

**Attorney General of British Columbia and
Ministry of Forests** *Appellants*

v.

Thomas Paul *Respondent*

and

**Forest Appeals Commission, Attorney
General of Canada, Attorney General of
Ontario, Attorney General of Quebec,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Manitoba, Attorney
General for Saskatchewan, Attorney
General of Alberta and First Nations
Summit** *Intervenors*

**INDEXED AS: PAUL v. BRITISH COLUMBIA (FOREST
APPEALS COMMISSION)**

Neutral citation: 2003 SCC 55.

File No.: 28974.

Hearing and judgment: June 11, 2003.

Reasons delivered: October 3, 2003.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Division of powers — Indians —
Forestry — Whether province can constitutionally confer
on administrative tribunal power to determine questions
of aboriginal rights and title as they arise in course of
tribunal's duties — Constitution Act, 1867, s. 91(24) —
Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C.
1996, c. 159, s. 96 — Constitution Act, 1982, s. 35.*

*Administrative law — Forest Appeals Commission —
Jurisdiction — Aboriginal rights — Whether Forest Prac-
tices Code confers on Commission power to decide exist-
ence of aboriginal rights or title — Forest Practices Code
of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96.*

**Procureur général de la Colombie-
Britannique et ministère des
Forêts** *Appellants*

c.

Thomas Paul *Intimé*

et

**Forest Appeals Commission, procureur
général du Canada, procureur général de
l'Ontario, procureur général du Québec,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta et First
Nations Summit** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PAUL c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(FOREST APPEALS COMMISSION)**

Référence neutre : 2003 CSC 55.

N° du greffe : 28974.

Audition et jugement : 11 juin 2003.

Motifs déposés : 3 octobre 2003.

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

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

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Indiens — Ressources forestières — Une province peut-
elle investir un tribunal administratif du pouvoir de
trancher des questions de titre aborigène et de droits
ancestraux dans l'accomplissement de sa mission? — Loi
constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Forest Practices
Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159,
art. 96 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

*Droit administratif — Forest Appeals Commission —
Compétence — Droits ancestraux — Le Forest Prac-
tices Code habilite-t-il la commission à se prononcer
sur l'existence d'un titre aborigène ou de droits ances-
traux? — Forest Practices Code of British Columbia Act,
R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96.*

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Constitutional issues — Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law — Appropriate test.

The B.C. Ministry of Forestry seized four logs in the possession of P, a registered Indian, who planned to use the wood to build a deck on his home. P asserted that he had an aboriginal right to cut timber for house modification and, accordingly, s. 96 of the *Forest Practices Code*, a general prohibition against cutting Crown timber, did not apply to him. Both the District Manager and the Administrative Review Panel agreed that P had contravened s. 96. P appealed to the Forest Appeals Commission, which decided, as a preliminary matter of jurisdiction, that it was able to hear and determine the aboriginal rights issues in the appeal. The B.C. Supreme Court concluded that the Legislature of B.C. had validly conferred on the Commission the power to decide questions relating to aboriginal title and rights in the course of its adjudicative function in relation to contraventions of the Code. A majority of the Court of Appeal set aside the decision, holding that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which gives Parliament exclusive power to legislate in relation to Indians, precluded the Legislature from conferring jurisdiction on the Commission to determine questions of aboriginal title and rights in the forestry context.

Held: The appeal should be allowed.

The province has legislative competence to endow an administrative tribunal with capacity to consider a question of aboriginal rights in the course of carrying out its valid provincial mandate. The parties conceded that the Code is, in its entirety, valid provincial legislation in relation to development, conservation and management of forestry resources in the province, and there was no suggestion that, in operation, the law's effects on Indians are so significant as to reveal a pith and substance that is a matter under exclusive federal competence. As a law of general application, the Code applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the "core of Indianness" and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Under the doctrine of incidental effects, it is constitutionally permissible for a validly enacted provincial statute of general application to affect matters coming within the exclusive jurisdiction of Parliament. While, through operation of the doctrine

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions de droit constitutionnel — Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel — Critère applicable.

Le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique a saisi quatre troncs d'arbre que P, un Indien inscrit, avait en sa possession et qu'il comptait utiliser pour construire une terrasse chez lui. P a fait valoir qu'il avait le droit ancestral de couper des arbres pour apporter des améliorations à sa maison et que, par conséquent, l'art. 96 du *Forest Practices Code*, qui établit une interdiction générale de la coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne, ne s'appliquait pas à lui. Le chef de district et le comité de révision administrative ont tous les deux convenu que P avait enfreint l'art. 96. P a interjeté appel devant la Forest Appeals Commission qui a décidé, au sujet d'une question préliminaire de compétence, qu'elle pouvait entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux soulevées dans l'appel. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que la législature de la Colombie-Britannique avait validement conféré à la commission le pouvoir de trancher des questions touchant le titre aborigène et les droits ancestraux dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle portant sur des infractions au Code. La Cour d'appel à la majorité a annulé cette décision en concluant que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux Indiens, empêchait la législature d'accorder à la commission la compétence pour trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans le domaine des ressources forestières.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La province a compétence législative pour habiliter un tribunal administratif à examiner une question de droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée. Les parties ont reconnu que le Code dans son ensemble est une mesure législative provinciale valide relative à l'exploitation, à la conservation et à la gestion des ressources forestières de la province, et personne n'a laissé entendre que, dans son application, la loi en cause a sur les Indiens des effets importants au point d'en faire une mesure législative qui, de par son caractère véritable, touche à un chef de compétence fédérale exclusive. En tant que loi d'application générale, le Code s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l'essentiel de l'indianité » et n'est pas incompatible de manière injustifiable avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la règle des effets accessoires, la Constitution permet qu'une loi

of interjurisdictional immunity, the “core” of Indianness is protected from provincial laws of general application, the Commission’s enabling provisions do not attempt to supplement or amend the constitutional and federal rules respecting aboriginal rights. The effect of the Code is to prescribe that Indians charged under the Code will first raise an aboriginal rights defence before the Commission, as opposed to before a superior court judge. This effect has not been shown to have a substantial impact upon Indians *qua* Indians. The doctrine of interjurisdictional immunity relates to the exercise of legislative powers — that is, the power of a province to apply its valid legislation that affects matters under federal competence. The majority of the Court of Appeal erred in applying the doctrine in the context of an adjudicative, not legislative, function. The conclusion that a provincial board may adjudicate matters within federal legislative competence fits comfortably within the general constitutional and judicial architecture of Canada. In determining, incidentally, a question of aboriginal rights, a provincially constituted board would be applying constitutional or federal law in the same way as a provincial court, which is also a creature of provincial legislation. Boards must take into account all applicable legal rules, both federal and provincial, in applying their enabling legislation.

A determination by an administrative tribunal, such as the Commission, is very different from both extinguishment of a right and legislation in relation to Indians or aboriginal rights. First, and most important, any adjudicator, whether a judge or a tribunal, does not create, amend, or extinguish aboriginal rights. Second, the Commission’s decisions do not constitute legally binding precedents, nor will their collective weight over time amount to an authoritative body of common law. They could not be declaratory of the validity of any law. Moreover, as for constitutional determinations respecting s. 91(24) or s. 35, the Commission’s rulings would be reviewable, on a correctness basis, in a superior court on judicial review.

provinciale de portée générale, valablement édictée, touche des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement. Bien qu’en vertu du principe de l’exclusivité des compétences, « l’essentiel » de l’indianité soit à l’abri des lois provinciales d’application générale, les dispositions habilitantes de la commission ne visent pas à compléter ou à modifier les règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux. Le Code a pour effet d’obliger les Indiens accusés d’une infraction au Code à invoquer le moyen de défense fondé sur les droits ancestraux d’abord devant la commission plutôt que devant un juge d’une cour supérieure. Il n’a pas été démontré que cet effet a eu une incidence marquée sur les Indiens en tant qu’Indiens. Le principe de l’exclusivité des compétences concerne l’exercice des compétences législatives, c’est-à-dire le pouvoir d’une province d’appliquer ses mesures législatives valides touchant à des matières relevant de la compétence fédérale. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en appliquant le principe de l’exclusivité des compétences dans le contexte d’une fonction juridictionnelle et non législative. La conclusion qu’un organisme administratif provincial peut trancher sur des questions relevant de la compétence législative fédérale cadre bien avec l’architecture constitutionnelle et judiciaire générale de notre pays. En tranchant, de manière accessoire, une question de droits ancestraux, un organisme administratif créé par une province se trouverait à appliquer des règles de droit constitutionnelles ou fédérales de la même manière qu’une cour provinciale qui est aussi une création de la loi provinciale. En appliquant leur loi habilitante, les organismes administratifs doivent tenir compte de toutes les règles de droit fédérales et provinciales applicables.

La décision d’un tribunal administratif comme la commission est très différente à la fois de l’extinction d’un droit et de l’exercice d’une fonction législative concernant les Indiens et les droits ancestraux. Premièrement, ce qui est le plus important, toute instance décisionnelle, que ce soit un juge ou un tribunal administratif, ne crée pas, ne modifie pas ou n’éteint pas des droits ancestraux. Deuxièmement, les décisions de la commission ne constituent pas de la jurisprudence, pas plus que leur importance collective contribue avec le temps à en faire un ensemble de règles de common law. Elles ne sauraient constituer une déclaration de validité de quelque règle de droit que ce soit. De plus, en tant que décisions sur des questions de droit constitutionnel relatives au par. 91(24) ou à l’art. 35, les décisions de la commission seraient sujettes au contrôle judiciaire d’une cour supérieure, selon le critère de la décision correcte.

To determine if a tribunal has the power to apply the Constitution, including s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the essential question is whether the empowering legislation implicitly or explicitly grants to the tribunal the jurisdiction to interpret or decide any question of law. If it does, the tribunal will be presumed to have the concomitant jurisdiction to interpret or decide the question at issue in light of s. 35 or any other relevant constitutional provision. There is no persuasive basis for distinguishing the power to determine s. 35 questions from the power to determine other constitutional questions, and practical considerations will not suffice generally to rebut the presumption that arises from authority to decide questions of law. Here, the Commission has the power to decide questions relating to aboriginal rights arising incidentally to forestry matters and to hear P's defence of his aboriginal right to harvest logs for renovation of his home. Section 131(8) of the Code permits a party to "make submissions as to facts, law and jurisdiction". The Commission thus has the power to determine questions of law and nothing in the Code provides a clear implication to rebut the presumption that the Commission may decide questions of aboriginal law. The nature of the appeal does not prohibit the Commission from hearing a s. 35 argument. Even if the Administrative Review Panel has no jurisdiction to determine a s. 35 question, the Commission is not restricted to the issues considered by that board. Lastly, any restriction on the Commission's remedial powers is not determinative of its jurisdiction to decide s. 35 issues, nor is the complexity of the questions.

Cases Cited

Applied: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; **referred to:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989]

Pour décider si un tribunal administratif peut appliquer la Constitution, y compris l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il s'agit essentiellement de savoir si la loi habilitante accorde implicitement ou expressément au tribunal administratif le pouvoir d'examiner ou de trancher toute question de droit. Dans l'affirmative, ce tribunal est présumé posséder le pouvoir concomitant d'examiner ou de trancher cette question à la lumière de l'art. 35 ou de toute disposition constitutionnelle pertinente. Il n'y a aucune raison sérieuse de distinguer le pouvoir de trancher des questions relatives à l'art. 35 de celui de se prononcer sur d'autres questions de droit constitutionnel, et en général, les considérations pratiques ne suffisent pas pour réfuter la présomption découlant du pouvoir de trancher des questions de droit. En l'espèce, la commission a le pouvoir de trancher des questions relatives aux droits ancestraux qui sont accessoires à celles qui se posent en matière de ressources forestières et d'entendre le moyen de défense de P voulant qu'il possède un droit ancestral de récolter des arbres pour rénover sa maison. Le paragraphe 131(8) du Code permet à une partie de « présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence ». La commission a donc le pouvoir de trancher des questions de droit et rien dans le Code ne permet clairement de réfuter la présomption que la commission peut trancher des questions de droit autochtone. Il n'est pas interdit à la commission d'entendre un argument fondé sur l'art. 35 en raison de la nature de l'appel interjeté. Bien que le comité de révision administrative n'ait pas compétence pour trancher une question relative à l'art. 35, la commission n'est pas obligée de s'en tenir uniquement aux questions examinées par ce comité. Enfin, une limitation des pouvoirs de la commission d'accorder une réparation n'est pas déterminante en ce qui concerne sa compétence pour trancher des questions relatives à l'art. 35, pas plus que ne l'est la complexité des questions.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; **arrêts mentionnés :** *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité*

1 S.C.R. 206; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65; *Buhs v. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Ermineskin Cree Nation v. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Dupras v. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266; *McKenzie v. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vii; *British Columbia Chicken Marketing Board v. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473.

Statutes and Regulations Cited

Bill 69, *Forest and Range Practices Amendment Act, 2003*, 4th Sess., 37th Parl., British Columbia, 2003 (date of first reading, May 29, 2003).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92A(1)(b), 96.
Constitution Act, 1982, ss. 35, 52.
Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, c. 69 [not yet in force], ss. 77, 80, 82.
Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, ss. 96, 130 to 141, 131(8).
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, c. 241.
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 92.1.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492.
Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 48.

du travail, [1988] 1 R.C.S. 749; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65; *Buhs c. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Ermineskin Cree Nation c. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, 2001 CSC 82; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Dupras c. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266; *McKenzie c. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vii; *British Columbia Chicken Marketing Board c. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1).
Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, ch. 69 [non encore en vigueur], art. 77, 80, 82.
Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96, 130 à 141, 131(8).
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, ch. 241.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92A(1)(b), 96.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 52.
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 92.1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.
Projet de loi 69, *Forest and Range Practices Amendment Act, 2003*, 4^e sess., 37^e lég., Colombie-Britannique, 2003 (date de première lecture, 29 mai 2003).
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 492.
Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 48.

