe autochtone et ses descendants d'obtenir justice et la conciliation des intérêts du groupe et de la société en général. Le formalisme à l'égard des actes de procédure ne servirait aucun de ces objectifs. L'intérêt public général commande que les questions relatives aux revendications territoriales et aux droits soient tranchées dans le respect du fond du litige. Ce n'est qu'ainsi que peut se réaliser la conciliation dont notre Cour a fait état dans *Delgamuukw*.

V. L'existence du titre ancestral est-elle établie?

A. *Le critère applicable en matière de titre ancestral*

[24] Comment les tribunaux devraient-ils déterminer si un groupe autochtone semi-nomade détient un titre sur des terres? Notre Cour n'a jamais répondu directement à cette question. Les tribunaux d'instance inférieure ne se sont pas entendus sur l'approche qu'il convient d'adopter. Nous devons donc maintenant préciser le critère.

[25] Je le répète, le critère relatif au titre ancestral énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* est fondé sur l'« occupation » antérieure à l'affirmation de la souveraineté européenne. Pour fonder le titre ancestral, l'occupation doit posséder trois caractéristiques : elle doit être *suffisante*, elle doit être *continue* (si l'occupation actuelle est invoquée) et elle doit être *exclusive*.

[26] Le critère a été énoncé par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Delgamuukw*, par. 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.

2014 SCC 44 (CanLII)

[27] The trial judge in this case held that "occupation" was established for the purpose of proving title by showing regular and exclusive use of sites or territory. On this basis, he concluded that the Tsilhqot'in had established title not only to village sites and areas maintained for the harvesting of roots and berries, but to larger territories which their ancestors used regularly and exclusively for hunting, fishing and other activities.

[28] The Court of Appeal disagreed and applied a narrower test for Aboriginal title — site-specific occupation. It held that to prove sufficient occupation for title to land, an Aboriginal group must prove that its ancestors *intensively* used a definite tract of land with reasonably defined boundaries at the time of European sovereignty.

[29] For semi-nomadic Aboriginal groups like the Tsilhqot'in, the Court of Appeal's approach results in small islands of title surrounded by larger territories where the group possesses only Aboriginal rights to engage in activities like hunting and trapping. By contrast, on the trial judge's approach, the group would enjoy title to all the territory that their ancestors regularly and exclusively used at the time of assertion of European sovereignty.

[30] Against this backdrop, I return to the requirements for Aboriginal title: sufficient pre-sovereignty occupation; continuous occupation (where present occupation is relied on); and exclusive historic occupation.

[31] Should the three elements of the *Delgamuukw* test be considered independently, or as related aspects of a single concept? The High Court of Australia has expressed the view that there is little merit in considering aspects of occupancy separately. In *Western Australia v. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1, the court stated as follows, at para 89:

[27] En l'espèce, le juge de première instance a conclu que l'« occupation » était établie dans le but de fonder le titre par la démonstration d'une utilisation régulière et exclusive de certains sites ou du territoire. De ce fait, il a estimé que les Tsilhqot'in avaient établi l'existence d'un titre non seulement sur des villages et des sites utilisés pour la récolte de végétaux à racine et de fruits, mais sur des territoires plus vastes que leurs ancêtres utilisaient régulièrement et exclusivement pour la chasse, la pêche et d'autres activités.

[28] La Cour d'appel a rejeté cette conclusion et a appliqué un critère plus restreint à l'égard du titre ancestral — celui de l'occupation d'un site spécifique. Elle a conclu que, pour faire la preuve d'une occupation suffisante établissant l'existence d'un titre, un groupe autochtone doit démontrer qu'au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, ses ancêtres utilisaient *intensément* une parcelle de terrain spécifique dont les limites sont raisonnablement définies.

[29] Pour des groupes autochtones semi-nomades comme les Tsilhqot'in, la démarche de la Cour d'appel lui permet de reconnaître un titre sur de petites parcelles entourées de territoires plus vastes où le groupe possède seulement le droit ancestral d'exercer certaines activités comme la chasse et le piégeage. Par contre, suivant la démarche retenue par le juge de première instance, le groupe détiendrait un titre sur l'ensemble du territoire régulièrement et exclusivement utilisé par ses ancêtres au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

[30] Dans ce contexte, je reviens sur les exigences de la preuve du titre ancestral : une occupation suffisante avant l'affirmation de la souveraineté, une occupation continue (si l'occupation actuelle est invoquée) et une occupation historique exclusive.

[31] Les trois éléments du critère énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* devraient-ils être examinés séparément ou comme les aspects interreliés d'un concept unique? La Haute Cour d'Australie s'est dite d'avis qu'il y a peu d'intérêt à examiner séparément les aspects de l'occupation. Dans l'affaire *Western Australia c. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1, cette cour a indiqué ce qui suit au par. 89 :

2014 SCC 44 (CanLII)

The expression "possession, occupation, use and enjoyment . . . to the exclusion of all others" is a composite expression directed to describing a particular measure of control over access to land. To break the expression into its constituent elements is apt to mislead. In particular, to speak of "possession" of the land, as distinct from possession to the exclusion of all others, invites attention to the common law content of the concept of possession and whatever notions of control over access might be thought to be attached to it, rather than to the relevant task, which is to identify how rights and interests possessed under traditional law and custom can properly find expression in common law terms.

[TRADUCTION] L'expression « possession, occupation, utilisation et jouissance [. . .] à l'exclusion de toute autre personne » est une expression composite qui vise à décrire une mesure particulière de contrôle de l'accès aux terres. Décomposer l'expression en ses éléments constitutifs risque d'induire en erreur. Plus particulièrement, parler de « possession » des terres, une possession distincte de la possession à l'exclusion de toute autre personne, attire l'attention sur le contenu de la notion de possession en common law et sur toute notion de contrôle de l'accès que l'on pourrait considérer comme y étant liée, plutôt que sur ce qu'il nous incombe de faire, à savoir déterminer comment les droits et intérêts que les Aborigènes possédaient en vertu des lois ou coutumes traditionnelles peuvent trouver leur juste expression en common law.

[32] In my view, the concepts of sufficiency, continuity and exclusivity provide useful lenses through which to view the question of Aboriginal title. This said, the court must be careful not to lose or distort the Aboriginal perspective by forcing ancestral practices into the square boxes of common law concepts, thus frustrating the goal of faithfully translating pre-sovereignty Aboriginal interests into equivalent modern legal rights. Sufficiency, continuity and exclusivity are not ends in themselves, but inquiries that shed light on whether Aboriginal title is established.

[32] À mon avis, les concepts de suffisance, de continuité et d'exclusivité offrent un angle intéressant pour apprécier la question du titre ancestral. Cela étant dit, le tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law, ce qui irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à traduire fidèlement les droits que possédaient les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté en droits juridiques contemporains équivalents. La suffisance, la continuité et l'exclusivité ne sont pas des fins en soi, mais plutôt des façons de savoir si l'existence du titre ancestral est établie.

1. Sufficiency of Occupation

1. La suffisance de l'occupation

[33] The first requirement — and the one that lies at the heart of this appeal — is that the occupation be *sufficient* to ground Aboriginal title. It is clear from *Delgamuukw* that not every passing traverse or use grounds title. What then constitutes *sufficient* occupation to ground title?

[33] La première exigence — et celle qui se trouve au cœur du présent pourvoi — est celle selon laquelle l'occupation doit être *suffisante* pour fonder un titre ancestral. Il ressort clairement de l'arrêt *Delgamuukw* que le titre ne peut se fonder sur la présence passagère sur un territoire ou sur son utilisation passagère. Alors, en quoi consiste une occupation *suffisante* pour fonder un titre?

[34] The question of sufficient occupation must be approached from both the common law perspective and the Aboriginal perspective (*Delgamuukw*, at para. 147); see also *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

[34] Il faut aborder la question de l'occupation suffisante en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des Autochtones (*Delgamuukw*, par. 147); voir aussi *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

2014 SCC 44 (CanLII)

[35] The Aboriginal perspective focuses on laws, practices, customs and traditions of the group (*Delgamuukw*, at para. 148). In considering this perspective for the purpose of Aboriginal title, "one must take into account the group's size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed": B. Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 758, quoted with approval in *Delgamuukw*, at para. 149.

[36] The common law perspective imports the idea of possession and control of the lands. At common law, possession extends beyond sites that are physically occupied, like a house, to surrounding lands that are used and over which effective control is exercised.

[37] Sufficiency of occupation is a context-specific inquiry. "[O]ccupation 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" (*Delgamuukw*, at para. 149). The intensity and frequency of the use may vary with the characteristics of the Aboriginal group asserting title and the character of the land over which title is asserted. Here, for example, the land, while extensive, was harsh and was capable of supporting only 100 to 1,000 people. The fact that the Aboriginal group was only about 400 people must be considered in the context of the carrying capacity of the land in determining whether regular use of definite tracts of land is made out.

[38] To sufficiently occupy the land for purposes of title, the Aboriginal group in question must show that it has historically acted in a way that would communicate to third parties that it held the land for its own purposes. This standard does not demand notorious or visible use akin to proving a claim for adverse possession, but neither can the occupation be purely subjective or internal. There

[35] Le point de vue des Autochtones est axé sur les règles de droit, les pratiques, les coutumes et les traditions du groupe (*Delgamuukw*, par. 148). Dans l'examen de ce point de vue, [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 » : B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 758, cité avec approbation dans *Delgamuukw*, par. 149.

[36] La common law comporte la notion de possession et de contrôle des terres. En common law, la notion de possession ne se limite pas aux sites physiquement occupés, comme une maison, mais s'étend aux terres environnantes qui sont utilisées et sur lesquelles un contrôle effectif est exercé.

[37] La suffisance de l'occupation est une question qui tient au contexte. « L'occupation [. . .] 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 » (*Delgamuukw*, par. 149). L'intensité et la fréquence de l'utilisation peuvent varier en fonction des caractéristiques du groupe autochtone qui revendique le titre et en fonction de la nature du territoire sur lequel le titre est revendiqué. En l'espèce, par exemple, le territoire, bien que vaste, était ingrat et ne pouvait assurer la subsistance que de 100 à 1 000 personnes. Le fait que le groupe autochtone ne comptait qu'environ 400 personnes doit être pris en compte dans le contexte de la capacité d'utilisation du territoire pour déterminer si l'utilisation régulière de secteurs bien définis est établie.

[38] Pour établir une occupation suffisante des terres dans le but de fonder l'existence d'un titre, le groupe autochtone en question doit démontrer qu'il a toujours agi de façon à informer les tiers qu'il détenait la terre pour ses propres besoins. Cette norme n'exige pas une preuve de l'utilisation notoire ou visible qui s'apparente à la preuve d'une revendication de possession adversative, mais

2014 SCC 44 (CanLII)

must be evidence of a strong presence on or over the land claimed, manifesting itself in acts of occupation that could reasonably be interpreted as demonstrating that the land in question belonged to, was controlled by, or was under the exclusive stewardship of the claimant group. As just discussed, the kinds of acts necessary to indicate a permanent presence and intention to hold and use the land for the group's purposes are dependent on the manner of life of the people and the nature of the land. Cultivated fields, constructed dwelling houses, invested labour, and a consistent presence on parts of the land may be sufficient, but are not essential to establish occupation. The notion of occupation must also reflect the way of life of the Aboriginal people, including those who were nomadic or seminomadic.

[39] In *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, at paras. 135-38, Cromwell J.A. (as he then was), in reasoning I adopt, likens the sufficiency of occupation required to establish Aboriginal title to the requirements for general occupancy at common law. A general occupant at common law is a person asserting possession of land over which no one else has a present interest or with respect to which title is uncertain. Cromwell J.A. cites (at para. 136) the following extract from K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), at pp. 198-200:

> What, then, did one have to do to acquire a title by occupancy? . . . [I]t appears . . . that . . . a casual entry, such as riding over land to hunt or hawk, or travelling across it, did not make an occupant, such acts "being only transitory and to a particular purpose, which leaves no marks of an appropriation, or of an intention to possess for the separate use of the rider". There must, therefore, have been an actual entry, and some act or acts from which an intention to occupy the land could be inferred. Significantly, the acts and intention had to relate only to the occupation — it was quite unnecessary for a potential occupant to claim, or even wish to acquire, the

l'occupation ne peut pas non plus être purement subjective ou interne. Il faut une preuve d'une forte présence des Autochtones sur les terres revendiquées, qui se manifeste par des actes d'occupation qui pourraient raisonnablement être interprétés comme une preuve que les terres en question ont appartenu au groupe revendicateur ou que ce groupe y exerçait son contrôle ou une gestion exclusive. Je le répète, les actes nécessaires pour indiquer la présence permanente d'un groupe sur des terres et son intention de conserver et d'utiliser les terres pour ses besoins dépendent de son mode de vie et de la nature des terres. Pour établir l'occupation, il suffira peut-être de montrer que des champs ont été cultivés, que des habitations ont été érigées, que des travaux ont été effectués et qu'il y a eu une présence constante sur certaines parties du territoire, mais ce n'est pas essentiel. La notion d'occupation doit aussi refléter le mode de vie des peuples autochtones, y compris ceux qui étaient nomades ou seminomades.

[39] Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, par. 135-138, le juge Cromwell (maintenant juge de notre Cour), pour des motifs que j'approuve, établit un parallèle entre la suffisance de l'occupation nécessaire pour établir l'existence d'un titre ancestral et les exigences de l'occupation ordinaire en common law. En common law, un occupant ordinaire est une personne qui revendique la possession d'une terre sur laquelle personne n'a un intérêt actuel ou pour laquelle l'existence du titre est incertaine. Le juge Cromwell cite (au par. 136) le passage suivant tiré de l'ouvrage de K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), p. 198-200 :

> [TRADUCTION] Alors, que fallait-il faire pour acquérir un titre fondé sur l'occupation? [. . .] [I]l semble [. . .] [qu']une entrée occasionnelle, par exemple le fait pour une personne de sillonner un territoire pour y chasser ou y faire du commerce, ou de le parcourir d'un bout à l'autre, ne faisait pas d'elle un occupant, puisque ces actes n'« étaient que passagers et qu'ils visaient une fin particulière, qu'ils ne laissaient aucune marque d'une appropriation ou d'une intention de posséder à son usage distinct ». Il doit donc y avoir eu une entrée réelle et un ou des actes permettant de conclure à l'existence de l'intention d'occuper le territoire. Fait important, les actes et

2014 SCC 44 (CanLII)

vacant estate, for the law cast it upon him by virtue of his occupation alone. . . .

Further guidance on what constitutes occupation can be gained from cases involving land to which title is uncertain. Generally, any acts on or in relation to land that indicate an intention to hold or use it for one's own purposes are evidence of occupation. Apart from the obvious, such as enclosing, cultivating, mining, building upon, maintaining, and warning trespassers off land, any number of other acts, including cutting trees or grass, fishing in tracts of water, and even perambulation, may be relied upon. The weight given to such acts depends partly on the nature of the land, and the purposes for which it can reasonably be used. [Emphasis added.]

[40] Cromwell J.A. in *Marshall* went on to state that this standard is different from the doctrine of constructive possession. The goal is not to *attribute* possession in the absence of physical acts of occupation, but to define the quality of the physical acts of occupation that demonstrate possession at law (para. 137). He concluded:

I would adopt, in general terms, Professor McNeil's analysis that the appropriate standard of occupation, from the common law perspective, is the middle ground between the minimal occupation which would permit a person to sue a wrong-doer in trespass and the most onerous standard required to ground title by adverse possession as against a true owner. . . . Where, as here, we are dealing with a large expanse of territory which was not cultivated, acts such as continual, though changing, settlement and wide-ranging use for fishing, hunting and gathering should be given more weight than they would be if dealing with enclosed, cultivated land. Perhaps most significantly, . . . it is impossible to confine the evidence to the very precise spot on which the cutting was done: Pollock and Wright at p. 32. Instead, the question must be whether the acts of occupation in particular areas show that the whole area was occupied by the claimant. [para. 138]

[41] In summary, what is required is a culturally sensitive approach to sufficiency of occupation

l'intention devaient se rapporter seulement à l'occupation — il était pour ainsi dire inutile pour un occupant éventuel de revendiquer, ou même de souhaiter acquérir, le domaine vacant, puisque le titre lui est conféré par la loi du seul fait de son occupation. . .

D'autres indices de ce qui constitue une occupation peuvent être dégagés de certaines affaires portant sur des terres sur lesquelles le titre est incertain. En général, toute activité sur une terre ou en lien avec une terre qui laisse voir une intention de la détenir ou de l'utiliser pour ses propres fins constitue une preuve d'occupation. Outre les actes évidents, comme délimiter la terre, la cultiver, s'y livrer à des activités minières, de construction ou d'entretien, et empêcher les intrus d'y entrer, bien d'autres actes peuvent être invoqués, comme couper des arbres ou de l'herbe, pêcher dans des cours d'eau, ou même parcourir la région. L'importance accordée à ces actes dépend en partie de la nature des terres et des fins auxquelles elles peuvent raisonnablement être utilisées. [Je souligne.]

