

Chief Councillor Mathew Hill, also known as Tha-lathatk, on his own behalf and on behalf of all other members of the Kitkatla Band, and Kitkatla Band *Appellants*

v.

The Minister of Small Business, Tourism and Culture, the Attorney General of British Columbia and International Forest Products Limited *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta, the Council of Forest Industries and the Truck Loggers Association *Interveners*

INDEXED AS: KITKATLA BAND v. BRITISH COLUMBIA (MINISTER OF SMALL BUSINESS, TOURISM AND CULTURE)

Neutral citation: 2002 SCC 31.

File No.: 27801.

2001: November 2; 2002: March 28.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Property and civil rights — Provincial legislation protecting heritage objects while retaining ability to make exceptions — Whether provisions are intra vires province — Whether power to order alteration or even destruction of cultural object is beyond provincial powers when it affects native cultural objects — Whether pith and substance of provisions fall within property and civil rights or Indians and lands reserved to Indians — Constitution Act, 1867, ss.

Chief Councillor Mathew Hill, alias Tha-lathatk, en son nom et au nom de tous les autres membres de la Bande Kitkatla, et la Bande Kitkatla *Appellants*

c.

Le ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture, le procureur général de la Colombie-Britannique et International Forest Products Limited *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta, Council of Forest Industries et Truck Loggers Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE KITKATLA c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (MINISTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES, DU TOURISME ET DE LA CULTURE)

Référence neutre : 2002 CSC 31.

N° du greffe : 27801.

2001 : 2 novembre; 2002 : 28 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Propriété et droits civils — Loi provinciale protégeant les objets du patrimoine tout en autorisant des exceptions — La loi provinciale est-elle intra vires? — Le pouvoir d'ordonner la modification ou même la destruction d'objets culturels excède-t-il la compétence de la province quand il touche des objets culturels autochtones? — La substance des dispositions de la loi est-elle la propriété et les droits civils ou les Indiens et les terres réservées pour les

91(24), 92(13) — *Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 12(2)(a), 13(2)(c), (d).*

Indians — Protection of native cultural heritage — Provincial legislation protecting heritage objects while retaining ability to make exceptions — Whether legislation constitutional — Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 12(2)(a), 13(2)(c), (d).

The respondent Interfor held a forest licence over land in the central coast of British Columbia. Interfor provided direct notification of its development plans to the appellant Kitkatla Band since early 1994, but these plans never specifically identified the Kumealon area. The appellants claimed aboriginal rights in this area and had been engaged in treaty negotiations with the province. Interfor was alerted to this claim, and the firm of archaeologists it had hired contacted the Band in order to ascertain their views. Of concern was the possible presence of native heritage sites and objects, including culturally modified trees (CMTs) in the area to be harvested. These trees have often been altered by aboriginal people as part of their traditional use and they have cultural, historical and scientific importance. The archaeologist reported the presence of a significant number of these trees in seven cutblocks Interfor intended to harvest. Interfor applied to the respondent Minister for a site alteration permit under s. 12 of the provincial *Heritage Conservation Act* to authorize the cutting and processing of CMTs during logging operations. The Minister wrote to the Band and invited their written submissions. The Band failed to respond by the deadline. The Minister granted a site alteration permit without having considered a single archaeological report.

The Band commenced judicial review proceedings to challenge the legality of the permit. The administrative law challenge was successful and the Minister was ordered to reconsider the part of its decision which affected the CMTs, after giving the Band an adequate opportunity to be consulted and to make representations. The judge dismissed the Band's constitutional argument that the Act was *ultra vires* the province. The reconsideration was conducted by the Minister, and during this process the Band asserted a claim of aboriginal rights in the continued existence of the CMTs. It petitioned for an order in the nature of prohibition, to restrain the Minister from granting the site alteration permit. The Minister took the position that this issue fell outside the scope of a permit-granting procedure and should be

Indiens? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 12(2)a, 13(2)c, d).

Indiens — Protection du patrimoine culturel autochtone — Loi provinciale protégeant les objets du patrimoine tout en autorisant des exceptions — La loi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13) — Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 12(2)a, 13(2)c, d).

L'intimée Interfor détient un permis forestier sur des terrains situés sur la côte centrale de la Colombie-Britannique. Depuis 1994, Interfor informe directement la bande Kitkatla de ses plans de développement, mais sans jamais expressément mentionner la région du Kumealon. Les appelants revendiquent des droits ancestraux dans cette région et ont engagé des négociations en vue de conclure un traité avec la province. Interfor est informée de la revendication et le cabinet d'archéologues qu'elle a engagé communique avec la bande afin de connaître son point de vue. La préoccupation concerne la présence éventuelle, dans la région des projets d'exploitation, de sites et d'objets du patrimoine autochtone, y compris des arbres modifiés. Il s'agit souvent d'arbres modifiés par suite de leur utilisation traditionnelle par des peuples autochtones, qui revêtent une importance culturelle, historique et scientifique. L'archéologue signale la présence d'un nombre important d'arbres modifiés dans sept secteurs où Interfor a l'intention d'effectuer des récoltes. Interfor demande au ministre intimé, en vertu de l'art. 12 de la *Heritage Conservation Act*, un permis de modification de site autorisant la coupe et le traitement d'arbres modifiés dans ses opérations forestières. Le ministre invite la bande à présenter ses observations par écrit. Aucune observation n'est produite dans le délai prescrit. Le ministre délivre un permis de modification du site sans avoir examiné un seul rapport archéologique.

La bande conteste la légalité du permis dans une demande de contrôle judiciaire. Elle a gain de cause dans l'action de droit administratif et le juge ordonne au ministre de réexaminer la partie de sa décision qui concerne les arbres modifiés et de donner à la bande une possibilité suffisante d'être consultée et de présenter des observations. Le juge rejette l'action en inconstitutionnalité dans laquelle la bande allègue le caractère *ultra vires* de la loi provinciale. Le ministre procède au réexamen et, durant ce processus, la bande revendique des droits ancestraux sur les arbres modifiés. Elle sollicite une ordonnance de prohibition interdisant au ministre d'accorder le permis de modification du site. Le ministre soutient que la question sort du cadre de la délivrance d'un permis et doit être soumise aux tribunaux judiciaires. Le juge est d'accord

left to the courts. The judge agreed and the petition was dismissed. The Minister issued a site alteration permit in accordance with the CMT management plan proposed by Interfor which provided that all fallen CMTs should be preserved together with 76 of 116 trees still standing in the cutblocks. The trial court's decisions were upheld by a majority of the Court of Appeal. Only the constitutionality of ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act* are at issue in this appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

In order to establish the relationship between the impugned provisions and the relevant sources of legislative power, a pith and substance analysis must be conducted. This analysis involves categorizing the impugned provisions, and examining both the purpose and effect of the legislation. Sections 13(2)(c) and 13(2)(d) of the *Heritage Conservation Act* have as their purpose the protection of certain aboriginal heritage objects from damage, alteration or removal. Section 12(2)(a), on the other hand, provides the Minister responsible for the operation of the Act as a whole with the discretion to grant a permit authorizing one of the actions prohibited under s. 13(2)(c) and (d). The practical effect is to permit the destruction of certain CMTs while protecting others from alteration and removal. The effect of the provisions is the striking of a balance between the need and desire to preserve aboriginal heritage and the need and desire to promote the exploitation of British Columbia's natural resources. The Act provides a protective shield, in the guise of the permit process, against the destruction or alteration of heritage property.

Sections 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) of the Act are valid provincial legislation falling within provincial jurisdiction over property and civil rights in the province. While legislation that singles out aboriginal people for special treatment is *ultra vires* the province, the impugned provisions do not single out aboriginal peoples or impair their status or condition as Indians. The impugned provisions prohibit everyone, not just aboriginal peoples, from the named acts, and require everyone, not just aboriginal peoples, to seek the Minister's permission to commit the prohibited acts. The treatment afforded to aboriginal and non-aboriginal heritage objects is the same and any disproportionate effects are due to the fact that aboriginal peoples have produced the largest number of heritage products. The Act is tailored, whether by design or by operation of constitutional law, to not affect the established rights of aboriginal peoples, a protection that is not extended to any other group. There is no intrusion on a federal head of power. It has not been established that these provisions affect the essential and distinctive values of Indianness which would engage the federal

et rejette la demande. Le ministre délivre un permis de modification du site conforme au plan de gestion des arbres modifiés proposé par Interfor, prévoyant que tous les arbres modifiés gisants et 76 des 116 arbres modifiés encore sur pied dans les secteurs seraient conservés. La Cour d'appel, à la majorité, confirme les jugements de première instance. Seule la constitutionnalité des al. 12(2)(a) et 13(2)(c) et d) de la *Heritage Conservation Act* est en cause dans le pourvoi.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour examiner les liens existant entre les dispositions contestées et les chefs de compétence législative, il faut faire une analyse de la substance de la loi. L'analyse exige la caractérisation des dispositions contestées et l'examen de l'objet de la législation et de ses effets. Les alinéas 13(2)(c) et d) de la *Heritage Conservation Act* ont pour but d'empêcher que certains objets du patrimoine autochtone soient endommagés, modifiés ou enlevés. Par contre, l'al. 12(2)(a) confère au ministre chargé de l'application de la Loi dans son ensemble le pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis autorisant ce qui est interdit par les al. 13(2)(c) et d). L'effet pratique est de permettre la destruction de certains arbres modifiés, tout en empêchant la modification et l'abattage d'autres arbres. Les dispositions ont pour effet d'établir un équilibre entre le besoin et le désir de préserver le patrimoine autochtone et le besoin et le désir de promouvoir l'exploitation des ressources naturelles de la Colombie-Britannique. La loi, par le processus d'obtention de permis, fait rempart contre la destruction ou la modification des biens patrimoniaux.

Les alinéas 12(2)(a) et 13(2)(c) et d) de la Loi sont des dispositions législatives provinciales valides et relèvent de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. Une loi prévoyant un traitement spécial pour les peuples autochtones excéderait la compétence de la province, mais les dispositions contestées n'imposent pas de traitement particulier aux peuples autochtones ni ne portent atteinte à leur statut d'Indiens. Elles interdisent à quiconque, et non seulement aux peuples autochtones, certains actes et exigent que toute personne, et non seulement les peuples autochtones, obtienne l'autorisation au ministre pour faire ces actes. Elles traitent de la même façon les objets patrimoniaux autochtones et non autochtones et tout effet disproportionné est attribuable au fait que les peuples autochtones ont produit un plus grand nombre d'objets patrimoniaux. La Loi est modelée, du fait de sa conception ou de l'application du droit constitutionnel, de façon à ne pas porter atteinte aux droits établis des peuples autochtones, une protection qui ne s'étend à aucun autre groupe. Il n'y a aucun empiètement sur un chef de compétence fédérale. Il n'a pas été démontré qu'il

power over native affairs and First Nations in Canada. In the circumstance of this case, the overall effect of the provisions is to improve the protection of native cultural heritage and, indeed, to safeguard the presence and the memory of the cultural objects involved in this litigation. This appeal does not raise issues affecting the identity of First Nations, and engaging the relevant heads of federal powers, based on the weak evidentiary record and the relevant principles governing the division of powers in Canada.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Alphonse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187, ss. 1
 “heritage object”, 4, 8, 12(1), (2), (7), 13(1), (2), (4).
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 183 D.L.R. (4th) 103, [2000] 4 W.W.R. 431, 132 B.C.A.C. 191, 215 W.A.C. 191, 72 B.C.L.R. (3d) 247, [2000] 2 C.N.L.R. 36, [2000] B.C.J. No. 86 (QL), 2000 BCCA 42, affirming two decisions of the British Columbia Supreme Court, [1999] 1 C.N.L.R. 72, [1999] 7 W.W.R. 584, 61 B.C.L.R. (3d) 71, [1998]

y a une atteinte aux valeurs fondamentales de l’indianité, qui mettrait en cause le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et les Premières nations au Canada. Dans les circonstances de l’espèce, l’effet de l’ensemble des dispositions est d’accroître la protection du patrimoine culturel autochtone et, en fait, de préserver l’existence et la mémoire des objets culturels en cause. Le pourvoi ne soulève pas de questions concernant l’identité des Premières nations, qui déclencherait la compétence fédérale, vu la faiblesse de la preuve soumise et les principes régissant le partage des pouvoirs au Canada.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Alphonse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Cardinal c. Procureur général de l’Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, App. III.
Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187, art. 1 « heritage object », 4, 8, 12(1), (2), (7), 13(1), (2), (4).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2000), 183 D.L.R. (4th) 103, [2000] 4 W.W.R. 431, 132 B.C.A.C. 191, 215 W.A.C. 191, 72 B.C.L.R. (3d) 247, [2000] 2 C.N.L.R. 36, [2000] B.C.J. No. 86 (QL), 2000 BCCA 42, qui a confirmé deux jugements de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1999] 1 C.N.L.R. 72, [1999] 7 W.W.R. 584, 61 B.C.L.R.

B.C.J. No. 2440 (QL), supplementary reasons [1998] B.C.J. No. 3059 (QL), and [1999] 2 C.N.L.R. 176, [1998] B.C.J. No. 3041 (QL). Appeal dismissed.

E. Jack Woodward, Patricia Hutchings and Christopher Devlin, for the appellants.

Paul J. Pearlman, Q.C., and *Kathryn L. Kickbush*, for the respondents the Minister of Small Business, Tourism and Culture, and the Attorney General of British Columbia.

Patrick G. Foy, Q.C., *William K. McNaughton* and *Robert J. C. Deane*, for the respondent International Forest Products Limited.

Gerald Donegan, Q.C., and *Jennifer Chow*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Lori Sterling and *Daniel Guttman*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Pierre-Christian Labeau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Holly D. Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Stan H. Rutwind, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Written submissions only by *Charles F. Willms*, for the intervener the Council of Forest Industries.

Written submissions only by *John J. L. Hunter, Q.C.*, for the intervener the Truck Loggers Association.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This case concerns a constitutional challenge to the application of provincial legislation on the protection of cultural heritage property. The dispute

(3d) 71, [1998] B.C.J. No. 2440 (QL), motifs supplémentaires [1998] B.C.J. No. 3059 (QL), et [1999] 2 C.N.L.R. 176, [1998] B.C.J. No. 3041 (QL). Pourvoi rejeté.

E. Jack Woodward, Patricia Hutchings et Christopher Devlin, pour les appelants.

Paul J. Pearlman, c.r., et *Kathryn L. Kickbush*, pour les intimés le ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture et le procureur général de la Colombie-Britannique.

Patrick G. Foy, c.r., *William K. McNaughton* et *Robert J. C. Deane*, pour l'intimée International Forest Products Limited.

Gerald Donegan, c.r., et *Jennifer Chow*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Lori Sterling et *Daniel Guttman*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Pierre-Christian Labeau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Holly D. Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Stan H. Rutwind, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Charles F. Willms*, pour l'intervenant Council of Forests Industries.

