

Minister of National Revenue *Appellant*

v.

Grand Chief Michael Mitchell also known as Kanentakeron *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Mohawk Council of Kahnawake, the Assembly of First Nations and the Union of New Brunswick Indians *Interveners*

INDEXED AS: MITCHELL v. M.N.R.

Neutral citation: 2001 SCC 33.

File No.: 27066.

2000: June 16; 2001: May 24.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to bring goods across St. Lawrence River for purposes of trade — Whether Mohawks of Akwesasne have right to bring goods into Canada from U.S. for trading purposes without paying customs duties — Whether claimed right incompatible with Canadian sovereignty — Constitution Act, 1982, s. 35(1).

Evidence — Aboriginal rights — Evidence to be adduced to establish aboriginal right — Assessment of evidence in aboriginal claims.

The respondent is a Mohawk of Akwesasne and a descendant of the Mohawk nation, one of the polities of the Iroquois Confederacy prior to the arrival of Europeans. In 1988, the respondent crossed the international border bearing goods purchased in the United States. He declared the goods to Canadian customs agents but asserted that aboriginal and treaty rights exempted him from paying duty. He was permitted to continue into Canada but advised he would be charged duty. The goods except some motor oil were presented to the

Ministre du Revenu national *Appelant*

c.

Grand Chef Michael Mitchell alias Kanentakeron *Intimé*

et

Procureur général du Québec, Procureur général du Nouveau-Brunswick, Procureur général du Manitoba, Procureur général de la Colombie-Britannique, Conseil des Mohawks de Kahnawake, Assemblée des Premières nations et Union of New Brunswick Indians *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MITCHELL c. M.R.N.

Référence neutre : 2001 CSC 33.

N° du greffe : 27066.

2000 : 16 juin; 2001 : 24 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales — Les Mohawks d'Akwesasne ont-ils le droit de rapporter au Canada des marchandises des États-Unis à des fins commerciales sans payer de droits de douane? — Le droit revendiqué est-il incompatible avec la souveraineté canadienne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Preuve — Droits ancestraux — Preuve nécessaire pour établir un droit ancestral — Appréciation de la preuve dans les revendications autochtones.

L'intimé est un Mohawk d'Akwesasne et un descendant de la nation Mohawk, une des entités politiques de la Confédération iroquoise avant l'arrivée des Européens. En 1988, l'intimé traverse la frontière internationale, apportant avec lui des marchandises achetées aux États-Unis. Il déclare les marchandises aux agents de douane canadiens, mais affirme qu'il a des droits ancestraux et des droits issus de traités qui l'exemptent du paiement de droits de douane. Il est autorisé à entrer au Canada, mais on l'informe qu'il devra payer des droits.

Mohawk community of Tyendinaga as gifts. The oil was taken to a store in Akwesasne for resale to members of that community. The respondent was served with a claim for unpaid duty and sought declaratory relief. The Federal Court, Trial Division held that the respondent had an aboriginal right to cross the border freely without having to pay customs duties on goods destined for personal and community use as well as for noncommercial scale trade with other First Nations. The Federal Court of Appeal affirmed an aboriginal right to bring goods into Canada duty-free, subject to limitations based on the evidence of the traditional range of Mohawk trading.

Held: The appeal should be allowed. The claimed aboriginal right has not been established. The respondent must pay duty on the goods imported into Canada.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ.: Under English colonial law, the pre-existing laws and interests of aboriginal societies were absorbed into the common law as rights upon the Crown's assertion of sovereignty unless these rights were surrendered, extinguished or inconsistent with Crown sovereignty. The enactment of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* accorded constitutional status to existing aboriginal and treaty rights, including the aboriginal rights recognized at common law. However, the government retained the jurisdiction to limit aboriginal rights for justifiable reasons in the pursuit of substantial and compelling public objectives. The test to establish an aboriginal right focuses on the integral, defining features of the relevant aboriginal society before the Crown's assertion of sovereignty. A claimant must prove that a modern practice, custom or tradition has a reasonable degree of continuity with a practice, tradition or custom that was in existence prior to contact with the Europeans. The practice, tradition or custom must have been integral to the distinctive culture of the aboriginal people in the sense that it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the aboriginal people's identity.