Authors Cited

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 37th Parl., May 29, 2003, p. 7108.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 201 D.L.R. (4th) 251, 154 B.C.A.C. 254, 252 W.A.C. 254, 89 B.C.L.R. (3d) 210, 38 C.E.L.R. (N.S.) 149, [2001] 7 W.W.R. 105, [2001] 4 C.N.L.R. 210, [2001] B.C.J. No. 1227 (QL), 2001 BCCA 411, supplementary reasons (2001), 206 D.L.R. (4th) 320, 40 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2001] B.C.J. No. 2237 (QL), 2001 BCCA 644, allowing an appeal from a judgment of the British Columbia Supreme Court (1999), 179 D.L.R. (4th) 351, 31 C.E.L.R. (N.S.) 141, [2000] 1 C.N.L.R. 176, [1999] B.C.J. No. 2129 (QL). Appeal allowed.

Timothy P. Leadem, Q.C., and *Kathryn Kickbush*, for the appellants.

M. Hugh G. Braker, Q.C., and *Robert C. Freedman*, for the respondent.

T. Murray Rankin, Q.C., and *Mark G. Underhill*, for the intervener the Forest Appeals Commission.

Mitchell R. Taylor and *Peter Southey*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Pierre-Christian Labeau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

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

Written submissions only by *P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 16, n° 7, 4^e sess., 37^e lég., 29 mai 2003, p. 7108.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 201 D.L.R. (4th) 251, 154 B.C.A.C. 254, 252 W.A.C. 254, 89 B.C.L.R. (3d) 210, 38 C.E.L.R. (N.S.) 149, [2001] 7 W.W.R. 105, [2001] 4 C.N.L.R. 210, [2001] B.C.J. No. 1227 (QL), 2001 BCCA 411, motifs supplémentaires (2001), 206 D.L.R. (4th) 320, 40 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2001] B.C.J. No. 2237 (QL), 2001 BCCA 644, qui a accueilli un appel interjeté contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 179 D.L.R. (4th) 351, 31 C.E.L.R. (N.S.) 141, [2000] 1 C.N.L.R. 176, [1999] B.C.J. No. 2129 (QL). Pourvoi accueilli.

Timothy P. Leadem, c.r., et *Kathryn Kickbush*, pour les appelants.

M. Hugh G. Braker, c.r., et *Robert C. Freedman*, pour l'intimé.

T. Murray Rankin, c.r., et *Mark G. Underhill*, pour l'intervenante Forest Appeals Commission.

Mitchell R. Taylor et *Peter Southey*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Pierre-Christian Labeau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

Argumentation écrite seulement par *P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Written submissions only by *Kurt J. W. Sandstrom*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Arthur C. Pape and *Jean Teillet*, for the intervener the First Nations Summit.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Overview

These are the reasons following the decision of the Court on June 11, 2003 to allow the appeal. In August 1995, an official in the British Columbia Ministry of Forestry seized four logs in the possession of Thomas Paul, a registered Indian. Mr. Paul had cut three trees and found the fourth, and planned to use the wood to build a deck on his home. Mr. Paul asserted that he had an aboriginal right to cut timber for house modification, and accordingly that s. 96 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159 (“Code”), a general prohibition against cutting Crown timber, did not apply to him. Both the District Manager and the Administrative Review Panel agreed that Mr. Paul had contravened s. 96. Mr. Paul then appealed to the Forest Appeals Commission (“Commission”). No one disputes these facts.

The issue in dispute is whether the Commission has jurisdiction to hear Mr. Paul’s defence that he cut the trees and possessed the logs in the exercise of his aboriginal rights. To this point, Mr. Paul has asserted his right but never attempted to prove it. The issue is not whether provincial legislation can override an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. As the submissions by the parties and the interveners show, the question is of great significance both to aboriginal persons and to provincial governments, which enable administrative tribunals to address a

Argumentation écrite seulement par *Kurt J. W. Sandstrom*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Arthur C. Pape and *Jean Teillet*, pour l’intervenant First Nations Summit.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Aperçu

Voici les motifs qui suivent la décision d’accueillir le pourvoi que la Cour a rendue le 11 juin 2003. En août 1995, un fonctionnaire du ministère des Forêts de la Colombie-Britannique a saisi quatre troncs d’arbre que Thomas Paul, un Indien inscrit, avait en sa possession. Monsieur Paul avait coupé trois arbres et en avait trouvé un quatrième, et il comptait les utiliser pour construire une terrasse chez lui. Monsieur Paul a fait valoir qu’il avait le droit ancestral de couper des arbres pour apporter des améliorations à sa maison et que, par conséquent, l’art. 96 de la *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159 (« Code »), qui établit une interdiction générale de la coupe d’arbres situés sur les terres de la Couronne, ne s’appliquait pas à lui. Le chef de district et le comité de révision administrative ont tous les deux convenu que M. Paul avait enfreint l’art. 96. Ce dernier a alors interjeté appel devant la Forest Appeals Commission (« commission »). Personne ne conteste ces faits.

La question est de savoir si la commission est compétente pour entendre le moyen de défense de M. Paul selon lequel il a coupé les arbres et avait les troncs d’arbre en sa possession dans l’exercice de ses droits ancestraux. Jusqu’à maintenant, M. Paul a invoqué son droit sans toutefois jamais tenter d’en faire la preuve. Il ne s’agit pas ici de savoir si une mesure législative provinciale peut supprimer un droit ancestral reconnu et confirmé par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme en témoignent l’argumentation des parties et des intervenants, la question revêt une grande

vast diversity of issues that may encompass s. 35 rights.

3

The Commission had decided, as a preliminary matter of jurisdiction, that it was able to hear and determine the aboriginal rights issues in the appeal. In the Supreme Court of British Columbia, Mr. Paul moved, under the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, for an order for *certiorari* quashing the preliminary decision of the Commission and an order of prohibition preventing the Commission from considering and determining questions relative to his aboriginal rights. Pitfield J., the chambers judge, concluded that the Legislature of British Columbia had validly conferred on the Commission the power to decide questions relating to aboriginal title and rights in the course of its adjudicative function in relation to contraventions of the Code: (1999), 179 D.L.R. (4th) 351. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal: (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 210, 2001 BCCA 411. Lambert J.A. concluded that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which gives Parliament exclusive power to legislate in relation to Indians, precluded the Legislature from conferring jurisdiction on the Commission to determine questions of aboriginal title and rights in the forestry context. Huddart J.A., dissenting, held that an administrative decision maker must be able to decide questions of aboriginal rights necessary to the exercise of its statutory authority. Specifically, she held that the Commission had capacity to hear and decide the issues in relation to Mr. Paul's aboriginal rights.

4

In the hearing before this Court, all parties conceded the general validity of the Code and of the Legislature's power to create the Commission. The Code, a law of general application, is clearly legislation in relation to the development, conservation and management of forestry resources in the

importance tant pour les autochtones que pour les gouvernements provinciaux, qui habilite des tribunaux administratifs à examiner une grande variété de questions pouvant englober les droits visés à l'art. 35.

La commission avait décidé, au sujet d'une question préliminaire de compétence, qu'elle pouvait entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux soulevées dans l'appel. Devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, M. Paul s'est fondé sur la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 241, pour solliciter une ordonnance de *certiorari* annulant la décision préliminaire de la commission, ainsi qu'une ordonnance de prohibition empêchant la commission d'examiner et de trancher des questions relatives à ses droits ancestraux. Le juge Pitfield, siégeant en chambre, a conclu que la législature de la Colombie-Britannique avait validement conféré à la commission le pouvoir de trancher des questions touchant le titre aborigène et les droits ancestraux dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle portant sur des infractions au Code : (1999), 179 D.L.R. (4th) 351. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel : (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 210, 2001 BCCA 411. Le juge Lambert a conclu que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux Indiens, empêchait la législature d'accorder à la commission la compétence pour trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans le domaine des ressources forestières. La juge Huddart, dissidente, a décidé que toute instance décisionnelle administrative doit être compétente pour trancher des questions de droits ancestraux quand cela est nécessaire à l'exercice du pouvoir dont l'investit la loi. Plus précisément, elle a conclu que la commission avait compétence pour entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux de M. Paul.

À l'audience devant notre Cour, toutes les parties ont reconnu la validité générale du Code et du pouvoir de la législature de créer la commission. Le Code, qui est un texte législatif d'application générale, concerne nettement l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources

province under s. 92A(1)(b) of the *Constitution Act, 1867*. Within the Code, ss. 130 to 141 regulate the appeals process for all persons, rather than singling out Indians or any other group.

There are two prongs to the respondent's challenge to the jurisdiction of the Commission. The first is that the Legislature of British Columbia cannot give the Commission the power to adjudicate questions relating to aboriginal rights, on the basis that doing so would encroach on the federal power under s. 91(24). This is the constitutional argument. The majority of the Court of Appeal had also determined, as an alternative approach, that the Code ran afoul of the doctrine of interjurisdictional immunity. The Court of Appeal reasoned that, since the existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights come within the essential core of "Indianness" (*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010), a law granting quasi-judicial jurisdiction to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights intrudes upon the core of Indianness and is therefore inapplicable to Indians. Furthermore, held the majority, s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which makes provincial laws of general application apply to Indians, fails to invigorate the relevant portions of the Code, since s. 88 incorporates laws respecting Indians, not land.

With respect, I think that the majority of the Court of Appeal misunderstood the scope of the doctrine of interjurisdictional immunity. The doctrine relates to the exercise of legislative powers, that is, the power of a province to apply its valid legislation that affects matters under federal competence. As the parties conceded, the Code is constitutional. The majority of the Court of Appeal applied the doctrine in the context of an adjudicative, not legislative, function. The effect of the Code is not to alter the substance of any federal rule or aboriginal right, but rather to prescribe that Indians charged under the Code will first raise an aboriginal rights defence before the Commission, as opposed to before a superior court judge. This effect

forestières de la province, au sens de l'al. 92A(1)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 130 à 141 du Code régissent la procédure d'appel applicable à chacun, sans viser spécifiquement les Indiens ou quelque autre groupe.

La contestation de la compétence de la commission par l'intimé comporte deux volets. Le premier volet veut que la législature de la Colombie-Britannique ne puisse pas habiliter la commission à trancher des questions relatives aux droits ancestraux, du fait qu'elle se trouverait alors à empiéter sur la compétence fédérale prévue au par. 91(24). Il s'agit là de l'argument de l'inconstitutionnalité. La Cour d'appel à la majorité a aussi conclu, subsidiairement, que le Code contrevenait au principe de l'exclusivité des compétences. Elle a estimé que, puisque l'existence et l'étendue du titre aborigène et des droits ancestraux relèvent de l'essentiel de l'« indianité » (*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010), une loi attributive du pouvoir quasi judiciaire de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux empiète sur l'essentiel de l'indianité et est donc inapplicable aux Indiens. En outre, les juges majoritaires ont conclu que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui prévoit que les lois d'application générale d'une province s'appliquent aux Indiens, ne revigore pas les parties pertinentes du Code étant donné qu'il incorpore des règles de droit relatives aux Indiens et non aux terres.

En toute déférence, j'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont mal saisi la portée du principe de l'exclusivité des compétences. Ce principe concerne l'exercice des compétences législatives, c'est-à-dire le pouvoir d'une province d'appliquer ses mesures législatives valides touchant à des matières relevant de la compétence fédérale. Comme les parties l'ont reconnu, le Code est conforme à la Constitution. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont appliqué le principe de l'exclusivité des compétences dans le contexte d'une fonction juridictionnelle et non législative. Le Code a pour effet non pas de modifier le contenu d'une règle fédérale ou d'un droit ancestral, mais plutôt d'obliger les Indiens

5

6

has not been shown to have a substantial impact upon Indians *qua* Indians. There is therefore no need to consider s. 88; the Code applies *ex proprio vigore*.

7

The second prong of Mr. Paul's challenge deals with the Commission's statutory jurisdiction. The respondent argued that the enabling provisions of the Code were insufficient to empower the Commission to decide the existence of aboriginal rights or title. Mr. Paul argues that the Legislature would need to confer the power to determine such questions, even ones arising incidentally to forestry matters, upon the Commission expressly. I note that the appellants agree with the respondent that the particular provisions of the Code fail to confer such power on the Commission. Only the Commission itself, intervening, believes it has been so empowered. Since the majority of the Court of Appeal believed that granting the Commission power to determine questions of aboriginal law would be unconstitutional, it did not examine the statutory interpretation question in detail. Nevertheless, the majority believed that practical considerations militated against a finding that the Code conferred jurisdiction on the Commission. In his brief concurring reasons, Donald J.A. referred to *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, as authority for the importance of practical considerations in seeking out implied jurisdiction (paras. 92-109). This prong of the challenge is the administrative law question of interpretation of a tribunal's enabling statute.

8

The facts in this appeal and in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, released concurrently, have given this Court the opportunity to

accusés d'une infraction au Code à invoquer le moyen de défense fondé sur les droits ancestraux d'abord devant la commission plutôt que devant un juge d'une cour supérieure. Il n'a pas été démontré que cet effet a eu une incidence marquée sur les Indiens en tant qu'Indiens. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'art. 88; le Code s'applique *ex proprio vigore*.