[40] Dans *Marshall*, le juge Cromwell a ensuite déclaré que cette norme est différente de la doctrine de la possession de droit. Le but n'est pas d'*attribuer* la possession en l'absence d'actes d'occupation, mais de définir la qualité des actes d'occupation qui démontrent la possession en droit (par. 137). Il a conclu comme suit :

[TRADUCTION] J'adopterais, de façon générale, l'analyse faite par le professeur McNeil selon laquelle la norme d'occupation appropriée, en common law, se trouve à mi-chemin entre la norme minimale d'occupation qui permettrait à une personne de poursuivre un intrus et la norme la plus stricte à laquelle il faut satisfaire pour établir un titre obtenu par possession adversative opposable au véritable propriétaire. [. . .] Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'un vaste territoire qui n'a pas été cultivé, des actes tels que l'établissement constant, bien que changeant, et l'utilisation générale pour la pêche, la chasse et la cueillette devraient se voir accorder plus de poids que s'il était question d'un territoire délimité et cultivé. L'aspect sans doute le plus éloquent, [. . .] il est impossible de limiter la preuve à l'endroit bien précis où la coupe a eu lieu : Pollock et Wright, p. 32. La question est plutôt de savoir si les actes d'occupation dans certains lieux démontrent que le revendicateur occupait tout le secteur. [par. 138]

[41] En résumé, la preuve de l'occupation doit procéder d'une approche visant à déterminer le

2014 SCC 44 (CanLII)

based on the dual perspectives of the Aboriginal group in question — its laws, practices, size, technological ability and the character of the land claimed — and the common law notion of possession as a basis for title. It is not possible to list every indicia of occupation that might apply in a particular case. The common law test for possession — which requires an intention to occupy or hold land for the purposes of the occupant — must be considered alongside the perspective of the Aboriginal group which, depending on its size and manner of living, might conceive of possession of land in a somewhat different manner than did the common law.

caractère suffisant de l'occupation qui soit adaptée aux particularités culturelles et qui repose sur les points de vue du groupe autochtone en question — ses règles de droit, ses pratiques, sa taille, son savoir-faire technologique et la nature de la terre — ainsi que sur la notion de possession qui établit l'existence d'un titre en common law. Il est impossible d'énumérer chaque indice d'occupation qui pourrait s'appliquer dans un cas déterminé. Le critère de la common law en matière de possession — lequel exige une intention d'occuper ou de conserver la terre pour les besoins de l'occupant — doit être pris en compte tout comme le point de vue du groupe autochtone qui, selon sa taille et son mode de vie, pourrait concevoir la possession de la terre d'une façon quelque peu différente de la possession en common law.

[42] There is no suggestion in the jurisprudence or scholarship that Aboriginal title is confined to specific village sites or farms, as the Court of Appeal held. Rather, a culturally sensitive approach suggests that regular use of territories for hunting, fishing, trapping and foraging is "sufficient" use to ground Aboriginal title, provided that such use, on the facts of a particular case, evinces an intention on the part of the Aboriginal group to hold or possess the land in a manner comparable to what would be required to establish title at common law.

[42] La jurisprudence et la doctrine ne donnent pas à penser que le titre ancestral se limite à certains villages ou à des fermes, comme l'a conclu la Cour d'appel. Au contraire, suivant une approche qui tient compte des particularités culturelles, l'utilisation régulière des terres pour la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette constitue une utilisation « suffisante » pour fonder un titre ancestral dans la mesure où cette utilisation, eu égard aux faits de l'espèce, révèle une intention de la part du groupe autochtone de détenir ou de posséder les terres d'une manière comparable à celle exigée pour établir l'existence d'un titre en common law.

[43] The Province argues that this Court in *R. v. Marshall; R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, rejected a territorial approach to title, relying on a comment by Professor K. McNeil that the Court there "appears to have rejected the territorial approach of the Court of Appeal" ("Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?" (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cited in British Columbia factum, para. 100). In fact, this Court in *Marshall; Bernard* did not reject a territorial approach, but held only (at para. 72) that there must be "proof of sufficiently regular and exclusive use" of the land in question, a requirement established in *Delgamuukw*.

[43] La province plaide que dans *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, notre Cour a rejeté une approche territoriale à l'égard du titre; elle s'appuie sur une remarque du professeur K. McNeil selon laquelle la Cour [TRADUCTION] « semble avoir rejeté l'approche territoriale de la Cour d'appel » (« Aboriginal Title and the Supreme Court : What's Happening? » (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cité dans le mémoire de la Colombie-Britannique, par. 100). En fait, dans *Marshall; Bernard*, notre Cour n'a pas rejeté l'approche fondée sur le territoire, mais a seulement estimé (au par. 72) qu'il fallait « la preuve d'une utilisation suffisamment régulière et exclusive » du territoire en question, une exigence établie dans l'arrêt *Delgamuukw*.

2014 SCC 44 (CanLII)

[44] The Court in *Marshall; Bernard* confirmed that nomadic and semi-nomadic groups could establish title to land, provided they establish sufficient physical possession, which is a question of fact. While "[n]ot every nomadic passage or use will ground title to land", the Court confirmed that *Delgamuukw* contemplates that "regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources" could suffice (para. 66). While the issue was framed in terms of whether the common law test for possession was met, the Court did not resile from the need to consider the perspective of the Aboriginal group in question; sufficient occupation is a "question of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which it is commonly used" (*ibid.*).

[44] Dans *Marshall; Bernard*, notre Cour a confirmé que les groupes nomades et semi-nomades peuvent établir l'existence d'un titre s'ils établissent une possession physique suffisante d'un territoire, ce qui constitue une question de fait. « Le passage dans un territoire ou son utilisation dans le cadre d'un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci », mais la Cour a confirmé que, selon l'arrêt *Delgamuukw*, « 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 » peut être suffisante (par. 66). Bien que la question consistait à savoir si le critère de la common law relatif à la possession avait été respecté, la Cour n'a pas nié la nécessité de tenir compte du point de vue du groupe autochtone en question; la possession suffisante est une « question de fait qui dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement » (*ibid.*).

2. Continuity of Occupation

2. La continuité de l'occupation

[45] Where present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, a second requirement arises — continuity between present and pre-sovereignty occupation.

[45] Le fait que l'occupation actuelle soit invoquée comme preuve de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté donne lieu à une deuxième condition — la continuité entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté.

[46] The concept of continuity does not require Aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact (*Van der Peet*, at para. 65). The same applies to Aboriginal title. Continuity simply means that for evidence of present occupation to establish an inference of pre-sovereignty occupation, the present occupation must be rooted in pre-sovereignty times. This is a question for the trier of fact in each case.

[46] Le concept de la continuité n'exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d'une continuité parfaite entre leurs pratiques, coutumes et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 65). Il en va de même pour le titre ancestral. La continuité signifie simplement que, pour qu'une preuve de l'occupation actuelle permette de conclure à l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, l'occupation actuelle doit tirer son origine de l'époque antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Il appartient au juge des faits d'examiner cette question.

3. Exclusivity of Occupation

3. L'exclusivité de l'occupation

[47] The third requirement is *exclusive* occupation of the land at the time of sovereignty. The

[47] La troisième exigence est l'occupation *exclusive* des terres au moment de l'affirmation de la

2014 SCC 44 (CanLII)

Aboriginal group must have had "the intention and capacity to retain exclusive control" over the lands (*Delgamuukw*, at para. 156, quoting McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at p. 204 (emphasis added)). Regular use without exclusivity may give rise to usufructory Aboriginal rights; for Aboriginal title, the use must have been exclusive.

souveraineté. Le groupe autochtone doit avoir eu « l'intention et [. . .] la capacité de garder le contrôle exclusif » des terres (*Delgamuukw*, par. 156, citant McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, p. 204 (je souligne)). L'utilisation régulière, mais non exclusive, peut donner naissance à des droits ancestraux usufructuaires; en ce qui concerne le titre ancestral, l'utilisation doit avoir été exclusive.

[48] Exclusivity should be understood in the sense of intention and capacity to control the land. The fact that other groups or individuals were on the land does not necessarily negate exclusivity of occupation. Whether a claimant group had the intention and capacity to control the land at the time of sovereignty is a question of fact for the trial judge and depends on various factors such as the characteristics of the claimant group, the nature of other groups in the area, and the characteristics of the land in question. Exclusivity can be established by proof that others were excluded from the land, or by proof that others were only allowed access to the land with the permission of the claimant group. The fact that permission was requested and granted or refused, or that treaties were made with other groups, may show intention and capacity to control the land. Even the lack of challenges to occupancy may support an inference of an established group's intention and capacity to control.

[48] L'exclusivité doit s'entendre au sens de l'intention et de la capacité de contrôler le territoire. Le fait que d'autres groupes ou des particuliers se soient trouvés sur le territoire ne nie pas nécessairement l'exclusivité de l'occupation. La question de savoir si le groupe revendicateur avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté est une question de fait qui relève du juge de première instance et qui dépend de divers facteurs tels que les caractéristiques du groupe, la nature des autres groupes de la région et les caractéristiques du territoire en question. L'exclusivité peut être établie au moyen d'une preuve démontrant que les autres groupes ont été exclus du territoire, ou d'une preuve démontrant que certains groupes n'avaient accès au territoire qu'avec la permission du groupe revendicateur. Le fait qu'une permission était demandée, et qu'elle était accordée ou refusée, ou que des traités ont été conclus avec d'autres groupes, peut démontrer l'intention et la capacité de contrôler le territoire. Même le fait que l'occupation n'ait jamais été contestée peut permettre de conclure que le groupe avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire.

[49] As with sufficiency of occupation, the exclusivity requirement must be approached from both the common law and Aboriginal perspectives, and must take into account the context and characteristics of the Aboriginal society. The Court in *Delgamuukw* explained as follows, at para. 157:

[49] Tout comme c'était le cas de la suffisance de l'occupation, il faut aborder l'exigence de l'exclusivité en tenant compte de la common law et du point de vue des Autochtones, ainsi que du contexte et des caractéristiques de la société autochtone. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a expliqué ce qui suit au par. 157 :

A consideration of the [A]boriginal perspective may also lead to the conclusion that trespass by other [A]boriginal groups does not undermine, and that presence of those groups by permission may reinforce, the exclusive occupation of the [A]boriginal group asserting title. For example, the [A]boriginal group asserting the claim to

La prise en considération du point de vue des [A]utochtones 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

2014 SCC 44 (CanLII)

[A]boriginal 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, [A]boriginal laws under which permission may be granted to other [A]boriginal 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 [A]boriginal nations in question, those treaties would also form part of the [A]boriginal perspective.

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 étayerait 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 [A]utochtones.

4. Summary

[50] The claimant group bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common law terms. In asking whether Aboriginal title is established, the general requirements are: (1) "sufficient occupation" of the land claimed to establish title at the time of assertion of European sovereignty; (2) continuity of occupation where present occupation is relied on; and (3) exclusive historic occupation. In determining what constitutes sufficient occupation, one looks to the Aboriginal culture and practices, and compares them in a culturally sensitive way with what was required at common law to establish title on the basis of occupation. Occupation sufficient to ground Aboriginal title is not confined to specific sites of settlement but extends to tracts of land that were regularly used for hunting, fishing or otherwise exploiting resources and over which the group exercised effective control at the time of assertion of European sovereignty.

4. Résumé

[50] Il incombe au groupe revendicateur d'établir l'existence du titre ancestral. Il faut déterminer la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne. Dans l'examen de la question de savoir si l'existence d'un titre ancestral est établie, les conditions générales sont les suivantes : (1) une « occupation suffisante » du territoire revendiqué afin d'établir l'existence d'un titre au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne; (2) la continuité de l'occupation lorsque l'occupation actuelle est invoquée; et (3) l'exclusivité de l'occupation historique. Pour déterminer ce qui constitue une occupation suffisante, il faut examiner la culture et les pratiques des Autochtones et les comparer, tout en tenant compte de leurs particularités culturelles, à ce qui était requis en common law pour établir l'existence d'un titre fondé sur l'occupation. L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

B. *Was Aboriginal Title Established in This Case?*

[51] The trial judge applied a test of regular and exclusive use of the land. This is consistent with

B. *L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?*

[51] Le juge de première instance a appliqué un critère fondé sur l'utilisation régulière et exclusive

2014 SCC 44 (CanLII)

the correct legal test. This leaves the question of whether he applied it appropriately to the evidence in this case.

[52] Whether the evidence in a particular case supports Aboriginal title is a question of fact for the trial judge: *Marshall; Bernard*. The question therefore is whether the Province has shown that the trial judge made a palpable and overriding error in his factual conclusions.

[53] I approach the question through the lenses of sufficiency, continuity and exclusivity discussed above.

[54] I will not repeat my earlier comments on what is required to establish sufficiency of occupation. Regular use of the territory suffices to establish sufficiency; the concept is not confined to continuously occupied village sites. The question must be approached from the perspective of the Aboriginal group as well as the common law, bearing in mind the customs of the people and the nature of the land.

[55] The evidence in this case supports the trial judge's conclusion of sufficient occupation. While the population was small, the trial judge found evidence that the parts of the land to which he found title were regularly used by the Tsilhqot'in. The Court of Appeal did not take serious issue with these findings.

[56] Rather, the Court of Appeal based its rejection of Aboriginal title on the legal proposition that regular use of territory could not ground Aboriginal title — only the regular presence on or intensive occupation of particular tracts would suffice. That view, as discussed earlier, is not supported by the jurisprudence; on the contrary, *Delgamuukw* affirms a territorial use-based approach to Aboriginal title.

du territoire. Son critère est conforme au bon critère juridique. Reste à savoir s'il l'a correctement appliqué à la preuve dont il disposait.

[52] La question de savoir si la preuve présentée dans une affaire donnée permet de conclure à l'existence d'un titre ancestral est une question de fait que doit trancher le juge de première instance : *Marshall; Bernard*. Il s'agit donc de savoir si la province a démontré que le juge de première avait commis une erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait.

[53] J'aborde la question sous les angles susmentionnés de la suffisance, de la continuité et de l'exclusivité.

[54] Je ne répéterai pas les commentaires que j'ai formulés précédemment sur ce qui est requis pour établir la suffisance de l'occupation. L'utilisation régulière du territoire suffit pour établir la suffisance; le concept ne se limite pas aux villages qui ont été occupés de façon continue. Il faut aborder la question en tenant compte du point de vue du groupe autochtone et de la common law, sans oublier les coutumes du peuple et la nature du territoire.

[55] La preuve en l'espèce appuie la conclusion du juge de première instance quant à l'occupation suffisante. Le territoire était peu peuplé, mais le juge de première instance a relevé des éléments de preuve indiquant que les parties du territoire sur lesquelles il a conclu à l'existence du titre étaient régulièrement utilisées par les Tsilhqot'in. La Cour d'appel n'a pas vraiment contesté ces conclusions.

[56] La Cour d'appel a plutôt fondé son rejet de l'existence du titre ancestral sur la proposition de droit selon laquelle l'utilisation régulière du territoire ne pouvait pas fonder le titre ancestral — seules la présence régulière sur des parcelles spécifiques ou leur occupation intensive étaient suffisantes. Cette interprétation, comme je l'ai déjà mentionné, ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence; l'arrêt *Delgamuukw* confirme plutôt à l'égard du titre ancestral une approche fondée sur l'utilisation du territoire.

2014 SCC 44 (CanLII)

[57] This brings me to continuity. There is some reliance on present occupation for the title claim in this case, raising the question of continuity. The evidence adduced and later relied on in parts 5 to 7 of the trial judge's reasons speak of events that took place as late as 1999. The trial judge considered this direct evidence of more recent occupation alongside archeological evidence, historical evidence, and oral evidence from Aboriginal elders, all of which indicated a continuous Tsilhqot'in presence in the claim area. The geographic proximity between sites for which evidence of recent occupation was tendered, and those for which direct evidence of historic occupation existed, further supported an inference of continuous occupation. Paragraph 945 states, under the heading of "Continuity", that the "Tsilhqot'in people have continuously occupied the Claim Area before and after sovereignty assertion". I see no reason to disturb this finding.