The initial step is to ascertain the true nature of the claimed right, without assessing its merits or artificially broadening or narrowing the right. This requires examining (1) the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right; (2) the nature of the governmental legislation or action

Il fait présent à la communauté mohawk de Tyendinaga des marchandises, sauf l'huile à moteur. L'huile à moteur est apportée à un magasin situé à Akwesasne pour y être revendue aux membres de la communauté. L'intimé, qui a reçu signification d'une demande de paiement de droits de douane, sollicite un jugement déclaratoire. La Section de première instance de la Cour fédérale conclut que l'intimé jouit d'un droit ancestral de traverser librement la frontière sans acquitter de droits de douane sur des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à un petit négoce avec d'autres Premières nations. La Cour d'appel fédérale confirme l'existence d'un droit ancestral d'introduire des marchandises au Canada en franchise, sous réserve de restrictions fondées sur la preuve de l'étendue traditionnelle du commerce mohawk.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Le droit ancestral revendiqué n'a pas été établi. L'intimé doit payer des droits sur les marchandises importées au Canada.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel: En droit colonial britannique, les lois et les intérêts préexistants des sociétés autochtones ont été incorporés dans la common law en tant que droits dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, sauf s'ils étaient cédés, éteints ou incompatibles avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. L'édiction du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a conféré un statut constitutionnel aux droits existants, ancestraux ou issus de traités, y compris les droits ancestraux reconnus en common law. Cependant, le gouvernement conservait le pouvoir de restreindre les droits ancestraux pour des motifs valables, dans la poursuite d'objectifs publics impérieux et réels. Le critère d'existence d'un droit ancestral est axé sur les caractéristiques déterminantes qui faisaient partie intégrante de la société autochtone en cause avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Le demandeur doit établir que la pratique, tradition ou coutume moderne a un degré raisonnable de continuité avec la pratique, tradition ou coutume qui existait avant le contact avec les Européens. La pratique, coutume ou tradition doit avoir fait partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone, au sens où elle doit avoir distingué ou caractérisé sa culture traditionnelle et avoir été au cœur de son identité.

La première étape consiste à établir la nature véritable du droit revendiqué, sans évaluer son bien-fondé et sans l'étendre ou le restreindre artificiellement. Pour cela, il faut examiner (1) la nature de l'acte qui, selon le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral; (2) la nature de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale

alleged to infringe the right, i.e. the conflict between the claim and the limitation; and (3) the ancestral traditions and practices relied upon to establish the right. An application of these factors in this case suggests that the claimed right is properly characterized as the right to bring goods across the Canada-United States boundary at the St. Lawrence River for purposes of trade. The claim is for a right to trade *simpliciter* and necessarily entails a mobility right because the right to bring goods across the St. Lawrence River for purposes of trade involves travel. The right should not be qualified as a right to bring goods without paying duty or taxes because such a limitation should be considered at the infringement stage. Technically, the right should be characterized as a right to bring goods across the St. Lawrence River as opposed to the international border, a construction of newcomers. However, in modern terms, the river and the border are equivalent.

Aboriginal rights claims give rise to inherent evidentiary difficulties. However, the rights protected under s. 35(1) should not be rendered illusory by imposing an impossible burden of proof. The rules of evidence must therefore be applied flexibly, in a manner commensurate with the inherent difficulties posed by aboriginal claims. Since claimants must demonstrate features of pre-contact society in the absence of written records, oral histories may offer otherwise unavailable evidence of ancestral practices and aboriginal perspectives. Oral histories are admissible as evidence where they are both useful and reasonably reliable, subject always to the exclusionary discretion of the trial judge. In determining the usefulness and reliability of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts. Here, the parties presented evidence from historians and archeologists. The aboriginal perspective was supplied by oral histories of elders such as the respondent. The respondent's testimony, confirmed by archaeological and historical evidence, was useful and the trial judge did not err in finding the respondent's evidence to be credible and reliable.