Argumentation écrite seulement par *John J. L. Hunter, c.r.*, pour l'intervenante Truck Loggers Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le pourvoi porte sur la constitutionnalité de dispositions législatives provinciales visant la protection de biens du patrimoine culturel. Le litige

relates to culturally modified trees or CMTs. These trees have often been altered by aboriginal people as part of their traditional use and have cultural, historical and scientific importance for a number of First Nations in British Columbia. In the opinion of the appellants, legislation authorizing the removal or modification of these cultural objects would fall beyond the scope of provincial legislative powers. Hence, the *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187 (“the Act”), should be struck down in part to the extent that it allows for the alteration and destruction of native cultural objects. For the reasons which are set out below, I am of the view that this appeal should fail because the impugned legislation falls within the provincial jurisdiction on property and civil rights within the province, as the British Columbia Court of Appeal held.

II. The Origins of the Case

The dispute arose during the process of administrative review and authorization of logging operations in British Columbia. The respondent, International Forest Products Limited (“Interfor”), had long held a forest licence over land in the central coast of British Columbia which included an area known as the Kumealon. Provincial forestry legislation required Interfor, as the holder of a forest licence, to propose sequential forest development plans. The legislation also granted the public some participatory rights in the creation of these plans. Interfor provided direct notification of its development plans to the appellant Kitkatla Band (“the Band”) since early 1994, but these plans never specifically identified the Kumealon area. The appellants claimed aboriginal rights in this area and had been engaged in treaty negotiations with the province. In early 1998, aware of its obligations under the Act, Interfor hired a firm of archaeologists in order to report on the impact of future logging operations in an area that included the Kumealon. Coincidentally, it appears, the appellants expressed an interest in the Kumealon at roughly the same time. Interfor was alerted to this claim, and, shortly thereafter, the firm it hired contacted the Band in

concerne des arbres modifiés pour des raisons culturelles (arbres modifiés). Souvent, ces arbres ont été modifiés par suite de l’utilisation traditionnelle que des peuples autochtones en ont fait, et ils revêtent une importance culturelle, historique et scientifique pour plusieurs Premières nations en Colombie-Britannique. Les appelants estiment que les dispositions législatives autorisant l’enlèvement ou la modification de ces objets culturels sortent du cadre de la compétence législative de la province. Pour cette raison, ils demandent que soit annulée la partie de la *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187 (« la Loi »), qui permet la modification et la destruction d’objets culturels autochtones. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d’avis de rejeter le présent pourvoi parce que les dispositions contestées relèvent de la compétence de la province sur la propriété et les droits civils dans la province, comme en a jugé la Cour d’appel de la Colombie-Britannique.

II. Origine du litige

Le litige a pris naissance lors de l’examen administratif et de l’autorisation d’opérations forestières en Colombie-Britannique. L’intimée, International Forest Products Limited (« Interfor »), détenait depuis longtemps un permis forestier sur des terrains situés sur la côte centrale de la Colombie-Britannique englobant la région appelée le Kumealon. La législation provinciale sur les forêts exigeait qu’Interfor, en sa qualité de titulaire de permis forestier, propose des plans séquentiels de développement forestier. Elle donnait aussi au public certains droits de participation à l’élaboration de ces plans. Depuis le début de 1994, Interfor informait directement la bande Kitkatla (« la bande ») de ses plans de développement, mais sans jamais expressément mentionner la région du Kumealon dans ses plans. Les appelants revendiquaient des droits ancestraux dans cette région et avaient engagé des négociations en vue de conclure un traité avec la province. Au début de 1998, consciente de ses obligations légales, Interfor engage un cabinet d’archéologues qu’elle charge de rédiger un rapport sur les répercussions d’une exploitation forestière future dans la région englobant le Kumealon. C’est à peu près à la même époque, semble-t-il, que les appelants manifestent

order to ascertain their views. The Band designated two persons for this purpose. Interfor was concerned with the possible presence of native heritage sites and objects including CMTs in the area to be harvested. The archaeologist eventually reported the presence of a significant number of these trees in seven cutblocks Interfor intended to harvest.

3 Meanwhile, Interfor applied to the respondent, the Minister of Small Business, Tourism and Culture (“the Minister”), for a site alteration permit under s. 12 of the Act, to authorize the cutting and processing of CMTs during logging operations. The Minister forwarded Interfor’s application to the Band, along with a covering letter requesting its written submissions on the application. No submissions were received by the deadline. One week later, on March 31, 1998, and without having considered a single archaeological report, the Minister issued a site alteration permit.

4 At this stage, the Band commenced proceedings to challenge the legality of the permit. They began judicial review proceedings. These proceedings raised administrative law arguments asserting that the Minister had failed to address all relevant issues — and had violated his fiduciary obligations towards the appellants by failing to provide them with proper notification and the opportunity to consult — before issuing the permit. The Band also challenged the Act as being *ultra vires* the province.

5 The administrative law challenge succeeded. A judgment of the British Columbia Supreme Court ordered the Minister to reconsider the part of its decision which affected the CMTs, after giving the Band an adequate opportunity to be consulted and to make representations. At the same time, the trial court dismissed the constitutional challenge.

6 The Minister went through the reconsideration process. During this process, the Band asserted a claim of aboriginal rights in the continued existence

un intérêt à l’égard du Kumealon. Interfor est informée de cette revendication et, peu après, le cabinet d’archéologues qu’elle a engagé communique avec la bande afin de connaître son point de vue. La bande désigne deux personnes à cette fin. Interfor s’inquiète de la présence éventuelle, dans la région visée par les projets d’exploitation, de sites et d’objets du patrimoine autochtone, y compris des arbres modifiés. L’archéologue signale qu’il y a effectivement un nombre important d’arbres modifiés dans sept secteurs où Interfor a l’intention d’effectuer des récoltes.

Dans l’intervalle, Interfor demande à l’intimé, le ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture (« le ministre »), en vertu de l’art. 12 de la Loi, un permis de modification de site autorisant la coupe et le traitement d’arbres modifiés dans ses opérations forestières. Le ministre transmet la demande d’Interfor à la bande et y joint une lettre l’invitant à présenter ses observations par écrit sur la demande. Aucune observation n’est produite dans le délai prescrit. Une semaine plus tard, soit le 31 mars 1998, le ministre délivre un permis de modification du site sans avoir examiné un seul rapport archéologique.

La bande conteste alors la légalité du permis, et présente une demande de contrôle judiciaire. Invoquant des arguments de droit administratif, elle soutient que le ministre n’a pas considéré toutes les questions pertinentes avant de délivrer le permis et qu’il a manqué à ses obligations fiduciaires envers les appelants parce qu’il ne leur a pas donné un avis suffisant et ne les a pas consultés. La bande conteste également la Loi soutenant qu’elle excède les pouvoirs de la province.

L’action de droit administratif est accueillie. La Cour suprême de la Colombie-Britannique ordonne au ministre de réexaminer la partie de sa décision qui concerne les arbres modifiés après avoir donné à la bande une possibilité suffisante d’être consultée et de présenter des observations. En même temps, la cour rejette la contestation constitutionnelle.

Le ministre procède alors au réexamen. Durant ce processus, la bande revendique des droits ancestraux sur les arbres modifiés. Elle sollicite une ordonnance

of the CMTs. It petitioned for an order in the nature of prohibition, to restrain the Minister from granting the site alteration permit. The Minister took the position that this issue fell outside the scope of the permit granting procedure and should be left to the courts. Wilson J. agreed with the Minister and dismissed the petition. In the end, the Minister issued a site alteration permit in accordance with the CMTs management plan proposed by Interfor which provided that all fallen CMTs should be preserved together with 76 of 116 trees still standing in the cut-blocks. This led to the present appeal. Meanwhile, the Band launched another judicial review application on the basis that the Minister should have considered native rights in the permit granting procedure. This new challenge also failed.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*

As indicated above, the constitutional challenges launched by the Band failed in the trial court. Wilson J. rendered two judgments on October 21, 1998 (with supplementary reasons on November 12, 1998) and on December 15, 1998 where he discussed the constitutional issues. I will now review them briefly.

- (1) First Judgment, [1999] 1 C.N.L.R. 72, supplementary reasons [1998] B.C.J. No. 3059 (QL)

The first judgment of Wilson J. dealt with the constitutional division of powers question, after a review of the facts and background of the matter. He found that the dominant purpose of the Act was the preservation or non-preservation of heritage property in the province generally and that, while the legislation certainly affected Indians, it did not single them out for special treatment. He concluded that the legislation was in respect of property and civil rights and, therefore, it was *intra vires* the province under the authority of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. He dismissed the application for a declaration that the relevant sections of the Act were *ultra vires*.

de prohibition interdisant au ministre d'accorder le permis de modification du site. Le ministre soutient que cette question ne peut pas être tranchée dans le cadre de la délivrance d'un permis et qu'elle doit être laissée à l'appréciation des tribunaux judiciaires. Le juge Wilson est d'accord avec le ministre et rejette la demande. Finalement, le ministre délivre un permis de modification du site en conformité avec le plan de gestion des arbres modifiés proposé par Interfor, prévoyant que tous les arbres modifiés gisants et 76 des 116 arbres modifiés encore sur pied dans les secteurs seraient conservés. Ceci a mené au présent pourvoi. Dans le même temps, la bande présente une deuxième demande de contrôle judiciaire, faisant valoir que le ministre aurait dû tenir compte des droits des autochtones dans le cadre de la délivrance du permis. Cette nouvelle contestation échoue également.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Comme je l'indique précédemment, les contestations constitutionnelles de la bande ont été rejetées en première instance. Le juge Wilson a rendu deux jugements, le 21 octobre 1998 (avec motifs supplémentaires le 12 novembre 1998) et le 15 décembre, 1998 dans lesquels il examine les questions constitutionnelles. Je me propose de les analyser brièvement.

- (1) Premier jugement, [1999] 1 C.N.L.R. 72, motifs supplémentaires [1998] B.C.J. No. 3059 (QL)

Dans le premier jugement, le juge Wilson aborde la question du partage constitutionnel des compétences après avoir examiné les faits de l'affaire. Il estime que le principal objectif de la Loi est la préservation ou la non préservation de biens patrimoniaux dans la province en général et que, même si elle touche certainement les Indiens, elle ne prévoit pas de traitement spécial pour eux. Il conclut que la législation touche la propriété et les droits civils et qu'elle relève donc de la compétence de la province en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'accorde pas de conclusion déclarant *ultra vires* les dispositions contestées de la Loi.

9

Although he concluded that the legislation did not deal with Indianness, Wilson J. went on to consider in *obiter dicta* whether, if the legislation interfered with an aboriginal status and capacity, it was validated by s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. He referred to the test set out by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Alphonse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17, regarding when s. 88 of the *Indian Act* was triggered, i.e. when provincial laws of general application affect Indians in relation to the core values of their society, they depend on s. 88 to give them the force of federal law. He concluded at p. 80 that *Alphonse* was indistinguishable from the case at bar:

The denial of the taking of fish, or the denial of the taking of deer, in the interests of conservation of a natural resource, is equivalent to, albeit not the same as, the denial of retention of a thing, in the interests of the preservation of a heritage resource.

He held that the relevant sections of the Act were laws of general application that also applied to Indians.

10

Wilson J. then considered the issue of procedural fairness in the process of issuing the site alteration permit to the respondent Interfor. He concluded that the respondent Minister had breached his fiduciary duty to the appellant Band and had failed to take into consideration the proper factors in his decision. He directed the Minister to reconsider that part of his decision which affected CMTs in seven cutblocks in order to take into consideration relevant information, and to consult with the appellant Band. This aspect of the decision is not the subject of appeal at this Court.

(2) Second Judgment, [1999] 2 C.N.L.R. 176

11

As indicated above, the appellant Band had brought a second judicial review application, pending the respondent Minister's reconsideration of the issuance of the site alteration permit ordered by Wilson J. on November 12, 1998. The appellant Band sought an order that the respondent Minister must take into account s. 8 of the Act to determine

Bien qu'il ait conclu que la législation ne concerne pas l'indianité, le juge Wilson examine dans une opinion incidente si, advenant le cas où la législation porterait atteinte au statut ou aux droits des autochtones, elle serait validée par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Il rappelle le critère formulé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Alphonse* (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 17, sur les cas d'application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, selon lequel, lorsque des lois provinciales d'application générale touchent les Indiens dans les valeurs essentielles de leur société, il dépend de l'art. 88 qu'elles acquièrent force de loi fédérale. Il conclut qu'aucune distinction ne peut être faite entre l'espèce et *Alphonse* (à la p. 80) :

[TRADUCTION] Le refus de permettre la pêche ou le refus de permettre la chasse au chevreuil dans l'intérêt de la conservation d'une ressource naturelle équivaut, même si ce n'est pas la même chose, au refus de permettre de conserver un objet dans l'intérêt de la préservation d'une ressource patrimoniale.

Il juge que les dispositions pertinentes de la Loi sont des dispositions d'application générale qui s'appliquent également aux Indiens.

Le juge Wilson examine ensuite la question de l'équité procédurale dans la délivrance à l'intimé Interfor du permis de modification du site. Il conclut que le ministre intimé a manqué à son obligation fiduciaire envers la bande appelante et a omis de tenir compte des facteurs appropriés dans sa décision. Il ordonne au ministre de réexaminer la partie de sa décision qui concerne les arbres modifiés dans sept secteurs afin de tenir compte des renseignements pertinents et de consulter la bande appelante. Cette partie de la décision n'est pas visée par le pourvoi.

(2) Second jugement, [1999] 2 C.N.L.R. 176

Comme je le dis précédemment, la bande appelante a présenté une deuxième demande de contrôle judiciaire durant le réexamen par le ministre intimé de la délivrance du permis de modification du site, qu'avait ordonné le juge Wilson le 12 novembre 1998. La bande appelante sollicitait une ordonnance enjoignant au ministre intimé de tenir compte de

whether the appellant Band's aboriginal rights could be affected by the issuance of a site alteration permit.

In the process of reconsideration, the appellant Band had written to the respondent Minister and stated, among other things:

[The appellant Band] therefore asserts an aboriginal right to the preservation of C.M.T.s in the Kumealon, as a part of a more general aboriginal right to the preservation of its heritage objects and sites.

The appellants argued that an authorization to harvest CMTs would derogate from their aboriginal rights and, accordingly, would be outside the jurisdiction of the respondent Minister pursuant to s. 8 of the Act. The respondent Minister stated that it was not in a position to make such a determination in a permit granting procedure, and that only a court could do so.

Wilson J. reviewed the arguments of the parties. He accepted the position of the respondents and concluded that the legislature did not confer a power of decision on aboriginal rights upon the Minister (p. 180).

Wilson J. thus dismissed the application.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 183 D.L.R. (4th) 103, 2000 BCCA 42

The appellants appealed the judgments rendered by Wilson J. Braidwood and Hall J.J.A. upheld the decision of the trial court. In dissent, Prowse J.A. would have granted the appeal. Each judge wrote reasons.

(1) Braidwood J.A.

Braidwood J.A. briefly reviewed the history of the proceedings. He then framed the issues on appeal as follows (at para. 5):

[First Application]

1. Are sections 12(2)(a) and 13(2) of the *Heritage Conservation Act* in pith and substance laws in relation to Indians or Lands reserved for the Indians, or alternatively, are the laws in relation to property, and, therefore, within the exclusive legislative

l'art. 8 de la Loi pour déterminer si la délivrance d'un permis de modification du site pourrait porter atteinte à ses droits ancestraux.