[57] Cela m'amène à la continuité. La revendication du titre présentée en l'espèce est fondée dans une certaine mesure sur l'occupation actuelle, ce qui soulève la question de la continuité. La preuve produite et acceptée ensuite dans les parties 5 à 7 des motifs du juge de première instance se rapporte aux événements qui remontent jusqu'en 1999. Le juge de première instance a pris en considération cette preuve directe d'une occupation plus récente conjointement avec la preuve archéologique, la preuve historique et les témoignages d'aînés, qui indiquaient tous une présence continue des Tsilhqot'in dans la région visée par la revendication. La proximité géographique entre les sites à l'égard desquels une preuve d'occupation récente a été produite et ceux à l'égard desquels il existait une preuve directe d'occupation passée renforçait l'inférence d'une occupation continue. Au paragraphe 945, il est indiqué, sous la rubrique [TRADUCTION] « Continuité », que « le peuple Tsilhqot'in a occupé le secteur revendiqué de façon continue avant et après l'affirmation de la souveraineté ». Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[58] Finally, I come to exclusivity. The trial judge found that the Tsilhqot'in, prior to the assertion of sovereignty, repelled other people from their land and demanded permission from outsiders who wished to pass over it. He concluded from this that the Tsilhqot'in treated the land as exclusively theirs. There is no basis upon which to disturb that finding.

[58] Enfin, j'en viens à l'exclusivité. Le juge de première instance a conclu que les Tsilhqot'in, avant l'affirmation de la souveraineté, ont repoussé d'autres peuples de leurs terres et ont exigé que les étrangers qui désiraient passer sur leurs terres leur demandent la permission. Il en a conclu que les Tsilhqot'in considéraient qu'ils possédaient leurs terres en exclusivité. Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion.

[59] The Province goes on to argue that the trial judge's conclusions on how particular parts of the land were used cannot be sustained. The Province says:

- The boundaries drawn by the trial judge are arbitrary and contradicted by some of the evidence (factum, at paras. 141-42).
- The trial judge relied on a map the validity of which the Province disputes (para. 143).

[59] La province plaide en outre que les conclusions du juge de première instance quant à la manière dont certaines parties du territoire étaient utilisées ne peuvent être retenues. La province affirme ce qui suit :

- Les limites du territoire établies par le juge de première instance sont arbitraires et contredites par certains éléments de preuve (mémoire, par. 141-142).
- Le juge de première instance s'est fondé sur une carte dont la province conteste la validité (par. 143).

2014 SCC 44 (CanLII)

- The Tsilhqot'in population, that the trial judge found to be 400 at the time of sovereignty assertion, could not have physically occupied the 1,900 sq. km of land over which title was found (para. 144).

- The trial judge failed to identify specific areas with adequate precision, instead relying on vague descriptions (para. 145).

- A close examination of the details of the inconsistent and arbitrary manner in which the trial judge defined the areas subject to Aboriginal title demonstrates the unreliability of his approach (para. 147).

[60] Most of the Province's criticisms of the trial judge's findings on the facts are rooted in its erroneous thesis that only specific, intensively occupied areas can support Aboriginal title. The concern with the small size of the Tsilhqot'in population in 1846 makes sense only if one assumes a narrow test of intensive occupation and if one ignores the character of the land in question which was mountainous and could not have sustained a much larger population. The alleged failure to identify particular areas with precision likewise only makes sense if one assumes a narrow test of intensive occupation. The other criticisms amount to pointing out conflicting evidence. It was the trial judge's task to sort out conflicting evidence and make findings of fact. The presence of conflicting evidence does not demonstrate palpable and overriding error.

[61] The Province has not established that the conclusions of the trial judge are unsupported by the evidence or otherwise in error. Nor has it established his conclusions were arbitrary or insufficiently precise. The trial judge was faced with the herculean task of drawing conclusions from a huge

- Le peuple Tsilhqot'in qui, selon le juge de première instance, comptait 400 personnes au moment de l'affirmation de la souveraineté, ne pouvait pas occuper les 1 900 km^2 de terres sur lesquelles l'existence d'un titre a été établie (par. 144).

- Le juge de première instance n'a pas identifié des secteurs de manière suffisamment précise; il s'est plutôt appuyé sur de vagues descriptions (par. 145).

- Un examen attentif de la façon incohérente et arbitraire dont le juge de première instance a défini les secteurs grevés d'un titre ancestral démontre le manque de fiabilité de son approche (par. 147).

[60] La plupart des critiques de la province à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance reposent sur la thèse erronée voulant que le titre ancestral s'attache uniquement à des secteurs spécifiques occupés intensivement. La préoccupation que suscite la petite taille de la population des Tsilhqot'in en 1846 n'a de sens que si l'on adopte le critère étroit de l'occupation intensive et que l'on ne tient pas compte de la nature du territoire en question, un territoire montagneux qui n'aurait pas pu assurer la subsistance d'une population beaucoup plus importante. De même, l'allégation selon laquelle le juge de première instance aurait omis d'identifier certains secteurs avec précision n'a de sens que si l'on adopte le critère étroit de l'occupation intensive. Les autres critiques ne servent qu'à souligner le caractère contradictoire de la preuve. Il appartenait au juge de première instance de faire la part des éléments de preuve contradictoires et de tirer des conclusions de fait. La présence d'éléments de preuve contradictoires ne démontre pas l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

[61] La province n'a pas démontré que les conclusions du juge de première instance ne sont pas étayées par la preuve ou qu'elles sont autrement erronées. Elle n'a pas non plus démontré que ses conclusions étaient arbitraires ou manquaient de précision. Le juge de première instance avait la

2014 SCC 44 (CanLII)

body of evidence produced over 339 trial days spanning a five-year period. Much of the evidence was historic evidence and therefore by its nature sometimes imprecise. The trial judge spent long periods in the claim area with witnesses, hearing evidence about how particular parts of the area were used. Absent demonstrated error, his findings should not be disturbed.

tâche colossale de tirer des conclusions à partir d'une quantité énorme d'éléments de preuve produits au cours d'un procès de 339 jours étalé sur une période de cinq ans. Une grande partie de la preuve était historique et donc, de par sa nature, parfois imprécise. Le juge de première instance a passé de longues périodes de temps dans le territoire revendiqué en compagnie de témoins et a entendu des témoignages sur la façon dont différents secteurs étaient utilisés. En l'absence d'une erreur manifeste, ses conclusions ne devraient pas être modifiées.

[62] This said, I have accepted the Province's invitation to review the maps and the evidence and evaluate the trial judge's conclusions as to which areas support a declaration of Aboriginal title. For ease of reference, I attach a map showing the various territories and how the trial judge treated them (Appendix; see Appellant's factum, "Appendix A"). The territorial boundaries drawn by the trial judge and his conclusions as to Aboriginal title appear to be logical and fully supported by the evidence.

[62] Cela étant dit, j'ai accepté la proposition de la province d'examiner les cartes et les éléments de preuve et d'apprécier les conclusions du juge de première instance au sujet des secteurs auxquels devrait s'appliquer un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral. Par souci de clarté, je joins en annexe une carte qui montre les divers territoires et la façon dont le juge de première instance les a considérés (Annexe; voir l'annexe « A » du mémoire de l'appelant). Les limites territoriales définies par le juge de première instance et ses conclusions quant au titre ancestral semblent logiques et entièrement étayées par la preuve.

[63] The trial judge divided the claim area into six regions and then considered a host of individual sites within each region. He examined expert archeological evidence, historical evidence and oral evidence from Aboriginal elders referring to these specific sites. At some of these sites, although the evidence did suggest a Tsilhqot'in presence, he found it insufficient to establish regular and exclusive occupancy. At other sites, he held that the evidence did establish regular and exclusive occupancy. By examining a large number of individual sites, the trial judge was able to infer the boundaries within which the Tsilhqot'in regularly and exclusively occupied the land. The trial judge, in proceeding this way, made no legal error.

[63] Le juge de première instance a divisé le territoire revendiqué en six régions et a ensuite examiné de nombreux sites à l'intérieur de chaque région. Il a examiné des éléments de preuve archéologique et historique ainsi que les récits oraux des aînés autochtones faisant état de ces sites. À certains de ces sites, bien que la preuve donnait à penser que les Tsilhqot'in y avaient été présents, il a conclu que la preuve ne permettait pas d'établir une occupation régulière et exclusive. À d'autres sites, il a estimé que la preuve établissait une telle occupation. Après avoir examiné un grand nombre de sites, le juge de première instance a pu inférer les limites à l'intérieur desquelles les Tsilhqot'in occupaient régulièrement et exclusivement le territoire. En procédant de cette façon, le juge de première instance n'a commis aucune erreur.

[64] The Province also criticises the trial judge for offering his opinion on areas outside the claim area. This, the Province says, went beyond the

[64] La province critique également le juge de première instance parce qu'il a donné son avis sur des terres qui se trouvent à l'extérieur du territoire

2014 SCC 44 (CanLII)

mandate of a trial judge who, should pronounce only on pleaded matters.

[65] In my view, this criticism is misplaced. It is clear that no declaration of title could be made over areas outside those pleaded. The trial judge offered his comments on areas outside the claim area, not as binding rulings in the case, but to provide assistance in future land claims negotiations. Having canvassed the evidence and arrived at conclusions on it, it made economic and practical sense for the trial judge to give the parties the benefit of his views. Moreover, as I noted earlier in discussing the proper approach to pleadings in cases where Aboriginal title is at issue, these cases raise special considerations. Often, the ambit of a claim cannot be drawn with precision at the commencement of proceedings. The true state of affairs unfolds only gradually as the evidence emerges over what may be a lengthy period of time. If at the end of the process the boundaries of the initial claim and the boundaries suggested by the evidence are different, the trial judge should not be faulted for pointing that out.

[66] I conclude that the trial judge was correct in his assessment that the Tsilhqot'in occupation was both sufficient and exclusive at the time of sovereignty. There was ample direct evidence of occupation at sovereignty, which was additionally buttressed by evidence of more recent continuous occupation.

VI. What Rights Does Aboriginal Title Confer?

[67] As we have seen, *Delgamuukw* establishes that Aboriginal title "encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes" (para. 117), including non-traditional purposes, provided these

revendiqué. Selon la province, cela outrepassait le mandat d'un juge de première instance, qui doit se prononcer seulement sur les questions soulevées.

[65] À mon avis, cette critique est inappropriée. Il est évident qu'aucun jugement déclarant l'existence d'un titre n'aurait pu être rendu à l'égard de terres se trouvant à l'extérieur du territoire revendiqué. Les commentaires du juge de première instance à propos de secteurs non revendiqués n'étaient pas de la nature d'une décision, mais visaient simplement à fournir des pistes pour de futures négociations relatives aux revendications territoriales. Après avoir examiné la preuve et en avoir tiré des conclusions, il était logique, sur les plans économique et pratique, que le juge de première instance donne son opinion aux parties. De plus, ainsi que je l'ai fait remarquer lorsque je me suis penchée sur l'approche qu'il convient d'adopter à l'égard des actes de procédure dans les cas où un titre ancestral est en cause, ces affaires soulèvent des considérations particulières. Souvent, la portée d'une revendication ne peut être établie avec précision au début des procédures. La situation s'éclaircit au fur et à mesure que les éléments de preuve se dégagent sur une période qui peut être longue. Si, à la fin du processus, les limites de la revendication initiale et les limites établies suivant la preuve sont différentes, il ne faudrait pas reprocher au juge de première instance de le souligner.

[66] J'estime que le juge de première instance a eu raison de conclure que l'occupation des Tsilhqot'in était suffisante et exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Il y avait amplement d'éléments de preuve démontrant une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, et cette preuve était renforcée par des éléments de preuve démontrant une occupation continue plus récente.

VI. Quels droits confère le titre ancestral?

[67] Je le rappelle, l'arrêt *Delgamuukw* établit que le titre ancestral « comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins » (par. 117), y compris des fins non traditionnelles, dans la mesure

2014 SCC 44 (CanLII)

uses can be reconciled with the communal and ongoing nature of the group's attachment to the land. Subject to this inherent limit, the title-holding group has the right to choose the uses to which the land is put and to enjoy its economic fruits (para. 166).

où ces utilisations peuvent se concilier avec la nature collective et continue de l'attachement qu'a le groupe pour le territoire visé. Sous réserve de cette limite intrinsèque, le groupe qui détient le titre a le droit de choisir les utilisations qui sont faites de ces terres et de bénéficier des avantages économiques qu'elles procurent (par. 166).

[68] I will first discuss the legal characterization of the Aboriginal title. I will then offer observations on what Aboriginal title provides to its holders and what limits it is subject to.

[68] Je vais d'abord examiner la qualification juridique du titre ancestral. J'exposerai ensuite mes observations sur ce que le titre ancestral confère à ses titulaires et sur les limites auxquelles il est assujetti.

A. *The Legal Characterization of Aboriginal Title*

A. *La qualification juridique du titre ancestral*

[69] The starting point in characterizing the legal nature of Aboriginal title is Dickson J.'s concurring judgment in *Guerin*, discussed earlier. At the time of assertion of European sovereignty, the Crown acquired radical or underlying title to all the land in the province. This Crown title, however, was burdened by the pre-existing legal rights of Aboriginal people who occupied and used the land prior to European arrival. The doctrine of *terra nullius* (that no one owned the land prior to European assertion of sovereignty) never applied in Canada, as confirmed by the *Royal Proclamation* of 1763. The Aboriginal interest in land that burdens the Crown's underlying title is an independent legal interest, which gives rise to a fiduciary duty on the part of the Crown.

[69] Le point de départ de la qualification de la nature juridique du titre ancestral est le jugement concordant du juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, dont il est question précédemment. Au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, la Couronne a acquis un titre absolu ou sous-jacent sur toutes les terres de la province. Ce titre était toutefois grevé des droits préexistants des peuples autochtones qui occupaient et utilisaient les terres avant l'arrivée des Européens. La doctrine de la *terra nullius* (selon laquelle nul ne possédait la terre avant l'affirmation de la souveraineté européenne) ne s'est jamais appliquée au Canada, comme l'a confirmé la *Proclamation royale* de 1763. Le droit des Autochtones sur les terres qui grève le titre sous-jacent de la Couronne a une existence juridique indépendante qui donne naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne.

[70] The content of the Crown's underlying title is what is left when Aboriginal title is subtracted from it: s. 109 of the *Constitution Act, 1867*; *Delgamuukw*. As we have seen, *Delgamuukw* establishes that Aboriginal title gives "the right to exclusive use and occupation of the land . . . for a variety of purposes", not confined to traditional or "distinctive" uses (para. 117). In other words, Aboriginal title is a beneficial interest in the land: *Guerin*, at p. 382. In simple terms, the title holders have the right to the benefits associated with the land — to use it, enjoy it and profit from its economic development. As such, the Crown does

[70] Le contenu du titre sous-jacent de la Couronne est ce qui reste après la soustraction du titre ancestral : art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Delgamuukw*. Comme nous l'avons déjà vu, l'arrêt *Delgamuukw* établit que le titre ancestral accorde « le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins », lesquelles ne se limitent pas aux utilisations traditionnelles ou « distinctives » (par. 117). Autrement dit, le titre ancestral est un intérêt bénéficiaire sur les terres : *Guerin*, p. 382. En termes simples, les titulaires du titre ont droit aux avantages associés aux terres — de les utiliser,

2014 SCC 44 (CanLII)

not retain a beneficial interest in Aboriginal title land.

[71] What remains, then, of the Crown's radical or underlying title to lands held under Aboriginal title? The authorities suggest two related elements — a fiduciary duty owed by the Crown to Aboriginal people when dealing with Aboriginal lands, and the right to encroach on Aboriginal title if the government can justify this in the broader public interest under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Court in *Delgamuukw* referred to this as a process of reconciling Aboriginal interests with the broader public interests under s. 35 of the *Constitution Act*, *1982*.

[72] The characteristics of Aboriginal title flow from the special relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. It is this relationship that makes Aboriginal title *sui generis* or unique. Aboriginal title is what it is — the unique product of the historic relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. Analogies to other forms of property ownership — for example, fee simple — may help us to understand aspects of Aboriginal title. But they cannot dictate precisely what it is or is not. As La Forest J. put it in *Delgamuukw*, at para. 190, Aboriginal title "is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts".

B. *The Incidents of Aboriginal Title*

[73] Aboriginal title confers ownership rights similar to those associated with fee simple, including: the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to proactively use and manage the land.

d'en jouir et de profiter de leur développement économique. Par conséquent, la Couronne ne conserve pas un intérêt bénéficiaire sur les terres visées par un titre ancestral.