Le second volet de la contestation de M. Paul a trait à la compétence que la loi confère à la commission. L'intimé soutient que les dispositions habilitantes du Code sont insuffisantes pour habilitier la commission à se prononcer sur l'existence d'un titre aborigène ou de droits ancestraux. Monsieur Paul soutient que la législature devrait avoir conféré expressément à la commission le pouvoir de trancher ces questions, même les questions accessoires liées aux ressources forestières. Je souligne que les appelants conviennent avec l'intimé que les dispositions particulières du Code ne confèrent pas un tel pouvoir à la commission. Seule la commission elle-même, qui intervient, croit avoir été investie de ce pouvoir. Étant donné leur avis que l'attribution à la commission du pouvoir de trancher des questions de droit autochtone serait inconstitutionnelle, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas examiné de manière approfondie la question de l'interprétation de la mesure législative en cause. Ils estimaient, néanmoins, que des considérations pratiques militaient contre la conclusion que le Code attribuait cette compétence à la commission. Dans de brefs motifs concourants, le juge Donald s'est fondé sur l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, pour souligner l'importance des considérations pratiques lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une compétence implicite (par. 92-109). Ce volet de la contestation concerne la question — de droit administratif — de l'interprétation de la loi habilitante d'un tribunal administratif.

Les faits de la présente affaire et de l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, déposé simultanément, ont permis à notre Cour de

reappraise the law respecting the jurisdiction of administrative tribunals to apply the Constitution. The correct approach in a constitutional case such as the present appeal is the same as that in *Martin*, which concerns the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. That approach is to determine whether the tribunal is empowered to decide questions of law. If so, the judge must verify whether there is a clear implication arising from the statutory scheme that the power to decide questions of law was meant to exclude the legal issues under review. In this case, s. 131(8) of the Code permits a party to “make submissions as to facts, law and jurisdiction”. It is therefore clear that the Commission has power to determine questions of law. The Commission is not restricted to the issues considered by the Administrative Review Panel, the decision maker appealed from. Any restriction on the Commission’s remedial powers is not determinative, nor is the complexity of the questions. Nothing in the Code provides a clear implication to rebut the presumption that the Commission may decide questions of aboriginal law.

II. Analysis

My analysis follows the two prongs of the challenge to the Commission’s jurisdiction identified above. In the first part, the division of powers discussion, the question is whether the Legislature of British Columbia is constitutionally capable of conferring on an administrative tribunal the power to determine questions of aboriginal right and title as they arise in the course of the tribunal’s duties. In the second part, I will consider the extent of the power actually conferred on the Commission in this case. I turn first to the doctrines relevant to determining the Legislature’s powers in endowing administrative tribunals to adjudicate questions relative to aboriginal rights.

réévaluer la règle de droit concernant la compétence des tribunaux administratifs pour appliquer la Constitution. L’approche qui doit être adoptée dans une affaire constitutionnelle comme celle dont nous sommes saisis en l’espèce est la même que celle retenue dans l’arrêt *Martin* relativement à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle consiste à se demander si le tribunal administratif est habilité à trancher des questions de droit. Dans l’affirmative, le juge doit vérifier s’il ressort clairement du régime établi par la loi que le pouvoir de trancher des questions de droit est censé ne pas s’appliquer aux questions de droit qui font l’objet de l’examen. En l’espèce, le par. 131(8) du Code permet à une partie de [TRADUCTION] « présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence ». La commission a donc clairement le pouvoir de trancher des questions de droit. Elle n’est pas obligée de s’en tenir uniquement aux questions examinées par le comité de révision administrative, l’instance décisionnelle dont la décision est portée en appel. Une limitation des pouvoirs de la commission d’accorder une réparation n’est pas déterminante, pas plus que ne l’est la complexité des questions. Rien dans le Code ne permet clairement de réfuter la présomption que la commission peut trancher des questions de droit autochtone.

II. Analyse

Dans mon analyse, je reprends les deux volets de la contestation de la compétence de la commission, décrits précédemment. Dans la première partie, celle de l’analyse du partage des compétences, il s’agit de savoir si la Constitution habilite la législature de la Colombie-Britannique à investir un tribunal administratif du pouvoir de trancher, dans l’accomplissement de sa mission, des questions de titre aborigène et de droits ancestraux. Dans la seconde partie, j’examine l’étendue du pouvoir réellement conféré à la commission en l’espèce. Je vais d’abord exposer les principes applicables pour déterminer les pouvoirs de la législature d’habiliter des tribunaux administratifs à trancher des questions relatives aux droits ancestraux.

A. *Division of Powers: Can the Province Empower the Commission to Hear and Determine Section 35 Questions?*

(1) The Scope of the Constitutional Challenge

10

It is important to indicate precisely which provisions of the Code are under discussion at this point. The challenge is to the notion that ss. 130 to 141, which provide that a person may appeal the decision of the Administrative Review Panel to the Commission, permit the Commission to hear and rule upon a defence of aboriginal rights. In contrast, there is no challenge to the substantive prohibition, which appears in s. 96(1):

96(1) A person must not cut, remove, damage or destroy Crown timber unless authorized to do so

. . . .

Nor, I should note, do the appellants take the position that s. 96(1) would prevail in a conflict with a demonstrated aboriginal right affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Once an aboriginal right is proven, s. 96(1) would be of no effect to the extent that it was inconsistent with that right, unless that inconsistency could be justified according to the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. On this, there is no dispute.

(2) The Validity and Application of the Code

11

As I noted above, at the hearing the parties conceded that the Code is in its entirety valid provincial legislation. In any case, it is clear to me that the Code is legislation in relation to development, conservation and management of forestry resources in the province, under s. 92A(1)(b) of the *Constitution Act, 1867*. There was no argument made that the entire Code, or that portion treating appeals before the Commission, has as its true meaning, essential character, or core matters relating to Indians and lands reserved for the Indians (s. 91(24)) or to

A. *Partage des compétences : La province peut-elle habiliter la commission à entendre et à trancher des questions relatives à l'art. 35?*

(1) La portée de la contestation fondée sur la Constitution

À ce stade, il importe de préciser quelles dispositions du Code sont en cause. On conteste l'idée que les art. 130 à 141, qui prévoient qu'une personne peut appeler devant la commission de la décision du comité de révision administrative, permettent à la commission d'entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral et de rendre une décision à cet égard. Par contre, aucune attaque n'est dirigée contre l'interdiction substantielle énoncée au par. 96(1) :

[TRADUCTION]

96(1) Nul ne peut, à moins d'être autorisé à le faire, couper, enlever, endommager ou détruire les arbres situés sur les terres de la Couronne

. . . .

Je tiens à souligner que les appelants ne prétendent pas non plus que le par. 96(1) l'emporterait s'il entrerait en conflit avec un droit ancestral confirmé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une fois établie l'existence d'un droit ancestral, le par. 96(1) serait inopérant dans la mesure où il serait incompatible avec ce droit, sauf si cette incompatibilité était justifiable selon le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Il n'existe aucune controverse à cet égard.

(2) La validité et l'application du Code

Comme je l'ai déjà souligné, les parties ont reconnu, à l'audience, que le Code dans son ensemble est une mesure législative provinciale valide. De toute façon, il est évident, selon moi, qu'il concerne nettement l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources forestières de la province, au sens de l'al. 92A(1)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Personne n'a fait valoir que le Code en entier ou la partie qui traite des appels devant la commission vise véritablement, essentiellement ou principalement des matières

any other federal head of power. More specifically, there was no suggestion that, in operation, the law's effects on Indians are so significant as to reveal a pith and substance that is a matter under exclusive federal competence: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 54; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 18.

As a law of general application, the Code applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the “core of Indianness” and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. There is no need to consider whether s. 88 of the *Indian Act* would revive the statute and render it applicable.

In the classic federalism cases, the *vires* of legislation is challenged: *Reference re Firearms Act (Can.)*, *supra*; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21. Here the question is the relationship between valid provincial legislation and matters under the federal competence to legislate under s. 91(24).

(3) Incidental Effects

The doctrine of incidental effects holds that where there is a valid provincial law of general application, the provincial law applies if its effects upon matters within federal legislative competence are “merely incidental, irrelevant for constitutional purposes”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 15-8, quoted in *Global Securities*, *supra*, at para. 22. See also *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 670. In other words, as Iacobucci and Major JJ. put it in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 81, “it

concernant les Indiens et les terres réservées aux Indiens (par. 91(24)) ou encore tout autre chef de compétence fédérale. Plus précisément, personne n’a laissé entendre que, dans son application, la loi en cause a sur les Indiens des effets importants au point d’en faire une mesure législative qui, de par son caractère véritable, touche à un chef de compétence fédérale exclusive : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 54; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 18.

En tant que loi d’application générale, le Code s’applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l’indianité » et n’est pas incompatible de manière injustifiable avec l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n’est pas nécessaire de se demander si l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* redonnerait vie à la loi et la rendrait applicable.

Dans la jurisprudence classique sur le fédéralisme, c’est la constitutionnalité d’une mesure législative qui est en cause : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, précité; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21. En l’espèce, il est question du lien entre une mesure législative provinciale valide et des matières relevant de la compétence législative fédérale prévue au par. 91(24).

(3) Effets accessoires

La règle des effets accessoires veut que toute loi provinciale d’application générale qui est valide s’applique si ses effets sur des matières relevant de la compétence législative fédérale sont [TRADUCTION] « simplement accessoire[s] et [ne sont] pas pertinent[s] sur le plan constitutionnel » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-8, cité dans *Global Securities*, précité, par. 22. Voir également *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 670. Autrement dit, pour reprendre les propos des juges Iacobucci et Major

12

13

14

is constitutionally permissible for a validly enacted provincial statute of general application to affect matters coming within the exclusive jurisdiction of Parliament”. Since all relevant provisions of the Code are valid provincial legislation, it follows that by virtue of the doctrine of incidental effects, any impact of the Code upon aboriginals is irrelevant for classification purposes. It remains to be seen, however, whether the law’s application to specific factual contexts can be put in issue.

(4) Interjurisdictional Immunity

15

The doctrine of interjurisdictional immunity is engaged when a provincial statute trenches, either in its entirety or in its application to specific factual contexts, upon a head of exclusive federal power. The doctrine provides that, where the general language of a provincial statute can be read to trench upon exclusive federal power in its application to specific factual contexts, the statute must be read down so as not to apply to those situations: *Grail, supra*, at para. 81. The doctrine has limited the application of a provincial statute to a matter of exclusive federal power in numerous contexts. For example, in *Grail*, a provincial statute of general application was found to have the effect of regulating indirectly an issue of maritime negligence law. The provincial statute had the effect of supplementing existing rules of federal maritime negligence law in such a manner that the provincial law effectively altered rules within the exclusive competence of Parliament. Accordingly, the provincial statute of general application was read down so as not to apply to a maritime negligence action. In *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, this Court held that a provincial occupational health and safety statute was inapplicable to a federal undertaking. More relevant, for present purposes, in *Delgamuukw, supra*, at para. 181, Lamer C.J. held that s. 91(24) protects a “core” of Indianness from provincial laws of general application, through operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. See also *Kitkatla Band, supra*, at para. 75: in that case it was not established that the

dans l’arrêt *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 81, « la Constitution permet qu’une loi provinciale de portée générale, valablement édictée, touche des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement ». Comme toutes les dispositions pertinentes du Code sont des mesures législatives provinciales valides, il s’ensuit que, en vertu de la règle des effets accessoires, toute incidence du Code sur les autochtones n’est pas pertinente aux fins de classification. Il reste toutefois à voir si l’application de la loi à des contextes factuels particuliers peut être contestée.

(4) Exclusivité des compétences

Le principe de l’exclusivité des compétences s’applique quand une loi provinciale, en entier ou encore lorsqu’elle est appliquée à des contextes factuels particuliers, empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive. Ce principe veut que, lorsqu’il est possible de considérer que, de par son libellé général, une loi provinciale empiète sur une compétence fédérale exclusive dans des contextes factuels particuliers, cette loi doit faire l’objet d’une interprétation atténuée afin d’éviter qu’elle s’applique à ces situations : *Grail*, précité, par. 81. Le principe a permis, dans maints contextes, de limiter l’application d’une loi provinciale à une matière relevant de la compétence fédérale exclusive. Par exemple dans l’arrêt *Grail*, la Cour a jugé qu’une loi provinciale d’application générale avait pour effet de régler indirectement une question de droit maritime en matière de négligence. La loi provinciale avait pour effet de compléter les règles de droit maritime en matière de négligence au point de modifier, en fait, des règles relevant de la compétence exclusive du Parlement. La loi provinciale d’application générale a donc été interprétée de façon atténuée pour empêcher qu’elle s’applique aux actions pour négligence en matière maritime. Dans l’arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, notre Cour a décidé qu’une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail était inapplicable à une entreprise fédérale. Un arrêt plus pertinent pour les besoins du présent pourvoi est *Delgamuukw*, précité, où le juge en chef Lamer a conclu, au par. 181, qu’en vertu du

impugned provisions affected “the essential and distinctive core values of Indianness”, and thus they did not “engage the federal power over native affairs and First Nations in Canada”.

The question, then, is whether, in a valid law of general application, provisions that empower a provincially constituted administrative tribunal to hear and rule upon arguments relating to aboriginal rights as they arise in execution of its provincial mandate trench upon the core of Indianness. If so, those provisions will be inapplicable to Indians.