There are no precise rules or absolute principles governing the interpretation or weighing of evidence in support of aboriginal claims. The laws of evidence must ensure that the aboriginal perspective is given due weight but consciousness of the special nature of aborig-

qu'il dit porter atteinte au droit, c.-à-d. le conflit entre la revendication et la restriction; et (3) les traditions et pratiques ancestrales invoquées pour établir l'existence du droit. L'application de ces facteurs en l'espèce indique que le droit revendiqué est caractérisé à juste titre comme étant le droit de transporter des marchandises à travers la frontière entre le Canada et les États-Unis, par le fleuve Saint-Laurent, à des fins commerciales. La revendication vise simplement un droit de commercer, et elle suppose nécessairement une liberté de circulation parce que le droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises, à des fins commerciales, implique des déplacements. Le droit ne devrait pas être caractérisé comme un droit de rapporter des marchandises en franchise de taxes ou de droits parce qu'une telle restriction devrait être examinée à l'étape de l'atteinte. Techniquement, le droit devrait être caractérisé comme le droit de traverser le Saint-Laurent plutôt que la frontière, qui est une création des nouveaux arrivants, avec des marchandises. Toutefois, en langage contemporain, le fleuve et la frontière sont équivalents.

La revendication de droits ancestraux soulève des difficultés de preuve intrinsèques. Toutefois, il ne faudrait pas rendre illusoire les droits protégés par le par. 35(1) en imposant un fardeau de preuve impossible. Les règles de preuve doivent donc être appliquées avec souplesse, d'une façon adaptée aux difficultés inhérentes aux revendications autochtones. Comme les demandeurs doivent établir les caractéristiques de leur société avant le contact avec les Européens en l'absence d'écrits, les récits oraux peuvent fournir une preuve, impossible à obtenir d'une autre façon, des pratiques ancestrales et des points de vue autochtones. Les récits oraux sont admissibles en preuve lorsqu'ils sont à la fois utiles et raisonnablement fiables, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de les exclure. Pour déterminer l'utilité et la fiabilité des récits oraux, les juges doivent se garder de faire des suppositions faciles fondées sur les traditions eurocentriques de collecte et de transmission des faits historiques. En l'espèce, les parties ont présenté des témoignages d'historiens et d'archéologues. Les récits oraux d'ainés, dont l'intimé, ont fourni le point de vue autochtone. Le témoignage de l'intimé, confirmé par la preuve archéologique et historique, était utile, et le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que ce témoignage était crédible et fiable.

Il n'y a pas de règles précises ni de principes absolus régissant l'interprétation ou l'appréciation de la preuve relative aux revendications autochtones. Les règles de preuve doivent garantir qu'on accordera au point de vue autochtone le poids qui convient, mais la conscience de

inal claims does not negate general principles governing evidence. Claims must still be established on persuasive evidence demonstrating validity on a balance of probabilities. In the present case, the evidence indicates that the Mohawks travelled north on occasion and trade was a distinguishing feature of their society. The evidence does not show, however, an ancestral practice of trading north of the St. Lawrence River. Mohawk trade at the time of contact fell predominantly along an east-west axis. The relevant evidence supporting the claim consists of a single ceremonial knife, treaties that make no reference to pre-existing trade, and the mere fact of Mohawk involvement in the fur trade. While appellate courts grant considerable deference to findings of fact made by trial judges, the finding of a cross-border trading right in this case represents, in view of the paucity of the evidence, a “palpable and overriding error”. Evidentiary principles must be sensitively applied to aboriginal claims but they cannot be strained beyond reason.

In any event, even if deference were granted to the trial judge’s finding of pre-contact trade relations between the Mohawks and First Nations north of the St. Lawrence River, the evidence does not establish this northerly trade as a defining feature of the Mohawk culture. The claimed right implicates an international boundary and, consequently, geographical considerations are clearly relevant to the determination of whether the trading in this case is integral to the Mohawks’ culture. Even if the trial judge’s generous interpretation of the evidence were accepted, it discloses negligible transportation and trade of goods by the Mohawks north of the St. Lawrence River prior to contact. This trade was not vital to the Mohawks’ collective identity. It follows that no aboriginal right to bring goods across the border for the purposes of trade has been established.

Since the respondent has not proven his claim to an aboriginal right, there is no need to comment on the extent, if any, to which colonial laws of sovereign succession are relevant to the definition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

la nature particulière des revendications autochtones ne neutralise pas les principes généraux de preuve. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d’une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. En l’espèce, la preuve indique que les Mohawks voyageaient parfois au nord et que le commerce était une caractéristique distinctive de leur société. La preuve ne révèle pas, cependant, l’existence d’une pratique ancestrale de commerce au nord du Saint-Laurent. Le commerce mohawk au moment du contact avec les Européens suivait principalement un axe est-ouest. La preuve pertinente à l’appui de la revendication consiste en un seul couteau rituel, des traités qui ne font pas mention d’un commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure. Si les cours d’appel doivent s’en remettre largement aux conclusions de fait des juges de première instance, la conclusion sur le droit de faire le commerce transfrontalier en l’espèce est une « erreur manifeste et dominante », vu l’insuffisance de la preuve. Les principes de preuve doivent être appliqués de façon éclairée aux revendications autochtones, mais ne peuvent faire l’objet d’une extension déraisonnable.