[71] Alors, que reste-t-il du titre absolu ou sous-jacent de la Couronne sur les terres détenues en vertu d'un titre ancestral? Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence deux éléments connexes — une obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones à l'égard des terres ancestrales et le droit de porter atteinte au titre ancestral si le gouvernement peut démontrer que l'atteinte est justifiée dans l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a dit qu'il s'agissait d'un processus de conciliation des intérêts autochtones et de l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[72] Les caractéristiques du titre ancestral découlent de la relation particulière entre la Couronne et le groupe autochtone en question. C'est cette relation qui rend le titre ancestral *sui generis*, ou unique. Le titre ancestral est ce qu'il est — le résultat unique de la relation historique entre la Couronne et le groupe autochtone en question. Des analogies avec d'autres formes de propriété — par exemple, la propriété en fief simple — peuvent être utiles pour mieux comprendre certains aspects du titre ancestral. Cependant, elles ne peuvent pas dicter précisément en quoi il consiste ou ne consiste pas. Comme le juge La Forest l'a indiqué dans *Delgamuukw*, par. 190, le titre ancestral « 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 ».

B. *Les attributs du titre ancestral*

[73] Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive.

2014 SCC 44 (CanLII)

[74] Aboriginal title, however, comes with an important restriction — it is collective title held not only for the present generation but for all succeeding generations. This means it cannot be alienated except to the Crown or encumbered in ways that would prevent future generations of the group from using and enjoying it. Nor can the land be developed or misused in a way that would substantially deprive future generations of the benefit of the land. Some changes — even permanent changes — to the land may be possible. Whether a particular use is irreconcilable with the ability of succeeding generations to benefit from the land will be a matter to be determined when the issue arises.

[74] Cependant, le titre ancestral comporte une restriction importante — il s'agit d'un titre collectif détenu non seulement pour la génération actuelle, mais pour toutes les générations futures. Cela signifie qu'il ne peut pas être cédé, sauf à la Couronne, ni être grevé d'une façon qui empêcherait les générations futures du groupe d'utiliser les terres et d'en jouir. Les terres ne peuvent pas non plus être aménagées ou utilisées d'une façon qui priverait de façon substantielle les générations futures de leur utilisation. Il peut être possible d'apporter certaines modifications — même permanentes — aux terres. La question de savoir si une utilisation particulière est irréconciliable avec la possibilité pour les générations futures de bénéficier des terres constituera une question qu'il faudra trancher lorsqu'elle se posera.

[75] The rights and restrictions on Aboriginal title flow from the legal interest Aboriginal title confers, which in turn flows from the fact of Aboriginal occupancy at the time of European sovereignty which attached as a burden on the underlying title asserted by the Crown at sovereignty. Aboriginal title post-sovereignty reflects the fact of Aboriginal occupancy pre-sovereignty, with all the pre-sovereignty incidents of use and enjoyment that were part of the collective title enjoyed by the ancestors of the claimant group — most notably the right to control how the land is used. However, these uses are not confined to the uses and customs of pre-sovereignty times; like other landowners, Aboriginal title holders of modern times can use their land in modern ways, if that is their choice.

[75] Les droits et restrictions afférents au titre ancestral découlent de l'intérêt que ce titre confère, intérêt qui découle à son tour de l'occupation autochtone à l'époque de la souveraineté européenne et qui grève le titre sous-jacent revendiqué par la Couronne au moment de l'affirmation de la souveraineté. Le titre ancestral postérieur à l'affirmation de la souveraineté reflète le fait que les Autochtones occupaient le territoire avant l'affirmation de la souveraineté, avec tous les attributs que constituent les droits d'utilisation et de jouissance qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté et qui composaient le titre collectif détenu par les ancêtres du groupe revendicateur — notamment le droit de contrôler l'utilisation des terres. Cependant, les utilisations ne se limitent pas aux utilisations et aux coutumes antérieures à l'affirmation de la souveraineté; tout comme les autres propriétaires fonciers, les titulaires du titre ancestral des temps modernes peuvent utiliser leurs terres de façon moderne, s'ils le veulent.

[76] The right to control the land conferred by Aboriginal title means that governments and others seeking to use the land must obtain the consent of the Aboriginal title holders. If the Aboriginal group does not consent to the use, the government's only recourse is to establish that the proposed incursion on the land is justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[76] Le droit de contrôler la terre que confère le titre ancestral signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral. Si le groupe autochtone ne consent pas à l'utilisation, le seul recours du gouvernement consiste à établir que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2014 SCC 44 (CanLII)

C. *Justification of Infringement*

[77] To justify overriding the Aboriginal title-holding group's wishes on the basis of the broader public good, the government must show: (1) that it discharged its procedural duty to consult and accommodate; (2) that its actions were backed by a compelling and substantial objective; and (3) that the governmental action is consistent with the Crown's fiduciary obligation to the group: *Sparrow*.

[78] The duty to consult is a procedural duty that arises from the honour of the Crown prior to confirmation of title. Where the Crown has real or constructive knowledge of the potential or actual existence of Aboriginal title, and contemplates conduct that might adversely affect it, the Crown is obliged to consult with the group asserting Aboriginal title and, if appropriate, accommodate the Aboriginal right. The duty to consult must be discharged prior to carrying out the action that could adversely affect the right.

[79] The degree of consultation and accommodation required lies on a spectrum as discussed in *Haida*. In general, the level of consultation and accommodation required is proportionate to the strength of the claim and to the seriousness of the adverse impact the contemplated governmental action would have on the claimed right. "A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties" (para. 37). The required level of consultation and accommodation is greatest where title has been established. Where consultation or accommodation is found to be inadequate, the government decision can be suspended or quashed.

[80] Where Aboriginal title is unproven, the Crown owes a procedural duty imposed by the honour of the Crown to consult and, if appropriate, accommodate the unproven Aboriginal interest. By contrast,

C. *La justification de l'atteinte*

[77] Pour justifier qu'il puisse passer outre aux volontés du groupe qui détient le titre ancestral au motif que l'atteinte sert l'intérêt général du public, le gouvernement doit établir : (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement; (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel; et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe : *Sparrow*.

[78] L'obligation de consultation est une obligation procédurale que fait naître l'honneur de la Couronne avant que l'existence du titre soit confirmée. Lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle ou réelle du titre ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ce titre, elle est tenue de consulter le groupe qui revendique le titre ancestral et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements au droit ancestral. L'obligation de consultation doit être respectée avant la prise de mesures pouvant avoir un effet préjudiciable sur le droit.

[79] L'obligation de consultation et d'accommodement se situe à l'intérieur d'un continuum, comme il en a été question dans l'arrêt *Nation haïda*. En général, le niveau de consultation et d'accommodement nécessaire est proportionnel à la solidité de la revendication et à la gravité de l'incidence négative que la mesure gouvernementale proposée aurait sur le droit revendiqué. « Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes » (par. 37). Le niveau de consultation et d'accommodement nécessaire est le plus élevé lorsque l'existence du titre a été établie. Lorsque la consultation ou l'accommodement est jugé insuffisant, la décision du gouvernement peut être suspendue ou annulée.

[80] Lorsque l'existence du titre ancestral n'est pas établie, l'honneur de la Couronne lui impose une obligation procédurale de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement de l'intérêt autochtone

2014 SCC 44 (CanLII)

where title has been established, the Crown must not only comply with its procedural duties, but must also ensure that the proposed government action is substantively consistent with the requirements of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This requires both a compelling and substantial governmental objective and that the government action is consistent with the fiduciary duty owed by the Crown to the Aboriginal group.

non encore établi. Par contre, lorsque l'existence du titre a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais doit aussi s'assurer que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour cela, le gouvernement doit poursuivre un objectif impérieux et réel et il doit démontrer que la mesure proposée est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone.

[81] I agree with the Court of Appeal that the compelling and substantial objective of the government must be considered from the Aboriginal perspective as well as from the perspective of the broader public. As stated in *Gladstone*, at para. 72:

> . . . the objectives which can be said to be compelling and substantial will be those directed at either the recognition of the prior occupation of North America by [A]boriginal peoples or — and at the level of justification it is this purpose which may well be most relevant — at the reconciliation of [A]boriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown. [Emphasis added.]

[81] Je conviens avec la Cour d'appel que l'objectif impérieux et réel du gouvernement doit être examiné du point de vue des Autochtones ainsi que du point de vue de l'intérêt général du public. Comme il est indiqué au par. 72 de l'arrêt *Gladstone* :

> . . . sont considérés comme des objectifs impérieux et réels les objectifs visant soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit — et, à l'étape de la justification, ce genre d'objectifs pourrait bien être le plus pertinent — la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. [Je souligne.]

[82] As *Delgamuukw* explains, the process of reconciling Aboriginal interests with the broader interests of society as a whole is the *raison d'être* of the principle of justification. Aboriginals and non-Aboriginals are "all here to stay" and must of necessity move forward in a process of reconciliation (para. 186). To constitute a compelling and substantial objective, the broader public goal asserted by the government must further the goal of reconciliation, having regard to both the Aboriginal interest and the broader public objective.

[82] Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Delgamuukw*, le processus de conciliation des intérêts autochtones avec l'intérêt général de la société dans son ensemble constitue la raison d'être du principe de la justification. Les Autochtones et les non-Autochtones sont « tous ici pour y rester » et doivent forcément favoriser un processus de conciliation (par. 186). Pour constituer un objectif impérieux et réel, l'objectif général du public invoqué par le gouvernement doit poursuivre l'objectif de conciliation, compte tenu des intérêts autochtones et de l'objectif général du public.

[83] What interests are potentially capable of justifying an incursion on Aboriginal title? In *Delgamuukw*, this Court, *per* Lamer C.J., offered this:

> In the wake of *Gladstone*, the range of legislative objectives that can justify the infringement of [A]boriginal title is fairly broad. Most of these objectives can

[83] Quels objectifs peuvent justifier une atteinte au titre ancestral? Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a fait les remarques suivantes au nom de la Cour :

> 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

2014 SCC 44 (CanLII)

be traced to the reconciliation of the prior occupation of North America by [A]boriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, which entails the recognition that "distinctive [A]boriginal 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 [A]boriginal 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. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 165.]

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. [Je souligne; soulignement dans l'original omis; par. 165.]

[84] If a compelling and substantial public purpose is established, the government must go on to show that the proposed incursion on the Aboriginal right is consistent with the Crown's fiduciary duty towards Aboriginal people.

[84] Si le gouvernement démontre qu'il poursuit un objectif impérieux et réel, il doit ensuite prouver que l'atteinte proposée au droit ancestral est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

[85] The Crown's fiduciary duty in the context of justification merits further discussion. The Crown's underlying title in the land is held for the benefit of the Aboriginal group and constrained by the Crown's fiduciary or trust obligation to the group. This impacts the justification process in two ways.

[85] Dans le contexte de la justification, l'obligation fiduciaire de la Couronne mérite une analyse plus approfondie. Le titre sous-jacent de la Couronne sur les terres est détenu au profit du groupe autochtone et encadré par l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe. Cela influence le processus de justification de deux façons.

[86] First, the Crown's fiduciary duty means that the government must act in a way that respects the fact that Aboriginal title is a group interest that inheres in present and future generations. The beneficial interest in the land held by the Aboriginal group vests communally in the title-holding group. This means that incursions on Aboriginal title cannot be justified if they would substantially deprive future generations of the benefit of the land.

[86] Premièrement, l'obligation fiduciaire de la Couronne signifie que le gouvernement doit agir d'une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures. L'intérêt bénéficiaire sur les terres que détient le groupe autochtone est dévolu à l'ensemble des membres du groupe titulaire du titre. Les atteintes au titre ancestral ne peuvent donc pas être justifiées si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres.

[87] Second, the Crown's fiduciary duty infuses an obligation of proportionality into the justification process. Implicit in the Crown's fiduciary duty

[87] Deuxièmement, l'obligation fiduciaire de la Couronne insuffle une obligation de proportionnalité dans le processus de justification. Il ressort

2014 SCC 44 (CanLII)

to the Aboriginal group is the requirement that the incursion is necessary to achieve the government's goal (rational connection); that the government go no further than necessary to achieve it (minimal impairment); and that the benefits that may be expected to flow from that goal are not outweighed by adverse effects on the Aboriginal interest (proportionality of impact). The requirement of proportionality is inherent in the *Delgamuukw* process of reconciliation and was echoed in *Haida*'s insistence that the Crown's duty to consult and accommodate at the claims stage "is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed" (para. 39).

[88] In summary, Aboriginal title confers on the group that holds it the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to one carve-out — that the uses must be consistent with the group nature of the interest and the enjoyment of the land by future generations. Government incursions not consented to by the title-holding group must be undertaken in accordance with the Crown's procedural duty to consult and must also be justified on the basis of a compelling and substantial public interest, and must be consistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group.

D. *Remedies and Transition*

[89] Prior to establishment of title by court declaration or agreement, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups. The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed. If the Crown fails

implicitement de l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence). L'exigence de proportionnalité est inhérente au processus de conciliation énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* et elle a été reprise dans l'arrêt *Nation haïda*, où la Cour insiste sur le fait que l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder à l'étape des revendications « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre » (par. 39).

[88] En résumé, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, sous réserve d'une seule exception, soit que les utilisations respectent sa nature collective et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Lorsque le gouvernement porte atteinte au titre ancestral sans le consentement du groupe titulaire du titre, il doit le faire en respectant l'obligation procédurale de la Couronne de consulter le groupe. L'atteinte doit également être justifiée par la poursuite d'un objectif public impérieux et réel et elle doit être compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone.

D. *Mesures de réparation et période transitoire*

[89] Avant que l'existence du titre soit établie par un jugement déclaratoire ou une entente, la Couronne est tenue de consulter de bonne foi les groupes autochtones qui revendiquent le titre sur des terres au sujet de ses projets d'utilisation des terres et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de ces groupes. Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet

2014 SCC 44 (CanLII)

to discharge its duty to consult, various remedies are available including injunctive relief, damages, or an order that consultation or accommodation be carried out: *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 37.

préjudiciable éventuel sur l'intérêt revendiqué. Le manquement par la Couronne à son obligation de consultation peut donner lieu à diverses mesures de réparation, notamment une injonction, des dommages-intérêts ou une ordonnance enjoignant la tenue de consultations ou la prise de mesures d'accommodement : *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 37.

[90] After Aboriginal title to land has been established by court declaration or agreement, the Crown must seek the consent of the title-holding Aboriginal group to developments on the land. Absent consent, development of title land cannot proceed unless the Crown has discharged its duty to consult and can justify the intrusion on title under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The usual remedies that lie for breach of interests in land are available, adapted as may be necessary to reflect the special nature of Aboriginal title and the fiduciary obligation owed by the Crown to the holders of Aboriginal title.

[90] Une fois l'existence du titre ancestral sur des terres établie par un jugement déclaratoire ou une entente, le gouvernement doit demander le consentement du groupe autochtone titulaire du titre pour ses projets d'aménagement du territoire. En l'absence de consentement, les projets d'aménagement sur les terres assujetties au titre ne peuvent aller de l'avant si le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de consultation et ne peut justifier une atteinte à ce titre aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les mesures de réparation habituelles en cas d'atteinte à des intérêts sur des terres sont disponibles, en les adaptant au besoin en fonction de la nature particulière du titre ancestral et de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les titulaires du titre ancestral.

[91] The practical result may be a spectrum of duties applicable over time in a particular case. At the claims stage, prior to establishment of Aboriginal title, the Crown owes a good faith duty to consult with the group concerned and, if appropriate, accommodate its interests. As the claim strength increases, the required level of consultation and accommodation correspondingly increases. Where a claim is particularly strong — for example, shortly before a court declaration of title — appropriate care must be taken to preserve the Aboriginal interest pending final resolution of the claim. Finally, once title is established, the Crown cannot proceed with development of title land not consented to by the title-holding group unless it has discharged its duty to consult and the development is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[91] Il s'ensuit d'un point de vue pratique que des obligations différentes puissent être applicables au fil du temps dans un cas donné. À l'étape de la revendication, avant que soit établie l'existence du titre ancestral, le gouvernement a une obligation de consulter de bonne foi le groupe en cause et, s'il y a lieu, d'accommoder ses intérêts. Alors que la validité de la revendication devient plus apparente, le niveau requis de consultation et d'accommodement augmente proportionnellement. Lorsqu'une revendication est particulièrement solide — par exemple, peu avant qu'un tribunal confirme l'existence du titre — il faut bien prendre soin de préserver l'intérêt autochtone en attendant le règlement définitif de la revendication. Enfin, une fois l'existence du titre établie, le gouvernement ne peut réaliser, sur les terres grevées d'un titre ancestral, un projet d'aménagement auquel le groupe titulaire du titre n'a pas consenti à moins qu'il se soit acquitté de son obligation de consultation et que le projet d'aménagement soit justifié au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2014 SCC 44 (CanLII)

[92] Once title is established, it may be necessary for the Crown to reassess prior conduct in light of the new reality in order to faithfully discharge its fiduciary duty to the title-holding group going forward. For example, if the Crown begins a project without consent prior to Aboriginal title being established, it may be required to cancel the project upon establishment of the title if continuation of the project would be unjustifiably infringing. Similarly, if legislation was validly enacted before title was established, such legislation may be rendered inapplicable going forward to the extent that it unjustifiably infringes Aboriginal title.