Dans le cadre du réexamen, la bande appelante avait écrit ceci au ministre :

[TRADUCTION] [La bande] revendique par conséquent un droit ancestral à la préservation des arbres modifiés dans le Kumealon en vertu d'un droit ancestral plus général à la préservation des sites et objets de son patrimoine.

Les appelants soutenaient qu'une autorisation de récolter des arbres modifiés porterait atteinte à leurs droits ancestraux et, par conséquent, excéderait le pouvoir conféré au ministre intimé par l'art. 8 de la Loi. Le ministre intimé disait qu'il n'était pas en mesure de trancher la question dans le cadre de la procédure de délivrance d'un permis et que seul un tribunal judiciaire pouvait le faire.

Le juge Wilson examine les arguments des parties. Il retient la thèse des intimés et conclut que le législateur n'a pas conféré au ministre un pouvoir décisionnel sur les droits ancestraux (p. 180).

Le juge Wilson rejette donc la demande.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 183 D.L.R. (4th) 103, 2000 BCCA 42

Les appelants interjettent appel des décisions rendues par le juge Wilson. Les juges Braidwood et Hall confirment la décision de première instance. Madame le juge Prowse, dissidente, est d'avis de faire droit à l'appel. Chaque juge rédige des motifs.

(1) Le juge Braidwood

Le juge Braidwood fait un bref historique de l'affaire et formule ensuite les questions en litige de la façon suivante (au par. 5) :

[TRADUCTION] [Première demande]

1. L'alinéa 12(2)a) et le par. 13(2) de la *Heritage Conservation Act* sont-ils en substance des dispositions touchant les Indiens ou les terres réservées aux Indiens, ou des dispositions touchant la propriété et, de ce fait, relevant de la compétence exclusive des

12

13

14

15

16

17

competence of the Province under section 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

2. If the impugned provisions of the *Heritage Conservation Act* are within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* do they apply to the appellants *ex proprio vigore*?
3. If the impugned provisions do not apply to the appellants *ex proprio vigore* do they nonetheless apply by virtue of s. 88 of the *Indian Act*?

[Second Application]

1. Is the Minister required to decide whether the appellants have aboriginal rights concerning CMTs before the issuance of a permit under section 12(2) of the *Heritage Conservation Act*?

18

Braidwood J.A. noted that the appellants did not take issue with the Act as a whole, but argued that ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) of the Act are *ultra vires* the province because in pith and substance they were legislation concerning Indians or lands reserved for them. In the alternative, even if the legislation was not invalid because of the division of powers analysis, the appellants argued that the impugned sections touched upon the core of Indianness and could not apply of their own force. However, they could not be saved by s. 88 of the *Indian Act* because they were not laws of general application. The respondents argued that the impugned sections were valid provincial law because they dealt with property and civil rights. Therefore, they applied of their own force to Indians, or, in the alternative, they were saved by s. 88 of the *Indian Act* as a law of general application affecting Indians in their Indianness.

19

Turning to his analysis of the issues, Braidwood J.A. discussed the principles governing the determination of the pith and substance or “matter” of particular legislation. He noted that each federal head of power had a basic, minimum and unassailable content which the provinces are not permitted to encroach indirectly. Referring to *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 178, he quoted Lamer C.J.’s statement that

provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. Si les dispositions contestées de la *Heritage Conservation Act* relèvent de la compétence provinciale prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s’appliquent-elles aux appelants *ex proprio vigore*?
3. Si les dispositions contestées ne s’appliquent pas aux appelants *ex proprio vigore*, s’appliquent-elles néanmoins par l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

[Deuxième demande]

1. Le ministre est-il tenu de décider si les appelants ont des droits ancestraux relativement aux arbres modifiés avant de délivrer un permis conformément au par. 12(2) de la *Heritage Conservation Act*?

Le juge Braidwood souligne que les appelants ne contestent pas l’ensemble de la Loi, mais soutiennent que ses al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) ne relèvent pas de la compétence de la province parce qu’il s’agit essentiellement de dispositions touchant les Indiens ou les terres réservées pour eux. Subsidièrement, les appelants font valoir que, même si les dispositions ne sont pas jugées inconstitutionnelles selon l’analyse du partage des compétences, elles touchent au cœur de l’indianité et ne peuvent pas s’appliquer *ex proprio vigore*. Toutefois, elles ne peuvent pas être validées par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* parce que ce ne sont pas des dispositions d’application générale. Les intimés prétendent que les dispositions contestées sont des dispositions législatives provinciales valides parce qu’elles concernent la propriété et les droits civils. Par conséquent, elles s’appliquent *ex proprio vigore* aux Indiens ou, subsidiairement, sont validées par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* comme dispositions d’application générale touchant les Indiens et leur indianité.

Dans son analyse, le juge Braidwood examine les principes régissant la détermination de la substance ou du « sujet » de dispositions législatives données. Il fait remarquer que chaque chef de compétence fédérale a un contenu minimum élémentaire et irréductible sur lequel les provinces ne sont pas autorisées à empiéter indirectement. Il cite *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 178, où le juge en chef Lamer dit que les droits

aboriginal rights “encompass practices, customs and traditions which are not tied to land” (para. 46). Braidwood J.A. concluded that the proper analysis of the “matter” of the Act should be conducted in light of Lamer C.J.’s definition; thus, the impugned sections should be looked at in the context of the whole of the Act. He noted that the express purpose of the Act was to encourage and facilitate the protection and conservation of heritage objects and sites.

The respondents had conceded that the majority of items caught by the provisions of the Act would be aboriginal in origin but that the impugned sections were not limited to those items and applied generally. Braidwood J.A. then concluded that the Act was a law of general application which was not aimed at Indians or at the impairment of their status. As such, it remained a valid exercise of provincial powers in respect of property and civil rights. The Act in general enhanced the protection of both non-aboriginal and aboriginal heritage objects and the Act retained its character as legislation dealing with property and civil rights. The impugned sections must be read in the context of the entire Act.

Braidwood J.A. then discussed the issue of whether the impugned provisions applied of their own force. He distinguished this Court’s decision in *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, because the Act does not restrict any activity which relates to Indianness as did the hunting regulations in that case. He found that the impugned provisions of the Act did not affect Indians in relation to the core values of their society and, therefore, the provisions applied of their own force.

Although he did not need to consider whether s. 88 of the *Indian Act* could validate the impugned provisions of the Act, Braidwood J.A. went on to consider that question in *obiter dicta*. He found that they would have been saved under s. 88, a law of general application in the province, which did not single out Indians in such a way as to impair their status as Indians (para. 81).

ancestraux « comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire » (par. 46). Le juge Braidwood conclut que toute analyse appropriée du « sujet » de la Loi doit être guidée par la définition formulée par le juge en chef Lamer; les dispositions contestées doivent donc être examinées à la lumière de l’ensemble de la Loi. Il note que la Loi a expressément pour objet d’encourager et de faciliter la protection et la conservation des objets et des sites patrimoniaux.

Les intimés ont concédé que la majorité des éléments visés par les dispositions de la Loi sont d’origine autochtone, mais ils avancent que les dispositions contestées ne se limitent pas à ces éléments et ont une application générale. Le juge Braidwood conclut ensuite que la Loi est une loi d’application générale qui ne vise pas spécifiquement les Indiens et ne porte pas atteinte au statut d’Indien. Il s’agit donc d’un exercice valide des pouvoirs de la province sur la propriété et les droits civils. La Loi dans son ensemble améliore la protection tant des objets du patrimoine autochtone que de ceux du patrimoine non autochtone, et elle conserve son caractère de loi touchant la propriété et les droits civils. Les dispositions contestées doivent être interprétées en fonction de l’ensemble de la Loi.

Le juge Braidwood examine ensuite la question de savoir si les dispositions contestées s’appliquent *ex proprio vigore*. Il fait une distinction avec l’arrêt de la Cour *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, parce que la Loi ne restreint aucune activité qui touche l’indianité comme le faisait la réglementation de la chasse dans cette affaire. Il conclut que les dispositions contestées de la Loi ne touchent pas les valeurs sociales fondamentales des Indiens et, par conséquent, qu’elles s’appliquent *ex proprio vigore*.

Bien qu’il n’ait pas à examiner si l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* pourrait valider les dispositions contestées de la Loi, le juge Braidwood aborde la question dans une opinion incidente. Il conclut qu’elles seraient validées par l’art. 88 parce qu’elles sont d’application générale dans la province et ne prévoient pas de traitement spécial susceptible de porter atteinte aux Indiens et à leur statut d’Indiens (par. 81).

20

21

22

23 Next, Braidwood J.A. dealt with the issue on the second application, in which the appellants had argued that, pursuant to s. 8 of the Act, the respondent Minister should inquire whether an aboriginal right, established by a court of law or by treaty or otherwise, might be affected by his decision, and that failing to do so, no permit should be issued until the right has been determined by treaty or court of law. Braidwood J.A. rejected this argument. Section 8 of the Act meant that the granting of any privileges under the Act would have no impact on the determination of aboriginal rights.

(2) Hall J.A.

24 Hall J.A. adopted the facts and legislative provisions as set out in Braidwood J.A.'s reasons. He dismissed the appeal on the second application for the same reasons as Braidwood J.A. He concurred with the result and with Braidwood J.A.'s reasons generally regarding the first application but offered some further comments of his own.

25 Hall J.A. agreed with Braidwood J.A. that the pith and substance of the legislation in question is the preservation of heritage objects in the province. While the main thrust of the legislation is preservationist, the Act also permits proper use and management of provincial land and resources. He noted that while the Act referred to "First Nation" and "aboriginal" it was not legislation which dealt with Indians or lands reserved for Indians. The Act applied equally to all heritage objects and sites.

26 Hall J.A. distinguished the case at bar from *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, which was a case involving a colourable attempt by the Manitoba legislature to affect hunting rights vested in Indians under a federal-provincial agreement that effectively vested existing treaty rights. There was a clear singling out of Indians in that case. Hall J.A. noted that, in the Canadian federation, there will always be some uncertainty regarding the subject matters that lie within provincial and federal jurisdiction. The legislation in question naturally fits in the provincial sphere because it possessed more local aspects and concerns with respect to property in the province. For these reasons, Hall J.A. agreed that the appeal

Le juge Braidwood analyse ensuite la deuxième demande, dans laquelle les appelants soutenaient que, suivant l'art. 8 de la Loi, le ministre intimé doit vérifier si sa décision peut toucher un droit ancestral, reconnu par un tribunal judiciaire, par un traité ou autrement, à défaut de quoi aucun permis ne doit être délivré jusqu'à ce que ce droit soit déterminé par traité ou décision judiciaire. Le juge Braidwood rejette cet argument. L'article 8 de la Loi signifie que l'octroi de privilèges en vertu de la Loi n'aura aucune répercussion sur la reconnaissance de droits ancestraux.

(2) Le juge Hall

Le juge Hall adopte l'exposé des faits et des dispositions présenté dans les motifs du juge Braidwood. Il rejette l'appel concernant la deuxième demande pour les mêmes motifs que le juge Braidwood. Il souscrit de façon générale à la conclusion et aux motifs du juge Braidwood sur la première demande, mais il ajoute quelques commentaires.

Le juge Hall convient avec le juge Braidwood que la substance de la loi est la préservation des objets patrimoniaux dans la province. Bien qu'ayant principalement un objectif de préservation, la Loi permet aussi l'usage et la gestion appropriés des terres et des ressources de la province. Le juge note que même s'il y est question de « Première nation » et d'« autochtones », la Loi ne touche pas les Indiens ou les terres qui leur sont réservées. Elle s'applique également à tous les objets et sites patrimoniaux.

Le juge Hall fait une distinction entre l'espèce et *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, qui concernait une tentative déguisée de la législature du Manitoba de porter atteinte à des droits de chasse conférés aux Indiens aux termes d'une entente fédérale-provinciale qui reconnaissait en fait des droits existants issus de traités. Il était évident dans cette affaire que les Indiens étaient spécifiquement visés. Le juge Hall fait remarquer que, dans la fédération canadienne, il existera toujours une certaine incertitude quant aux questions qui relèvent de la compétence des provinces et de celle du fédéral. La loi en cause s'inscrit naturellement dans la sphère provinciale parce qu'elle traite davantage d'aspects et

on constitutional issues should be dismissed (para. 109).

(3) Prowse J.A. (dissenting)

While she concurred with Braidwood J.A.’s outline of the background and the relevant legal principles to be applied in examining the constitutionality of the impugned provisions, Prowse J.A. disagreed with his application of those principles to the impugned provisions, taken in the context of the Act as a whole. She found that it affected the core values of Indianness and Indian society and thus fell outside the scope of provincial powers on property and civil rights (paras. 111-13).

After this judgment, the appellants sought and were granted leave to appeal to this Court. A number of parties have intervened in support of the respondents’ position with respect to the constitutional questions in discussion.

IV. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Constitution Act, 1867

91. . . .

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

. . . .

92. . . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, c. 187

8 For greater certainty, no provision of this Act and no provision in an agreement entered into under section 4 abrogates or derogates from the aboriginal and treaty rights of a first nation or of any aboriginal peoples.

12 (1) In this section, except subsection (6), and in sections 13 (4) and 14 (4), “**minister**” includes a person authorized in writing by the minister for the purposes of the section.

d’intérêts locaux relatifs à la propriété dans la province. Pour ces motifs, le juge Hall convient que l’appel sur les questions constitutionnelles doit être rejeté (par. 109).

(3) Madame le juge Prowse (dissidente)

Bien qu’elle souscrive à l’exposé du juge Braidwood sur les faits et les principes juridiques applicables dans l’analyse de la constitutionnalité des dispositions contestées, madame le juge Prowse exprime son désaccord avec son application de ces principes aux dispositions en cause, compte tenu de l’ensemble de la Loi. Elle conclut que la Loi porte atteinte aux valeurs fondamentales de l’indianité et de la société indienne et qu’elle sort du domaine de compétence de la province sur la propriété et les droits civils (par. 111-113).

Après ce jugement, les appelants demandent et obtiennent l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Plusieurs parties interviennent à l’appui de la thèse des intimés sur les questions constitutionnelles.

IV. Les dispositions législatives et constitutionnelles

Loi constitutionnelle de 1867

91. . . .

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

. . . .

92. . . .

13. La propriété et les droits civils dans la province;

Heritage Conservation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 187

[TRADUCTION]

8 Il est entendu que les dispositions de la présente loi ou d’un accord conclu en vertu de l’article 4 n’ont pas pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités d’une Première nation ou d’un peuple autochtone.

12 (1) Pour l’application du présent article, exception faite du paragraphe (6), et pour l’application des paragraphes 13(4) et 14(4), « **ministre** » s’entend également de la personne qu’il a autorisée par écrit.