Quoi qu’il en soit, même si l’on déférait à la conclusion du juge de première instance qu’il existait des relations commerciales entre les Mohawks et les Premières nations au nord du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens, la preuve n’établit pas que ce commerce vers le nord est une caractéristique déterminante de la culture mohawk. Le droit revendiqué met en jeu une frontière internationale et, en conséquence, les considérations géographiques sont clairement pertinentes pour déterminer si le commerce en l’espèce fait partie intégrante de la culture mohawk. Même si l’interprétation libérale du juge de première instance était acceptée, la preuve révèle l’importance négligeable du transport et du commerce de marchandises par les Mohawks au nord du Saint-Laurent, avant le contact avec les Européens. Ce commerce n’était pas vital pour l’identité collective des Mohawks. Aucun droit ancestral de rapporter des marchandises à travers la frontière à des fins commerciales n’a donc été établi.

Comme l’intimé n’a pas établi l’existence du droit autochtone revendiqué, il n’est pas nécessaire de faire des commentaires sur la question de savoir dans quelle mesure le droit colonial en matière de succession des pouvoirs souverains est pertinent dans la définition des droits autochtones en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Per Major and Binnie JJ.: It is agreed that even if Mohawks did occasionally trade goods across the St. Lawrence River with First Nations to the north prior to contact, this practice was neither a defining feature of their culture nor vital to their collective identity. There are, however, additional considerations for allowing the appeal. In this case, an issue arises about the sovereignty implications of the international trading and mobility right claimed by the respondent as a citizen of the Iroquois Confederacy.

Akwesasne lies at the jurisdictional epicentre of the St. Lawrence River and straddles the Canada-United States border, as well as provincial and state borders. This crisscrossing of borders through the Mohawk community goes beyond mere inconvenience and constitutes a significant burden on everyday living. The Mohawk people seek to diminish the border disruption in their lives, reunite a divided community, and find economic advantage in the international boundary. That economic value of their claim is created by non-aboriginal society is not fatal to its existence. A frozen rights theory is incompatible with s. 35(1) and aboriginal rights are capable of growth and evolution.

An aboriginal right must be derived from pre-contact activity that was an element of a practice, custom or tradition integral to the aboriginal community's distinctive culture. Traditional Mohawk homelands were in the Mohawk Valley (N.Y. State) but the Mohawks historically travelled as far north as the St. Lawrence River valley. In that era, the Mohawks were, and acted as, a fully autonomous people within the Iroquois Confederacy. Territorial boundaries changed as a militarily powerful Iroquois Confederacy spread to and along the St. Lawrence River displacing other aboriginal inhabitants. While none of the boundaries between First Nation Territories in pre-contact times corresponded with the present international boundary at Akwesasne, such boundaries existed and, under traditional practices and customs, they were respected by the Mohawks in times of peace.

Counsel for the respondent does not dispute Canadian sovereignty. He seeks Mohawk autonomy within the broader framework of Canadian sovereignty. The respondent's claim is not just about physical movement of people or goods in and about Akwesasne. It is about

Les juges Major et Binnie : Il est admis que même si, avant le contact avec les Européens, les Mohawks faisaient occasionnellement le commerce de marchandises au-delà du fleuve Saint-Laurent avec des Premières nations établies au nord, cette pratique n'était pas une caractéristique déterminante de leur culture et elle n'était pas vitale pour leur identité collective. Il y a toutefois des raisons additionnelles d'accueillir le pourvoi. En l'espèce, une question se pose quant aux incidences qu'aurait sur la souveraineté le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé en sa qualité de citoyen de la Confédération iroquoise.