E. *What Duties Were Owed by the Crown at the Time of the Government Action?*

[93] Prior to the declaration of Aboriginal title, the Province had a duty to consult and accommodate the claimed Tsilhqot'in interest in the land. As the Tsilhqot'in had a strong *prima facie* claim to the land at the time of the impugned government action and the intrusion was significant, the duty to consult owed by the Crown fell at the high end of the spectrum described in *Haida* and required significant consultation and accommodation in order to preserve the Tsilhqot'in interest.

[94] With the declaration of title, the Tsilhqot'in have now established Aboriginal title to the portion of the lands designated by the trial judge with the exception as set out in para. 9 of these reasons. This gives them the right to determine, subject to the inherent limits of group title held for future generations, the uses to which the land is put and to enjoy its economic fruits. As we have seen, this is not merely a right of first refusal with respect to Crown land management or usage plans. Rather, it is the right to proactively use and manage the land.

[92] Une fois l'existence du titre établie, il peut être nécessaire pour le gouvernement de réévaluer sa conduite passée compte tenu de cette nouvelle réalité afin de s'acquitter fidèlement par la suite de son obligation fiduciaire envers le groupe titulaire du titre. Par exemple, si, avant que le titre ancestral soit établi, le gouvernement a entrepris un projet sans le consentement du groupe autochtone, il peut être tenu de l'annuler une fois l'existence du titre établie si la poursuite du projet porte indûment atteinte aux droits des Autochtones. De même, si une loi a été valablement adoptée avant que l'existence du titre soit établie, elle pourra être déclarée inapplicable pour l'avenir dans la mesure où elle porte injustement atteinte au titre ancestral.

E. *Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?*

[93] Avant le jugement déclarant l'existence du titre ancestral, la province était tenue de consulter les Tsilhqot'in et de trouver des accommodements aux intérêts qu'ils revendiquaient. Au moment de la prise de la mesure gouvernementale contestée, la revendication du titre sur les terres par les Tsilhqot'in était à première vue solide et l'obligation de consultation de la Couronne se situait au haut du continuum décrit dans *Nation haïda* et exigeait un niveau élevé de consultation et d'accommodement afin de préserver les intérêts des Tsilhqot'in.

[94] Maintenant qu'un jugement a reconnu l'existence du titre, le peuple Tsilhqot'in détient un titre ancestral sur la partie du territoire désignée par le juge de première instance, sous réserve de l'exception indiquée au par. 9 des présents motifs. Cela donne au peuple Tsilhqot'in, sous réserve des limites inhérentes au titre collectif détenu au bénéfice des générations futures, le droit de déterminer les utilisations des terres et de bénéficier des avantages économiques qu'elles procurent. Comme nous l'avons déjà vu, il ne s'agit pas simplement d'un droit de premier refus sur la gestion des terres de la Couronne ou sur les plans de leur utilisation. Il s'agit plutôt du droit d'utiliser et de gérer les terres de façon proactive.

2014 SCC 44 (CanLII)

VII. Breach of the Duty to Consult

[95] The alleged breach in this case arises from the issuance by the Province of licences permitting third parties to conduct forestry activity and construct related infrastructure on the land in 1983 and onwards, before title was declared. During this time, the Tsilhqot'in held an interest in the land that was not yet legally recognized. The honour of the Crown required that the Province consult them on uses of the lands and accommodate their interests. The Province did neither and breached its duty owed to the Tsilhqot'in.

[96] The Crown's duty to consult was breached when Crown officials engaged in the planning process for the removal of timber. The inclusion of timber on Aboriginal title land in a timber supply area, the approval of cut blocks on Aboriginal title land in a forest development plan, and the allocation of cutting permits all occurred without any meaningful consultation with the Tsilhqot'in.

[97] I add this. Governments and individuals proposing to use or exploit land, whether before or after a declaration of Aboriginal title, can avoid a charge of infringement or failure to adequately consult by obtaining the consent of the interested Aboriginal group.

VIII. Provincial Laws and Aboriginal Title

[98] As discussed, I have concluded that the Province breached its duty to consult and accommodate the Tsilhqot'in interest in the land. This is sufficient to dispose of the appeal.

[99] However, the parties made extensive submissions on the application of the *Forest Act* to Aboriginal title land. This issue was dealt with by the courts below and is of pressing importance to the Tsilhqot'in people and other Aboriginal groups in British Columbia and elsewhere. It is therefore appropriate that we deal with it.

VII. Le manquement à l'obligation de consultation

[95] En l'espèce, le manquement allégué découle de la délivrance, par la province, de permis permettant à des tiers de mener des activités forestières et de construire des infrastructures connexes sur les terres à compter de 1983, avant que l'existence du titre soit reconnue. Au cours de cette période, les Tsilhqot'in détenaient sur les terres un intérêt qui n'était pas encore légalement reconnu. Le principe de l'honneur de la Couronne obligeait la province à les consulter à propos des utilisations des terres et à trouver des accommodements à leurs intérêts. La province n'a fait ni l'un ni l'autre et a manqué à son obligation envers les Tsilhqot'in.

[96] La Couronne a manqué à son obligation de consultation quand ses représentants ont planifié l'enlèvement du bois. L'inclusion des terres visées par un titre ancestral dans une région d'approvisionnement en bois, l'autorisation de blocs de coupe sur les terres visées par un titre ancestral dans le cadre d'un plan d'aménagement forestier et la délivrance de permis de coupe ont eu lieu sans aucune consultation significative avec les Tsilhqot'in.

[97] J'ajoute ceci. Les gouvernements et particuliers qui proposent d'utiliser ou d'exploiter la terre, que ce soit avant ou après une déclaration de titre ancestral, peuvent éviter d'être accusés de porter atteinte aux droits ou de manquer à l'obligation de consulter adéquatement le groupe en obtenant le consentement du groupe autochtone en question.

VIII. Les lois provinciales et le titre ancestral

[98] Je le rappelle, j'ai conclu que la province a manqué à son obligation de consulter les Tsilhqot'in et de trouver des accommodements à leur intérêt sur les terres. Cela suffit à trancher le pourvoi.

[99] Cependant, les parties ont présenté des observations détaillées sur l'application de la *Forest Act* aux terres visées par un titre ancestral. Les tribunaux d'instance inférieure ont traité de cette question, laquelle prend une grande importance pour le peuple des Tsilhqot'in et pour les autres groupes autochtones de la Colombie-Britannique et d'ailleurs. Il convient donc que nous l'examinions.

2014 SCC 44 (CanLII)

[100] The following questions arise: (1) Do provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title and, if so, how? (2) Does the British Columbia *Forest Act* on its face apply to land held under Aboriginal title? and (3) If the *Forest Act* on its face applies, is its application ousted by the operation of the Constitution of Canada? I will discuss each of these questions in turn.

A. *Do Provincial Laws of General Application Apply to Land Held Under Aboriginal Title?*

[101] Broadly put, provincial laws of general application apply to lands held under Aboriginal title. However, as we shall see, there are important constitutional limits on this proposition.

[102] As a general proposition, provincial governments have the power to regulate land use within the province. This applies to all lands, whether held by the Crown, by private owners, or by the holders of Aboriginal title. The foundation for this power lies in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, which gives the provinces the power to legislate with respect to property and civil rights in the province.

[103] Provincial power to regulate land held under Aboriginal title is constitutionally limited in two ways. First, it is limited by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 requires any abridgment of the rights flowing from Aboriginal title to be backed by a compelling and substantial governmental objective and to be consistent with the Crown's fiduciary relationship with title holders. Second, a province's power to regulate lands under Aboriginal title may in some situations also be limited by the federal power over "Indians, and Lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[100] Les questions qui se posent sont les suivantes : (1) Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral et, dans l'affirmative, comment s'appliquent-elles? (2) À première vue, la *Forest Act* de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral? Et (3) si, à première vue, la *Forest Act* s'applique, son application est-elle écartée par l'application de la Constitution du Canada? Je vais examiner successivement chacune de ces questions.

A. *Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?*

[101] De façon générale, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres visées par un titre ancestral. Cependant, comme nous le verrons, cet énoncé est assorti de limites constitutionnelles importantes.

[102] En règle générale, les gouvernements provinciaux ont le pouvoir de réglementer l'utilisation des terres situées à l'intérieur de la province. Cette règle s'applique à toutes les terres, qu'elles soient détenues par le gouvernement, par des propriétaires privés ou par les titulaires d'un titre ancestral. Le fondement de ce pouvoir réside dans le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel accorde à la province le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils dans la province.

[103] Le pouvoir provincial de réglementer les terres détenues en vertu d'un titre ancestral est constitutionnellement limité de deux façons. Premièrement, il est limité par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aux termes de cet article, toute atteinte aux droits découlant du titre ancestral doit poursuivre un objectif gouvernemental impérieux et réel et doit être compatible avec la relation fiduciaire entre la Couronne et les titulaires du titre. Deuxièmement, le pouvoir d'une province de réglementer les terres visées par un titre ancestral peut aussi, dans certains cas, être limité par le pouvoir fédéral sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

2014 SCC 44 (CanLII)

[104] This Court suggested in *Sparrow* that the following factors will be relevant in determining whether a law of general application results in a meaningful diminution of an Aboriginal right, giving rise to breach: (1) whether the limitation imposed by the legislation is unreasonable; (2) whether the legislation imposes undue hardship; and (3) whether the legislation denies the holders of the right their preferred means of exercising the right (p. 1112). All three factors must be considered; for example, even if laws of general application are found to be reasonable or not to cause undue hardship, this does not mean that there can be no infringement of Aboriginal title. As stated in *Gladstone*:

> Simply because one of [the *Sparrow*] questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement. [para. 43]

[105] It may be predicted that laws and regulations of general application aimed at protecting the environment or assuring the continued health of the forests of British Columbia will usually be reasonable, not impose an undue hardship either directly or indirectly, and not interfere with the Aboriginal group's preferred method of exercising their right. And it is to be hoped that Aboriginal groups and the provincial government will work cooperatively to sustain the natural environment so important to them both. This said, when conflicts arise, the foregoing template serves to resolve them.

[106] Subject to these constitutional constraints, provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title.

B. *Does the Forest Act on its Face Apply to Aboriginal Title Land?*

[107] Whether a statute of general application such as the *Forest Act* was *intended* to apply to lands subject to Aboriginal title — the question

[104] Dans l'arrêt *Sparrow*, notre Cour a laissé entendre que les facteurs suivants seront pertinents au moment de déterminer si une loi d'application générale entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral, ce qui donne lieu à une atteinte : (1) si la restriction imposée par la loi est déraisonnable; (2) si la loi est indûment rigoureuse; et (3) si la loi refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré d'exercer ce droit (p. 1112). Les trois facteurs doivent être pris en compte; par exemple, même s'il est jugé que les lois d'application générale ne sont pas déraisonnables ou indûment rigoureuses, cela ne signifie pas qu'il ne peut pas y avoir d'atteinte au titre ancestral. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Gladstone* :

> Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions [formulées dans l'arrêt *Sparrow*] n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue. [par. 43]

[105] On peut prévoir que les lois et règlements d'application générale visant à protéger l'environnement ou à assurer, à long terme, la santé des forêts de la Colombie-Britannique seront habituellement raisonnables, qu'ils ne seront pas, directement ou indirectement, indûment rigoureux et qu'ils ne refuseront pas au groupe autochtone leur moyen préféré d'exercer leur droit. Et il faut espérer que les groupes autochtones et le gouvernement provincial collaboreront pour assurer la pérennité de l'environnement naturel qui leur est si important. Cela dit, lorsque survient un conflit, l'analyse qui précède sert à le régler.

[106] Sous réserve de ces contraintes constitutionnelles, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral.

B. *À première vue, la Forest Act s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?*

[107] À ce stade-ci, la question de savoir si une loi d'application générale telle la *Forest Act* était *censée* s'appliquer aux terres visées par un titre

2014 SCC 44 (CanLII)

at this point — is always a matter of statutory interpretation.

[108] The basic rule of statutory interpretation is that "the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1.

[109] Under the *Forest Act*, the Crown can only issue timber licences with respect to "Crown timber". "Crown timber" is defined as timber that is on "Crown land", and "Crown land" is defined as "land, whether or not it is covered by water, or an interest in land, vested in the Crown" (s. 1). The Crown is not empowered to issue timber licences on "private land", which is defined as anything that is not Crown land. The Act is silent on Aboriginal title land, meaning that there are three possibilities: (1) Aboriginal title land is "Crown land"; (2) Aboriginal title land is "private land"; or (3) the *Forest Act* does not apply to Aboriginal title land at all. For the purposes of this appeal, there is no practical difference between the latter two.

[110] If Aboriginal title land is "vested in the Crown", then it falls within the definition of "Crown land" and the timber on it is "Crown timber".

[111] What does it mean for a person or entity to be "vested" with property? In property law, an interest is vested when no condition or limitation stands in the way of enjoyment. Property can be vested in possession or in interest. Property is vested in possession where there is a present entitlement to enjoyment of the property. An example of this is a life estate. Property is vested in interest where there is a fixed right to taking possession in the future. A remainder interest is vested in interest but not

ancestral est toujours une question d'interprétation législative.

[108] Selon la règle fondamentale en matière d'interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 1.

[109] Aux termes de la *Forest Act*, le gouvernement ne peut délivrer des permis de coupe que pour le [TRADUCTION] « bois des terres publiques », défini comme étant le bois qui se trouve sur les « terres publiques », lesquelles sont définies comme étant les « terres dévolues à la Couronne, qu'elles soient ou non recouvertes d'eau, ou un droit sur ces terres » (art. 1). Le gouvernement n'a pas le pouvoir de délivrer des permis de coupe de bois sur les « terres privées », elles-mêmes définies comme étant toutes les terres qui ne sont pas des terres publiques. La *Forest Act* ne fait pas mention des terres visées par un titre ancestral et nous laisse devant trois possibilités : (1) les terres visées par un titre ancestral sont des « terres publiques »; (2) les terres visées par un titre ancestral sont des « terres privées »; ou (3) la *Forest Act* ne s'applique nullement aux terres visées par un titre ancestral. Pour les besoins du présent pourvoi, il n'y a pas de différence en pratique entre les deux dernières possibilités.

[110] Si les terres visées par un titre ancestral sont « dévolues à la Couronne », la définition des « terres publiques » s'y applique et le bois qui s'y trouve est du « bois des terres publiques ».

[111] Que signifie pour une personne ou une entité le fait qu'un bien lui soit « dévolu »? En droit des biens, un intérêt est dévolu lorsqu'aucune condition ou restriction n'en restreint la jouissance. Un bien peut être dévolu en possession ou en intérêt. Un bien est dévolu en possession lorsque la personne a le droit actuel de jouir du bien. Le domaine viager en est un exemple. Un bien est dévolu en intérêt lorsque le droit d'en prendre possession ultérieurement est figé. Un intérêt

2014 SCC 44 (CanLII)

in possession: B. Ziff, *Principles of Property Law* (5th ed. 2010), at p. 245; *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), *sub verbo* "vested".

[112] Aboriginal title confers a right to the land itself and the Crown is obligated to justify any incursions on title. As explained above, the content of the Crown's underlying title is limited to the fiduciary duty owed and the right to encroach subject to justification. It would be hard to say that the Crown is presently entitled to enjoyment of the lands in the way property that is vested in possession would be. Similarly, although Aboriginal title can be alienated to the Crown, this does not confer a fixed right to future enjoyment in the way property that is vested in interest would. Rather, it would seem that Aboriginal title vests the lands in question in the Aboriginal group.

[113] The second consideration in statutory construction is more equivocal. Can the legislature have intended that the vast areas of the province that are potentially subject to Aboriginal title be immune from forestry regulation? And what about the long period of time during which land claims progress and ultimate Aboriginal title remains uncertain? During this period, Aboriginal groups have no legal right to manage the forest; their only right is to be consulted, and if appropriate, accommodated with respect to the land's use: *Haida*. At this stage, the Crown may continue to manage the resource in question, but the honour of the Crown requires it to respect the potential, but yet unproven claims.

[114] It seems clear from the historical record and the record in this case that in this evolving context, the British Columbia legislature proceeded on the basis that lands under claim remain "Crown land" under the *Forest Act*, at least until Aboriginal title is recognized by a court or an agreement. To proceed otherwise would have left no one in charge of the forests that cover hundreds of thousands

résiduel est dévolu en intérêt mais non en possession : B. Ziff, *Principles of Property Law* (5e éd. 2010), p. 245; *Black's Law Dictionary* (9e éd. 2009), à l'article « *vested* » (dévolu).