27

28

29

- | | |
|---|--|
| <p>(2) The minister may</p> <p>(a) issue a permit authorizing an action referred to in section 13, or</p> <p>(b) refuse to issue a permit for an action that, in the opinion of the minister, would be inconsistent with the purpose of the heritage protection of the property.</p> | <p>(2) Le ministre peut</p> <p>a) soit délivrer un permis autorisant un acte mentionné à l'article 13,</p> <p>b) soit refuser de délivrer un permis pour un acte qui, à son avis, serait incompatible avec les objectifs de la protection patrimoniale des biens.</p> |
| <p>13 (1) Except as authorized by a permit issued under section 12 or 14, a person must not remove, or attempt to remove, from British Columbia a heritage object that is protected under subsection (2) or which has been removed from a site protected under subsection (2).</p> | <p>13 (1) Sauf autorisation en vertu d'un permis délivré conformément aux articles 12 ou 14, il est interdit de retirer, ou de tenter de retirer, de la Colombie-Britannique un objet patrimonial qui est protégé par le paragraphe (2) ou a été enlevé d'un site protégé par le paragraphe (2).</p> |
| <p>(2) Except as authorized by a permit issued under section 12 or 14, or an order issued under section 14, a person must not do any of the following:</p> <p>(a) damage, desecrate or alter a Provincial heritage site or a Provincial heritage object or remove from a Provincial heritage site or Provincial heritage object any heritage object or material that constitutes part of the site or object;</p> <p>(b) damage, desecrate or alter a burial place that has historical or archaeological value or remove human remains or any heritage object from a burial place that has historical or archaeological value;</p> <p>(c) damage, alter, cover or move an aboriginal rock painting or aboriginal rock carving that has historical or archaeological value;</p> <p>(d) damage, excavate, dig in or alter, or remove any heritage object from, a site that contains artifacts, features, materials or other physical evidence of human habitation or use before 1846;</p> <p>(e) damage or alter a heritage wreck or remove any heritage object from a heritage wreck;</p> <p>(f) damage, excavate, dig in or alter, or remove any heritage object from, an archaeological site not otherwise protected under this section for which identification standards have been established by regulation;</p> | <p>(2) Sauf autorisation en vertu d'un permis délivré conformément aux articles 12 ou 14 ou d'une ordonnance rendue conformément à l'article 14, il est interdit :</p> <p>a) d'endommager, de profaner ou de modifier un site ou un objet du patrimoine provincial, ou de retirer d'un site ou d'un objet du patrimoine provincial tout objet patrimonial faisant partie de ce site ou objet;</p> <p>b) d'endommager, de profaner ou de modifier un lieu de sépulture qui a une valeur historique ou archéologique, ou d'en retirer des restes humains ou un objet patrimonial;</p> <p>c) d'endommager, de modifier, de recouvrir ou de déplacer les peintures ou les gravures rupestres autochtones qui ont une valeur historique ou archéologique;</p> <p>d) d'endommager, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un site qui renferme des artefacts, des vestiges, des éléments matériels ou d'autres preuves physiques de la présence ou de l'industrie humaines avant 1846, ou d'y effectuer des fouilles;</p> <p>e) d'endommager ou de modifier une épave à valeur patrimoniale ou d'en retirer un objet patrimonial;</p> <p>f) d'endommager, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un site archéologique qui n'est pas par ailleurs protégé par le présent article et pour lequel des normes d'identification ont été établies par règlement, ou d'y effectuer des fouilles;</p> |

- | | |
|--|--|
| <p>(g) damage, excavate, dig in or alter, or remove any heritage object from, a site that contains artifacts, features, materials or other physical evidence of unknown origin if the site may be protected under paragraphs (b) to (f);</p> <p>(h) damage, desecrate or alter a site or object that is identified in a schedule under section 4 (4) (a);</p> <p>(i) damage, excavate or alter, or remove any heritage object from, a property that is subject to an order under section 14 (4) or 16.</p> | <p>g) d'endommager, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un site qui contient des artefacts, des vestiges, des éléments matériels ou d'autres preuves physiques d'origine inconnue, ou d'y effectuer des fouilles, si le site peut être visé aux alinéas b) à f);</p> <p>h) d'endommager, de profaner ou de modifier un site ou un objet identifié dans une liste prévue à l'alinéa 4(4)a);</p> <p>i) d'endommager, d'extraire, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un bien qui est visé par une ordonnance prévue au paragraphe 14(4) ou à l'article 16.</p> |
|--|--|

- | | |
|--|--|
| <p>(4) The minister may, after providing an opportunity for consultation with the first nation whose heritage site or object would be affected,</p> <p>(a) define the extent of a site protected under subsection (2), or</p> <p>(b) exempt a site or object from subsection (2) on any terms and conditions the minister considers appropriate if the minister considers that the site or object lacks sufficient heritage value to justify its conservation.</p> | <p>(4) Après avoir donné la possibilité de consulter la Première nation dont l'objet ou le site patrimonial sera touché, le ministre peut,</p> <p>a) définir l'étendue d'un site visé au paragraphe (2),</p> <p>b) soustraire un site ou un objet à l'application du paragraphe (2) aux conditions qu'il estime appropriées s'il considère que le site ou l'objet n'a pas une valeur patrimoniale suffisante pour justifier sa conservation.</p> |
|--|--|

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5

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

V. Constitutional Questions

On January 22, 2001, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

- (1) Is s. 12(2)(a) in respect of the subject matter of s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act* in pith and substance law in relation to Indians or Lands reserved for the Indians, or alternatively, is the law in relation to property, and, therefore, within the exclusive legislative competence of the Province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5

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

V. Questions constitutionnelles

Le 22 janvier 2001, le Juge en chef formule les questions constitutionnelles suivantes :

- (1) L'alinéa 12(2)a) de la *Heritage Conservation Act*, considéré au regard de l'objet des al. 13(2)c) et d) de la même loi, est-il en substance une disposition touchant les Indiens ou les terres réservées pour les Indiens, ou une disposition touchant la propriété et, de ce fait, relevant de la compétence exclusive des provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

- (2) If the impugned provisions of the *Heritage Conservation Act* are within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* do they apply to the subject matter of s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act*?
- (3) If the impugned provisions do not apply to the appellants *ex proprio vigore*, do they nonetheless apply by virtue of s. 88 of the *Indian Act*?

VI. The Issues

A. *Position of the Parties*

31 All parties agree that legislation concerning the protection of heritage or cultural property falls under provincial legislative jurisdiction as being a law relating to property and civil rights within the province, under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The intervener, the Attorney General of Canada, agrees, with one caveat. She points out that some cultural properties may fall under federal jurisdiction or that the application of unspecified federal heads of power may affect them. In the present case, the Attorney General of Canada supports the validity of the legislation challenged by the appellants. The respondents and all the interveners take the same position.

32 The appellants concede that the province may legislate in respect of cultural properties, but challenge the validity and applicability of the Act to the CMTs found in the Kumealon region. In substance, the appellants submit that legislative provisions allowing for the alteration or destruction of native heritage property fall outside provincial legislative powers, even if provinces may validly legislate in respect of other cultural objects. They submit that ss. 12(2)(a) and 13(2)(c), which authorize the Minister to grant permits to alter, destroy or remove native heritage property impact on federal legislative powers in respect of Indian affairs. The impugned provisions affect objects and sites which stand at or near the core of aboriginal identity. For these reasons, the impugned provisions fall beyond the scope of provincial legislative authority. Moreover, even if the legislation is *intra vires* under a pure division of powers analysis, aboriginal objects would be immunized from its effects. The interjurisdictional

- (2) Si les dispositions contestées de la *Heritage Conservation Act* relèvent de la compétence provinciale prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'appliquent-elles à l'objet des al. 13(2)c) et d) de la *Heritage Conservation Act*?
- (3) Si les dispositions contestées ne s'appliquent pas aux appelants *ex proprio vigore*, s'appliquent-elles néanmoins par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

VI. Les questions en litige

A. *La position des parties*

Toutes les parties conviennent que les lois de protection du patrimoine ou des biens culturels relèvent de la compétence législative provinciale puisqu'elles concernent la propriété et les droits civils dans la province au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'intervenant, le procureur général du Canada, en convient mais avec une réserve. Il souligne que certains biens culturels peuvent relever de la compétence fédérale ou que l'exercice de compétences fédérales, non précisées, peuvent les toucher. En l'espèce, il soutient la validité de la loi attaquée par les appelants. Les intimés et tous les intervenants adoptent la même position.

Les appelants concèdent que la province peut légiférer en matière de biens culturels, mais contestent la validité de la Loi et son applicabilité aux arbres modifiés se trouvant dans le Kumealon. Ils font essentiellement valoir que des dispositions législatives permettant la modification ou la destruction de biens patrimoniaux autochtones ne relèvent pas des pouvoirs législatifs des provinces, même si ces dernières peuvent valablement légiférer sur d'autres objets culturels. Ils soutiennent que les al. 12(2)a) et 13(2)c), qui autorisent le ministre à délivrer des permis permettant de modifier, de détruire ou d'enlever des biens du patrimoine autochtone, ont une incidence sur les pouvoirs législatifs du fédéral sur les affaires indiennes. Les dispositions contestées visent des objets et des sites qui touchent de près à l'identité autochtone. C'est pourquoi elles échappent à la compétence législative de la province. Qui plus est, même si ces dispositions législatives étaient *intra vires*, selon une analyse purement fondée sur

immunity doctrine, which immunizes core federal competencies from the effect of otherwise valid provincial laws, would apply and render site alteration permits issued by the Minister ineffective.

At this point, the appellants acknowledge that, sometimes, s. 88 of the *Indian Act* tempers the application of the doctrine of interjurisdictional immunity in respect of provincial laws of general application. They argue, though, that s. 88 would not save the legislation in this case, because the Act is not a law of general application. It singles out Indian aboriginal objects and sites for special treatment. It amounts to discriminatory legislation. Section 88 should be read in such a way as to avoid incorporating discriminatory laws which have a differential impact on First Nations. Section 88 should be applied in a manner consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III. This approach would introduce a method analogous to a s. 15 *Charter* analysis in the interpretation of s. 88 of the *Indian Act*.

B. Respondents' Position

The main argument of the respondents is directed at the division of powers question. They submit that the impugned provisions form part of a comprehensive scheme which, in pith and substance, remains legislation in relation to property and civil rights in a province. The respondents point out that the site alteration permits do not apply to areas included within any Indian reserve and that no Indian title had been established in the Kumealon at the time of the litigation.

The primary legal effect of the impugned provisions is to regulate, through the s. 12 permit process, the actions of any person which may damage heritage property protected under s. 13(2). The heritage objects at issue are culturally modified trees.

The respondents argue that the impugned provisions of the Act are provincial laws of general

le partage des compétences, les objets autochtones seraient protégés contre leurs effets. Le principe de l'exclusivité des compétences, qui protège les compétences législatives fédérales fondamentales contre les effets de lois provinciales par ailleurs valides, s'appliquerait et rendrait nuls les permis de modification de site délivrés par le ministre.

Les appelants reconnaissent que, parfois, l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* tempère l'application du principe de l'exclusivité des compétences pour les lois provinciales d'application générale. Ils soutiennent toutefois que l'art. 88 ne validerait pas les dispositions législatives en l'espèce parce que la Loi n'est pas d'application générale. Elle prévoit un traitement spécial pour les objets et les sites autochtones. Elle est discriminatoire. L'article 88 doit être interprété de manière à ne pas inclure de lois discriminatoires qui différencient les Premières nations. L'application de l'art. 88 doit respecter la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, App. III. Cette approche inaugurerait une méthode d'analyse de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* analogue à une analyse selon l'art. 15 de la *Charte*.

B. La position des intimés

Le principal argument des intimés porte sur la question du partage des compétences. Ils affirment que les dispositions contestées font partie d'un régime complet qui est en substance une législation sur la propriété et les droits civils dans la province. Ils soulignent que les permis de modification de site ne s'appliquent pas à des régions comprises dans les réserves indiennes et qu'au moment du litige aucun titre aborigène n'a été établi dans le Kumealon.

Le principal effet des dispositions contestées est de réglementer, grâce au processus de délivrance de permis prévu à l'art. 12, des actes pouvant endommager des biens patrimoniaux protégés par le par. 13(2). Les objets patrimoniaux en cause sont des arbres modifiés pour des raisons culturelles.

Les intimés soutiennent qu'il s'agit de dispositions provinciales d'application générale qui

33

34

35

36

application, which do not single out Indians for special treatment. There is no doubt that the Act applies uniformly to all persons throughout the province. The Act does not lose its status as a law of general application by the inclusion of heritage objects of importance to aboriginal people. Neither in purpose nor in effect do the impugned provisions of the Act single out Indians for unique treatment. The impugned provisions apply to all persons in the province whether aboriginal or non-aboriginal and to all heritage objects and heritage sites as enumerated in s. 13(2) of the Act. The respondents submit that the province has the legislative authority to regulate the protection of heritage sites and objects within the province, including heritage sites and objects of aboriginal origin. The right to regulate must include the right to impose limits on that protection. In the absence of any prohibited singling out of Indians, ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) must fall within the same head of legislative authority as the rest of the *Heritage Conservation Act*, namely, “Property and Civil Rights in the Province”.

37

In the respondents’ view, any intrusion into federal jurisdiction is simply incidental and constitutionally permissible. Sections 12 and 13 remain an integral part of the legislative scheme of the Act. They permit the Minister to balance the heritage value of a particular site or object against other interests. They preserve a ministerial discretion which is essential for the practical operation of any statutory scheme for the protection and management of heritage property.

38

The respondents submit that the core federal jurisdiction does not extend to the regulation of heritage sites or objects in British Columbia. Provincial law which regulates all heritage objects cannot be said to be aimed at affecting an integral part of primary federal jurisdiction over Indians and lands reserved for the Indians. In this case, the impugned provisions do not, as a matter of application or legal effect, regulate the Band in the exercise of any aboriginal right or in respect of their Indianness. A determination by this Court that the impugned legislation is *intra vires* the province does not preclude the appellants

n’imposent pas de traitement spécial aux Indiens. Il est indubitable que la Loi s’applique uniformément à toutes les personnes se trouvant dans la province. Elle ne perd pas son statut de loi d’application générale du simple fait qu’elle vise des objets patrimoniaux importants pour les peuples autochtones. Ni par leur objet ni par leurs effets, les dispositions contestées de la Loi n’imposent de traitement exceptionnel aux Indiens. Elles s’appliquent à toutes les personnes de la province, autochtones ou non, ainsi qu’à tous les objets et sites patrimoniaux énumérés au par. 13(2) de la Loi. Les intimés affirment que la province possède la compétence législative nécessaire pour réglementer la protection des sites et des objets patrimoniaux dans la province, y compris les sites et les objets patrimoniaux d’origine autochtone. Ce droit de réglementation doit inclure le droit d’imposer des limites à cette protection. En l’absence de toute différenciation interdite des Indiens, les al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) relèvent donc du même chef de compétence législative que le reste de la *Heritage Conservation Act*, savoir « [I]a propriété et les droits civils dans la province ».

De l’avis des intimés, toute intrusion dans le champ de compétence fédéral est simplement accessoire et est permise par la Constitution. Les articles 12 et 13 demeurent une partie intégrante du cadre législatif de la Loi. Ils permettent au ministre de soupeser la valeur patrimoniale d’un site ou d’un objet donné par rapport à d’autres intérêts. Ils préservent le pouvoir discrétionnaire ministériel qui est essentiel à l’application pratique de toute législation relative à la protection et à la gestion des biens patrimoniaux.