Akwesasne est à l'épicentre frontalier du Saint-Laurent, étant à cheval sur la frontière entre le Canada et les États-Unis ainsi que sur une frontière provinciale. Cet entrecroisement de frontières dans la communauté mohawk va au-delà du simple inconvénient et constitue un fardeau important dans la vie quotidienne. Les Mohawks cherchent à réduire les complications frontalières dans leurs vies, à unir de nouveau une communauté divisée et à trouver un avantage économique à la frontière internationale. La valeur économique de leur revendication, créée par une société non autochtone, n'est pas fatale. La théorie des droits figés est incompatible avec le par. 35(1) et les droits ancestraux peuvent s'accroître et évoluer.

Un droit ancestral doit découler d'une activité antérieure au contact avec les Européens et cette activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Les terres traditionnelles des Mohawks se trouvaient dans la vallée des Mohawks (État de New York), mais, historiquement, les Mohawks voyageaient au nord jusqu'à la vallée du Saint-Laurent. À cette époque, les Mohawks étaient, et agissaient comme, un peuple pleinement autonome au sein de la Confédération iroquoise. Les frontières territoriales ont changé avec l'extension d'une Confédération iroquoise militairement puissante jusqu'à la vallée du Saint-Laurent et le long de celle-ci, qui en chassait les autres habitants autochtones. Même si aucune des frontières entre les territoires des Premières nations avant le contact avec les Européens ne correspond à la frontière internationale actuelle à Akwesasne, ces frontières existaient et, selon les pratiques et coutumes traditionnelles, les Mohawks les respectaient en temps de paix.

L'avocat de l'intimé ne conteste pas la souveraineté canadienne. Il revendique l'autonomie mohawk dans le cadre plus large de la souveraineté canadienne. La revendication de l'intimé ne concerne pas seulement le déplacement physique de personnes ou de marchandises

the Mohawks' aspiration to live as if the international boundary did not exist.

Whereas historically the Crown may have been portrayed as an entity across the seas with which aboriginal people could scarcely be expected to identify, this was no longer the case in 1982 when the s. 35(1) reconciliation process was established. The Constitution was patriated and all aspects of our sovereignty became firmly located within our borders. If the principle of "merged sovereignty" articulated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples is to have any true meaning, it must include at least the idea that aboriginal and non-aboriginal Canadians together form a sovereign entity with a measure of common purpose and united effort. It is this new entity, as inheritor of the historical attributes of sovereignty, with which existing aboriginal and treaty rights must be reconciled. The constitutional objective is reconciliation not mutual isolation. What is significant is that the Royal Commission itself sees aboriginal peoples as full participants with non-aboriginal peoples in a shared Canadian sovereignty. Aboriginal peoples do not stand in opposition to, nor are they subjugated by, Canadian sovereignty. They are part of it.

The respondent's claim presents two defining elements. He asserts a trading and mobility right across the international boundary and he attaches this right to his current citizenship not of Canada but of the Haudenosaunee (Iroquois) Confederacy with its capital in Onondaga, New York State.

A treaty right is an affirmative promise by the Crown which will be interpreted generously and enforced in a way that upholds the honour of the Crown. In the case of aboriginal rights, there is no historical event comparable to the treaty-making process in which the Crown negotiated the right or obligation sought to be enforced. The respondent's claim is rooted in practices which he says long preceded the Mohawks' first contact with Europeans in 1609.

British colonial law presumed that the Crown intended to respect aboriginal rights that were neither unconscionable nor incompatible with the Crown's sovereignty. Courts have extended this recognition to practices, customs or traditions integral to the aboriginal community's distinctive culture. While care must be taken not to carry forward doctrines of British colonial

à Akwesasne. Elle a trait à l'aspiration des Mohawks à vivre comme si la frontière internationale n'existait pas.

Bien qu'historiquement, la Couronne ait pu être représentée comme une entité lointaine par-delà les mers à laquelle on ne pouvait guère s'attendre que les autochtones s'identifient, cela n'était plus le cas en 1982 quand le processus de conciliation du par. 35(1) a été établi. Avec le rapatriement de la Constitution, tous les aspects de la souveraineté canadienne se sont fermement ancrés à l'intérieur de nos frontières. Si le principe de « souveraineté fusionnée » énoncé par la Commission royale sur les peuples autochtones doit avoir un sens véritable, il doit comporter au moins l'idée que les Canadiens autochtones et non autochtones forment ensemble une entité souveraine munie d'une certaine communauté d'objectifs et d'efforts. C'est avec cette nouvelle entité, héritière des attributs historiques de la souveraineté, qu'il faut concilier les droits existants ancestraux ou issus de traités. L'objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l'isolement mutuel. Ce qui importe c'est que la Commission royale elle-même considère les autochtones comme étant des participants à part entière, avec les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Les autochtones ne s'opposent pas à la souveraineté canadienne, et ils ne lui sont pas asservis, ils en font partie.