(5) Application: Adjudication Versus Legislation

Lambert J.A., in the British Columbia Court of Appeal, concluded that such provisions would touch the core of Indianness. The doctrine of interjurisdictional immunity would, accordingly, render those enabling provisions inapplicable to questions of aboriginal law. It is helpful to review the heart of his reasoning on this point, at para. 72:

The existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights has been held in *Delgamuukw* to come within the essential core of Indianness. That being so, I cannot imagine that a law granting quasi-judicial jurisdiction to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights could be anything other than equally and co-extensively within the core of Indianness. As such it fulfils the conditions for application of the principle of interjurisdictional immunity

This short passage reveals the fundamental error in the analysis of the majority of the Court of Appeal. It equates legislation respecting the “existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights” (a legislative or regulatory function) with legislation enabling a board “to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights” (an

principe de l’exclusivité des compétences, le par. 91(24) protège « l’essentiel » de l’indianité contre les lois provinciales d’application générale. Voir aussi l’arrêt *Bande Kitkatla*, précité, par. 75; dans cette affaire, il n’avait pas été démontré que les dispositions attaquées portaient atteinte aux « valeurs fondamentales de l’indianité » et, par conséquent, elles ne mettaient pas « en cause le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et les Premières nations au Canada ».

La question est donc de savoir si les dispositions d’une loi d’application générale valide, qui habilite un tribunal administratif provincial à entendre et à trancher des arguments relatifs aux droits ancestraux en accomplissant la mission que lui confie la province, empiètent sur l’essentiel de l’indianité. Dans l’affirmative, ces dispositions sont inapplicables aux Indiens.

(5) Application : fonction juridictionnelle par opposition à fonction législative

Le juge Lambert de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que de telles dispositions touchaient à l’essentiel de l’indianité. Le principe de l’exclusivité des compétences rendait donc ces dispositions habilitantes inapplicables aux questions de droit autochtone. Il est utile de rappeler l’essentiel de son raisonnement sur ce point, au par. 72 :

[TRADUCTION] La Cour a jugé, dans l’arrêt *Delgamuukw*, que l’existence et l’étendue du titre aborigène et des droits ancestraux relèvent de l’essentiel de l’indianité. Cela étant, je ne puis concevoir qu’une loi attributive du pouvoir quasi judiciaire de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux ne relève pas, de la même manière et dans la même mesure, de l’essentiel de l’indianité. Voilà pourquoi elle remplit les conditions d’application du principe de l’exclusivité des compétences

Ce bref extrait révèle l’erreur fondamentale que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commise dans leur analyse. On y assimile une loi concernant « l’existence et l’étendue du titre aborigène et des droits ancestraux » (une fonction législative ou réglementaire) à une loi habilitant un organisme administratif à « trancher des

16

17

18

adjudicative function) (emphasis added). The respondent made the same error, stating in his factum that “the province’s power to enact the jurisdiction-granting sections of the Code cannot extend to matters that are not within the province’s legislative competence” (respondent’s factum, at para. 105).

19

Legislation that triggers the doctrine of inter-jurisdictional immunity purports to regulate indirectly matters within exclusive federal competence, that is, to alter rights and obligations. Such inapplicable legislation may purport to “supplement” existing federal rules, as in *Grail*, *supra*. It may purport to “regulate” the essential parts of federal undertakings, as in *Bell*, *supra*. To my knowledge, none of the authorities applying the doctrine of interjurisdictional immunity has done so in respect of an adjudicative function. The function at issue in this appeal is one of identifying where existing aboriginal rights affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* prevail over provisions in the Code. The Commission’s enabling provisions do not attempt to supplement or amend the constitutional and federal rules respecting aboriginal rights. Indeed, the question is whether the legislature may empower the Commission to take cognizance of existing constitutional rights and rights under federal rules, not to alter or supplant them. In my view, as I shall explain, there is no reason under the Constitution that the legislature may not so empower the Commission.

20

The respondent cites Professor Hogg’s discussion of the rationale for the conferral upon Parliament by the founders of Confederation of legislative power over Indians. Professor Hogg writes that the main reason “seems to have been a concern for the protection of the Indians against local settlers” (Hogg, *supra*, at p. 27-2). Once adjudicative and legislative functions are separated, however, it becomes clear that neither s. 91(24) itself nor Professor Hogg’s

questions de titre aborigène et de droits ancestraux » (une fonction juridictionnelle) (je souligne). L’intimé a commis la même erreur en affirmant, dans son mémoire, que [TRADUCTION] « le pouvoir de la province d’édicter les articles attributifs de compétence du Code ne peut pas s’étendre aux matières qui ne relèvent pas de la compétence législative de la province » (mémoire de l’intimé, par. 105).

Une mesure législative qui déclenche l’application du principe de l’exclusivité des compétences est censée régir indirectement des matières relevant de la compétence fédérale exclusive, c’est-à-dire modifier des droits et des obligations. Une telle mesure législative inapplicable peut être censée « compléter » des règles fédérales existantes, comme dans l’affaire *Grail*, précitée. Elle peut être censée « régir » les composantes essentielles d’une entreprise fédérale, comme dans l’affaire *Bell*, précitée. Je ne connais aucun précédent où le principe de l’exclusivité des compétences a été appliqué relativement à une fonction juridictionnelle. La fonction en cause dans la présente affaire consiste à déterminer dans quels cas les droits ancestraux existants confirmés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* l’emportent sur les dispositions du Code. Les dispositions habilitantes de la commission ne visent pas à compléter ou à modifier les règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux. En fait, la question est de savoir si la législature peut habiliter la commission à prendre connaissance des droits garantis par la Constitution et des droits conférés par les règles fédérales, et non pas à les modifier ou à les remplacer. Comme je vais l’expliquer, j’estime que la Constitution n’empêche pas la législature d’habiliter ainsi la commission.

L’intimé cite l’analyse que fait le professeur Hogg des raisons qui ont incité les pères de la Confédération à conférer au Parlement la compétence législative à l’égard des Indiens. Le professeur Hogg écrit que la raison principale [TRADUCTION] « semble avoir été le souci de protéger les Indiens contre les colons qui les côtoyaient » (Hogg, *op. cit.*, p. 27-2). Toutefois, dès que les fonctions juridictionnelle et législative sont séparées, il devient évident

discussion refers to adjudication. The passage is therefore unhelpful in this context.

The conclusion that a provincial board may adjudicate matters within federal legislative competence fits comfortably within the general constitutional and judicial architecture of Canada. In determining, incidentally, a question of aboriginal rights, a provincially constituted board would be applying constitutional or federal law in the same way as a provincial court, which of course is also a creature of provincial legislation. At the hearing all parties agreed that a provincial court may determine s. 35 issues. I believe that *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, is helpful. It stands for the proposition that legislative and adjudicative competence are not coterminous. In that case, this Court concluded that a small claims court, a provincially constituted inferior court, was competent to hear a case of admiralty law. Admiralty law, of course, falls within exclusive federal competence. The Court noted that, within the unitary court system in Canada, provincially constituted inferior and superior courts apply federal as well as provincial laws. There are procedural and structural differences between provincially created courts and administrative tribunals, including the judicial independence requirements bearing upon them. Nevertheless, I believe that, analogous to the result in *Pembina*, *supra*, the division of powers does not preclude a validly constituted provincial administrative tribunal, legislatively empowered to do so, from determining questions of constitutional and federal law arising in the course of its work.

I do not agree with the respondent that the conclusion in *Pembina* that a provincially constituted court could determine questions of federal law

que ni le par. 91(24) lui-même ni l'analyse du professeur Hogg ne se rapportent à la fonction juridictionnelle. Ce passage ne nous est donc d'aucun secours dans le présent contexte.

La conclusion qu'un organisme administratif provincial peut trancher sur des questions relevant de la compétence législative fédérale cadre bien avec l'architecture constitutionnelle et judiciaire générale de notre pays. En tranchant, de manière accessoire, une question de droits ancestraux, un organisme administratif créé par une province se trouverait à appliquer des règles de droit constitutionnelles ou fédérales de la même manière qu'une cour provinciale qui, de toute évidence, est aussi une création de la loi provinciale. À l'audience, toutes les parties ont convenu qu'une cour provinciale peut trancher des questions relatives à l'art. 35. L'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, est utile, selon moi. Il permet d'affirmer que la compétence législative et la compétence juridictionnelle ne coïncident pas. Dans cette affaire, notre Cour a conclu qu'une cour des petites créances, cour provinciale d'instance inférieure, avait compétence pour trancher un litige en droit maritime. Le droit maritime relève bien entendu de la compétence législative fédérale exclusive. La Cour a fait remarquer qu'au sein du système judiciaire unitaire canadien, les cours provinciales d'instance inférieure et d'instance supérieure appliquent les lois tant fédérales que provinciales. Les tribunaux administratifs et les cours de justice créés par une province présentent des différences autant procédurales que structurelles, dont celles que l'on peut constater sur le plan des exigences d'indépendance auxquelles ils sont assujettis. Je crois néanmoins, comme la Cour l'a conclu dans l'arrêt *Pembina*, précité, que le partage des compétences n'empêche pas un tribunal administratif valablement constitué par une province, et habilité à le faire par le législateur, de trancher des questions de droit constitutionnel et de droit fédéral dans l'accomplissement de sa mission.

Je ne partage pas l'avis de l'intimé que la conclusion de l'arrêt *Pembina*, selon laquelle une cour provinciale peut trancher des questions de droit

implies, *a contrario*, that a provincially constituted administrative tribunal cannot do so. First, while I need not decide this point, it is arguable that La Forest J.'s reference to "courts of inferior jurisdiction" naturally includes an adjudicative tribunal such as the Commission. Such a conclusion follows perhaps even more readily from the French version, "*tribunaux d'instance inférieure*" (*Pembina*, *supra*, at p. 225). Second, even if the statement in *Pembina* does not embrace the Commission, La Forest J. was speaking of the jurisdiction of a small claims court, and I do not think he can be taken to have been pronouncing, by implication, on broader questions. Third, the constitutional protection of judicial review of administrative tribunals, derived from s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, integrates administrative tribunals into the unitary system of justice: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. By performing judicial review of the decisions of administrative tribunals, superior courts play an important role in assuring respect for the rule of law (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21). While there are distinctions between administrative tribunals and courts, both are part of the system of justice. Viewed properly, then, the system of justice encompasses the ordinary courts, federal courts, statutory provincial courts and administrative tribunals. It is therefore incoherent to distinguish administrative tribunals from provincial courts for the purpose of deciding which subjects they may consider on the basis that only the latter are part of the unitary system of justice.

fédéral, signifie par contre qu'un tribunal administratif provincial ne peut pas le faire. Premièrement, bien que je n'aie pas à me prononcer sur ce point, il se peut que les propos du juge La Forest, et plus particulièrement l'expression « tribunaux d'instance inférieure » qu'il utilise dans ses motifs (*Pembina*, précité, p. 225), visent forcément un tribunal administratif, comme la commission, qui exerce une fonction juridictionnelle. Deuxièmement, même si l'affirmation contenue dans l'arrêt *Pembina* ne vise pas la commission, le juge La Forest parlait de la compétence d'une cour des petites créances, et je ne crois pas qu'il faille considérer qu'il s'est prononcé implicitement sur des questions plus générales. Troisièmement, la protection constitutionnelle du contrôle judiciaire des tribunaux administratifs, qui émane de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intègre les tribunaux administratifs dans le système judiciaire unitaire : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. En contrôlant les décisions de tribunaux administratifs, les cours supérieures contribuent de façon importante à assurer le respect de la primauté du droit (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21). Malgré leurs différences, les tribunaux administratifs et les cours de justice font tous partie du système judiciaire. Il est donc juste de considérer que le système judiciaire englobe les tribunaux de droit commun, les cours fédérales, les cours créées par une loi provinciale et les tribunaux administratifs. Pour décider quelles matières relèvent de leur compétence, il est donc illogique de distinguer les tribunaux administratifs des cours provinciales pour le motif que seules les cours provinciales font partie du système judiciaire unitaire.

23

The conclusion sought by the respondent would pose intractable difficulties for administrative tribunals in the execution of their tasks. A provincially constituted board cannot respect the division of powers under the *Constitution Act, 1867* if it is unable to take into account the boundary between provincial and federal powers. For example, in *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65, the Law Society could only stay within the limits of its jurisdiction to review a

La conclusion sollicitée par l'intimé mettrait les tribunaux administratifs aux prises avec des difficultés insurmontables dans l'accomplissement de leur mission. Un organisme administratif provincial ne peut pas respecter le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* s'il est incapable de tenir compte de la ligne de démarcation entre les compétences provinciales et fédérales. Par exemple, dans l'affaire *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC

prosecutor's ethical breach if it considered federal law relating to prosecutorial discretion. Indeed, a multitude of administrative tribunals, both provincial and federal, routinely make determinations respecting matters within the competence of the other legislator. Provincial boards may have an express statutory mandate to pronounce upon federal legislation: *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 92.1; *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 48; *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 (enabling legislation of provincial boards directing them to interpret and apply federal income tax, pension and employment insurance legislation). Alternatively, the necessity to consider a question of constitutional or federal law may simply arise in the course of a primary determination: *Buhs v. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41, at para. 31 (municipal tax Board of Revision could hear assessment appeal on ground that property subject to aboriginal title). In short, in applying their enabling legislation, boards must take into account all applicable legal rules, both federal and provincial. I therefore decline to accept the respondent's argument and its logical extension that the practices just described are constitutionally impermissible.