Les intimés prétendent que la compétence fondamentale du fédéral ne s’étend pas à la réglementation des sites ou des objets patrimoniaux en Colombie-Britannique. On ne peut pas dire qu’une loi provinciale qui réglemente l’ensemble des objets patrimoniaux porte atteinte à une partie intégrante de la compétence primordiale du fédéral sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. En l’espèce, les dispositions contestées ne réglementent pas, dans leur application ou leurs effets juridiques, l’exercice par la bande appelante d’un droit autochtone ni son indianité. Que la Cour décide que les dispositions

from advancing a claim of aboriginal rights or title in respect of the trees or the lands where they are situated.

The respondents submit that, in the alternative, if this Court finds the impugned provisions affect the appellants in their Indianness, ss. 12(2)(a) and 13(2) of the Act would apply as federal law by operation of s. 88 of the *Indian Act*. Section 88 incorporates as federal law those provincial laws of general application which touch upon the essential core of federal jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and which would otherwise be inapplicable to Indians by virtue of the doctrine of the interjurisdictional immunity. Indeed, the appellants' test for discrimination would substantially restrict the operation of s. 88 and would shift the test for laws of general application from a division of powers analysis to a rights-based analysis. Such a test ought not to be adopted because it confuses the tests applicable to determining the scope of constitutionally protected rights with those which apply to a division of powers analysis.

The respondents then turn to a subsidiary argument on s. 88. They note that this provision serves a jurisdictional purpose in allowing those provincial laws which otherwise would not be applicable to Indians because they affect Indianness to apply to Indians. There is no evidence before the Court that the impugned provisions represent a colourable attempt by the province to single out heritage sites or objects of aboriginal origin for special treatment. The appellants' test contravenes the well established principle that the fact that a law may have different impacts on the persons to whom it applies does not, in itself, prevent it from operating as a law of general application. Even if it could be said that s. 12(2)(a) of the Act affects aboriginal rights, or aboriginal rights in cultural property, it still retains its character as a provincial law of general application applicable to Indians by virtue of s. 88 of the *Indian Act*.

contestées sont *intra vires* n'empêche pas les appelants de revendiquer un titre aborigène ou des droits ancestraux sur des arbres ou sur les territoires où se trouvent ces arbres.

Les intimés affirment subsidiairement que si la Cour concluait que les dispositions contestées touchent les appelants dans leur indianité, l'al. 12(2)a) et le par. 13(2) de la Loi s'appliqueraient comme loi fédérale par application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 88 incorpore dans le droit fédéral les lois provinciales d'application générale qui touchent la compétence fondamentale du fédéral en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui seraient par ailleurs inapplicables aux Indiens en vertu du principe de l'exclusivité des compétences. En fait, le critère de discrimination utilisé par les appelants restreindrait substantiellement l'application de l'art. 88 et ferait du critère des lois d'application générale une analyse des droits plutôt qu'une analyse du partage des compétences. Ce critère ne devrait pas être retenu parce qu'il confond les critères applicables à l'analyse de l'étendue des droits protégés par la Constitution et ceux qui s'appliquent dans l'analyse du partage des compétences.

Les intimés invoquent ensuite un argument subsidiaire concernant l'art. 88. Ils soulignent que cette disposition joue un rôle dans le partage des compétences en rendant applicables aux Indiens des lois provinciales qui, autrement, ne leur seraient pas applicables parce qu'elles touchent leur indianité. Rien dans la preuve soumise à la Cour n'indique que les dispositions contestées sont une tentative déguisée de la province d'imposer un traitement particulier aux sites ou objets patrimoniaux d'origine autochtone. La thèse des appelants contrevient au principe bien établi selon lequel le fait qu'une loi puisse avoir des répercussions différentes sur les personnes auxquelles elle s'applique n'empêche pas en soi la loi d'être d'application générale. Même si on pouvait affirmer que l'al. 12(2)a) de la Loi touche des droits ancestraux ou des droits ancestraux sur des biens culturels, il conserve néanmoins sa nature de disposition législative provinciale d'application générale s'appliquant aux Indiens en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

39

40

41 Thus, the main issues have been clearly framed by the parties and in the constitutional questions. The Court must first consider the pith and substance of the legislation. Three sub-questions must be discussed in this respect. First, do ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) intrude into a federal head of power, and to what extent? Then, if they do intrude, are they nevertheless part of a valid legislative scheme? At the next step of the analysis, it should be considered whether the impugned provisions are sufficiently integrated with the scheme. If the answer is yes, we may turn to consider the doctrine of interjurisdictional immunity and, if need be, s. 88 of the *Indian Act*. Before I move on to these, I will review the heritage conservation scheme adopted by the province of British Columbia and discuss some evidentiary issues relevant to the rights claimed by the appellants.

C. *Heritage Conservation Legislation in British Columbia*

42 The *Heritage Conservation Act* is designed to grant a broad protection to the cultural heritage of British Columbia in a very comprehensive manner. The history of the province means that its cultural heritage is in the vast majority of cases an aboriginal one, often going back to pre-contact times and prior to the establishment of the first non-native settlements and the creation of the British colonies on Vancouver Island and on the mainland. The Act was adopted to conserve and protect all forms of cultural property, objects and artifacts as well as sites in British Columbia which have heritage value to the province as a whole, to a community or to an aboriginal people, as appears for example in the definition of “heritage object” in the Act: “‘**heritage object**’ means, whether designated or not, personal property that has heritage value to British Columbia, a community or an aboriginal people”.

43 The Act attempts to address the importance of the cultural heritage of First Nations in various ways. Section 4 provides for agreements with First Nations with respect to the preservation of aboriginal sites and artifacts. Section 8 states a key

Les principales questions en litige ont donc été clairement exposées par les parties et dans les questions constitutionnelles. La Cour doit tout d’abord examiner la substance de la législation. Trois sous-questions se posent à cet égard. Tout d’abord, les al. 12(2)a et 13(2)c) et d) empiètent-ils sur un chef de compétence fédérale et, le cas échéant, dans quelle mesure? Ensuite, si tel est le cas, font-ils néanmoins partie d’une législation valide? À l’étape suivante de l’analyse, il faut examiner si les dispositions contestées sont suffisamment intégrées au régime. Si la réponse est affirmative, nous pouvons ensuite examiner le principe de l’exclusivité des compétences et, si besoin est, l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Avant d’aborder ces points, je vais examiner le régime de conservation du patrimoine adopté en Colombie-Britannique et analyser certaines questions de preuve relatives aux droits revendiqués par les appelants.

C. *Législation sur la conservation du patrimoine en Colombie-Britannique*

La *Heritage Conservation Act* vise à établir une protection générale et complète du patrimoine culturel de la Colombie-Britannique. L’histoire de la province montre que son patrimoine culturel est dans la grande majorité des cas d’origine autochtone, remontant souvent à l’époque préeuropéenne ainsi qu’à la période antérieure aux premiers établissements non autochtones et à la création des colonies britanniques sur l’île de Vancouver et sur le continent. Cette loi a été adoptée dans le but de conserver et de protéger toutes les formes de biens, d’objets et d’artefacts culturels ainsi que tous les sites qui, en Colombie-Britannique, ont une valeur patrimoniale pour l’ensemble de la province, pour une collectivité ou pour un peuple autochtone, comme cela ressort, par exemple, de la définition d’« objet patrimonial » dans la Loi : [TRADUCTION] « Un bien personnel, désigné ou non, qui a une valeur patrimoniale pour la Colombie-Britannique, pour une collectivité ou pour un peuple autochtone ».

La Loi traite de diverses manières de l’importance du patrimoine culturel des Premières nations. L’article 4 prévoit la conclusion d’accords avec les Premières nations pour la préservation de sites et d’artefacts autochtones. L’article 8 énonce un

interpretive principle in the interpretation and implementation of the Act which is designed to protect aboriginal and treaty rights of First Nations:

For greater certainty, no provision of this Act and no provision in an agreement entered into under section 4 abrogates or derogates from the aboriginal and treaty rights of a first nation or of any aboriginal peoples.

Native concerns must be weighed at most steps of the administrative procedures created for the application of the Act. For example, prior to the designation of lands as a heritage site, notice must be given to the First Nations within whose traditional territory they lie. Section 13 grants broad protection against any alteration of sites or things in use before 1846, which will usually be part of the cultural heritage of First Nations in British Columbia (see s. 13(2)(d)).

The Act considers First Nations' culture as part of the heritage of all residents of British Columbia. It must be protected, not only as an essential part of the collective material memory which belongs to the history and identity of First Nations, but also as part of the shared heritage of all British Columbians. The Act grants protection where none existed before. At the same time, heritage conservation schemes such as the Act here must strike a balance between conservation and other societal interests, which may require the destruction of heritage objects or sites after a careful review by the Minister. Time and nature, as well as mishaps and unforeseen events, may destroy or render the conservation of a site or thing an impossibility. Other needs and concerns may arise and require an assessment of the nature and importance of a site or cultural object. Conservation schemes must thus also provide for removal and destruction. This is what is at issue here. Is the power to order the alteration or even destruction of a cultural object beyond provincial powers when it affects native cultural objects?

principe essentiel pour l'interprétation et la mise en œuvre de la Loi, qui vise à protéger les droits ancestraux ou issus de traités des Premières nations :

[TRADUCTION] Il est entendu que les dispositions de la présente loi ou d'un accord conclu en vertu de l'article 4 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités d'une Première nation ou d'un peuple autochtone.

Les considérations relatives aux questions autochtones doivent être analysées à la plupart des étapes de la procédure administrative d'application de la Loi. Par exemple, pour que des terres puissent être désignées comme site patrimonial, un préavis doit être donné aux Premières nations dont le territoire traditionnel inclut ces terres. L'article 13 prévoit une protection générale contre la modification de sites ou d'objets en usage avant 1846 qui font habituellement partie du patrimoine culturel des Premières nations de la Colombie-Britannique (voir l'al. 13(2)d)).

D'après la Loi, la culture des Premières nations fait partie du patrimoine de l'ensemble des résidents de la Colombie-Britannique. Elle doit être protégée non seulement comme élément essentiel de la mémoire collective ressortissant à l'histoire et à l'identité des Premières nations, mais aussi comme élément du patrimoine commun de tous les habitants de la Colombie-Britannique. La Loi prévoit une protection là où il n'en existait pas auparavant. Dans le même temps, les régimes de conservation du patrimoine comme la Loi doivent établir un équilibre entre la conservation et d'autres intérêts sociaux, qui peuvent nécessiter la destruction d'objets ou de sites patrimoniaux après un examen minutieux par le ministre. Le passage du temps, la nature ainsi que des événements imprévisibles peuvent détruire un site ou un objet ou rendre sa conservation impossible. D'autres besoins et d'autres considérations peuvent surgir et exiger une évaluation de la nature et de l'importance d'un site ou d'un objet culturel. Les régimes de conservation doivent donc aussi traiter de questions d'enlèvement et de destruction. C'est ce dont il est question ici. Le pouvoir d'ordonner la modification ou même la destruction d'un bien culturel excède-t-il les pouvoirs de la province lorsqu'il touche des objets culturels autochtones?

44

45

D. Evidentiary Problems

46

Constitutional questions should not be discussed in a factual vacuum. Even in a division of powers case, rights must be asserted and their factual underpinnings demonstrated. In this case, the appellants assert that the importance of the CMTs goes to the core of their cultural values and identity. This assertion grounds their claim that the impugned provisions of the Act impinge on a federal head of power. Because of this assertion, the nature and quality of the evidence offered will have to be assessed and discussed. Even if this case remains a division of powers case, the comments of McLachlin C.J. on evidentiary standards and problems in aboriginal law cases in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, remain highly apposite. In such cases, oral evidence of aboriginal values, customs and practices is necessary and relevant. It should be assessed with understanding and sensitivity to the traditions of a civilization which remained an essentially oral one before and after the period of contact with Europeans who brought their own tradition of reliance on written legal and archival records. Nevertheless, this kind of evidence must be evaluated like any other. Claims must be established on a balance of probabilities, by persuasive evidence (*Mitchell*, at para. 39, *per* McLachlin C.J.). “Sparse, doubtful and equivocal evidence cannot serve as the foundation for a successful claim . . .” (*Mitchell*, at para. 51, *per* McLachlin C.J.).

47

These comments on the use of evidence must be kept in mind during a review of the evidence in this case. The appellants attempted to downplay the importance and relevance of this issue by stressing that this Court was not faced with a claim of aboriginal rights or title. As stated above, facts must be established in order to demonstrate in this case that there exists a conflict between federal and provincial legislative powers. In this respect, the factual basis of the claim looks weak.

D. Problèmes de preuve

Les questions constitutionnelles ne doivent pas être examinées dans un vide factuel. Même dans une affaire de partage des compétences, des droits doivent être revendiqués et leur fondement factuel démontré. En l’espèce, les appelants font valoir que l’importance des arbres modifiés touche au cœur même de leur identité et de leurs valeurs culturelles. Ils s’appuient sur cette affirmation pour plaider que les dispositions contestées de la Loi empiètent sur un chef de compétence fédérale. C’est pourquoi la nature et la qualité de la preuve produite devront être évaluées et analysées. Même si la présente espèce demeure une affaire de partage des compétences, les commentaires de madame le juge en chef McLachlin sur les normes et les problèmes de preuve dans les affaires de droit autochtone, dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, sont à propos. Dans ces affaires, une preuve orale des valeurs, coutumes et pratiques autochtones est nécessaire et pertinente. Elle doit être appréciée avec sensibilité et dans la compréhension des traditions d’une civilisation qui est restée essentiellement orale avant et après les premiers contacts avec les Européens, lesquels ont apporté avec eux leur tradition de recourir à des documents juridiques et à des archives. Néanmoins, ce type de preuve doit être évalué comme les autres. Les revendications doivent être établies selon la prépondérance des probabilités par une preuve convaincante (*Mitchell*, par. 39, le juge en chef McLachlin). « Des preuves éparses, incertaines et équivoques ne peuvent établir le bien-fondé d’une revendication . . . » (*Mitchell*, par. 51, le juge en chef McLachlin).

Dans l’examen de la preuve en l’espèce, nous devons garder à l’esprit ces commentaires. Les appelants ont tenté de minimiser l’importance et la pertinence de cette question en soulignant que la Cour n’était pas saisie d’une réclamation de titre aborigène ou de droits ancestraux. Comme je le dis plus haut, il faut établir les faits pour démontrer en l’espèce qu’il existe un conflit entre les pouvoirs législatifs fédéral et provincial. À cet égard, le fondement factuel de la réclamation paraît faible.

The appellants' claim in this case is concerned with what archaeologists refer to as culturally modified trees (CMTs). From the evidence, large numbers of CMTs are found in British Columbia. Thousands are reported and registered every year in British Columbia in the archaeology branch of the ministry. For ministry purposes, CMTs are trees which bear the marks of past aboriginal intervention occurring as part of traditional aboriginal use. Bark may have been stripped from them. Pieces or chunks of wood may have been removed from the trees to make tools or build canoes. Sap or pitch may have been collected from the trees. It would appear that the identification of CMTs is an involved process. Sometimes, the modifications found on trees result from the work of nature. On the other hand, modifications may have been made by non-native persons. Therefore, in order to identify true CMTs, archaeologists have developed complex "field" guidelines. In certain cases, these guidelines will prove incapable to the task, and it will be necessary to take a sample or even fell a particular tree to determine whether it is a CMT. In this appeal, the CMTs that the archaeologists were able to identify were generally categorized as either "bark-stripped trees" or "aboriginally-logged trees".

