

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Nation Tsilhqot’in *c.* Colombie‑Britannique,  2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256 | **Date :** 20140626  **Dossier :** 34986 |

Entre :

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

et

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

Intervenants

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 153) | La juge en chef McLachlin (avec l’accord des juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner) |

nation tsilhqot’in *c.* colombie-britannique, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256

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

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

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

2014 CSC 44

No 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.

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 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.*

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.

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.

*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 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.

De par sa nature, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l’utilisation qui est faite des terres et le droit 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.

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). 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.

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.

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.

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 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 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.

**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.

**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).

**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.

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.

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.

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 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

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 —

1. Introduction
2. 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 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.
3. 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.

1. Le contexte historique
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. La revendication se limite à environ cinq pour cent de ce que les Tsilhqot’in — approximativement 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.
6. 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).
7. 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).
8. 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 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.
9. 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 », dansM. Morellato, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.
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. 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 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. 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. 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. 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 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 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.

1. Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones
2. À sa décharge, la province ne soutient plus que la revendication doive être rejetée en raison 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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) :

[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]

1. Troisièmement, les cas comme celui-ci requièrent une approche qui permet de rendre des 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*.
2. L’existence du titre ancestral est-elle établie?
   1. Le critère applicable en matière de titre ancestral
3. 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.
4. 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*.
5. 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.

1. 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.
2. 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.
3. Pour des groupes autochtones semi-nomades comme les Tsilhqot’in, la démarche de la Cour d’appel 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.
4. 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.
5. 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 :

[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.

1. 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. La suffisance de l’occupation
2. 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?
3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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 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 semi-nomades.
8. 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 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.]

1. 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]

1. En résumé, la preuve de l’occupation doit procéder d’une approche visant à déterminer le 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.
2. 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.
3. 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*.
4. 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.*).
   * 1. La continuité de l’occupation
5. 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.
6. 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.
   * 1. L’exclusivité de l’occupation
7. La troisième exigence est l’occupation *exclusive* des terres au moment de l’affirmation de la 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.
8. 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.
9. 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 :

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 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.

* + 1. Résumé

1. 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.
   1. L’existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l’espèce?
2. Le juge de première instance a appliqué un critère fondé sur l’utilisation régulière et exclusive 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.
3. 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.
4. J’aborde la question sous les angles susmentionnés de la suffisance, de la continuité et de l’exclusivité.
5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. 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).
* 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 km2 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).

1. 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.
2. 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 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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 revendiqué. Selon la province, cela outrepassait le mandat d’un juge de première instance, qui doit se prononcer seulement sur les questions soulevées.
6. 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.
7. 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.
8. Quels droits confère le titre ancestral?
9. 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 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).
10. 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.
    1. La qualification juridique du titre ancestral
11. 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.
12. 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, 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.
13. 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*.
14. 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 ».
    1. Les attributs du titre ancestral
15. 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.
16. 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.
17. 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.
18. 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*.
    1. La justification de l’atteinte
19. 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*.
20. 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.
21. 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.
22. 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 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.
23. 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.]

1. 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.
2. 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 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.]

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. Deuxièmement, l’obligation fiduciaire de la Couronne insuffle une obligation de proportionnalité dans le processus de justification. Il ressort 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).
5. En résumé, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l’utilisation qui est faite 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.
   1. Mesures de réparation et période transitoire
6. 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 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.
7. 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.
8. 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*.
9. 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.
   1. Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?
10. 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.
11. 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.
12. Le manquement à l’obligation de consultation
13. 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.
14. 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.
15. 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.
16. Les lois provinciales et le titre ancestral
17. 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.
18. 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.
19. 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.
    1. Les lois provinciales d’application générale s’appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?
20. 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.
21. 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.
22. 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*.
23. 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]

1. 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.
2. Sous réserve de ces contraintes constitutionnelles, les lois provinciales d’application générale s’appliquent aux terres détenues en vertu d’un titre ancestral.
   1. À première vue, la Forest Act s’applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?
3. 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 ancestral est toujours une question d’interprétation législative.
4. 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.
5. 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.
6. 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 ».
7. 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 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).
8. 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.
9. 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 négociations 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.
10. 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 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.
11. 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.
12. 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.
    1. La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?
13. 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 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*
14. 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.
15. 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 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).

1. 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?
2. 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).
3. 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. 1112).
4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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.
   * 1. Le partage des compétences
9. 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.
10. « 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 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.
11. 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.
12. 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 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).
13. 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.
14. 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.
15. 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.
16. 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 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.
17. 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]

1. 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*.
2. 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 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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.
9. En outre, l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences dans ce domaine créerait de sérieuses difficultés d’ordre pratique.
10. 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?
11. 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 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.
12. 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.
13. 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 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.
14. 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 d’un point de vue de politique que l’inapplicabilité générale qu’impose la doctrine de l’exclusivité des compétences.
15. 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 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*.
16. 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.
17. Conclusion
18. 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.

**ANNEXE**

TERRITOIRE SUR LEQUEL L’EXISTENCE DU TITRE EST ÉTABLIE —SUPPORT VISUEL

*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 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.