La revendication de l'intimé présente deux éléments distinctifs. Il revendique un droit de commerce et de circulation à travers la frontière internationale et il lie ce droit au fait qu'il est actuellement citoyen non pas du Canada, mais de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) dont la capitale est à Onondaga, dans l'État de New York.

Un droit issu d'un traité est une promesse affirmative de Sa Majesté, qui sera interprétée libéralement et mise en application d'une façon qui préserve l'honneur de la Couronne. Dans le cas de droits ancestraux, il n'y a aucun événement historique comparable au processus de conclusion des traités, où Sa Majesté a négocié le droit ou l'obligation qu'on cherche à faire respecter. La revendication de l'intimé est fondée sur des pratiques qui, selon lui, existent depuis bien avant le premier contact des Mohawks avec les Européens en 1609.

Il était présumé, en droit colonial britannique, que Sa Majesté avait l'intention de respecter les droits ancestraux qui n'étaient pas contraires à la conscience ou incompatibles avec sa souveraineté. Les tribunaux ont élargi cette reconnaissance aux pratiques, coutumes et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Bien qu'il faille se

law into interpretations of s. 35(1) without careful reflection, s. 35(1) was not a wholesale repudiation of the common law. The notion of incompatibility with Crown sovereignty was a defining characteristic of sovereign succession and therefore a limitation on the scope of aboriginal rights. For example, important as they may have been to the Mohawk identity as a people, it could not be said that pre-contact warrior activities gave rise under successor regimes to a legal right under s. 35(1) to engage in military adventures on Canadian territory. This concept of sovereign incompatibility continues to be an element in the s. 35(1) analysis, albeit a limitation that will be sparingly applied. For the most part, the protection of practices, traditions and customs that are distinctive to aboriginal cultures in Canada does not raise legitimate sovereignty issues at the definitional stage.

With the creation of the international boundary in 1783, Akwesasne became the point at which British (and later Canadian) sovereignty came face to face with the sovereignty of the U.S. Control over the mobility of persons and goods across a border has always been a fundamental attribute and incident of sovereignty. States are expected to exercise their authority over borders in the public interest. The duty cannot be abdicated to the vagaries of an earlier regime whose sovereignty has been eclipsed. Therefore, the international trading/mobility right claimed by the respondent is incompatible with the historical attributes of Canadian sovereignty. Since the claimed aboriginal right did not survive the transition to non-Mohawk sovereignty, there was nothing in existence in 1982 to which s. 35(1) protection of existing aboriginal rights could attach.

This conclusion is not at odds with the purpose of s. 35(1) to bring about a reconciliation of the interests of aboriginal peoples with Canadian sovereignty. Aboriginal people are part of Canadian sovereignty and the accommodation of their rights is not a zero-sum relationship between minority rights and citizenship. Affirmation of the sovereign interest of Canadians as a whole, including aboriginal peoples, should not in this case be seen as a loss of legitimate constitutional space for aboriginal peoples. To extend constitutional protection to the respondent's claim would overshoot the purpose of s. 35(1). In terms of sovereign incompatibility, the respondent's claim relates to national interests that all of us have in common rather than to distinctive inter-

garder d'introduire des principes de droit colonial britannique dans l'interprétation du par. 35(1) sans mûre réflexion, le par. 35(1) n'est pas une répudiation globale de la common law. La notion d'incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne était une caractéristique déterminante de la succession de pouvoirs souverains et constituait par le fait même une restriction à la portée des droits ancestraux. Par exemple, si importantes qu'elles aient été pour l'identité du peuple mohawk, on ne pourrait pas dire que les activités guerrières antérieures au contact avec les Européens ont donné naissance sous les régimes successeurs à un droit en vertu du par. 35(1) de se livrer à des opérations militaires sur le territoire canadien. Cette notion de l'incompatibilité avec la souveraineté continue d'être un élément de l'analyse du par. 35(1), bien qu'il s'agisse d'une restriction à appliquer avec modération. Dans la plupart des cas, la protection de pratiques, traditions et coutumes distinctives de cultures autochtones au Canada ne suscite pas de réelles questions de souveraineté à l'étape de leur définition.