In addition, there is one matter that, as of now, lies beyond the ken of any archaeological expert. Even if there is evidence of native intervention, it is next to impossible to tell which aboriginal group modified them (see Braidwood J.A., at para. 30). In this case, in particular, the trees are found in an area covered by the conflicting claims of the Band and another group, the Lax Kw'alaams, which, like the appellants, also belong to the Tsimshian Tribal Council. This second group has agreed with the forestry management plan proposed by Interfor, and approved by the Minister.

The appellants, in support of their claim, assert that the preservation of the CMTs as living trees is required in order to safeguard evidence of their cultural heritage including the work, activities and endeavours of their forebears. Indeed, they argue

En l'espèce, la réclamation des appelants porte sur ce que les archéologues appellent des arbres modifiés pour des raisons culturelles. Il ressort de la preuve qu'on trouve un grand nombre de ces arbres en Colombie-Britannique. Chaque année, des milliers sont signalés et enregistrés en Colombie-Britannique auprès de la division d'archéologie du ministère. Pour le ministère, les arbres modifiés sont des arbres qui portent les marques d'une intervention autochtone passée dans le cadre d'utilisations traditionnelles autochtones. Certains ont été dépouillés de leur écorce. Des morceaux ou des fragments d'arbres ont été prélevés pour fabriquer des outils ou des canots. La sève des arbres peut avoir été recueillie. Il semble que l'identification des arbres modifiés soit un processus complexe. Parfois, les modifications sont l'œuvre de la nature. À l'occasion, les modifications peuvent avoir été faites par des non autochtones. Par conséquent, pour identifier les véritables arbres modifiés, les archéologues ont élaboré des directives « pratiques » complexes. Dans certains cas, ces directives sont insuffisantes, et il faut prélever un échantillon ou même abattre un arbre pour déterminer s'il s'agit d'un arbre modifié. Dans le présent pourvoi, les arbres modifiés que les archéologues ont été en mesure d'identifier ont été généralement catégorisés soit comme arbres dépouillés d'une partie de leur écorce soit comme arbres abattus par des autochtones.

De plus, une question échappe, jusqu'à maintenant, aux connaissances archéologiques. Même si on a la preuve d'une intervention autochtone, il est quasi impossible de dire quel groupe autochtone a modifié les arbres (voir le juge Braidwood, par. 30). En l'espèce, les arbres se trouvent dans une région faisant l'objet des revendications contradictoires de la bande et d'un autre groupe, les Lax Kw'alaams qui, comme les appelants, appartiennent aussi au conseil tribal Tsimshian. Le deuxième groupe a accepté le plan de gestion forestière proposé par Interfor et approuvé par le ministre.

À l'appui de leurs revendications, les appelants affirment qu'il faut laisser sur pied les arbres modifiés afin de préserver la preuve de leur patrimoine culturel, y compris du travail, des activités et des efforts de leurs ancêtres. En fait, les appelants

48

49

50

that the CMTs constitute the only physical record of their heritage. Unfortunately, the evidence supporting these claims is sparse. Aside from an affidavit sworn by the appellant Chief Hill, there is very little evidence as to the extent to which these trees in the Kumealon had been related to or incorporated into the culture of the Band. In this respect, according to other evidence, the firm of archaeologists hired by Interfor identified these CMTs and brought their existence to the attention of the appellants. The constitutional questions must be reviewed in the context of this factual record, with its particular weaknesses. I will now turn to the constitutional issues.

E. *The Division of Powers Issue*

51 The Constitution of Canada does not include an express grant of power with respect to “culture” as such. Most constitutional litigation on cultural issues has arisen in the context of language and education rights. However, provinces are also concerned with broader and more diverse cultural problems and interests. In addition, the federal government affects cultural activity in this country through the exercise of its broad powers over communications and through the establishment of federally funded cultural institutions. Consequently, particular cultural issues must be analyzed in their context, in relation to the relevant sources of legislative power. In this case, the issues raised by the parties concern the use and protection of property in the province. The Act imposes limitations on property rights in the province by reason of their cultural importance. At first blush, this would seem to be a provincial matter falling within the scope of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. This view will have to be tested through a proper pith and substance analysis, in order to establish the relationship between the impugned provisions and the federal power on Indian affairs.

F. *The Pith and Substance of the Provisions of the Heritage Conservation Act*

52 The beginning of any division of powers analysis is a characterization of the impugned law to determine the head of power within which it falls. This process is commonly known as “pith and

soutiennent que les arbres modifiés sont la seule trace physique de leur héritage. Malheureusement, la preuve étayant ces prétentions est mince. À l’exception de l’affidavit souscrit par le chef Hill, il y a très peu de preuve des liens entre ces arbres du Kumealon et la culture de la bande. À cet égard, selon la preuve, le cabinet d’archéologues engagé par Interfor a identifié ces arbres et a informé les appelants de leur existence. C’est dans ce contexte factuel, avec ses lacunes particulières, qu’il faut maintenant examiner les questions constitutionnelles.

E. *La question du partage des compétences*

La Constitution du Canada ne confère pas de pouvoir exprès sur la « culture » en tant que telle. La plupart des litiges constitutionnels en matière culturelle ont pris naissance dans le contexte des droits concernant la langue et l’enseignement. Toutefois, les provinces font face aussi à des problèmes et des intérêts culturels plus vastes et plus diversifiés. De plus, le gouvernement fédéral intervient dans les activités culturelles de ce pays par l’exercice de ses vastes pouvoirs sur les communications et la création d’institutions culturelles dont il assure le financement. Par conséquent, les questions culturelles doivent être analysées dans leur contexte, selon les sources pertinentes de compétence législative. En l’espèce, les questions soulevées par les parties concernent l’utilisation et la protection de la propriété dans la province. La Loi impose des limites aux droits de propriété dans la province pour des raisons d’importance culturelle. À première vue, il semblerait s’agir d’une compétence provinciale visée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce point de vue doit être vérifié par une analyse de la substance de la loi afin d’examiner les liens existant entre les dispositions contestées et la compétence fédérale sur les affaires indiennes.

F. *Le « caractère véritable » ou la substance des dispositions de la Heritage Conservation Act*

Toute analyse du partage des compétences commence par la caractérisation de la loi contestée afin de déterminer le chef de compétence dont elle relève. C’est ce qu’on appelle communément

substance” analysis: see the comments of Lamer C.J. in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 998. By thus categorizing the impugned provision, one is able to determine whether the enacting legislature possesses the authority under the Constitution to do what it did.

A pith and substance analysis looks at both (1) the purpose of the legislation as well as (2) its effect. First, to determine the purpose of the legislation, the Court may look at both intrinsic evidence, such as purpose clauses, or extrinsic evidence, such as Hansard or the minutes of parliamentary committees.

Second, in looking at the effect of the legislation, the Court may consider both its legal effect and its practical effect. In other words, the Court looks to see, first, what effect flows directly from the provisions of the statute itself; then, second, what “side” effects flow from the application of the statute which are not direct effects of the provisions of the statute itself: see *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83. Iacobucci J. provided some examples of how this would work in *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 23:

The effects of the legislation may also be relevant to the validity of the legislation in so far as they reveal its pith and substance. For example, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, the Court struck down a municipal by-law that prohibited leafleting because it had been applied so as to suppress the religious views of Jehovah’s Witnesses. Similarly, in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, the Privy Council struck down a law imposing a tax on banks because the effects of the tax were so severe that the true purpose of the law could only be in relation to banking, not taxation. However, merely incidental effects will not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law.

There is some controversy among the parties to this case as to the appropriate approach to the pith and substance analysis where what is challenged is not the Act as a whole but simply one part of it. The appellants tend to emphasize the characterization of the impugned provisions outside the context of

l’analyse « du caractère véritable » (voir les commentaires du juge en chef Lamer dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 998). En caractérisant la disposition contestée, on peut déterminer si le législateur était habilité par la Constitution à l’adopter.

L’analyse du caractère véritable porte à la fois (1) sur l’objet de la législation et (2) sur ses effets. Premièrement, pour déterminer l’objet de la législation, la Cour peut examiner tant la preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou les comptes rendus des comités parlementaires.

Deuxièmement, dans son analyse de l’effet de la législation, la Cour peut examiner à la fois son effet juridique et son effet pratique. Autrement dit, elle examine tout d’abord les effets directs des dispositions de la loi elle-même, puis les effets « secondaires » de son application : voir *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483. Le juge Iacobucci donne quelques exemples de cette démarche dans *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique Securities Commission*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 23 :

Les effets de la mesure législative peuvent également être pertinents pour déterminer si elle est valide, dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable. Par exemple, dans l’arrêt *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, la Cour a invalidé un règlement municipal qui interdisait la distribution de tracts, pour le motif qu’il avait été appliqué de façon à supprimer les opinions religieuses des Témoins de Jéhovah. De même, dans *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, le Conseil privé a invalidé une loi qui imposait une taxe aux banques, pour le motif que les effets de cette taxe étaient si graves que l’objet véritable de la loi ne pouvait qu’être lié aux opérations bancaires et non à la taxation. Cependant, de simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires*.

Les parties en l’espèce ne s’entendent pas sur la méthode d’analyse du caractère véritable lorsque la contestation vise non pas la loi dans son ensemble mais simplement une partie de celle-ci. Les appelants insistent plus sur la caractérisation des dispositions elles-mêmes, en dehors du contexte

53

54

55

the Act as a whole. The respondents and interveners take the opposite view, placing greater emphasis on the pith and substance of the Act as a whole. The parties also disagree as to the order in which the analysis should take place: the appellants favour looking at the impugned provisions first, while the respondents and interveners tend to prefer to look at the Act first.

56 In my opinion, the proper approach to follow in a case such as this is to look first to the challenged provisions. Such a rule is stated in the dictum of Dickson J. (as he then was) in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270 (quoted by Dickson C.J. in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 665):

It is obvious at the outset that a constitutionally invalid provision will not be saved by being put into an otherwise valid statute, even if the statute comprises a regulatory scheme under the general trade and commerce branch of s. 91(2). The correct approach, where there is some doubt that the impugned provision has the same constitutional characterization as the Act in which it is found, is to start with the challenged section rather than with a demonstration of the validity of the statute as a whole. I do not think, however, this means that the section in question must be read in isolation. If the claim to constitutional validity is based on the contention that the impugned provision is part of a regulatory scheme it would seem necessary to read it in its context. If it can in fact be seen as part of such a scheme, attention will then shift to the constitutionality of the scheme as a whole.

57 Laskin C.J. took the same view but put it in somewhat different words in referring to the appropriate analysis of a section of the *Trade Marks Act* in an earlier case, *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134, at p. 159 (quoted by Dickson C.J. in *General Motors of Canada*, at p. 665):

If [the impugned provision] can stand alone, it needs no other support; if not, it may take on a valid constitutional cast by the context and association in which it is

de l'ensemble de la Loi. Les intimés et les intervenants adoptent le point de vue opposé, mettant davantage l'accent sur la substance de la Loi prise dans son ensemble. Les parties ne sont pas d'accord non plus sur l'ordre dans lequel l'analyse doit être faite : les appelants estiment qu'il faut d'abord examiner la disposition contestée tandis que les intimés et les intervenants préfèrent examiner la Loi en premier.

À mon avis, dans un tel cas, il convient d'examiner tout d'abord les dispositions contestées. Cette règle est formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 270-271 (cité par le juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 665) :

Il est évident au départ qu'une disposition inconstitutionnelle ne sera pas sauvée par son insertion dans une loi par ailleurs valide, même si cette loi comporte un système de réglementation établi en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce que confère le par. 91(2). La bonne méthode, lorsque l'on doute que la disposition contestée ait la même caractérisation constitutionnelle que la loi dont elle fait partie, est de prendre pour point de départ ladite disposition plutôt que de commencer par démontrer la validité de la loi dans son ensemble. Je ne crois pas toutefois que cela signifie qu'il faille interpréter isolément la disposition en cause. Si l'argument de validité constitutionnelle se fonde sur la prétention que la disposition contestée fait partie d'un système de réglementation, il semblerait alors nécessaire de l'interpréter dans son contexte. Si, en fait, elle peut être considérée comme faisant partie d'un tel système, il faudra alors examiner la constitutionnalité de ce système dans son ensemble.

Dans un arrêt antérieur, *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134 (cité par le juge en chef Dickson dans *General Motors of Canada*, p. 665), le juge en chef Laskin avait adopté ce même point de vue mais le formulait différemment, au sujet d'une analyse d'un article de la *Loi sur les marques de commerce* (à la p. 159) :

Si [la disposition contestée] est valide en soi, [elle] n'a pas besoin d'autre appui. Sinon, sa constitutionnalité est susceptible de venir du contexte où [elle] a le caractère

fixed as [a] complementary provision serving to reinforce other admittedly valid provisions.

Dickson C.J. set out in *General Motors of Canada*, at pp. 666-69, a three-part test for determining the pith and substance of an impugned provision. Iacobucci J. discussed and adopted this test in *Global Securities*, *supra*, at para. 19:

While *GM Canada* itself was concerned with federal legislation, Dickson C.J. made it very clear, at p. 670, that the same analysis applied to determining the constitutionality of provincial legislation. With respect to the first step, Dickson C.J. said the following (at pp. 666-67):

The first step should be to consider whether and to what extent the impugned provision can be characterized as intruding into provincial powers. If it cannot be characterized as intruding at all, i.e., if in its pith and substance the provision is federal law, and if the act to which it is attached is constitutionally valid (or if the provision is severable or if it is attached to a severable and constitutionally valid part of the act) then the investigation need go no further.

If, on the other hand, the legislation is not in pith and substance within the constitutional powers of the enacting legislature, then the court must ask if the impugned provision is nonetheless a part of a valid legislative scheme. If it is, at the third stage the impugned provision should be upheld if it is sufficiently integrated into the valid legislative scheme.

In my view, Dickson C.J.'s test could be restated in the following form:

1. Do the impugned provisions intrude into a federal head of power, and to what extent?
2. If the impugned provisions intrude into a federal head of power, are they nevertheless part of a valid provincial legislative scheme?
3. If the impugned provisions are part of a valid provincial legislative scheme, are they sufficiently integrated with the scheme?

In the rest of this section, I will consider these questions and apply the test in the context of this appeal.

de disposition additionnelle servant à renforcer d'autres dispositions d'une validité incontestable.

Le juge en chef Dickson propose dans *General Motors of Canada*, p. 666-669, une analyse en trois temps pour déterminer le caractère véritable d'une disposition contestée. Le juge Iacobucci cite et adopte cette démarche dans *Global Securities*, précité, par. 19 :

Même si l'arrêt *GM Canada* lui-même portait sur une mesure législative fédérale, le juge en chef Dickson a affirmé très clairement, à la p. 670, que la même analyse s'appliquait pour décider de la constitutionnalité d'une mesure législative provinciale. Voici ce qu'il a dit au sujet de la première étape (aux pp. 666 et 667) :

La première étape devrait consister à se demander si et dans quelle mesure il est possible de dire que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs de la province. Si on ne peut affirmer que la disposition empiète sur ceux-ci, c'est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit fédéral, et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n'est alors plus nécessaire de poursuivre l'analyse.