Further reasons persuade me to reject the respondent's general position that questions relating to aboriginal rights are untouchable by a provincially created tribunal by virtue of their falling within federal legislative competence. It is necessary to examine side by side two provisions in the Constitution. The one on which the respondent relies heavily is s. 91(24), which empowers Parliament to legislate in relation to "Indians, and Land reserved for the Indians". The other is s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Unless

65, le barreau ne pouvait agir que dans les limites de sa compétence pour examiner un manquement à la déontologie d'un procureur, s'il examinait le droit fédéral concernant le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En fait, une multitude de tribunaux administratifs, tant provinciaux que fédéraux, rendent couramment des décisions concernant des matières relevant de la compétence de l'autre législateur. Les organismes administratifs provinciaux peuvent se voir confier explicitement, par la loi, une mission qui les autorise à se prononcer sur des mesures législatives fédérales : *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 92.1; *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 48; *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 492 (lois habilitant des organismes administratifs provinciaux à interpréter et à appliquer les lois fédérales en matière d'impôt, de régime de pensions et d'assurance-emploi). Subsidiairement, la nécessité d'examiner une question de droit constitutionnel ou de droit fédéral peut simplement découler d'une première décision : *Buhs c. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41, par. 31 (la commission de révision de l'impôt municipal pouvait entendre l'appel qui avait été interjeté contre l'évaluation pour le motif que l'immeuble était assujéti à un titre aborigène). Bref, en appliquant leur loi habilitante, les organismes administratifs doivent tenir compte de toutes les règles de droit fédérales et provinciales applicables. Je ne retiens donc pas l'argument de l'intimé ni sa suite logique voulant que les pratiques que je viens d'exposer soient inacceptables sur le plan constitutionnel.

D'autres raisons m'incitent à rejeter le point de vue général de l'intimé voulant qu'un tribunal administratif provincial ne puisse pas toucher aux questions relatives aux droits ancestraux du fait qu'elles relèvent de la compétence législative fédérale. Il est nécessaire de mettre en parallèle deux dispositions de la Constitution. La première, que l'intimé invoque abondamment, est le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui habilite le Parlement à légiférer concernant « [I]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». L'autre

otherwise specified, such as official language rights in the *Charter* particular to New Brunswick, every right in the *Constitution Act, 1982* applies to every province as well as to the federal government. Section 35 therefore applies to both provinces and the federal government. It is also established that one part of the Constitution cannot abrogate another: *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609. By virtue of s. 35, then, laws of the province of British Columbia that conflict with protected aboriginal rights do not apply so as to limit those rights, unless the limitation is justifiable according to the test in *Sparrow, supra*. I find it difficult to think that the Province cannot, when administering a provincial regulatory scheme, attempt to respect its constitutional obligation by empowering an administrative tribunal to hear a defence of aboriginal rights.

25 *Sparrow* stands for the proposition that government regulation, including provincial regulation, may, by legislation, infringe an aboriginal right if that infringement is justified. Though this is not the basis of the Commission's jurisdiction, where legislation justifiably infringing rights is possible, surely adjudication by the Commission, which simply takes existing rights into account, must be permissible. This conclusion follows from the distinction between legislation and adjudication and the nature of their impact upon rights.

26 I rely considerably on this distinction. I wish, therefore, to address an argument made by the respondent that, in practical terms in the aboriginal rights context, the two are insufficiently distinguishable.

27 The respondent submits that, in deciding a question arising from a defence of aboriginal right, the Commission will necessarily turn to matters at the core of s. 91(24). In his view, the Commission

est l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À moins qu'il existe une disposition contraire expresse, comme celle que contient la *Charte* relativement au droit à l'usage des langues officielles au Nouveau-Brunswick, tout droit garanti par la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique à chaque province et au gouvernement fédéral. L'article 35 s'applique donc à la fois aux provinces et au gouvernement fédéral. Il est également établi qu'une partie de la Constitution ne saurait pas en abroger une autre : *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609. Par conséquent, en vertu de l'art. 35, les lois de la Colombie-Britannique qui sont incompatibles avec des droits ancestraux protégés ne peuvent pas s'appliquer de manière à limiter ces droits, à moins que cette limitation soit justifiable au regard du critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, précité. J'ai peine à croire qu'en administrant un régime réglementaire qu'elle a elle-même établi, la province ne puisse pas essayer de respecter son obligation constitutionnelle en habilitant un tribunal administratif à entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral.

D'après l'arrêt *Sparrow*, une réglementation gouvernementale, y compris une réglementation provinciale, peut, par voie législative, porter atteinte à un droit ancestral si cette atteinte est justifiée. Quoique ce ne soit pas la raison pour laquelle la commission a compétence, il doit sûrement être acceptable qu'elle exerce une fonction juridictionnelle en tenant simplement compte de droits existants, lorsqu'il est question d'une mesure législative portant une atteinte justifiable. Cette conclusion découle de la distinction entre la fonction législative et la fonction juridictionnelle, et de la nature de leur incidence sur des droits.

J'insiste beaucoup sur cette distinction. Je tiens donc à examiner l'argument avancé par l'intimé selon lequel il n'est pas possible, en pratique, de distinguer suffisamment ces deux fonctions dans le contexte des droits ancestraux.

L'intimé soutient que, pour trancher une question découlant d'un moyen de défense fondé sur un droit ancestral, la commission examinera nécessairement des matières qui sont au cœur du par. 91(24). À son

would determine not only the scope and content of the claimed right, but also perhaps the respondent's relationship to his First Nation, the times at which the claimed right can be practised, and the limits on the right, if any, and how the right can be exercised and by whom. He notes that the Commission might be required to determine whether the aboriginal right at issue had been extinguished. Then he argues that a determination by a provincial decision maker that a right has been extinguished is as much an extinguishment of an aboriginal right as provincial legislation attempting to extinguish that right directly. The respondent's argument, in essence, is that adjudication respecting aboriginal rights is tantamount to legislation respecting them.

I wish to reiterate a point acknowledged by the respondent himself, namely that a province lacks the constitutional capacity to extinguish aboriginal rights and aboriginal title. This is because the clear and plain intent necessary to extinguish an aboriginal right would make a law one in relation to Indians and Indian lands and thus *ultra vires* the province: *Delgamuukw, supra*, at para. 180. I will now explain why, in two important respects, a determination by an administrative tribunal, such as the Commission, is very different from both the extinguishment of a right and legislation in relation to Indians or aboriginal rights.

First, and most important, any adjudicator, whether a judge or a tribunal, does not create, amend or extinguish aboriginal rights. Rather, on the basis of the evidence, a judicial or administrative decision maker may recognize the continued existence of an aboriginal right, including its content and scope, or observe that the right has been properly extinguished by a competent legislative authority. Of course the decision maker may also conclude on the evidence that the aboriginal right simply has not been proven at all.

avis, la commission déterminerait non seulement la portée et le contenu du droit revendiqué, mais peut-être encore le lien entre l'intimé et sa Première nation, le moment où le droit revendiqué peut être exercé et les limites, s'il en est, auquel ce droit est assujéti, ainsi que la façon dont ce droit peut être exercé et qui peut l'exercer. Il souligne que la commission pourrait devoir déterminer s'il y a eu extinction du droit ancestral en cause. Il ajoute que la décision d'une instance décisionnelle provinciale, selon laquelle un droit est éteint, revient à éteindre un droit ancestral autant que le ferait une mesure législative destinée à éteindre ce droit directement. L'intimé soutient essentiellement qu'exercer une fonction juridictionnelle relativement à des droits ancestraux revient à exercer une fonction législative à leur sujet.

Je tiens à réitérer ce que l'intimé lui-même a reconnu, à savoir qu'une province n'a pas le pouvoir constitutionnel d'éteindre les droits ancestraux et le titre aborigène. Il en est ainsi parce que l'intention claire et expresse requise pour éteindre un droit ancestral ferait de la loi en cause une loi relative aux Indiens et aux terres indiennes, qui excéderait donc la compétence de la province : *Delgamuukw*, précité, par. 180. Je vais maintenant expliquer pourquoi la décision d'un tribunal administratif comme la commission est, à deux égards importants, très différente à la fois de l'extinction d'un droit et de l'exercice d'une fonction législative concernant les Indiens et les droits ancestraux.

Premièrement, ce qui est le plus important, toute instance décisionnelle, que ce soit un juge ou un tribunal administratif, ne crée pas, ne modifie pas ou n'éteint pas des droits ancestraux. Au contraire, une instance décisionnelle judiciaire ou administrative peut, compte tenu de la preuve qui lui est soumise, reconnaître l'existence continue d'un droit ancestral, en déterminant notamment le contenu et la portée de ce droit, ou constater que le droit en question a été éteint régulièrement par une autorité législative compétente. Il va sans dire que l'instance décisionnelle peut aussi conclure, à partir de la preuve, que l'existence du droit ancestral en cause n'a absolument pas été établie.

28

29

30

Admittedly, within the administrative state, the line between adjudication and legislation is sometimes blurred. Administrative tribunals that develop and implement policy while adjudicating disputes, such as the Competition Tribunal and a provincial Securities Commission, come to mind. Indeed, this Court's standard of review jurisprudence is sensitive to the deference that may be appropriate where an expert tribunal is simultaneously adjudicating and developing policy, which may sometimes be viewed as a legislative function: *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 28; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 48. There is, however, a crucial distinction between a board that has been empowered by valid legislation to make policy within an area that is *intra vires* the enabling legislator, and a provincial board that is called upon, in executing its mandate, to answer incidentally a legal question relating to the Constitution or to federal law. No one has suggested that the Legislature has the constitutional power to enable a board to determine questions of aboriginal law on the basis of policy considerations favourable to the Province.

31

Second, while both provincially constituted courts and provincially constituted tribunals may consider the Constitution and federal laws, there is nevertheless one important distinction between them that the respondent overlooked. Unlike the judgments of a court, the Commission's decisions do not constitute legally binding precedents, nor will their collective weight over time amount to an authoritative body of common law. They could not be declaratory of the validity of any law. Moreover, as constitutional determinations respecting s. 91(24) or s. 35, the Commission's rulings would be reviewable, on a correctness basis, in a superior court on judicial review: *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, at para. 40; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at

Certes, dans le domaine administratif, la ligne de démarcation entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative est parfois floue. Pensons aux tribunaux administratifs, tels le Tribunal de la concurrence et les commissions des valeurs mobilières provinciales, qui établissent et mettent en œuvre des politiques au moment de trancher des litiges. En fait, la jurisprudence de notre Cour portant sur la norme de contrôle tient compte de la déférence qui peut s'imposer dans le cas où un tribunal administratif spécialisé exerce simultanément une fonction juridictionnelle et une fonction d'établissement de politiques pouvant parfois être perçue comme une fonction législative : *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 28; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 48. Il faut cependant établir une distinction cruciale entre un organisme administratif habilité par une loi valide à établir des politiques dans un domaine relevant de la compétence du législateur et un organisme administratif provincial appelé, dans l'accomplissement de sa mission, à trancher accessoirement une question de droit constitutionnel ou de droit fédéral. Personne n'a laissé entendre que la Constitution permet à la législature d'habiliter un organisme administratif à trancher des questions de droit autochtone en fonction de considérations de politique favorables à la province.

Deuxièmement, bien que tant les tribunaux administratifs que les cours de justice créés par une province puissent examiner la Constitution et les lois fédérales, il reste que l'intimé a oublié un élément important qui les distingue. Contrairement aux jugements d'une cour de justice, les décisions de la commission ne constituent pas de la jurisprudence, pas plus que leur importance collective contribue avec le temps à en faire un ensemble de règles de common law. Elles ne sauraient constituer une déclaration de validité de quelque règle de droit que ce soit. De plus, en tant que décisions sur des questions de droit constitutionnel relatives au par. 91(24) ou à l'art. 35, les décisions de la commission seraient sujettes au contrôle judiciaire d'une cour supérieure, selon le critère de la décision correcte : *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de*

para. 23; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. To avoid judicial review, the Commission would have to identify, interpret, and apply correctly the relevant constitutional and federal rules and judicial precedents. As a result of the contrast between the general application of a provincial law by a court and the specific, non-binding effect of a board's particular decision, there is a substantial difference.

(6) The Present Role of the Commission and the Core of Indianness

The preceding point brings me to consider the role of the Commission in this case. Recall that the general prohibition against cutting Crown timber appears in s. 96(1) of the Code, and is not attacked in this appeal. The question, then, is not whether that prohibition unjustifiably infringes an aboriginal right. The question is whether provisions that would enable the Commission to hear a defence of aboriginal right are unconstitutional. I have already noted that the determinations of the Commission respecting aboriginal rights would be reviewable on a correctness standard. Provincial officials cannot initiate any inquiry into aboriginal rights before the Commission. Instead, a question of aboriginal law will arise only when a respondent raises an aboriginal right before the Commission in seeking relief from a general prohibition or other regulatory provision in the Code. I do not see how, by raising a defence of aboriginal right, a respondent should be able to alter the primary jurisdiction of the Commission or halt its proceedings. The nature of a particular defence should be seen as secondary to the Commission's primary jurisdiction. A person accused of violating the Code should not be able to oust the Commission's jurisdiction relating to forestry simply by raising a particular defence and thereby highlighting a constitutional dimension of the main issue. In any event, constitutional law doctrines aside, I think it would be most convenient for aboriginal persons to seek the relief afforded by their constitutionally protected rights as early as possible within

l'énergie), [1998] 1 R.C.S. 322, par. 40; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 23; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Pour éviter un contrôle judiciaire, la commission devrait dégager, interpréter et appliquer correctement les règles de droit constitutionnel et de droit fédéral, ainsi que la jurisprudence applicables. Vu le contraste entre l'application générale d'une règle de droit provinciale par une cour de justice et l'effet particulier non contraignant de la décision d'un organisme administratif, il existe une différence marquée.