Depuis la création de la frontière internationale en 1783, Akwesasne est l'endroit où la souveraineté britannique (et plus tard canadienne) fait face à la souveraineté des États-Unis. Le contrôle de la circulation des personnes et des marchandises à travers les frontières a toujours été un attribut fondamental et un pouvoir accessoire de la souveraineté. On s'attend à ce que les États exercent leur pouvoir sur les frontières dans l'intérêt public. L'obligation ne peut être soumise aux caprices d'un régime antérieur dont la souveraineté a été éclipsée. Le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé est donc incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne. Puisque le droit ancestral revendiqué n'a pas survécu au passage à la souveraineté non mohawk, il n'existait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1) aux droits ancestraux existants.

Cette conclusion n'est pas contraire à l'objectif du par. 35(1), la conciliation entre les intérêts des peuples autochtones et la souveraineté canadienne. Les peuples autochtones font partie de la souveraineté canadienne et les accommodements requis pour les droits autochtones ne constituent pas un rapport à somme nulle entre droits de minorités et droits de citoyenneté. L'affirmation du droit souverain de l'ensemble des Canadiens, y compris les autochtones, ne devrait pas en l'espèce être considérée comme la perte pour les autochtones d'un espace constitutionnel légitime. L'élargissement de la protection constitutionnelle à la revendication de l'intimé irait au-delà de l'objet du par. 35(1). Pour ce qui est de l'incompatibilité avec la souveraineté, la revendication de

ests that for some purposes differentiate an aboriginal community. Reconciliation of these interests in this particular case favours an affirmation of our collective sovereignty. This conclusion neither forecloses nor endorses any position on the compatibility or incompatibility of internal self-governing institutions of First Nations with Crown sovereignty, either past or present.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, aff'g in part [1993] 5 W.W.R. 97; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455; *R. v. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99; *R. v. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239.

By Binnie J.

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; **explained:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; **distinguished:** *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455; **referred to:** *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *United States v. Garrow*, 88 F.2d 318 (1937); *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *Attorney General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542; *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, aff'g in part [1993] 5 W.W.R. 97; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571;

l'intimé vise des intérêts nationaux que nous avons tous en commun plutôt que des intérêts distinctifs qui différencient les communautés autochtones à certaines fins. La conciliation de ces intérêts en l'espèce milite en faveur de l'affirmation de notre souveraineté collective. Cette conclusion n'écarte et n'appuie aucunement un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l'incompatibilité d'institutions autonomes internes des Premières nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, conf. en partie [1993] 5 W.W.R. 97; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455; *R. c. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *Inasa c. Oshodi*, [1934] A.C. 99; *R. c. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239.

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; **arrêt expliqué :** *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; **distinction faite d'avec l'arrêt :** *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *United States c. Garrow*, 88 F.2d 318 (1937); *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *Attorney General for Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542; *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, conf. en partie [1993] 5 W.W.R. 97; *Attorney-General for*

Campbell v. British Columbia (Attorney General) (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *Wik Peoples v. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1; *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. v. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973); *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978); *Akins v. United States*, 551 F.2d 1222 (1977); *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

Statutes and Regulations Cited

Akwesasne Residents Remission Order, SOR/91-412.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. General Conference of the International Labour Organisation, June 27, 1989, Art. 32.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 17, 31, 131, 153(c), 159.
Customs Tariff, R.S.C. 1985, c. 41 (3rd Supp.).
Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Inter-American Commission on Human Rights, September 18, 1995, Art. 24.
Draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Res. 1994/45, Art. 35.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2.
Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No.1.
Treaty of Paris (1763).
Treaty of Paris (1783).

Ontario c. Attorney-General for Canada, [1912] A.C. 571; *Campbell c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399; *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1; *Wik Peoples c. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1; *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365; *R. c. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; *Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973); *United States c. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977); *Chae Chan Ping c. United States*, 130 U.S. 581 (1889); *Ekiu c. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Fong Yue Ting c. United States*, 149 U.S. 698 (1893); *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831); *United States c. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978); *Akins c. United States*, 551 F.2d 1222 (1977); *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Convention (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants. Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, 27 juin 1989, art. 32.
Décret de remise visant les résidents d'Akwesasne, DORS/91-412.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), art. 17, 31, 131, 153(c), 159.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2.
Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, App. II, n° 1.
Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Rés. 1994/45, art. 35.
Projet de la Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones. Commission interaméricaine des droits de l'homme, 18 septembre 1995, art. 24.
Tarif des douanes, L.R.C. 1985, ch. 41 (3^e suppl.).
Traité de Paris (1763).
Traité de Paris (1783).