[112] Le titre ancestral confère un droit sur les terres-mêmes, et la Couronne est tenue de justifier toute atteinte au titre. J'ai déjà expliqué que le contenu du titre sous-jacent de la Couronne se limite à l'obligation fiduciaire envers les Autochtones et au droit de porter atteinte au titre ancestral dans la mesure où l'atteinte est justifiée. On pourrait difficilement affirmer que la Couronne a le droit actuel de jouir des terres comme elle pourrait le faire dans le cas d'un bien dévolu en possession. De même, bien que le titre ancestral puisse être aliéné en faveur de la Couronne, cela ne confère pas un droit figé de jouir ultérieurement du titre comme elle pourrait le faire dans le cas d'un bien dévolu en intérêt. Il semblerait plutôt que par l'effet du titre ancestral, les terres en question sont dévolues au groupe autochtone.

[113] La deuxième considération en matière d'interprétation législative est plus équivoque. Le législateur peut-il avoir voulu que les vastes territoires de la province susceptibles d'être visés par un titre ancestral soient soustraits à la réglementation de l'exploitation forestière? Et que dire de la longue période pendant laquelle les revendications territoriales font l'objet de négociation et le titre ancestral demeure incertain? Pendant cette période, les groupes autochtones n'ont pas le droit de gérer les forêts; ils ont seulement droit qu'on les consulte et, s'il y a lieu, qu'on les accommode relativement à l'utilisation des terres : *Nation haïda*. À cette étape, le gouvernement peut continuer à gérer la ressource en question, mais l'honneur de la Couronne l'oblige à respecter la revendication non encore prouvée.

[114] Il semble ressortir clairement du dossier historique et du dossier en l'espèce que dans ce contexte évolutif, le législateur de la Colombie-Britannique s'est fondé sur le fait que les terres revendiquées demeurent des [TRADUCTION] « terres publiques » au sens de la *Forest Act*, du moins jusqu'à ce que le titre ancestral soit reconnu par un tribunal ou une entente. Autrement, personne

2014 SCC 44 (CanLII)

of hectares and represent a resource of enormous value. Looked at in this very particular historical context, it seems clear that the legislature must have intended the words "vested in the Crown" to cover at least lands to which Aboriginal title had not yet been confirmed.

[115] I conclude that the legislature intended the *Forest Act* to apply to lands under claims for Aboriginal title, *up to the time title is confirmed by agreement or court order.* To hold otherwise would be to accept that the legislature intended the forests on such lands to be wholly unregulated, and would undercut the premise on which the duty to consult affirmed in *Haida* was based. Once Aboriginal title is confirmed, however, the lands are "vested" in the Aboriginal group and the lands are no longer Crown lands.

[116] Applied to this case, this means that as a matter of statutory construction, the lands in question were "Crown land" under the *Forest Act* at the time the forestry licences were issued. Now that title has been established, however, the beneficial interest in the land vests in the Aboriginal group, not the Crown. The timber on it no longer falls within the definition of "Crown timber" and the *Forest Act* no longer applies. I add the obvious — it remains open to the legislature to amend the Act to cover lands held under Aboriginal title, provided it observes applicable constitutional restraints.

C. *Is the Forest Act Ousted by the Constitution?*

[117] The next question is whether the provincial legislature lacks the constitutional power to legislate with respect to forests on Aboriginal title land. Currently, the *Forest Act* applies to lands under claim, but not to lands over which Aboriginal title has been confirmed. However, the provincial

ne se serait occupé des forêts qui couvrent des centaines de milliers d'hectares et qui représentent une ressource d'une valeur inestimable. Compte tenu de ce contexte historique très particulier, il semble clair que le législateur doit avoir voulu que les mots « dévolues à la Couronne » s'appliquent au moins aux terres sur lesquelles l'existence du titre ancestral n'était pas encore confirmée.

[115] Je conclus que le législateur voulait que la *Forest Act* s'applique aux terres visées par une revendication de titre ancestral, *jusqu'à ce que l'existence du titre soit confirmée par une entente ou une ordonnance judiciaire.* Conclure autrement reviendrait à accepter que le législateur voulait que les forêts se trouvant sur ces terres ne soient pas du tout réglementées et minerait la prémisse sur laquelle était fondée l'obligation de consulter confirmée dans l'arrêt *Nation haïda*. Cependant, une fois que l'existence du titre ancestral est confirmée, les terres sont « dévolues » au groupe autochtone et ne sont plus des terres publiques.

[116] L'application de cette conclusion en l'espèce signifie que, selon les règles d'interprétation législative, les terres en question étaient des [TRADUCTION] « terres publiques » aux termes de la *Forest Act* au moment où les permis d'exploitation forestière ont été délivrés. Cependant, maintenant que l'existence du titre a été établie, l'intérêt bénéficiaire sur les terres est dévolu au groupe autochtone et non à la Couronne. La définition de « bois des terres publiques » ne s'applique plus au bois qui se trouve sur ces terres et la *Forest Act* ne s'y applique plus. J'aimerais préciser un point évident — le législateur peut toujours modifier la *Forest Act* afin qu'elle s'applique sur les terres visées par un titre ancestral, à la condition de respecter les contraintes constitutionnelles applicables.

C. *La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?*

[117] La question suivante consiste à savoir si la Constitution permet au législateur provincial de légiférer sur les forêts qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral. Actuellement, la *Forest Act* s'applique aux terres visées par une revendication du titre ancestral, mais pas aux terres

2014 SCC 44 (CanLII)

legislature could amend the Act so as to explicitly apply to lands over which title has been confirmed. This raises the question of whether provincial forestry legislation that on its face purports to apply to Aboriginal title lands is ousted by the Constitution.

1. Section 35 of the *Constitution Act, 1982*

[118] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* represents "the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of [A]boriginal rights" (*Sparrow*, at p. 1105). It protects Aboriginal rights against provincial and federal legislative power and provides a framework to facilitate negotiations and reconciliation of Aboriginal interests with those of the broader public.

[119] Section 35(1) states that existing Aboriginal rights are hereby "recognized and affirmed". In *Sparrow*, this Court held that these words must be construed in a liberal and purposive manner. Recognition and affirmation of Aboriginal rights constitutionally entrenches the Crown's fiduciary obligations towards Aboriginal peoples. While rights that are recognized and affirmed are not absolute, s. 35 requires the Crown to reconcile its power with its duty. "[T]he best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies [A]boriginal rights" (*Sparrow*, at p. 1109). Dickson C.J. and La Forest J. elaborated on this purpose as follows, at p. 1110:

> The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive

sur lesquelles l'existence de ce titre a été confirmée. Cependant, le législateur provincial pourrait modifier la *Forest Act* de manière à ce qu'elle s'applique explicitement aux terres sur lesquelles l'existence du titre ancestral a été confirmée. Cela soulève la question de savoir si la Constitution écarte les lois provinciales régissant l'exploitation forestière qui, à première vue, sont censées s'appliquer aux terres visées par un titre ancestral.

1. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

[118] L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente « l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux » (*Sparrow*, p. 1105). Il protège les droits ancestraux contre l'exercice, par les provinces et le fédéral, de leur compétence législative et prévoit un cadre qui facilite les négociations et la conciliation des intérêts autochtones avec ceux du public en général.

[119] Selon le par. 35(1), les droits ancestraux existants sont « reconnus et confirmés ». Dans *Sparrow*, notre Cour a conclu que ces mots devaient être interprétés de façon libérale en fonction de l'objet qu'ils visent. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux consacrent dans la Constitution les obligations fiduciaires de la Couronne envers les peuples autochtones. Bien que les droits reconnus et confirmés ne soient pas absolus, l'art. 35 oblige la Couronne à concilier son pouvoir avec son obligation. « [L]a meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux » (*Sparrow*, p. 1109). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont précisé cet objectif comme suit à la p. 1110 :

> La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XXe siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire

2014 SCC 44 (CanLII)

promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any [A]boriginal right protected under s. 35(1).

de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

[120] Where legislation affects an Aboriginal right protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, two inquiries are required. First, does the legislation interfere with or infringe the Aboriginal right (this was referred to as *prima facie* infringement in *Sparrow*)? Second, if so, can the infringement be justified?

[120] Lorsqu'une mesure législative porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut se poser deux questions. Premièrement, la mesure porte-t-elle atteinte au droit ancestral (une atteinte à première vue, dans l'arrêt *Sparrow*)? Deuxièmement, dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée?

[121] A court must first examine the characteristics or incidents of the right at stake. In the case of Aboriginal title, three relevant incidents are: (1) the right to exclusive use and occupation of the land; (2) the right to determine the uses to which the land is put, subject to the ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of Aboriginal peoples; and (3) the right to enjoy the economic fruits of the land (*Delgamuukw*, at para. 166).

[121] Le tribunal doit d'abord examiner les caractéristiques ou les attributs du droit en question. Dans le cas du titre ancestral, trois attributs sont pertinents : (1) le droit d'utiliser et d'occuper les terres de façon exclusive; (2) le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites des 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 des peuples autochtones; (3) le droit de bénéficier des avantages économiques que procurent les terres (*Delgamuukw*, par. 166).

[122] Next, in order to determine whether the right is infringed by legislation, a court must ask whether the legislation results in a meaningful diminution of the right: *Gladstone*. As discussed, in *Sparrow*, the Court suggested that the following three factors will aid in determining whether such an infringement has occurred: (1) whether the limitation imposed by the legislation is unreasonable; (2) whether the legislation imposes undue hardship; and (3) whether the legislation denies the holders of the right their preferred means of exercising the right (p. 1112).

[122] Ensuite, pour déterminer si la mesure législative porte atteinte au droit, le tribunal doit se demander si la mesure entraîne une diminution appréciable du droit : *Gladstone*. Comme je l'ai déjà expliqué, dans *Sparrow*, la Cour a laissé entendre que les trois facteurs suivants peuvent permettre de déterminer s'il y a eu atteinte : (1) si la restriction imposée par la loi est déraisonnable; (2) si la loi est indûment rigoureuse; et (3) si la loi refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer (p. 112).

[123] General regulatory legislation, such as legislation aimed at managing the forests in a way that deals with pest invasions or prevents forest fires, will often pass the *Sparrow* test as it will be reasonable, not impose undue hardship, and not deny the holders of the right their preferred means of exercising it. In such cases, no infringement will result.

[123] Une loi de nature réglementaire de portée générale, par exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt, satisfera souvent au critère énoncé dans *Sparrow* car elle sera raisonnable, ne sera pas indûment rigoureuse et ne refusera pas aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Dans un tel cas, il n'y a aucune atteinte.

2014 SCC 44 (CanLII)

[124] General regulatory legislation, which may affect the manner in which the Aboriginal right can be exercised, differs from legislation that assigns Aboriginal property rights to third parties. The issuance of timber licences on Aboriginal title land for example — a direct transfer of Aboriginal property rights to a third party — will plainly be a meaningful diminution in the Aboriginal group's ownership right and will amount to an infringement that must be justified in cases where it is done without Aboriginal consent.

[125] As discussed earlier, to justify an infringement, the Crown must demonstrate that: (1) it complied with its procedural duty to consult with the right holders and accommodate the right to an appropriate extent at the stage when infringement was contemplated; (2) the infringement is backed by a compelling and substantial legislative objective in the public interest; and (3) the benefit to the public is proportionate to any adverse effect on the Aboriginal interest. This framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

[126] While unnecessary for the disposition of this appeal, the issue of whether British Columbia possessed a compelling and substantial legislative objective in issuing the cutting permits in this case was addressed by the courts below, and I offer the following comments for the benefit of all parties going forward. I agree with the courts below that no compelling and substantial objective existed in this case. The trial judge found the two objectives put forward by the Province — the economic benefits that would be realized as a result of logging in the claim area and the need to prevent the spread of a mountain pine beetle infestation — were not supported by the evidence. After considering the expert evidence before him, he concluded that the proposed cutting sites were not economically viable and that they were not directed at preventing the spread of the mountain pine beetle.

[124] Une loi de nature réglementaire de portée générale susceptible de modifier le mode d'exercice du droit ancestral diffère d'une loi qui a pour effet de céder à des tiers des droits de propriété des Autochtones. La délivrance de permis de coupe de bois sur des terres grevées du titre ancestral par exemple — un transfert direct à des tiers de droits de propriété des Autochtones — constituera manifestement une diminution significative du droit de propriété du groupe autochtone assimilable à une atteinte qui doit être justifiée dans les cas où les Autochtones n'y ont pas consenti.

[125] J'ai déjà expliqué que, pour justifier une atteinte, la Couronne doit démontrer : (1) qu'elle s'est acquittée de son obligation procédurale de consulter les titulaires d'un droit et de trouver des accommodements au droit, dans la mesure appropriée, à l'étape où l'atteinte était envisagée; (2) que l'atteinte poursuit un objectif législatif impérieux et réel dans l'intérêt du public; (3) que l'intérêt du public est proportionnel à tout effet négatif sur l'intérêt autochtone. Ce cadre permet une conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les Canadiens.

[126] Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question pour les besoins du présent pourvoi, les tribunaux d'instance inférieure ont abordé la question de savoir si la Colombie-Britannique poursuivait un objectif impérieux et réel en délivrant dans ce cas des permis de coupe, et je vais formuler les observations suivantes au bénéfice de toutes les parties éventuelles. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure qu'il n'existait aucun objectif impérieux et réel en l'espèce. Le juge de première instance a conclu que les deux objectifs invoqués par la province — les avantages économiques liés à l'exploitation forestière sur les terres visées par une revendication du titre et la nécessité d'empêcher la propagation d'une infestation du dendroctone du pin ponderosa — n'étaient pas étayés par la preuve. Après avoir examiné les témoignages d'experts dont il disposait, il a conclu que les sites de coupe proposés n'étaient pas rentables et qu'ils ne visaient pas à empêcher la propagation du dendroctone du pin ponderosa.

2014 SCC 44 (CanLII)

[127] Before the Court of Appeal, the Province no longer argued that the forestry activities were undertaken to combat the mountain pine beetle, but maintained the position that the trial judge's findings on economic viability were unreasonable, because unless logging was economically viable, it would not have taken place. The Court of Appeal rejected this argument on two grounds: (1) levels of logging must sometimes be maintained for a tenure holder to keep logging rights, even if logging is not economically viable; and (2) the focus is the economic value of logging compared to the detrimental effects it would have on Tsilhqot'in Aboriginal rights, not the economic viability of logging from the sole perspective of the tenure holder. In short, the Court of Appeal found no error in the trial judge's reasoning on this point. I would agree. Granting rights to third parties to harvest timber on Tsilhqot'in land is a serious infringement that will not lightly be justified. Should the government wish to grant such harvesting rights in the future, it will be required to establish that a compelling and substantial objective is furthered by such harvesting, something that was not present in this case.

[127] Devant la Cour d'appel, la province ne prétendait plus que les activités forestières visaient à combattre l'infestation du dendroctone du pin ponderosa, mais elle a continué de soutenir que les conclusions du juge de première instance sur la rentabilité étaient déraisonnables parce que, si les travaux d'exploitation forestière n'avaient pas été rentables, ils n'auraient pas été effectués. La Cour d'appel a rejeté cet argument pour deux raisons : (1) les titulaires d'une tenure forestière doivent parfois maintenir l'exploitation forestière pour conserver leurs droits, même si ce n'est pas rentable; (2) l'accent porte sur la valeur économique de l'exploitation forestière par rapport aux effets préjudiciables qu'elle aurait sur les droits ancestraux des Tsilhqot'in, et non sur la rentabilité de l'exploitation forestière uniquement du point de vue du titulaire de la tenure forestière. En bref, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur dans le raisonnement du juge de première instance sur ce point. Je suis d'accord. Accorder à des tiers le droit de récolter du bois sur les terres des Tsilhqot'in constitue une atteinte grave qui ne sera pas justifiée à la légère. Si le gouvernement souhaite à l'avenir accorder de tels droits de récolte, il devra établir qu'il poursuit par la récolte un objectif impérieux et réel, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

2. The Division of Powers

2. Le partage des compétences

[128] The starting point, as noted, is that, as a general matter, the regulation of forestry within the Province falls under its power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. To put it in constitutional terms, regulation of forestry is in "pith and substance" a provincial matter. Thus, the *Forest Act* is consistent with the division of powers unless it is ousted by a competing federal power, even though it may incidentally affect matters under federal jurisdiction.