(6) Le rôle actuel de la commission et l'essentiel de l'indianité

L'observation qui précède m'amène à examiner le rôle de la commission en l'espèce. Rappelons que l'interdiction générale de la coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne est énoncée au par. 96(1) du Code et n'est pas contestée dans le présent pourvoi. La question n'est donc pas de savoir si cette interdiction porte une atteinte injustifiable à un droit ancestral. Il s'agit plutôt de savoir si des dispositions qui habiliteraient la commission à entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral seraient inconstitutionnelles. J'ai déjà fait observer que les décisions de la commission touchant les droits ancestraux pourraient faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. Les fonctionnaires provinciaux ne peuvent pas déclencher un examen des droits ancestraux devant la commission. Au contraire, une question de droit autochtone ne se posera que si un intimé revendique un droit ancestral devant la commission afin d'échapper à l'application d'une interdiction générale ou d'une autre disposition réglementaire du Code. Je ne vois pas comment, en invoquant un moyen de défense fondé sur un droit ancestral, un intimé devrait pouvoir modifier la compétence principale de la commission ou interrompre les procédures qui se déroulent devant elle. Il faut considérer que la nature d'un moyen de défense a une importance secondaire comparativement à la compétence fondamentale de la commission. La personne accusée de violation du Code ne doit pas être en mesure d'écarter la compétence de la commission en matière de ressources forestières en invoquant

the mechanisms of the administrative and judicial apparatus.

33

The respondent has failed to grasp the distinction between adjudication by a provincially created tribunal, on the one hand, and limits on regulation by a province of a matter under federal competence, on the other. Taking this distinction into account, I cannot see how the ability to hear a defence based on s. 35 would constitute an indirect intrusion on the defining elements of “Indianness”. The “core” of Indianness has not been exhaustively defined. It encompasses the whole range of aboriginal rights that are protected by s. 35(1): *Delgamuukw*, *supra*, at para. 178. For present purposes, it is perhaps more easily defined negatively than positively. The core has been held not to include labour relations (*Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031) and highway traffic regulation on reserves (*R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025). On the evidence adduced in *Kitkatla Band*, *supra*, at para. 70, the status or capacity of Indians was found not to be impaired by the impugned *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187. Given that these substantive matters were held not to go to the core of Indianness, I cannot see how the procedural question in this appeal can. The respondent has failed to demonstrate that the procedural right to raise at first instance a defence of aboriginal rights in a superior court, as opposed to before a provincially constituted tribunal, such as the Commission, goes to the core of Indianness.

34

I conclude, therefore, primarily on the basis that adjudication is distinct from legislation, that the Legislature of British Columbia has the constitutional power to enable the Commission to determine questions relative to aboriginal rights as

simplement un moyen de défense particulier et en faisant, de ce fait, ressortir un aspect constitutionnel de la question principale. De toute façon, abstraction faite des principes de droit constitutionnel, je pense que les autochtones auraient tout avantage à invoquer le plus tôt possible, devant les tribunaux administratifs et judiciaires, la protection offerte par les droits que leur garantit la Constitution.

L’intimé n’a pas compris la distinction entre la décision d’un tribunal administratif provincial, d’une part, et les limites de la réglementation provinciale d’une matière relevant de la compétence fédérale, d’autre part. Compte tenu de cette distinction, je ne vois pas comment le pouvoir d’entendre un moyen de défense fondé sur l’art. 35 constituerait un empiétement indirect sur les éléments qui délimitent l’« indianité ». L’« essentiel » de l’indianité n’a pas été défini de manière exhaustive. Il englobe l’ensemble des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) : *Delgamuukw*, précité, par. 178. Pour les besoins de la présente affaire, il peut être plus facile de le définir en précisant ce qu’il n’englobe pas plutôt que ce qu’il englobe. On a statué que l’essentiel ne comprenait ni les relations du travail (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031), ni la réglementation de la circulation à l’intérieur des réserves (*R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025). Dans l’arrêt *Bande Kitkatla*, précité, par. 70, la Cour a jugé que, compte tenu de la preuve déposée, la loi attaquée, à savoir la *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187, ne portait atteinte ni au statut ni aux droits des Indiens. Du fait qu’il a été jugé que ces questions de fond ne touchent pas à l’essentiel de l’indianité, je ne vois pas comment la question procédurale pourrait le faire en l’espèce. L’intimé n’a pas démontré que le droit procédural d’invoquer, en premier ressort, un moyen de défense fondé sur des droits ancestraux devant une cour supérieure, plutôt que devant un tribunal administratif provincial telle la commission, touche à l’essentiel de l’indianité.

En conséquence, compte tenu essentiellement de la distinction qui existe entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, je conclus que la Constitution permet à la législature de la Colombie-Britannique d’habiliter la commission

they arise in the execution of its valid provincial mandate respecting forestry. I turn now to the question of whether the provisions of the Code in force at the time of this appeal's events actually gave such a power to the Commission.

(7) The Disguised Claim of Bias

There was much discussion in the written and oral submissions concerning the unsuitability of any organ created by the Province of British Columbia hearing an argument relating to s. 35 rights. The concern, evidently, is that the significant number of aboriginal land claims in the Province assure that the interests of the Province are adverse to those of aboriginal persons. As I understand it, this argument is not one of constitutional law. It finds no place within the doctrine that has accreted around the division of powers. It strikes me more as an administrative law argument respecting the Commission's impartiality. The constitutional determination made here says nothing either way about the impartiality of the Commission, and does not preclude a fact-specific argument being raised in the future in the context of a particular constituted board and its practice: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, at paras. 44 and 197; *Matsqui, supra*, at pp. 67-72. In short, the potential bias argument is irrelevant to the constitutional division of powers issue.

B. *Statutory Interpretation: Does the Code Empower the Commission to Hear and Decide Section 35 Questions?*

(1) Are Section 35 Questions Distinct From Other Constitutional Matters?

As a preliminary issue, I note that there is no basis for requiring an express empowerment that

à trancher des questions relatives aux droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée en matière de ressources forestières. Je vais maintenant examiner si les dispositions du Code en vigueur au moment où sont survenus les faits à l'origine du présent pourvoi conféraient réellement un tel pouvoir à la commission.

(7) L'argument déguisé de la partialité

Les plaidoiries et les observations écrites traitent abondamment de l'inopportunité qu'un organisme créé par la province de la Colombie-Britannique entende un argument relatif aux droits garantis par l'art. 35. Il est clair que l'on s'inquiète du fait que les nombreuses revendications territoriales des autochtones dans cette province font en sorte que la province et les autochtones ont des intérêts opposés. Si je comprends bien, cet argument n'a pas trait au droit constitutionnel. Il n'a rien à voir avec les théories qui se sont développées au sujet du partage des compétences. Il m'apparaît tenir davantage d'un argument de droit administratif concernant l'impartialité de la commission. La décision constitutionnelle rendue en l'espèce ne précise rien dans un sens ou dans l'autre en ce qui concerne l'impartialité de la commission et elle n'empêche pas qu'un argument fondé sur des faits particuliers soit avancé, à l'avenir, dans le contexte d'un organisme administratif particulier et de sa procédure : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, par. 44 et 197; *Matsqui*, précité, p. 67-72. Bref, l'argument du risque de partialité n'est pas pertinent en ce qui concerne la question du partage des compétences dans la Constitution.

B. *Interprétation de la loi : Le Code habilite-t-il la commission à entendre et à trancher des questions concernant l'art. 35?*

(1) Les questions concernant l'art. 35 différentes des autres questions de droit constitutionnel?

À titre préliminaire, je souligne que rien ne justifie d'exiger une attribution expresse de

an administrative tribunal be able to apply s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. There is no persuasive basis for distinguishing the power to determine s. 35 questions from the power to determine other constitutional questions, such as the division of powers under the *Constitution Act, 1867* or a right under the *Charter*. Section 35 is not, any more than the *Charter*, “some holy grail which only judicial initiatives of the superior courts may touch” (*Cooper, supra*, at para. 70, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting). This Court has rejected the theory that Indian reserves are federal “enclaves” from which provincial laws are excluded: Hogg, *supra*, at p. 27-10, discussing *Francis, supra*; *Four B, supra*. Similarly, aboriginal rights do not constitute an enclave that excludes a provincially created administrative tribunal from ruling, at first instance, on the border between those aboriginal rights and a provincial law of general application. The arguments that s. 35 rights are qualitatively different — that they are more complex, and require greater expertise in relation to the evidence adduced — have little merit. As Moen J. noted in *Ermineskin Cree Nation v. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760, at para. 51, in determining that a Human Rights Tribunal had jurisdiction to consider a s. 35 argument:

[T]here is no principled basis for distinguishing *Charter* questions from s. 35 questions in the context of the Tribunal’s jurisdiction to consider constitutional questions. In either case, the decision-maker is simply applying the tests set out in the case law to determine if the particular right claimed is protected by the *Constitution*. In either case, if the applicant is successful, the result is a declaration of invalidity or a refusal to apply only the particular statute or provision before the decision-maker.

To the extent that aboriginal rights are unwritten, communal or subject to extinguishment, and thus a factual inquiry is required, it is worth noting that administrative tribunals, like courts, have fact-finding functions. Boards are not necessarily in an

compétence pour qu’un tribunal administratif soit capable d’appliquer l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n’y a aucune raison sérieuse de distinguer le pouvoir de trancher des questions relatives à l’art. 35 de celui de se prononcer sur d’autres questions de droit constitutionnel — comme le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* — ou sur un droit garanti par la *Charte*. L’article 35 n’est pas plus que la *Charte* « un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder » (*Cooper, précité*, par. 70, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente). Notre Cour a rejeté la théorie voulant que les réserves indiennes soient des « enclaves » fédérales où ne s’appliquent pas les lois provinciales : Hogg, *op. cit.*, p. 27-10, analysant les arrêts *Francis* et *Four B*, précités. De même, les droits ancestraux ne constituent pas une enclave où les tribunaux administratifs provinciaux ne peuvent pas se prononcer, en premier ressort, sur la ligne qui sépare ces droits ancestraux d’une loi provinciale d’application générale. Les arguments voulant que les droits garantis par l’art. 35 soient qualitativement différents — qu’ils soient plus complexes et exigent une plus grande expertise relativement à la preuve produite — sont peu fondés. Comme le fait observer le juge Moen dans la décision *Ermineskin Cree Nation c. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760, par. 51, en décidant qu’un tribunal des droits de la personne était compétent pour examiner un argument fondé sur l’art. 35 :

[TRADUCTION] [I]l n’y a aucune raison fondée sur des principes de distinguer les questions relatives à la *Charte* et de celles relatives à l’art. 35, dans le contexte du pouvoir du tribunal d’examiner des questions de droit constitutionnel. Dans les deux cas, l’instance décisionnelle ne fait qu’appliquer les critères énoncés dans la jurisprudence pour déterminer si un droit revendiqué est protégé par la *Constitution*. Dans les deux cas, si le demandeur a gain de cause, il s’ensuit une déclaration d’invalidité ou un refus d’appliquer seulement la loi ou la disposition en cause devant l’instance décisionnelle.

Dans la mesure où les droits ancestraux sont des droits non écrits, collectifs ou susceptibles d’extinction, et où un examen des faits est donc requis, il convient de noter que, à l’instar des cours de justice, les tribunaux administratifs remplissent des

inferior position to undertake such tasks. Indeed, the more relaxed evidentiary rules of administrative tribunals may in fact be more conducive than a superior court to the airing of an aboriginal rights claim.

One difficulty with the argument about complexity is that it is difficult to draw the line between simple questions of aboriginal law, that boards like the Commission should be able to hear, and complex questions. In the hearing, counsel for the appellants was unable to provide a principled and convincing way to distinguish aboriginal law questions simple enough and therefore appropriate for the Commission from those that, in her view, were not. A member of the Court asked counsel for the appellants whether the Commission would be able to determine whether a person charged with an infraction was an Indian for the purposes of applying a superior court's declaration delineating an aboriginal right. Counsel replied that that would simply be a factual determination and well within the Commission's competency. She had no response, however, to the rejoinder that even ostensibly "factual" questions of aboriginal status can routinely engage more complex questions of s. 35 and federal aboriginal rights. The nature of the question (fact, mixed fact and law, or law) assists in determining the standard of review for decisions by administrative tribunals: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748. Such distinctions are not watertight enough, however, to serve as the basis for determining a board's jurisdiction to hear and decide a question. A further unconvincing argument was that aboriginal rights are, today, complicated and in a state of flux, but that in the future, when they have been settled, it may be appropriate for administrative tribunals to consider them. Again, such lines are not easily enough drawn for that to be the judicial test. The Attorney General of British Columbia presented no workable way of taking from administrative tribunals the complicated aboriginal law issues and leaving with them the simpler aboriginal law issues that they could resolve speedily

fonctions de constatation des faits. Les organismes administratifs ne sont pas nécessairement moins bien placés pour accomplir ces tâches. En fait, les règles de preuve plus souples des tribunaux administratifs peuvent se prêter mieux que celles d'une cour supérieure à la revendication de droits ancestraux.