Si, par contre, la disposition contestée ne relève pas, de par son caractère véritable, des pouvoirs que la Constitution confère à la législature qui l'a adoptée, la cour doit se demander si elle fait néanmoins partie d'un régime législatif valide. Dans l'affirmative, il y a lieu, à la troisième étape, de confirmer la validité de la disposition contestée si cette disposition est suffisamment intégrée au régime législatif valide.

À mon avis, on peut reformuler l'analyse du juge en chef Dickson de la façon suivante :

1. Les dispositions contestées empiètent-elles sur une compétence fédérale et dans quelle mesure?
2. Si les dispositions contestées empiètent sur une compétence fédérale, font-elles néanmoins partie d'un régime législatif provincial valide?
3. Si les dispositions contestées font partie d'un régime législatif provincial valide, y sont-elles suffisamment intégrées?

Dans le reste de la présente partie, je vais examiner ces questions et appliquer cette méthode d'analyse au présent pourvoi.

G. *Purpose of the Provisions Test*

59 The first stage of the analysis requires a characterization of the impugned provisions in isolation, looking at both their purpose and effect. For convenience, I reproduce here ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d):

12 . . .

- (2) The minister may
- (a) issue a permit authorizing an action referred to in section 13, . . .

13 . . .

- (2) Except as authorized by a permit issued under section 12 or 14, or an order issued under section 14, a person must not do any of the following:

-
- (c) damage, alter, cover or move an aboriginal rock painting or aboriginal rock carving that has historical or archaeological value;
- (d) damage, excavate, dig in or alter, or remove any heritage object from, a site that contains artifacts, features, materials or other physical evidence of human habitation or use before 1846; . . .

60 Paragraphs (c) and (d) of s. 13(2) have as their purpose the protection of certain aboriginal heritage objects from damage, alteration or removal. In other words, the purpose of these paragraphs is heritage conservation, specifically the heritage of the aboriginal peoples of British Columbia. The protection extends to all aboriginal rock paintings or aboriginal rock carvings that have historical or archaeological value, as well as to heritage objects, including artifacts, features, materials or other physical evidence of human habitation or use before 1846, which in effect consists almost entirely of aboriginal cultural artifacts.

61 Paragraph (a) of s. 12(2), on the other hand, provides the minister responsible for the operation of the Act as a whole with the discretion to grant

G. *Objet de l'analyse des dispositions*

La première étape de l'analyse exige une caractérisation des dispositions contestées prises isolément, grâce à l'examen de leur objet et de leur effet. Je reproduis à nouveau le texte des al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) :

12 . . .

- (2) Le ministre peut
- a) soit délivrer un permis autorisant un acte mentionné à l'article 13, . . .

13 . . .

- (2) Sauf autorisation en vertu d'un permis délivré conformément aux articles 12 ou 14 ou d'une ordonnance rendue conformément à l'article 14, il est interdit :

-
- c) d'endommager, de modifier, de recouvrir ou de déplacer les peintures ou les gravures rupestres autochtones qui ont une valeur historique ou archéologique;
- d) d'endommager, de modifier ou d'enlever un objet patrimonial d'un site qui renferme des artefacts, des vestiges, des éléments matériels ou d'autres preuves physiques de la présence ou de l'industrie humaines avant 1846, ou d'y effectuer des fouilles; . . .

Les alinéas 13(2)c) et d) ont pour but d'empêcher que certains objets du patrimoine autochtone soient endommagés, modifiés ou enlevés. Autrement dit, l'objet de ces alinéas est la préservation du patrimoine, en particulier du patrimoine des peuples autochtones de la Colombie-Britannique. Cette protection s'étend à toutes les peintures ou les gravures rupestres autochtones qui ont une valeur historique ou archéologique ainsi qu'aux objets patrimoniaux tels les artefacts, les vestiges, les éléments matériels ou autres preuves physiques de la présence ou de l'industrie humaines avant 1846, c'est-à-dire presque exclusivement des artefacts culturels autochtones.

Par contre, l'al. 12(2)a) confère au ministre chargé de l'application de la Loi dans son ensemble le pouvoir discrétionnaire de délivrer un permis

a permit authorizing one of the actions prohibited under s. 13(2)(c) and (d). In other words, this paragraph provides a tempering of the absolute protection otherwise provided by s. 13(2)(c) and (d).

The purpose of such a provision seems obvious when one considers the nature of heritage conservation legislation generally and its specific application in the context of British Columbia. No heritage conservation scheme can provide absolute protection to all objects or sites that possess some historical, archaeological or cultural value to a society. To grant such an absolute protection would be to freeze a society at a particular moment in time. It would make impossible the need to remove, for example, buildings or artifacts of heritage value which, nevertheless, create a public health hazard or otherwise endanger lives. In other cases, the value of preserving an object may be greatly outweighed by the benefit that could accrue from allowing it to be removed or destroyed in order to accomplish a goal deemed by society to be of greater value. It cannot be denied that ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) could sometimes affect aboriginal interests. As will be seen below, these provisions form part of a carefully balanced scheme. As recommended by the Court in *Delgamuukw*, it is highly sensitive to native cultural interests. At the same time, it appears to strike an appropriate balance between native and non-native interests. Native interests must be carefully taken into account at every stage of a procedure under the Act. The Act clearly considers them as an essential part of the interests to be preserved and of the cultural heritage of British Columbia as well as of all First Nations.

Consequently, any heritage conservation scheme inevitably includes provisions to make exceptions to the general protection the legislation is intended to provide. Such a permissive provision strikes a balance among competing social goals.

permettant de faire ce qui est interdit par les al. 13(2)c) et d). En d'autres termes, cet alinéa tempère la protection absolue par ailleurs prévue par les al. 13(2)c) et d).

L'objet d'une telle disposition semble évident lorsqu'on examine de façon générale la législation sur la conservation du patrimoine et son application particulière en Colombie-Britannique. Aucun régime de conservation du patrimoine ne peut prévoir la protection absolue de tous les objets ou sites qui ont une certaine valeur historique, archéologique ou culturelle pour une société. Accorder une protection aussi absolue équivaldrait à figer une société à un moment donné dans le temps. Il deviendrait impossible d'enlever, par exemple, des constructions ou des artefacts ayant une valeur patrimoniale qui représentent néanmoins un risque pour la santé publique ou qui mettent des vies en danger. Dans d'autres cas, la valeur de la préservation d'un objet peut être largement surpassée par l'avantage qui pourrait découler de l'autorisation de l'enlever ou de le détruire pour atteindre un objectif auquel la société attache une plus grande valeur. On ne peut nier que les al. 12(2)a) et 13(2)c) pourraient parfois porter atteinte à des intérêts autochtones. Comme nous le verrons plus loin, ces alinéas font partie d'un régime soigneusement équilibré. Comme le recommande la Cour dans *Delgamuukw*, ce régime est hautement adapté aux intérêts culturels autochtones. Dans le même temps, il semble établir un équilibre approprié entre les intérêts autochtones et les intérêts non autochtones. Il faut soigneusement tenir compte des intérêts autochtones à chaque étape des procédures instaurées par la Loi. Ils constituent clairement dans la Loi une partie essentielle des intérêts à préserver ainsi que de l'héritage culturel de la Colombie-Britannique et de l'ensemble des Premières nations.

Par conséquent, tout régime de conservation du patrimoine comporte inévitablement des dispositions permettant des exceptions à la protection générale conférée par la législation. Ces dispositions permettent d'établir un équilibre entre des objectifs sociaux opposés.

H. *Effect of the Provisions*

64

Having looked at the purpose of these provisions, I turn now to consider their effects. Sections 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) grant the Minister a discretion to allow the alteration or removal of aboriginal heritage objects. We have no evidence before us with respect to the total number of aboriginal heritage objects which may be covered by this legislation. Nor do we have any evidence as to how often the Minister has exercised the discretion to permit the removal or destruction of aboriginal heritage objects of whatever type. We know only that, in the present case, the permit granted to the respondent Interfor allowed it to cut 40 out of about 120 standing CMTs within seven identified cutblocks. Thus, the practical effect, in this case anyway, is to permit the destruction of what are alleged to be Kitkatla heritage objects (although there is no specific proof here that the 40 CMTs in question were indeed the products of Kitkatla ancestors) while protecting 80 CMTs from alteration and removal. In addition, all CMTs allowed to be logged must be catalogued and an archival record of them must be retained. In other words, the effect here is the striking of a balance between the need and desire to preserve aboriginal heritage with the need and desire to promote the exploitation of British Columbia's natural resources.

I. *Effect on Federal Powers*

65

Given this analysis of the purpose and effect of the legislation in order to characterize the impugned provisions, the Court must then determine whether the pith and substance of ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) fall within a provincial head of power or if, rather, they fall within a federal head of power. If the Court characterizes these provisions as a heritage conservation measure that is designed to strike a balance between the need to preserve the past while also allowing the exploitation of natural resources today, then they would fall squarely within the provincial head of power in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* with respect to property and civil rights in the province.

H. *Effets des dispositions*

Après l'objet des dispositions, j'examine leurs effets. Les alinéas 12(2)a) et 13(2)c) et d) confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de permettre la modification ou l'enlèvement d'objets du patrimoine autochtone. Aucune preuve du nombre total d'objets du patrimoine autochtone susceptibles d'être visés par la législation n'a été soumise, ni du nombre de fois que le ministre a exercé ce pouvoir discrétionnaire pour permettre l'enlèvement ou la destruction d'objets du patrimoine autochtone de tout genre. Nous savons seulement qu'en l'espèce, le permis délivré à l'intimée Interfor lui permettait d'abattre 40 des quelque 120 arbres modifiés sur pied dans les sept secteurs précisés. L'effet pratique, en l'espèce du moins, est de permettre la destruction d'objets que l'on dit appartenir au patrimoine Kitkatla (bien qu'il n'y ait aucune preuve précise que les 40 arbres modifiés en cause ont réellement été modifiés par des membres de la bande Kitkatla dans le passé), tout en empêchant la modification et l'abattage de 80 arbres modifiés. De plus, tous les arbres modifiés dont l'abattage est permis doivent être catalogués et inscrits dans des archives. En d'autres mots, les dispositions ont pour effet d'établir un équilibre entre le besoin et le désir de préserver le patrimoine autochtone et le besoin et le désir de promouvoir l'exploitation des ressources naturelles de la Colombie-Britannique.

I. *Effet sur les pouvoirs fédéraux*

Après l'analyse de l'objet et des effets de la législation afin de caractériser les dispositions contestées, la Cour doit déterminer si la substance des al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) relève d'un chef de compétence provinciale ou au contraire d'un chef de compétence fédérale. Si la Cour conclut que ces dispositions constituent des mesures de conservation du patrimoine ayant pour but d'établir un équilibre entre le besoin de préserver le passé et celui de permettre l'exploitation actuelle des ressources naturelles, elles relèvent alors clairement de la compétence conférée aux provinces par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur la propriété et les droits civils dans la province.

On the other hand, one cannot escape the fact that the impugned provisions directly affect the existence of aboriginal heritage objects, raising the issue of whether the provisions are in fact with respect to Indians and lands reserved to Indians, a federal head of power under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. In considering this question, the Court must assess a number of factors. First, the Court must remember the basic assumption that provincial laws can apply to aboriginal peoples; First Nations are not enclaves of federal power in a sea of provincial jurisdiction: see *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695. The mere mention of the word “aboriginal” in a statutory provision does not render it *ultra vires* the province.

Second, it is clear that legislation which singles out aboriginal people for special treatment is *ultra vires* the province: see *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031. For example, a law which purported to affect the Indian status of adopted children was held to be *ultra vires* the province: see *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751. Similarly, laws which purported to define the extent of Indian access to land for the purpose of hunting were *ultra vires* the provinces because they singled out Indians: see *Sutherland, supra*; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282. Further, provincial laws must not impair the status or capacity of Indians: see *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 110; *Dick, supra*, at pp. 323-24.

Nevertheless, “singling out” should not be confused with disproportionate effect. Dickson J. said in *Kruger*, at p. 110, that “the fact that a law may have graver consequence to one person than to another does not, on that account alone, make the law other than one of general application”.

In the present case, the impugned provisions cannot be said to single out aboriginal peoples, at least from one point of view. The provisions prohibit everyone, not just aboriginal peoples, from

Par contre, on ne peut échapper au fait que les dispositions contestées touchent directement l’existence d’objets du patrimoine autochtone, ce qui soulève la question de savoir si elles concernent en fait les Indiens et les terres réservées aux Indiens, une compétence fédérale en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans son analyse de la question, la Cour doit évaluer un certain nombre de facteurs. Premièrement, elle doit se rappeler le principe fondamental selon lequel les lois provinciales peuvent s’appliquer aux peuples autochtones; les Premières nations ne sont pas des enclaves du pouvoir fédéral dans une mer de compétences provinciales : voir *Cardinal c. Procureur général de l’Alberta*, [1974] R.C.S. 695. Une disposition législative n’excède pas la compétence de la province du simple fait qu’on y trouve le mot « autochtone ».

Deuxièmement, il est clair qu’une loi prévoyant un traitement spécial pour les peuples autochtones excède la compétence de la province : voir *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031. Par exemple, on a jugé qu’une loi qui touchait le statut d’Indien d’enfants adoptés excédait la compétence de la province : voir *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751. De même, des lois qui visaient à définir l’accès des Indiens à des terres pour y chasser excédaient la compétence des provinces parce qu’elles imposaient un traitement particulier aux Indiens : voir *Sutherland, précité*; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282. De plus, les lois provinciales ne doivent pas porter atteinte au statut ou aux droits des Indiens : voir *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, p. 110; *Dick, précité*, p. 323-324.

Néanmoins, il ne faut pas confondre traitement différentiel et effet disproportionné. Le juge Dickson dit dans *Kruger*, p. 110, que « le fait qu’[une loi] soit plus lourde de conséquences à l’égard d’une personne que d’une autre ne l’empêche pas, pour autant, d’être une loi d’application générale ».

En l’espèce, on ne peut pas dire que les dispositions contestées imposent un traitement différent aux peuples autochtones, du moins d’un certain point de vue. Elles interdisent à quiconque, et non seulement

66

67

68

69

the named acts, and require everyone, not just aboriginal peoples, to seek permission of the Minister to commit the prohibited acts. In that respect, the impugned provisions treat everyone the same. The impugned provisions' disproportionate effects can be attributed to the fact that aboriginal peoples have produced by far the largest number of heritage objects in British Columbia. These peoples have been resident in British Columbia for thousands of years; other British Columbians arrived in the last two hundred years.

70

A more serious objection is raised with respect to the issue of whether permitting the destruction of aboriginal heritage objects impairs the status or capacity of Indians. The appellants' submission seeks to situate these cultural interests, along with aboriginal rights, at the "core of Indianness", *Delgamuukw, supra*, at para. 181. However, as pointed out above, little evidence has been offered by the appellants with respect to the relationship between the CMTs and Kitkatla culture in this area. The appellants argue that aboriginal heritage objects constitute a major portion of their identity and culture in a way that non-aboriginal heritage objects do not go to the centre of non-aboriginal identity. Consequently, they argue, aboriginal people are singled out for more severe treatment. I would reject this argument. Because British Columbia's history is dominated by aboriginal culture, fewer non-aboriginal objects and sites receive protection than aboriginal objects and sites. The Act provides a shield, in the guise of the permit process, against the destruction or alteration of heritage property. When one considers the relative protection afforded aboriginal and non-aboriginal heritage objects, the treatment received by both groups is the same, and indeed is more favourable, in one sense to aboriginal peoples.