[128] Comme je l'ai déjà indiqué, le point de départ est que, de façon générale, la réglementation de l'exploitation forestière dans la province relève du pouvoir que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province en matière de propriété et de droits civils. Sur le plan constitutionnel, la réglementation de l'exploitation forestière est, « de par son caractère véritable », une compétence provinciale. Ainsi, la *Forest Act* respecte le partage des compétences à moins qu'elle soit écartée par une compétence fédérale, même si elle peut, de manière incidente, toucher les matières relevant de la compétence fédérale.

[129] "Indians, and Lands reserved for the Indians" falls under federal jurisdiction pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. As such, forestry on Aboriginal title land falls under both

[129] « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » relèvent de la compétence fédérale en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, les ressources forestières

2014 SCC 44 (CanLII)

the provincial power over forestry in the province and the federal power over "Indians". Thus, for constitutional purposes, forestry on Aboriginal title land possesses a double aspect, with both levels of government enjoying concurrent jurisdiction. Normally, such concurrent legislative power creates no conflicts — federal and provincial governments cooperate productively in many areas of double aspect such as, for example, insolvency and child custody. However, in cases where jurisdictional disputes arise, two doctrines exist to resolve them.

qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral relèvent à la fois de la compétence provinciale en matière de ressources forestières dans la province et de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Ainsi, sur le plan constitutionnel, les ressources forestières qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral comportent un double aspect puisque les deux paliers de gouvernement exercent sur elles une compétence concurrente. Habituellement, une telle compétence concurrente ne crée pas de conflit — les gouvernements fédéral et provinciaux collaborent de manière productive dans plusieurs domaines qui comportent un double aspect, par exemple l'insolvabilité et la garde des enfants. Cependant, lorsque se présente un conflit de compétence, deux doctrines permettent de le résoudre.

[130] First, the doctrine of paramountcy applies where there is conflict or inconsistency between provincial and federal law, in the sense of impossibility of dual compliance or frustration of federal purpose. In the case of such conflict or inconsistency, the federal law prevails. Therefore, if the application of valid provincial legislation, such as the *Forest Act*, conflicts with valid federal legislation enacted pursuant to Parliament's power over "Indians", the latter would trump the former. No such inconsistency is alleged in this case.

[130] Premièrement, la doctrine de la prépondérance s'applique en cas de conflit ou d'incompatibilité entre une loi provinciale et une loi fédérale, en ce sens qu'il est impossible de se conformer aux deux textes de loi ou que la réalisation de l'objet d'une loi fédérale est entravée. Dans un tel cas, la loi fédérale l'emporte. Par conséquent, si l'application d'une loi provinciale valide, comme la *Forest Act*, entre en conflit avec une loi fédérale valide adoptée en vertu du pouvoir du Parlement sur les « Indiens », la seconde aurait priorité sur la première. On n'a allégué l'existence d'aucune incompatibilité de la sorte en l'espèce.

[131] Second, the doctrine of interjurisdictional immunity applies where laws enacted by one level of government impair the protected core of jurisdiction possessed by the other level of government. Interjurisdictional immunity is premised on the idea that since federal and provincial legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* are exclusive, each level of government enjoys a basic unassailable core of power on which the other level may not intrude. In considering whether provincial legislation such as the *Forest Act* is ousted pursuant to interjurisdictional immunity, the court must ask two questions. First, does the provincial legislation touch on a protected core of federal power? And second, would application of the provincial law significantly trammel or impair the federal power? (*Quebec (Attorney General) v.*

[131] Deuxièmement, la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique lorsque des lois adoptées par un palier de gouvernement entravent le contenu essentiel protégé d'une compétence de l'autre palier de gouvernement. Cette doctrine repose sur la prémisse que, puisque les compétences fédérales et provinciales prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont exclusives, chaque palier de gouvernement exerce sa compétence sur un contenu minimum essentiel et irréductible auquel l'autre palier de gouvernement ne peut toucher. Pour déterminer si une loi provinciale comme la *Forest Act* est écartée par l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, le tribunal doit se poser deux questions. Premièrement, la loi provinciale touche-t-elle un aspect du contenu essentiel protégé de la compétence fédérale? Et

2014 SCC 44 (CanLII)

Canadian Owners and Pilots Association, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536).

deuxièmement, l'application de la loi provinciale pourrait-elle entraver de façon importante la compétence fédérale? (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536).

[132] The trial judge held that interjurisdictional immunity rendered the provisions of the *Forest Act* inapplicable to land held under Aboriginal title because provisions authorizing management, acquisition, removal and sale of timber on such lands affect the core of the federal power over "Indians". He placed considerable reliance on *R. v. Morris*, 2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915, in which this Court held that only Parliament has the power to derogate from rights conferred by a treaty because treaty rights are within the core of the federal power over "Indians". It follows, the trial judge reasoned, that, since Aboriginal rights are akin to treaty rights, the Province has no power to legislate with respect to forests on Aboriginal title land.

[132] Le juge de première instance a conclu que l'exclusivité des compétences rendait les dispositions de la *Forest Act* inapplicables aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral parce que les dispositions autorisant la gestion, l'acquisition, l'enlèvement et la vente du bois sur ces terres touchent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Il a accordé une grande importance à l'arrêt *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915, dans lequel la Cour a conclu que seul le Parlement a le pouvoir de déroger aux droits reconnus dans un traité parce que les droits issus de traités se rattachent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Le juge de première instance a donc estimé que, comme les droits ancestraux s'apparentent aux droits issus de traités, la province n'a pas le pouvoir de légiférer relativement aux forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral.

[133] The reasoning accepted by the trial judge is essentially as follows. Aboriginal rights fall at the core of federal jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Interjurisdictional immunity applies to matters at the core of s. 91(24). Therefore, provincial governments are constitutionally prohibited from legislating in a way that limits Aboriginal rights. This reasoning leads to a number of difficulties.

[133] Le raisonnement adopté par le juge de première instance est essentiellement le suivant. Les droits ancestraux font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique aux matières qui font partie du contenu essentiel du par. 91(24). Par conséquent, la Constitution empêche les gouvernements provinciaux de légiférer d'une manière qui limite les droits ancestraux. Ce raisonnement suscite un certain nombre de difficultés.

[134] The critical aspect of this reasoning is the proposition that Aboriginal rights fall at the core of federal regulatory jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[134] La proposition suivant laquelle les droits ancestraux font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale en matière de réglementation prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue l'aspect crucial de ce raisonnement.

[135] The jurisprudence on whether s. 35 rights fall at the core of the federal power to legislate with respect to "Indians" under s. 91(24) is somewhat mixed. While no case has held that Aboriginal

[135] La jurisprudence est quelque peu ambiguë quant à savoir si les droits visés à l'art. 35 font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral de faire des lois relatives aux « Indiens » prévu au

2014 SCC 44 (CanLII)

rights, such as Aboriginal title to land, fall at the core of the federal power under s. 91(24), this has been stated in *obiter dicta.* However, this Court has also stated in *obiter dicta* that provincial governments are constitutionally permitted to infringe Aboriginal rights where such infringement is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982* — this latter proposition being inconsistent with the reasoning accepted by the trial judge.

par. 91(24). Aucune décision n'a conclu que les droits ancestraux, par exemple le titre ancestral sur des terres, font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24), mais on l'indique dans des remarques incidentes. Toutefois, notre Cour a également indiqué dans des remarques incidentes que la Constitution permet aux gouvernements provinciaux de porter atteinte aux droits ancestraux lorsque ces atteintes sont justifiées au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — et cette proposition va à l'encontre du raisonnement que le juge de première instance a accepté.

[136] In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, this Court suggested that interjurisdictional immunity did not apply where provincial legislation conflicted with treaty rights. Rather, the s. 35 *Sparrow* framework was the appropriate tool with which to resolve the conflict:

> . . . the federal and provincial governments [have the authority] within their respective legislative fields to regulate the exercise of the treaty right subject to the constitutional requirement that restraints on the exercise of the treaty right have to be justified on the basis of conservation or other compelling and substantial public objectives . . . . [para. 24]

[136] Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, notre Cour a supposé que l'exclusivité des compétences ne s'appliquait pas en cas de conflit entre une loi provinciale et des droits issus d'un traité. Le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 énoncé dans *Sparrow* a plutôt été retenu comme le moyen permettant de résoudre le conflit :

> . . . les gouvernements fédéral et provinciaux [ont le pouvoir] de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux . . . [par. 24]

[137] More recently however, in *Morris*, this Court distinguished *Marshall* on the basis that the treaty right at issue in *Marshall* was a commercial right. The Court in *Morris* went on to hold that interjurisdictional immunity prohibited any provincial infringement of the non-commercial treaty right in that case, whether or not such an infringement could be justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[137] Plus récemment cependant, dans l'arrêt *Morris*, notre Cour a fait une distinction avec l'arrêt *Marshall* puisque le droit issu du traité en question dans *Marshall* était un droit de nature commerciale. Dans *Morris*, la Cour a conclu que l'exclusivité des compétences interdisait à la province de porter atteinte au droit issu du traité — un droit de nature non commerciale dans cette affaire — indépendamment du fait que l'atteinte puisse ou non être justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[138] Beyond this, the jurisprudence does not directly address the relationship between interjurisdictional immunity and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The ambiguous state of the jurisprudence has created unpredictability. It is clear that where valid *federal* law interferes with an Aboriginal or treaty right, the s. 35 *Sparrow* framework governs the law's applicability. It is less clear, however, that

[138] Cela mis à part, la jurisprudence ne traite pas directement du lien entre l'exclusivité des compétences et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'ambiguïté de la jurisprudence a engendré l'imprévisibilité. Il est clair que lorsqu'une loi *fédérale* valide porte atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité, le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 énoncé dans *Sparrow* régit l'applicabilité de la loi. Il est

2014 SCC 44 (CanLII)

it is so where valid *provincial* law interferes with an Aboriginal or treaty right. The jurisprudence leaves the following questions unanswered. Does interjurisdictional immunity prevent provincial governments from ever limiting Aboriginal rights even if a particular infringement would be justified under the *Sparrow* framework? Is provincial interference with Aboriginal rights treated differently than treaty rights? And, are commercial Aboriginal rights treated differently than non-commercial Aboriginal rights? No case has addressed these questions explicitly, as I propose to do now.

toutefois moins évident que ce soit le cas lorsqu'une loi *provinciale* valide porte atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité. La jurisprudence laisse sans réponse les questions suivantes : L'exclusivité des compétences empêche-t-elle absolument les gouvernements provinciaux de limiter les droits ancestraux même si le cadre d'analyse énoncé dans *Sparrow* permettrait de justifier l'atteinte en question? Une atteinte à un droit ancestral de la part de la province est-elle traitée différemment d'une atteinte à un droit issu d'un traité? Et les droits ancestraux de nature commerciale sont-ils traités différemment des droits ancestraux de nature non commerciale? Comme aucune décision n'a examiné explicitement ces questions, je propose de le faire maintenant.

[139] As discussed, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* imposes limits on how both the federal and provincial governments can deal with land under Aboriginal title. Neither level of government is permitted to legislate in a way that results in a meaningful diminution of an Aboriginal or treaty right, unless such an infringement is justified in the broader public interest and is consistent with the Crown's fiduciary duty owed to the Aboriginal group. The result is to protect Aboriginal and treaty rights while also allowing the reconciliation of Aboriginal interests with those of the broader society.

[139] J'ai déjà indiqué que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* impose des limites quant à la façon dont les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, peuvent traiter les terres visées par un titre ancestral. Ces gouvernements ne peuvent faire des lois qui entraînent une diminution appréciable d'un droit ancestral ou issu d'un traité à moins que l'atteinte soit justifiée dans l'intérêt public général et qu'elle soit compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone. L'objectif consiste à protéger les droits ancestraux et issus d'un traité tout en permettant la conciliation des intérêts autochtones avec ceux de la société en général.

[140] What role then is left for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the idea that Aboriginal rights are at the core of the federal power over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*? The answer is none.

[140] Alors, à quoi peuvent encore servir l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les « Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Il faut répondre comme suit : elles ne servent à rien.

[141] The doctrine of interjurisdictional immunity is directed to ensuring that the two levels of government are able to operate without interference in their core areas of exclusive jurisdiction. This goal is not implicated in cases such as this. Aboriginal rights are a limit on both federal and provincial jurisdiction.

[141] La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à faire en sorte que les deux niveaux de gouvernement soient en mesure de fonctionner sans que l'un empiète sur le contenu essentiel des domaines de compétence exclusive de l'autre. Cet objectif n'est pas en cause dans les affaires telles que celle qui nous occupe. Les droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales.

2014 SCC 44 (CanLII)

[142] The guarantee of Aboriginal rights in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, like the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, operates as a limit on federal and provincial legislative powers. The *Charter* forms Part I of the *Constitution Act, 1982*, and the guarantee of Aboriginal rights forms Part II. Parts I and II are sister provisions, both operating to limit governmental powers, whether federal or provincial. Part II Aboriginal rights, like Part I *Charter* rights, are held *against* government — they operate to *prohibit* certain types of regulation which governments could otherwise impose. These limits have nothing to do with whether something lies at the core of the federal government's powers.

[143] An analogy with *Charter* jurisprudence may illustrate the point. Parliament enjoys exclusive jurisdiction over criminal law. However, its criminal law power is circumscribed by s. 11 of the *Charter* which guarantees the right to a fair criminal process. Just as Aboriginal rights are fundamental to Aboriginal law, the right to a fair criminal process is fundamental to criminal law. But we do not say that the right to a fair criminal process under s. 11 falls at the core of Parliament's criminal law jurisdiction. Rather, it is a *limit* on Parliament's criminal law jurisdiction. If s. 11 rights were held to be at the core of Parliament's criminal law jurisdiction such that interjurisdictional immunity applied, the result would be absurd: provincial breaches of s. 11 rights would be judged on a different standard than federal breaches, with only the latter capable of being saved under s. 1 of the *Charter*. This same absurdity would result if interjurisdictional immunity were applied to Aboriginal rights.

[142] Tout comme le fait la *Charte canadienne des droits et libertés*, la protection des droits ancestraux garantie à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* vient limiter l'exercice des pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux. La *Charte* constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la protection des droits ancestraux constitue la partie II. Les parties I et II sont apparentées et limitent toutes deux l'exercice des pouvoirs gouvernementaux, qu'ils soient fédéraux ou provinciaux. Les droits garantis à la partie II, tout comme les droits garantis par la *Charte* à la partie I, sont *opposables* au gouvernement — ils ont pour effet d'*interdire* certains types de réglementation que les gouvernements pourraient autrement imposer. Ces limites n'ont rien à voir avec la question de savoir si une activité fait partie du contenu essentiel des pouvoirs du gouvernement fédéral.

[143] Une analogie avec la jurisprudence relative à la *Charte* peut illustrer ce point. Le Parlement a une compétence exclusive en matière de droit criminel. Cependant, l'exercice de son pouvoir en droit criminel est circonscrit par l'art. 11 de la *Charte* qui garantit le droit à l'équité du processus criminel. Tout comme les droits ancestraux sont un aspect fondamental du droit autochtone, le droit à l'équité du processus criminel est un aspect fondamental du droit criminel. Mais nous ne disons pas que le droit à l'équité du processus criminel prévu à l'art. 11 fait partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Il s'agit plutôt d'une *limite* à la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Si l'on considérait que les droits garantis à l'art. 11 font partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel de sorte que l'exclusivité des compétences s'applique, on aboutirait à un résultat absurde : les violations, par les provinces, des droits garantis à l'art. 11 seraient jugées suivant une norme différente de celle applicable aux violations par le gouvernement fédéral, et seules ces dernières seraient susceptibles d'être sauvegardées en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'application de l'exclusivité des compétences aux droits ancestraux aboutirait au même résultat absurde.

2014 SCC 44 (CanLII)

[144] The doctrine of interjurisdictional immunity is designed to deal with conflicts between provincial powers and federal powers; it does so by carving out areas of exclusive jurisdiction for each level of government. But the problem in cases such as this is not competing provincial and federal powers, but rather tension between the right of the Aboriginal title holders to use their land as they choose and the province which seeks to regulate it, like all other land in the province.

[144] La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à régler les conflits entre les compétences provinciales et les compétences fédérales; elle y parvient en créant des domaines de compétence exclusive pour chaque palier de gouvernement. Cependant, le problème dans des cas comme celui-ci ne résulte pas d'une confrontation entre le pouvoir des provinces et ceux du gouvernement fédéral mais plutôt d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province.

[145] Moreover, application of interjurisdictional immunity in this area would create serious practical difficulties.

[145] En outre, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans ce domaine créerait de sérieuses difficultés d'ordre pratique.