Le problème que pose l'argument relatif à la complexité est qu'il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre les simples questions de droit autochtone que les organismes administratifs, comme la commission, doivent être compétents pour trancher, et les questions complexes. À l'audience, l'avocate des appelants a été incapable d'énoncer une façon convaincante et fondée sur des principes de distinguer les questions de droit autochtone qui sont assez simples pour relever de la commission de celles qui, à son avis, ne le sont pas. Un juge de notre Cour a demandé à l'avocate des appelants si, pour appliquer une déclaration d'une cour supérieure délimitant un droit ancestral, la commission aurait compétence pour déterminer si une personne accusée d'une infraction est un Indien. L'avocate a répondu que ce serait simplement une décision portant sur une question de fait qui relèverait parfaitement de la compétence de la commission. Elle n'a toutefois rien trouvé à répondre à la réplique que, même les questions manifestement « factuelles » touchant le statut d'Indien peuvent couramment faire intervenir des questions plus complexes relatives à l'art. 35 et aux droits ancestraux relevant de la compétence fédérale. La nature de la question (de fait ou de droit, ou encore mixte de fait et de droit) aide à déterminer la norme de contrôle applicable aux décisions des tribunaux administratifs : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. Toutefois, ces distinctions ne sont pas suffisamment étanches pour étayer une décision qu'un organisme administratif a compétence pour entendre et trancher une question. Un autre argument non convaincant était que, de nos jours, les droits ancestraux sont compliqués et en évolution constante, mais qu'à l'avenir, lorsqu'ils auront été délimités, il pourrait convenir que des tribunaux administratifs les examinent. Là encore, il n'est pas suffisamment facile de tracer de telles lignes de démarcation pour

and satisfactorily, in the best interests of all concerned.

38 I conclude, therefore, that there is no principled basis for distinguishing s. 35 rights from other constitutional questions.

(2) The Appropriate Test: the Power to Determine Questions of Law

39 The facts and arguments in this appeal and those in *Martin, supra*, have presented this Court with an opportunity to review its jurisprudence on the power of administrative tribunals to determine questions of constitutional law. As Gonthier J. notes in *Martin*, at para. 34, the principle of constitutional supremacy in s. 52 of the *Constitution Act, 1982* leads to a presumption that all legal decisions will take into account the supreme law of the land. “In other words”, as he writes, “the power to decide a question of law is the power to decide by applying only valid laws” (para. 36). One could modify that statement for the present appeal by saying that the power of an administrative board to apply valid laws is the power to apply valid laws only to those factual situations to which they are constitutionally applicable, or to the extent that they do not run afoul of s. 35 rights. This Court’s decision in *Cooper, supra*, has too easily been taken as suggesting that practical considerations relating to a tribunal may readily overcome this presumption. I am of the view that the approach set out in *Martin*, in the context of determining a tribunal’s power to apply the *Charter*, is also the approach to be taken in determining a tribunal’s power to apply s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The essential question is whether the empowering legislation implicitly or explicitly grants to the tribunal the jurisdiction to interpret or decide any question of law. If it does, the tribunal will be presumed to have the

en faire le critère applicable en justice. Le procureur général de la Colombie-Britannique n’a présenté aucun moyen réaliste de soustraire les questions de droit autochtone compliquées à l’examen des tribunaux administratifs, pour ne leur laisser que les questions de droit autochtone plus simples qu’ils pourraient régler de façon rapide et satisfaisante, dans le meilleur intérêt de toutes les parties intéressées.

Je conclus donc qu’il n’y a aucune raison fondée sur des principes de distinguer les droits visés à l’art. 35 des autres questions de droit constitutionnel.

(2) Le critère applicable : le pouvoir de trancher des questions de droit

Les faits et les arguments du présent pourvoi et ceux de l’arrêt *Martin*, précité, ont permis à notre Cour de revoir sa jurisprudence relative au pouvoir des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel. Comme le fait observer le juge Gonthier dans l’arrêt *Martin*, par. 34, le principe de la suprématie de la Constitution, à l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, amène à présumer que toute décision portant sur une question de droit tient compte de la loi suprême du pays. « En d’autres termes », écrit-il, « le pouvoir de trancher une question de droit s’entend du pouvoir de la trancher en n’appliquant que des règles de droit valides » (par. 36). Pour les besoins du présent pourvoi, on pourrait modifier cet énoncé en disant que le pouvoir d’un organisme administratif d’appliquer des règles de droit valides est le pouvoir d’appliquer ces règles uniquement aux situations de fait auxquelles elles sont constitutionnellement applicables, ou encore dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits garantis par l’art. 35. L’arrêt *Cooper*, précité, de notre Cour a trop aisément été interprété comme indiquant que cette présomption peut facilement être réfutée au moyen de considérations pratiques relatives au tribunal administratif en cause. Je suis d’avis que l’approche adoptée dans l’arrêt *Martin* pour décider si un tribunal administratif peut appliquer la *Charte* est également celle qui doit être adoptée pour décider si un tribunal

concomitant jurisdiction to interpret or decide that question in light of s. 35 or any other relevant constitutional provision. Practical considerations will generally not suffice to rebut the presumption that arises from authority to decide questions of law. This is not to say, however, that practical considerations cannot be taken into consideration in determining what is the most appropriate way of handling a particular dispute where more than one option is available.

The parties spent some time discussing the relationship between a tribunal's remedial powers and its jurisdiction to hear particular categories of legal questions. The appellants referred the Court to *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"), and *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82. In those cases, this Court articulated a functional and structural approach for determining whether an inferior court is a "court of competent jurisdiction" for the purposes of granting a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. It was suggested in the hearing that the test in *Dunedin* gives credit to the view that remedial powers are a central feature to determine jurisdiction, that *Dunedin* and *Hynes* can be read broadly as indicating that there are distinctions between particular subject matters of constitutional law, and that implied jurisdiction to consider general questions of law may include only certain questions concerning the constitutional validity of the tribunal's enabling statute. I cannot accept these points. First, this Court has already recognized that the power to find a statutory provision of no effect, by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, is distinct from the remedial power to invoke s. 24(1) of the *Charter*: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 31. In other words, an inferior court's remedial

administratif peut appliquer l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agit essentiellement de savoir si la loi habilitante accorde implicitement ou expressément au tribunal administratif le pouvoir d'examiner ou de trancher toute question de droit. Dans l'affirmative, ce tribunal est présumé posséder le pouvoir concomitant d'examiner ou de trancher cette question à la lumière de l'art. 35 ou de toute disposition constitutionnelle pertinente. En général, les considérations pratiques ne suffisent pas pour réfuter la présomption découlant du pouvoir de trancher des questions de droit. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il n'est pas possible de tenir compte de considérations pratiques pour déterminer quelle solution convient le mieux pour régler un différend lorsqu'il existe plusieurs possibilités.

Les parties ont consacré un certain temps à l'analyse du lien entre les pouvoirs de réparation d'un tribunal administratif et sa compétence pour entendre des catégories particulières de questions de droit. Les appelants ont mentionné les arrêts *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »), et *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, 2001 CSC 82, où notre Cour a adopté une approche fonctionnelle et structurelle pour décider si une cour d'instance inférieure est un « tribunal compétent » pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. On a laissé entendre, à l'audience, que le critère de l'arrêt *Dunedin* étaye le point de vue selon lequel les pouvoirs de réparation revêtent une importance cruciale lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence de compétence, qu'il est possible de donner aux arrêts *Dunedin* et *Hynes* une interprétation large en considérant qu'ils indiquent l'existence de distinctions entre certaines matières relevant du droit constitutionnel et que la compétence implicite pour examiner des questions de droit générales ne peut viser que certaines questions relatives à la constitutionnalité de la loi habilitante du tribunal administratif en cause. Je ne puis souscrire à ces observations. Premièrement, notre Cour a déjà reconnu que le pouvoir de déclarer une disposition législative inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est distinct du pouvoir d'accorder une réparation procédant

powers are not determinative of its jurisdiction to hear and determine constitutional issues. In any case, s. 35 is part of the *Constitution Act, 1982*, but not of the *Charter*. Accordingly, there is no issue whatsoever of remedies under s. 24(1), and the Commission's remedial powers are not before us in the present appeal. Second, this Court's decisions in *Dunedin* and *Hynes* dealt, in two different contexts, with the same question: Was there a "court of competent jurisdiction" for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*? In *Dunedin*, *supra*, at para. 73, McLachlin C.J. held that, where there is no express legislative intention to grant jurisdiction, jurisdiction may nonetheless be implied from the structure of the tribunal's enabling legislation, the powers conferred on the tribunal, the function it performs, and its overall context. The inquiry in those cases, and prior ones, such as *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, arises from the term "court of competent jurisdiction" in s. 24(1). The test developed for applying that term should not, in my view, be taken as suggesting that, outside that unique context, there will be lines drawn between the kinds of constitutional questions that a tribunal is able to hear.

(3) Application of the Test

(a) *The Statutory Scheme*

41

In my view, it is clear that the statutory mandate given to the Commission by the Code requires the Commission to determine questions of law. Consider s. 131(8):

131 . . .

(8) A party may

. . . .

du par. 24(1) de la *Charte* : *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 31. Autrement dit, les pouvoirs de réparation d'une cour d'instance inférieure ne sont pas déterminants en ce qui concerne sa compétence pour entendre et trancher des questions de droit constitutionnel. De toute façon, l'art. 35 fait partie de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non de la *Charte*. En conséquence, il n'est aucunement question des réparations visées au par. 24(1) et, en l'espèce, nous ne sommes pas saisis de la question des pouvoirs de réparation de la commission. Deuxièmement, les arrêts *Dunedin* et *Hynes* de notre Cour portaient, dans deux contextes différents, sur la même question : Était-on en présence d'un « tribunal compétent » pour agir en vertu du par. 24(1) de la *Charte*? Dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 73, la juge en chef McLachlin a décidé que, lorsqu'elle n'est pas indiquée expressément, l'intention du législateur d'attribuer compétence peut néanmoins être inférée de l'économie de la loi habilitante du tribunal en question, des pouvoirs qui lui sont conférés, de la fonction de ce tribunal et du contexte global dans lequel il exerce ses activités. L'examen effectué dans ces arrêts et d'autres qui les ont précédé, comme *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, résulte de l'expression « tribunal compétent » figurant au par. 24(1). Le critère servant à appliquer cette expression ne doit pas, à mon sens, être interprété comme indiquant que, en dehors de ce contexte exceptionnel, des lignes de démarcation sont tracées entre les types de questions de droit constitutionnel qu'un tribunal administratif est compétent pour entendre.

(3) Application du critère

a) *Le régime établi par la loi*

À mon avis, il est clair que la mission que le Code confie à la commission l'oblige à trancher des questions de droit. Voyons le par. 131(8) :

[TRADUCTION]

131 . . .

(8) Une partie peut

. . . .

- (d) make submissions as to facts, law and jurisdiction.

The provision providing for an appeal is also revealing:

- 141** (1) The minister or a party to the appeal before the commission may, within 3 weeks after being given the decision of the commission and by application to the Supreme Court, appeal the decision of the commission on a question of law or jurisdiction.

These provisions make it impossible, in my reading of the Code, to sustain the argument that the Commission, an adjudicative body, determines purely factual matters. Moreover, the Commission's past decisions reveal that it has, in the conduct of its mandate, been determining legal questions including, for example, the availability of protections guaranteed by s. 11 of the *Charter*; application of the principle of double jeopardy; availability of the defences of due diligence, estoppel and officially induced error; and application of the principle *de minimis non curat lex*.

I note, in passing, that the *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69, s. 77, introduced amendments providing the Minister the power to require the holder of an agreement to remedy or mitigate "a potential, unjustifiable infringement of an aboriginal right, including aboriginal title". The Minister's order would be appealable to the Commission (ss. 80 and 82). The Commission noted in its factum (at para. 46), "[a]ccordingly, despite the Province's position in this Court that the Commission is incapable of dealing with 'aboriginal rights issues', the Legislative Assembly has seen fit very recently to bring those very same issues before the Commission." Those amendments are not in force. Indeed, on May 29, 2003, the Legislative Assembly gave First Reading to Bill 69, the *Forest and Range Practices Amendment Act, 2003 (Debates of the Legislative Assembly, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 37th Parl.,*

- d) présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence.

La disposition prévoyant un droit d'appel est également révélatrice :

[TRANSDUCTION]

- 141** (1) Le ministre ou une partie à l'appel devant la commission peut, dans les 3 semaines après s'être vu remettre la décision de la commission et en présentant une demande en ce sens à la Cour suprême, appeler de la décision de la commission sur une question de droit ou de compétence.

Selon mon interprétation du Code, ces dispositions font en sorte qu'il est impossible de soutenir que la commission, un organisme juridictionnel, tranche de simples questions de fait. De plus, les décisions antérieures de la commission révèlent qu'elle a, dans l'accomplissement de sa mission, tranché des questions de droit touchant notamment la possibilité d'invoquer les garanties de l'art. 11 de la *Charte*, l'application du principe de la protection contre la double incrimination, la possibilité d'invoquer les moyens de défense fondés sur la diligence raisonnable, la préclusion et l'erreur provoquée par une personne en autorité, ainsi que l'application du principe *de minimis non curat lex*.

Je souligne, en passant, que la *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, ch. 69, art. 77, a introduit des modifications conférant au ministre le pouvoir d'obliger le bénéficiaire d'un accord à réparer ou à limiter [TRANSDUCTION] « une violation potentielle et injustifiable d'un droit ancestral, y compris du titre aborigène ». L'arrêté ministériel est susceptible d'appel devant la commission (art. 80 et 82). La commission a fait observer, au par. 46 de son mémoire, que [TRANSDUCTION] « [p]ar conséquent, malgré la position que la province a adoptée devant la présente Cour, à savoir que la commission n'a pas le pouvoir de trancher des "questions de droits ancestraux", l'assemblée législative a jugé bon, tout récemment, de saisir la commission de ces mêmes questions. » Ces modifications ne sont pas en vigueur. En réalité, le 29 mai 2003, l'assemblée législative a procédé à la première lecture du projet de loi 69, intitulé *Forest and Range Practices*

p. 7108), which would amend s. 77 (ss. 36 and 39 of Bill 69). It would be inappropriate to rely on s. 77, and it is unnecessary to do so for my analysis.