71

In any case, it should be remembered that the Act cannot apply to any aboriginal heritage object

aux peuples autochtones, de faire les actes indiqués et elles exigent que toute personne, et non seulement les peuples autochtones, qui désire faire l'un des actes interdits en demande l'autorisation au ministre. Sous cet angle, les dispositions contestées traitent tout le monde de la même façon. L'effet disproportionné des dispositions contestées est attribuable au fait que ce sont les peuples autochtones qui ont produit, et de loin, le plus grand nombre d'objets patrimoniaux en Colombie-Britannique. Ces peuples résident en Colombie-Britannique depuis des milliers d'années; les autres habitants de cette province n'y sont arrivés qu'au cours des deux cents dernières années.

Une objection plus sérieuse est soulevée quant à la question de savoir si la permission de détruire des objets du patrimoine autochtone porte atteinte au statut ou aux droits des Indiens. L'argument des appelants vise à placer ces droits culturels, au même titre que les droits ancestraux, dans l'« essentiel de l'indianité », *Delgamuukw*, précité, par. 181. Toutefois, comme je le dis plus haut, les appelants ont produit peu de preuves des rapports existant entre les arbres modifiés et la culture Kitkatla dans cette région. Les appelants soutiennent que les objets du patrimoine autochtone ont une place importante dans l'identité et la culture autochtones, une place que n'ont pas les objets du patrimoine non autochtone dans l'identité non autochtone. Par conséquent, font-ils valoir, le traitement imposé est plus sévère pour les peuples autochtones. Je rejeterais cet argument. Comme la culture autochtone occupe une place prédominante dans l'histoire de la Colombie-Britannique, les sites et objets protégés du patrimoine non autochtone sont moins nombreux que les sites et objets protégés du patrimoine autochtone. Le processus légal d'obtention d'un permis fait rempart contre la destruction ou la modification des biens patrimoniaux. Lorsqu'on examine la protection relative accordée aux objets du patrimoine autochtone et à ceux du patrimoine non autochtone, on constate que le traitement reçu par les deux groupes est le même et qu'il est en fait plus favorable, dans un certain sens, aux peuples autochtones.

Quoi qu'il en soit, il faut se rappeler que la Loi ne peut pas s'appliquer à un objet ou à un site du

or site which is the subject of an established aboriginal right or title, by operation of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and by operation of s. 8 of the *Heritage Conservation Act* (and, by implication, s. 12(7) of that Act which states that a permit does not grant a right to alter or remove an object without the consent of the party which has title to the object or site on which the object is situated). The Act is tailored, whether by design or by operation of constitutional law, to not affect the established rights of aboriginal peoples, a protection that is not extended to any other group. On the whole, then, I am of the opinion that ss. 12(2)(a) and 13(2)(c) and (d) of the Act are valid provincial law and that they do not single out aboriginal peoples or impair their status or condition as Indians.

It should be noted that the Attorney General of Canada intervened in support of British Columbia in this case. Dickson C.J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20, commented on the significance of such an intervention in constitutional litigation with respect to the distribution of legislative powers.

I think it is important to note, and attach some significance to, not only the similar federal legislation but also the fact that the federal government intervened in this appeal to support the Ontario law. The distribution of powers provisions contained in the *Constitution Act, 1867* do not have as their exclusive addressees the federal and provincial governments. They set boundaries that are of interest to, and can be relied upon by, all Canadians. Accordingly, the fact of federal-provincial agreement on a particular boundary between their jurisdictions is not conclusive of the demarcation of that boundary. Nevertheless, in my opinion the Court should be particularly cautious about invalidating a provincial law when the federal government does not contest its validity or, as in this case, actually intervenes to support it and has enacted legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario. [Emphasis deleted.]

patrimoine autochtone qui est visé par des droits ou des titres ancestraux ou issus de traités, par l'effet du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de l'art. 8 de la Loi (et, par implication, du par. 12(7) de la Loi qui prévoit qu'un permis ne confère pas le droit de modifier ou d'enlever un objet sans le consentement de la partie qui possède un titre sur l'objet ou sur le site où se trouve l'objet). La Loi est modelée, du fait de sa conception ou de l'application du droit constitutionnel, de façon à ne pas porter atteinte aux droits établis des peuples autochtones, une protection qui ne s'étend à aucun autre groupe. Dans l'ensemble, je suis donc d'avis que les al. 12(2)a) et 13(2)c) et d) de la Loi sont des dispositions législatives provinciales valides et qu'elles n'imposent pas de traitement particulier aux peuples autochtones ni ne portent atteinte à leur statut ou à leurs droits en tant qu'Indiens.

Il convient de souligner que le procureur général du Canada est intervenu à l'appui de la Colombie-Britannique en l'espèce. Dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20, le juge en chef Dickson commente l'importance d'une telle intervention dans un litige constitutionnel concernant le partage des pouvoirs législatifs :

Selon moi, un point qu'il convient de souligner et auquel il faut attacher une certaine importance est non seulement l'existence d'une loi fédérale semblable, mais aussi le fait que le gouvernement fédéral est intervenu dans ce pourvoi pour appuyer la loi ontarienne. Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des pouvoirs ne s'adressent pas exclusivement aux gouvernements fédéral et provinciaux. Elles établissent des lignes de démarcation qui intéressent tous les Canadiens et auxquels ceux-ci peuvent se fier. Par conséquent, le fait que le fédéral et les provinces s'entendent sur une ligne de démarcation précise entre leurs champs de compétence respectifs n'est pas concluant quant à cette ligne de démarcation. J'estime néanmoins que la Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une loi provinciale lorsque le gouvernement fédéral n'en conteste pas la validité ou, comme c'est le cas en l'espèce, lorsqu'il va même jusqu'à intervenir pour appuyer cette loi et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario. [Soulignement supprimé.]

73 That is essentially the situation in this case: the Attorney General of Canada has intervened in support of the view of the British Columbia government with respect to the latter's right to legislate in this area. While this is not determinative of the issue, as Dickson C.J. said, it does invite the Court to exercise caution before it finds that the impugned provisions of the Act are *ultra vires* the province.

J. *Paramountcy and Federal Powers*

74 The doctrine of paramountcy does not appear applicable in this case, as no valid federal legislation occupies the same field. There are provisions in the *Indian Act* with respect to aboriginal heritage conservation, but they are confined to objects on reserve lands. As I noted above, the *Heritage Conservation Act* does not apply to aboriginal heritage objects or sites which are the subject of an established aboriginal right or title by virtue both of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and s. 8 of the Act itself, which is declaratory of that fact. In any case, the CMTs in question in this case are not located on an Indian reserve but on Crown land.

75 I thus find that there is no intrusion on a federal head of power. It has not been established that these provisions affect the essential and distinctive core values of Indianness which would engage the federal power over native affairs and First Nations in Canada. They are part of a valid provincial legislative scheme. The legislature has made them a closely integrated part of this scheme. The provisions now protect native interests in situations where, before, land owners and business undertakings might have disregarded them, absent evidence of a constitutional right.

76 The Act purports to give the provincial government a means of protecting heritage objects while retaining the ability to make exceptions where economic development or other values outweigh the heritage value of the objects. In the British Columbia context, this generally means that the

C'est essentiellement le cas en l'espèce : le procureur général du Canada est intervenu pour appuyer le point de vue du gouvernement de la Colombie-Britannique sur son droit de légiférer dans ce domaine. Bien que cela ne tranche pas la question, comme le dit le juge en chef Dickson, la Cour devrait se montrer prudente avant de conclure que les dispositions contestées excèdent la compétence de la province.

J. *Prépondérance et pouvoirs fédéraux*

La doctrine de la prépondérance ne semble pas applicable en l'espèce puisqu'aucune loi fédérale valide ne régit le même domaine. La *Loi sur les Indiens* comporte des dispositions visant la conservation du patrimoine autochtone, mais elles se limitent aux objets se trouvant sur les terres des réserves. Comme je le souligne plus haut, la *Heritage Conservation Act* ne s'applique pas aux sites ou objets du patrimoine autochtone qui sont visés par des droits ou des titres ancestraux ou issus de traités en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que de l'art. 8 de la Loi elle-même, qui est déclaratoire. De toute façon, les arbres modifiés en cause ici ne se trouvent pas dans une réserve indienne, mais sur une terre de la Couronne.

Je conclus donc qu'il n'y a aucun empiètement sur un chef de compétence fédérale. Il n'a pas été démontré qu'une atteinte ait été portée aux valeurs fondamentales de l'indianité, qui mettrait en cause le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et les Premières nations au Canada. Les dispositions font partie d'un régime législatif provincial valide. La législature les a étroitement intégrées à ce régime législatif. Les dispositions protègent désormais les intérêts autochtones dans un cas où, auparavant, les propriétaires fonciers et les entreprises commerciales auraient pu les négliger en l'absence de preuve de l'existence d'un droit constitutionnel.

La Loi vise à doter le gouvernement provincial d'un moyen de protéger les objets du patrimoine tout en préservant sa capacité de faire des exceptions lorsque le développement économique ou d'autres valeurs l'emportent sur la valeur patrimoniale des objets en cause. En Colombie-Britannique,

provincial government must balance the need to exploit the province's natural resources, particularly its rich abundance of lumber, in order to maintain a viable economy that can sustain the province's population, with the need to preserve all types of cultural and historical heritage objects and sites within the province. Given the overwhelming prevalence of aboriginal heritage objects in the province and, in this particular case, the ubiquitous nature of CMTs, legislation which sought to permit the striking of this balance but which did not attempt to extend this to aboriginal heritage objects and sites would inevitably fall very far short of its goal, if in fact it would not in most respects gut the purposes of the Act.

Given this conclusion, it will not be useful to discuss the doctrine of interjurisdictional immunity. It would apply only if the provincial legislation went to the core of the federal power. (See *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 81; *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 177-78, *per* Lamer C.J.) In these circumstances, no discussion of the principle governing the application of s. 88 of the *Indian Act* would be warranted.

VII. Conclusion and Disposition

Heritage properties and sites may certainly, in some cases, turn out to be a key part of the collective identity of people. In some future case, it might very well happen that some component of the cultural heritage of a First Nation would go to the core of its identity in such a way that it would affect the federal power over native affairs and the applicability of provincial legislation. This appeal does not raise such issues, based on the weak evidentiary record and the relevant principles governing the division of powers in Canada. In the circumstances of this case, the overall effect of the provision is to improve the protection of native cultural heritage and, indeed, to safeguard the presence and the memory of the cultural objects involved in this litigation, without jeopardizing the core values defining the identity of the appellants as Indians. For these reasons, I would dismiss the appeal,

cela signifie généralement que le gouvernement provincial doit trouver un équilibre entre la nécessité d'exploiter les ressources naturelles de la province, notamment ses immenses réserves de bois d'œuvre, afin de maintenir une économie viable permettant d'assurer la subsistance de la population de la province, et la nécessité de préserver toutes sortes d'objets et de sites du patrimoine culturel et historique de la province. Étant donné la nette prédominance des objets du patrimoine autochtone dans la province et, dans ce cas particulier, l'ubiquité des arbres modifiés, une législation qui chercherait à établir un tel équilibre mais qui ne viserait pas à l'étendre aux objets et aux sites du patrimoine autochtone manquerait — et de loin — son objectif, si en fait elle n'annulait pas à de nombreux égards les objectifs de la Loi.

Vu cette conclusion, il est inutile d'examiner le principe de l'exclusivité des compétences. Il ne s'appliquerait que si la législation provinciale touchait à l'essentiel du pouvoir fédéral. (Voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 81; *Delgamuukw*, précité, par. 177-178, le juge en chef Lamer.) Dans ces circonstances, rien ne justifie une analyse du principe régissant l'application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

VII. Conclusion et dispositif

Il est sûrement possible que, dans certains cas, les biens et les sites patrimoniaux soient un élément essentiel de l'identité collective d'un peuple. Il se peut très bien que, dans une affaire future, un élément du patrimoine culturel d'une Première nation touche à l'essentiel de son identité de manière à affecter le pouvoir du fédéral sur les affaires indiennes et l'applicabilité de la législation provinciale. Le pourvoi ne soulève pas ce type de questions étant donné la faiblesse de la preuve soumise et les principes régissant le partage des compétences au Canada. Dans les circonstances de l'espèce, les dispositions en litige, vues dans leur ensemble, accroissent la protection du patrimoine culturel autochtone et, en fait, préservent l'existence et la mémoire des objets culturels en cause, sans mettre en péril les valeurs fondamentales qui définissent l'identité des appelants en tant qu'Indiens. Pour ces motifs, je suis

77

78

without costs. The constitutional questions should be answered as follows:

- (1) Is s. 12(2)(a) in respect of the subject matter of s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act* in pith and substance law in relation to Indians or Lands reserved for the Indians, or alternatively, is the law in relation to property, and, therefore, within the exclusive legislative competence of the Province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Section 12(2)(a) in respect of the subject matter in s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act* is in pith and substance law within the legislative competence of the Province under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

- (2) If the impugned provisions of the *Heritage Conservation Act* are within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* do they apply to the subject matter of s. 13(2)(c) and (d) of the *Heritage Conservation Act*?

Answer: Yes.

- (3) If the impugned provisions do not apply to the appellants *ex proprio vigore*, do they nonetheless apply by virtue of s. 88 of the *Indian Act*?

Answer: No need to answer.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the respondents the Minister of Small Business, Tourism and Culture, and the Attorney General of British Columbia: Fuller, Pearlman, McNeil, Victoria.

Solicitors for the respondent International Forest Products Limited: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

d'avis de rejeter le pourvoi, sans dépens. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

- (1) L'alinéa 12(2)a) de la *Heritage Conservation Act*, considéré au regard de l'objet des al. 13(2)c) et d) de la même loi, est-il en substance une disposition touchant les Indiens ou les terres réservées pour les Indiens, ou une disposition touchant la propriété et, de ce fait, relevant de la compétence exclusive des provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : L'alinéa 12(2)a) de la *Heritage Conservation Act*, considéré au regard de l'objet des al. 13(2)c) et d) de la même loi, est en substance une disposition relevant de la compétence législative de la province en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

- (2) Si les dispositions contestées de la *Heritage Conservation Act* relèvent de la compétence provinciale prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, s'appliquent-elles à l'objet des al. 13(2)c) et d) de la *Heritage Conservation Act*?

Réponse : Oui.

- (3) Si les dispositions contestées ne s'appliquent pas aux appelants *ex proprio vigore*, s'appliquent-elles néanmoins par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appellants : Woodward & Company, Victoria.

Procureurs des intimés le ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture et le procureur général de la Colombie-Britannique : Fuller, Pearlman, McNeil, Victoria.

Procureurs de l'intimée International Forest Products Limited : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Quebec: The Ministry of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Council of Forest Industries: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Truck Loggers Association: Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant Council of Forest Industries : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Truck Loggers Association : Davis & Company, Vancouver.