[146] First, application of interjurisdictional immunity would result in two different tests for assessing the constitutionality of provincial legislation affecting Aboriginal rights. Pursuant to *Sparrow*, provincial regulation is unconstitutional if it results in a meaningful diminution of an Aboriginal right that cannot be justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Pursuant to interjurisdictional immunity, provincial regulation would be unconstitutional if it impaired an Aboriginal right, whether or not such limitation was reasonable or justifiable. The result would be dueling tests directed at answering the same question: How far can provincial governments go in regulating the exercise of s. 35 Aboriginal rights?

[146] Premièrement, l'application de l'exclusivité des compétences aurait pour effet d'établir deux critères différents pour l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi provinciale touchant aux droits ancestraux. Suivant l'arrêt *Sparrow*, la réglementation provinciale est inconstitutionnelle si elle entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral qui ne saurait être justifiée au regard de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Suivant la doctrine de l'exclusivité des compétences, la réglementation provinciale serait inconstitutionnelle si elle portait atteinte à un droit ancestral, peu importe que l'atteinte soit raisonnable ou justifiable. Il y aurait donc deux critères contradictoires censés répondre à la même question : Jusqu'où les gouvernements provinciaux peuvent-ils aller dans la réglementation de l'exercice des droits ancestraux protégés par l'art. 35?

[147] Second, in this case, applying the doctrine of interjurisdictional immunity to exclude provincial regulation of forests on Aboriginal title lands would produce uneven, undesirable results and may lead to legislative vacuums. The result would be patchwork regulation of forests — some areas of the province regulated under provincial legislation, and other areas under federal legislation or no legislation at all. This might make it difficult, if not impossible, to deal effectively with problems such as

[147] Deuxièmement, en l'espèce, appliquer la doctrine de l'exclusivité des compétences dans le but d'exclure la réglementation provinciale des forêts se trouvant sur les terres visées par un titre ancestral entraînerait des résultats inégaux et indésirables et pourrait créer des vides législatifs. Il en résulterait une réglementation morcelée en matière de ressources forestières — certaines régions de la province seraient assujetties aux lois provinciales et d'autres régions seraient réglementées par les lois

2014 SCC 44 (CanLII)

pests and fires, a situation desired by neither level of government.

[148] Interjurisdictional immunity — premised on a notion that regulatory environments can be divided into watertight jurisdictional compartments — is often at odds with modern reality. Increasingly, as our society becomes more complex, effective regulation requires cooperation between interlocking federal and provincial schemes. The two levels of government possess differing tools, capacities, and expertise, and the more flexible double aspect and paramountcy doctrines are alive to this reality: under these doctrines, jurisdictional cooperation is encouraged up until the point when actual conflict arises and must be resolved. Interjurisdictional immunity, by contrast, may thwart such productive cooperation. In the case of forests on Aboriginal title land, courts would have to scrutinize provincial forestry legislation to ensure that it did not impair the core of federal jurisdiction over "Indians" and would also have to scrutinize any federal legislation to ensure that it did not impair the core of the province's power to manage the forests. It would be no answer that, as in this case, both levels of government agree that the laws at issue should remain in force.

[149] This Court has recently stressed the limits of interjurisdictional immunity. "[C]onstitutional doctrine must facilitate, not undermine what this Court has called 'co-operative federalism'" and as such "a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by both levels of government" (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 24 and 37 (emphasis deleted)). Because of this, interjurisdictional immunity is of "limited application" and should be applied "with restraint"

fédérales ou ne seraient pas réglementées du tout. Cela pourrait rendre difficile, voire impossible, la résolution efficace de problèmes comme les ravageurs ou le feu : une situation souhaitée par ni l'un ni l'autre des paliers de gouvernement.

[148] La doctrine de l'exclusivité des compétences — fondée sur l'idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l'encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. Les deux paliers de gouvernement possèdent des outils, compétences et expertises différents, et les doctrines plus souples du double aspect et de la prépondérance fédérale sont sensibles à cette réalité : suivant ces doctrines, on encourage la coopération intergouvernementale jusqu'au moment où survient un conflit qu'il faut régler. Par contre, la doctrine de l'exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération. Dans le cas des forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral, les tribunaux devraient examiner la loi provinciale sur les ressources forestières afin de s'assurer qu'elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens » et devraient également examiner la loi fédérale afin de s'assurer qu'elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel du pouvoir provincial de gérer les forêts. Suggérer, comme en l'espèce, que les deux paliers de gouvernement conviennent que les lois en question devraient rester en vigueur ne règle pas la question.

[149] Notre Cour a récemment souligné les limites de l'exclusivité des compétences. Les doctrines constitutionnelles « doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un "fédéralisme coopératif" » et, par conséquent, « les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l'application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24 et 37 (italiques dans l'original omis)). Pour cette raison, la doctrine de l'exclusivité des compétences

2014 SCC 44 (CanLII)

(paras. 67 and 77). These propositions have been confirmed in more recent decisions: *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

[150] *Morris*, on which the trial judge relied, was decided prior to this Court's articulation of the modern approach to interjurisdictional immunity in *Canadian Western Bank* and *Canadian Owners and Pilots Association*, and so is of limited precedential value on this subject as a result (see *Marine Services*, at para. 64). To the extent that *Morris* stands for the proposition that provincial governments are categorically barred from regulating the exercise of Aboriginal rights, it should no longer be followed. I find that, consistent with the statements in *Sparrow* and *Delgamuukw*, provincial regulation of general application will apply to exercises of Aboriginal rights, including Aboriginal title land, subject to the s. 35 infringement and justification framework. This carefully calibrated test attempts to reconcile general legislation with Aboriginal rights in a sensitive way as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and is fairer and more practical from a policy perspective than the blanket inapplicability imposed by the doctrine of interjurisdictional immunity.

[151] For these reasons, I conclude that the doctrine of interjurisdictional immunity should not be applied in cases where lands are held under Aboriginal title. Rather, the s. 35 *Sparrow* approach should govern. Provincial laws of general application, including the *Forest Act*, should apply unless they are unreasonable, impose a hardship or deny the title holders their preferred means of exercising their rights, and such restrictions cannot be justified pursuant to the justification framework outlined above. The result is a balance that preserves

est d'une « application restreinte » et elle devrait être appliquée « avec retenue » (par. 67 et 77). Ces principes ont été confirmés dans des arrêts plus récents : *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

[150] L'arrêt *Morris*, sur lequel le juge de première instance s'est appuyé, a été rendu avant que la Cour formule une approche moderne de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Canadian Owners and Pilots Association* et, par conséquent, il confère peu de valeur jurisprudentielle sur ce sujet (voir *Marine Services*, par. 64). Dans la mesure où l'arrêt *Morris* appuie la proposition voulant qu'il soit catégoriquement interdit aux gouvernements provinciaux de réglementer l'exercice des droits ancestraux, il ne devrait plus être suivi. J'estime que, conformément aux commentaires formulés dans les arrêts *Sparrow* et *Delgamuukw*, la réglementation provinciale d'application générale s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux, notamment au titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte. Ce critère soigneusement conçu vise à concilier la loi d'application générale et les droits ancestraux avec la délicatesse qu'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il est plus équitable et pratique du point de vue de la politique générale que l'inapplicabilité générale qu'impose la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[151] Pour ces raisons, je conclus que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne devrait pas être appliquée dans les cas où les terres sont détenues en vertu du titre ancestral. C'est plutôt la démarche axée sur le critère fondé sur l'art. 35, énoncée dans *Sparrow*, qui devrait être retenue. Les lois provinciales d'application générale, y compris la *Forest Act*, devraient s'appliquer à moins qu'elles soient déraisonnables ou indûment rigoureuses ou qu'elles refusent aux titulaires du titre le recours à leur moyen préféré d'exercer leurs droits et

2014 SCC 44 (CanLII)

the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province, as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

que ces restrictions ne puissent pas être justifiées conformément au cadre d'analyse de la justification décrit précédemment. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en assurant une réglementation efficace des forêts par la province, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[152] The s. 35 framework applies to exercises of both provincial and federal power: *Sparrow*; *Delgamuukw*. As such, it provides a complete and rational way of confining provincial legislation affecting Aboriginal title land within appropriate constitutional bounds. The issue in cases such as this is not at base one of conflict between the federal and provincial levels of government — an issue appropriately dealt with by the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity where precedent supports this — but rather how far the provincial government can go in regulating land that is subject to Aboriginal title or claims for Aboriginal title. The appropriate constitutional lens through which to view the matter is s. 35 of the *Constitution Act*, *1982*, which directly addresses the requirement that these interests must be respected by the government, unless the government can justify incursion on them for a compelling purpose and in conformity with its fiduciary duty to affected Aboriginal groups.

[152] Le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 s'applique à l'exercice des compétences tant provinciales que fédérales : *Sparrow*; *Delgamuukw*. Par conséquent, il offre un moyen exhaustif et rationnel de circonscrire les lois provinciales touchant les terres visées par un titre ancestral dans les limites fixées par la Constitution. La question qui se pose dans des cas comme celui-ci ne porte pas, à la base, sur le conflit entre les paliers fédéral et provincial de gouvernement — les doctrines de la prépondérance fédérale et de l'exclusivité des compétences permettent de traiter cette question selon que l'indique la jurisprudence — il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure le gouvernement provincial peut réglementer des terres visées par un titre ancestral ou faisant l'objet d'une revendication du titre ancestral. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue le cadre approprié à l'intérieur duquel doit être considérée une telle question puisqu'il oblige directement le gouvernement à respecter ces droits ou à démontrer que l'atteinte se rapporte à la poursuite d'un objectif impérieux et réel et qu'elle est compatible avec son obligation fiduciaire envers les groupes autochtones.

IX. Conclusion

[153] I would allow the appeal and grant a declaration of Aboriginal title over the area at issue, as requested by the Tsilhqot'in. I further declare that British Columbia breached its duty to consult owed to the Tsilhqot'in through its land use planning and forestry authorizations.

IX. Conclusion

[153] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral sur la région en question, comme l'ont demandé les Tsilhqot'in. Je déclare également que la Colombie-Britannique a manqué à l'obligation de consultation qu'elle avait envers les Tsilhqot'in en raison du plan d'aménagement du territoire qu'elle a établi et des autorisations d'exploitation forestière qu'elle a accordées.

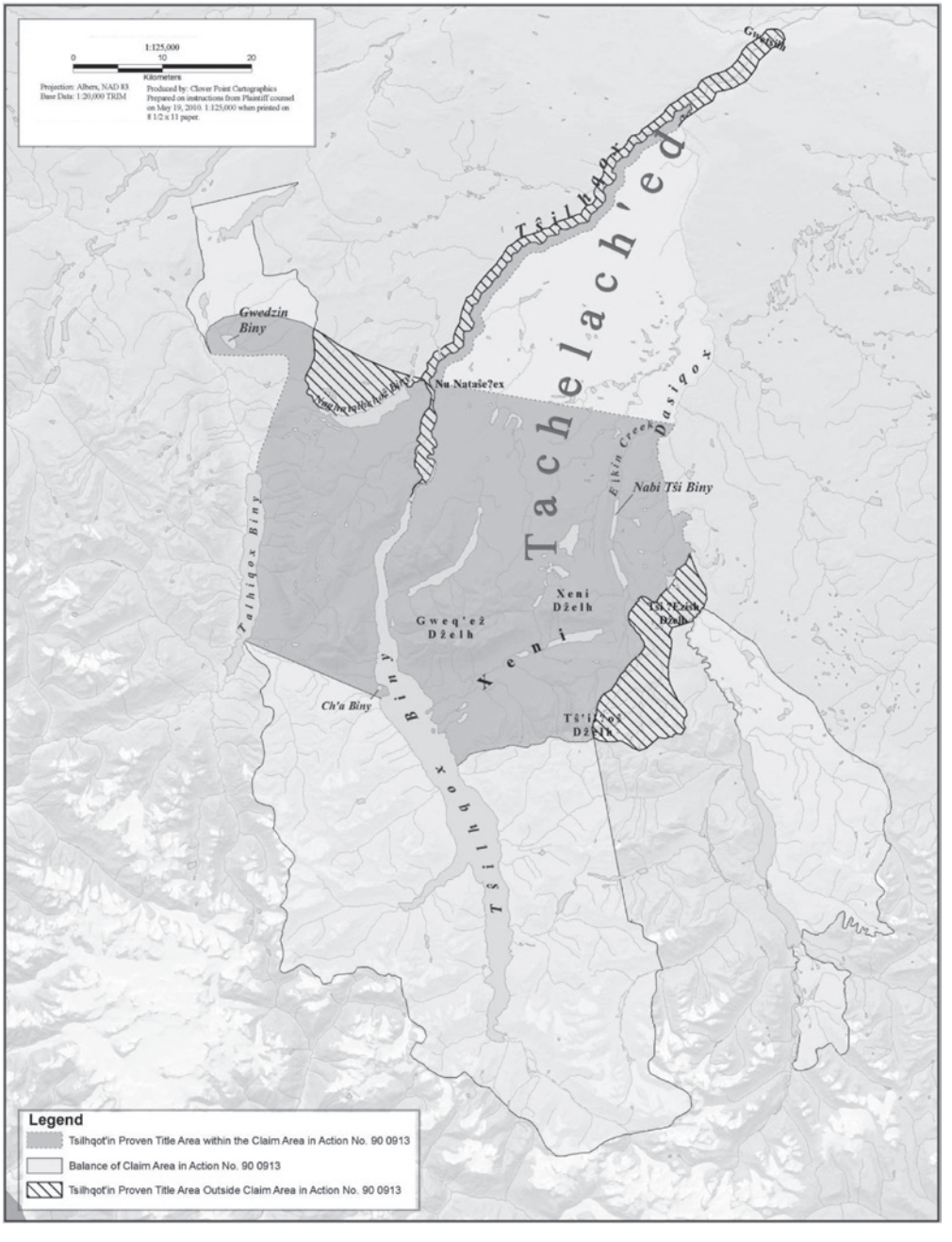
2014 SCC 44 (CanLII)

APPENDIX

PROVEN TITLE AREA – VISUAL AID

ANNEXE

TERRITOIRE SUR LEQUEL L'EXISTENCE DU TITRE EST ÉTABLIE – SUPPORT VISUEL



2014 SCC 44 (CanLII)

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver; Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the respondents Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Regional Manager of the Cariboo Forest Region: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Business Council of British Columbia, the Council of Forest Industries, the Coast Forest Products Association, the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Rosenberg & Rosenberg, Vancouver; Woodward & Company, Victoria.

Procureurs des intimés Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le chef régional de la région de Cariboo Forest : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver.

Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs des intervenants les chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom

2014 SCC 44 (CanLII)

on behalf of all Gitanyow, and the Office of the Wet'suwet'en Chiefs: Peter Grant & Associates, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Hul'qumi'num Treaty Group: Robert B. Morales, Ladysmith, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Council of the Haida Nation: White Raven Law Corporation, Surrey, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Mandell Pinder, Vancouver; Morgan & Associates, West Vancouver.

Solicitors for the interveners the Tsawout First Nation, the Tsartlip First Nation, the Snuneymuxw First Nation and the Kwakiutl First Nation: Devlin Gailus, Victoria.

Solicitors for the intervener the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Splatsin Indian Bands: Mandell Pinder, Vancouver; University of British Columbia, Vancouver; Thompson Rivers University, Kamloops.

Solicitors for the interveners Amnesty International and the Canadian Friends Service Committee: Stockwoods, Toronto; Paul Joffe, Saint-Lambert, Quebec.

Solicitors for the intervener the Gitxaala Nation: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Chilko Resorts and Community Association and the Council of Canadians: Ratcliff & Company, North Vancouver.

de tous les Gitanyow, et le Bureau des chefs Wet'suwet'en : Peter Grant & Associates, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Groupe du traité Hul'qumi'num : Robert B. Morales, Ladysmith, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenant le Conseil de la Nation haïda : White Raven Law Corporation, Surrey, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante l'Association du barreau autochtone au Canada : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières Nations : Mandell Pinder, Vancouver; Morgan & Associates, West Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Première Nation Tsawout, la Première Nation Tsartlip, la Première Nation Snuneymuxw et la Première Nation Kwakiutl : Devlin Gailus, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Coalition de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, les bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splatsin : Mandell Pinder, Vancouver; University of British Columbia, Vancouver; Thompson Rivers University, Kamloops.

Procureurs des intervenants Amnistie internationale et Secours Quaker canadien : Stockwoods, Toronto; Paul Joffe, Saint-Lambert, Québec.

Procureurs de l'intervenante la Nation Gitxaala : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intervenants Chilko Resorts and Community Association et le Conseil des Canadiens : Ratcliff & Company, North Vancouver.

2014 SCC 44 (CanLII)