(b) *The Nature of an Appeal to the Commission*

43

The respondent Mr. Paul made an argument based on the Commission's role within the forestry administrative scheme. He submitted that the Commission is an appeal board without power to deal with a dispute *de novo*. Therefore, he submits, the Commission's jurisdiction is limited in the same way as that of the District Manager and Administrative Review Panel. These bodies were found, by the chambers judge, to have no jurisdiction to determine whether a s. 35 right could be invoked. It is unnecessary for the purposes of this appeal to pronounce upon the jurisdiction of the District Manager and the Administrative Review Panel. Assuming for argument's sake, however, that Pitfield J. was correct, I reject the respondent's argument that it would necessarily follow that the Commission could not have a broader jurisdiction than the two decision makers below. In support of his position, the respondent referred to two cases, *Dupras v. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266 (C.A.), and *McKenzie v. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53 (C.A.), leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vii. Both relate to the right of appeal to the Supreme Court of British Columbia from a decision of the Chief Gold Commissioner under provincial mining legislation. Both involved Rule 49 of the British Columbia *Supreme Court Rules*. The Court of Appeal in both cases held that the right of appeal did not permit a trial *de novo*.

44

I wish in no respect to comment on the validity of those decisions in their proper context or on the interpretation of Rule 49. Those cases, however, dealt with an appeal from an administrative scheme to a superior court. It was on

Amendment Act, 2003 (Debates of the Legislative Assembly, vol. 16, n° 7, 4^e sess., 37^e lég., p. 7108), visant à modifier l'art. 77 (art. 36 et 39 du projet de loi 69). Il ne convient pas d'invoquer l'art. 77 et il n'est pas nécessaire de le faire pour les besoins de mon analyse.

b) *La nature d'un appel devant la commission*

L'intimé, M. Paul, a avancé un argument fondé sur le rôle de la commission dans le régime administratif applicable aux ressources forestières. Il a fait valoir que la commission est une commission d'appel inhabile à entendre un litige *de novo*. En conséquence, prétend-il, la compétence de la commission est limitée de la même manière que celle du chef de district et du comité de révision administrative. Le juge en chambre a conclu que ces organismes n'avaient pas compétence pour décider si un droit visé à l'art. 35 pouvait être revendiqué. Il n'est pas nécessaire, pour les besoins du présent pourvoi, de se prononcer sur la compétence du chef de district et du comité de révision administrative. À supposer, toutefois, pour les fins de la discussion, que le juge Pitfield ait eu raison, je rejette l'argument de l'intimé voulant qu'il s'ensuive nécessairement que la commission ne peut pas avoir une compétence plus large que les deux instances décisionnelles inférieures. L'intimé cite deux décisions à l'appui de son point de vue, à savoir *Dupras c. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266 (C.A.), et *McKenzie c. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vii. Ces deux affaires concernent le droit d'interjeter appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique contre une décision du commissaire en chef de l'or fondée sur la loi provinciale relative aux mines. Dans les deux cas, il était question de l'art. 49 des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique. Dans les deux cas également, la Cour d'appel a décidé que le droit d'appel n'autorisait pas la tenue d'un procès *de novo*.

Je ne tiens absolument pas à commenter la validité de ces arrêts dans le contexte qui leur est propre, ni en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 49. Il y était toutefois question d'un appel interjeté devant une cour supérieure, dans le cadre

precisely that basis that the Court of Appeal in *British Columbia Chicken Marketing Board v. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473, recently distinguished *Dupras*. The issue there was a statutory appeal from the Chicken Marketing Board to the Marketing Board. The former was not an adjudicative body. In contrast, the Marketing Board almost always conducted hearings with witnesses, sworn testimony and oral submissions; provided the opportunity for parties to be represented by counsel; and gave reasons for its decisions. The Court of Appeal held that the statutory appeal to the Marketing Board was a full hearing on the merits, there being no suggestion that significant deference was owed to the lower board. The chambers judge had erred in applying *Dupras*, an appeal from a specialized statutory office to a superior court, not an appeal within an administrative scheme to a specialized appeal board. The Marketing Board was not a generalist court, but a specialized tribunal expected to use its expertise. That expertise would be squandered if the Marketing Board were bound to defer to the lower board and restrict its inquiry to the grounds before the lower board (paras. 11-14). I note that in the case of an appeal from a tribunal to a superior court, as opposed to an appeal within an administrative scheme, the reviewing judge will follow the pragmatic and functional approach to determine the appropriate standard of review: *Dr. Q, supra*, at para. 25. This Court's decision in *Tétreault-Gadoury, supra*, is another relevant example. In that case, again within an administrative scheme, only the umpire was expressly given powers to determine questions of law. This Court held that it was the umpire, who sat on appeal from the Board of Referees, who had the power to consider constitutional questions. La Forest J. noted that where the litigant has the possibility of an administrative appeal before a body with the power to consider constitutional arguments, the need for determination of the constitutional issue by the tribunal of original jurisdiction is clearly less (p. 36). That conclusion would have been impossible if, as a general proposition, an appeals tribunal could not consider issues not raised below. I see no basis

d'un régime administratif. C'est exactement pour ce motif que, dans l'arrêt *British Columbia Chicken Marketing Board c. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473, la Cour d'appel a récemment établi une distinction d'avec l'arrêt *Dupras*. Il y était question d'un appel, prévu par la loi, que l'office de commercialisation du poulet avait interjeté devant l'office de commercialisation. L'office de commercialisation de poulet n'était pas un organisme juridictionnel. Par contre, l'office de commercialisation tient presque toujours une audience avec des témoins à qui il fait prêter serment et il entend des plaidoiries, permet aux parties de se faire représenter par un avocat et motive ses décisions. La Cour d'appel a décidé que l'appel prévu par la loi devant l'office de commercialisation constituait une audience complète au fond, alors que rien n'indiquait qu'il y avait lieu de faire montre de beaucoup de déférence à l'égard de l'office inférieur. Le juge en chambre avait commis une erreur en appliquant l'arrêt *Dupras*, qui concernait un appel qu'un office spécialisé créé par la loi avait interjeté devant une cour supérieure, et non pas un appel interjeté devant une commission d'appel spécialisée, dans le cadre d'un régime administratif. L'office de commercialisation était non pas une cour généraliste, mais un tribunal spécialisé censé mettre à profit son expertise. Il gaspillerait cette expertise s'il était tenu de s'en remettre à l'organisme administratif inférieur et de limiter son enquête aux moyens dont celui-ci était saisi (par. 11-14). Je constate que, dans le cas d'un appel d'un tribunal administratif à une cour supérieure, par opposition à un appel interjeté dans le cadre d'un régime administratif, le juge qui effectue le contrôle judiciaire détermine la norme de contrôle applicable au moyen de la méthode pragmatique et fonctionnelle : *Dr Q*, précité, par. 25. L'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, de notre Cour est un autre exemple pertinent. Dans cette affaire, là encore dans le cadre d'un régime administratif, seul le juge-arbitre était expressément habilité à trancher des questions de droit. Notre Cour a décidé que c'était le juge-arbitre, qui siégeait en appel d'une décision du conseil arbitral, qui avait le pouvoir d'examiner des questions de droit constitutionnel. Le juge La Forest a souligné que, lorsque le justiciable a la possibilité

for prohibiting the Commission from hearing a s. 35 argument on the basis of the nature of the appeal.

d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question de droit constitutionnel par le tribunal de premier ressort est manifestement moins grand (p. 36). Il aurait été impossible de tirer cette conclusion si, en règle générale, un tribunal d'appel ne pouvait pas examiner des questions non soulevées devant l'instance inférieure. Je ne vois aucune raison d'interdire à la commission d'entendre un argument fondé sur l'art. 35 en raison de la nature de l'appel interjeté.

45 I conclude, therefore, that the Commission has the power to decide questions relating to aboriginal rights arising incidentally to forestry matters. No argument was made that the Legislature has expressly or by clear implication arising from the statutory scheme withdrawn from the Commission the power to determine related questions under s. 35 that will presumptively attend the power to determine questions of law. The Commission therefore has the power to hear and decide the incidental issues relating to Mr. Paul's defence of aboriginal rights.

Je conclus donc que la commission a le pouvoir de trancher des questions relatives aux droits ancestraux qui sont accessoires à celles qui se posent en matière de ressources forestières. Aucun argument n'a été avancé selon lequel la législature aurait, expressément ou selon ce qui ressort clairement du régime établi par la loi, retiré à la commission le pouvoir de trancher des questions connexes fondées sur l'art. 35, qui, présume-t-on, se rattache au pouvoir de trancher des questions de droit. La commission a donc le pouvoir d'entendre et de trancher les questions accessoires relatives au moyen de défense fondé sur des droits ancestraux, qu'invoque M. Paul.

III. Conclusion

III. Conclusion

46 For the reasons given above, I would allow the appeal. The province of British Columbia has legislative competence to endow an administrative tribunal with the capacity to consider a question of aboriginal rights in the course of carrying out its valid provincial mandate. More specifically, the Commission, by virtue of its power to determine legal questions, is competent to hear Mr. Paul's defence of his aboriginal right to harvest logs for renovation of his home.

Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. La province de la Colombie-Britannique a compétence législative pour habiliter un tribunal administratif à examiner une question de droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée. Plus précisément, en raison de son pouvoir de trancher des questions de droit, la commission est compétente pour entendre le moyen de défense de M. Paul voulant qu'il possède un droit ancestral de récolter des arbres pour rénover sa maison.

47 My conclusions mean that the Commission has jurisdiction to continue hearing all aspects of the matter of Mr. Paul's four seized logs. Unless he moves in the Supreme Court of British Columbia for a declaration respecting his aboriginal rights, Mr. Paul must present the evidence of his ancestral right to the Commission. As yet he has merely asserted his defence. If he is unsatisfied with the Commission's

Mes conclusions signifient que la commission est compétente pour poursuivre l'instruction de tous les aspects de l'affaire concernant la saisie des quatre troncs d'arbre que M. Paul avait en sa possession. À moins de demander à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre un jugement déclaratoire relativement à ses droits ancestraux, M. Paul doit faire la preuve de son droit ancestral devant la

determination of the relationship between his s. 35 rights and the prohibition against cutting trees in s. 96 of the Code, he can move for judicial review in the Supreme Court of British Columbia. The standard of review for the Commission's determinations concerning aboriginal law will be correctness.

The Attorney General of British Columbia and the Ministry of Forests, who are successful respecting the Province's legislative capacity but unsuccessful respecting the scope of the Commission's actual power, did not seek costs. The respondent, Mr. Paul, sought costs, but has been unsuccessful. Only the Commission, a party intervener, succeeded fully in this appeal. The Commission did not seek costs in this Court, but did request an order setting aside the costs award against it in the court below. In my view, this request should be granted, and accordingly the costs award in the Court of Appeal is set aside.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Can ss. 130 to 141 of the *Forest Practices Code of British Columbia*, S.B.C. 1994, c. 41, constitutionally apply *ex proprio vigore* to confer upon the Forest Appeals Commission jurisdiction to decide questions of law in respect of aboriginal rights or aboriginal title?

Answer: Yes. As a law of general application, the *Forest Practices Code of British Columbia* applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the "core of Indianness" and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

2. If the answer is "no", do the impugned provisions nonetheless apply to confer this jurisdiction by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5?

Answer: It is not necessary to answer this question.

commission. Jusqu'à maintenant, il s'est contenté d'invoquer son moyen de défense. S'il est insatisfait de la décision de la commission sur le lien entre ses droits garantis par l'art. 35 et l'interdiction de la coupe d'arbres énoncée à l'art. 96 du Code, il pourra demander un contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La norme de contrôle applicable aux décisions de la commission relatives au droit autochtone est celle de la décision correcte.

Le procureur général de la Colombie-Britannique et le ministère des Forêts, qui obtiennent gain de cause relativement à la compétence législative de la province, mais non quant à l'étendue du pouvoir réel de la commission, n'ont pas sollicité de dépens. L'intimé, M. Paul, a sollicité des dépens, mais n'a pas eu gain de cause. Seule la commission, intervenante, a eu entièrement gain de cause dans le présent pourvoi. La commission n'a pas sollicité de dépens devant notre Cour, mais elle a demandé une ordonnance annulant les dépens que la Cour d'appel lui a ordonné de verser. À mon avis, il y a lieu de faire droit à cette demande et d'annuler les dépens accordés par la Cour d'appel.

Je suis d'avis de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 130 à 141 du *Forest Practices Code of British Columbia*, S.B.C. 1994, ch. 41, s'appliquent-ils *ex proprio vigore*, d'une manière conforme à la Constitution, pour attribuer à la Forest Appeals Commission compétence pour trancher des questions de droit relatives aux droits ancestraux ou au titre aborigène?

Réponse : Oui. En tant que loi d'application générale, le Code s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l'essentiel de l'indianité » et n'est pas incompatible de manière injustifiable avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2. Dans la négative, les dispositions contestées s'appliquent-elles néanmoins pour attribuer cette compétence en raison de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5?

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

48

49

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent: Braker & Company, Port Alberni, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Forest Appeals Commission: Arvay Finlay, Victoria.

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

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

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

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

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

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

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

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Pape & Salter, Vancouver.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé : Braker & Company, Port Alberni, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante Forest Appeals Commission : Arvay Finlay, Victoria.

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

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

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

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

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

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

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

Procureurs de l'intervenant First Nations Summit : Pape & Salter, Vancouver.