Authors Cited

- Barsh, Russel L., and James Y. Henderson. "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1770.
- Borrows, John. "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture" (1997), 8 *Constitutional Forum* 27.
- Borrows, John. "Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 15.
- Canada. House of Commons. Special Committee on Indian Self-Government. *Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee*. Ottawa: Queen's Printer for Canada, 1983.
- Canada. National Film Board. *Between Friends/Entre Amis*. Toronto: McClelland & Stewart, 1976.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government, and the Constitution*. Ottawa: The Commission, 1993.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Greschner, Donna. "Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice", [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338.
- Hogg, Peter W., and Mary Ellen Turpel. "Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187.
- Kymlicka, Will, and Wayne Norman, eds. *Citizenship in Diverse Societies*. New York: Oxford University Press, 2000.
- Nicholson, Norman L. *The Boundaries of the Canadian Confederation*. Toronto: Macmillan of Canada, 1979.
- Richter, Daniel K. *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization*. Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina Press, 1992.
- Ritchie, William A. *The Archaeology of New York State*, rev. ed., Harrison, N.Y.: Harbor Hill Books, 1980.
- Slattery, Brian. "Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights" (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196.
- Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
- Sopinka, John, and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4th ed., vol. II. Boston: Little, Brown, 1873.

Doctrine citée

- Barsh, Russel L., and James Y. Henderson. « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 1. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1822.
- Borrows, John. « The Trickster: Integral to a Distinctive Culture » (1997), 8 *Forum Constitutionnel* 27.
- Borrows, John. « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001), 80 *R. du B. can.* 15.
- Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur l'Autonomie politique des Indiens. *L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1983.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*. Ottawa : La Commission, 1993.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*. Ottawa : La Commission, 1996.
- Canada. Office national du film. *Between Friends/Entre Amis*. Toronto : McClelland & Stewart, 1976.
- Greschner, Donna. « Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice », [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338.
- Hogg, Peter W., and Mary Ellen Turpel. « Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues » (1995), 74 *R. du B. can.* 187.
- Kymlicka, Will, and Wayne Norman, eds. *Citizenship in Diverse Societies*. New York : Oxford University Press, 2000.
- Nicholson, Norman L. *The Boundaries of the Canadian Confederation*. Toronto : Macmillan of Canada, 1979.
- Richter, Daniel K. *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization*. Chapel Hill, N.C. : University of North Carolina Press, 1992.
- Ritchie, William A. *The Archaeology of New York State*, rev. ed. Harrison, N.Y. : Harbor Hill Books, 1980.
- Slattery, Brian. « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000), 79 *R. du B. can.* 196.
- Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
- Sopinka, John, and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto : Butterworths, 1974.

Vattel, Emer de. *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Book II, new edition by Joseph Chitty. London: S. Sweet, 1834.

Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2000, release 2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1999] 1 F.C. 375, 167 D.L.R. (4th) 702, 233 N.R. 129, [1999] 1 C.N.L.R. 112, [1998] F.C.J. No. 1513 (QL), affirming in part a judgment of the Trial Division, [1997] 4 C.N.L.R. 103, 134 F.T.R. 1, [1997] F.C.J. No. 882 (QL). Appeal allowed.

Graham Garton, Q.C., and *Sandra Phillips*, for the appellant.

Peter W. Hutchins, Anjali Choksi, Micha J. Menczer and *Paul Williams*, for the respondent.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

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

Kenneth J. Tyler and *Robert J. C. Deane*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Timothy Leadem and *Kathryn Kickbush*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Murray Marshall and *François Dandonneau*, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawake.

Jack R. London, Q.C., and *Martin S. Minuk*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Henry J. Bear, for the intervener the Union of New Brunswick Indians.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

Story, Joseph. *Commentaries on the Constitution of the United States*, 4th ed., vol. II. Boston : Little, Brown, 1873.

Vattel, Emer de. *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, t. 1, nouv. éd. Paris : Aillaud, 1830.

Woodward, Jack. *Native Law*. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2000, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1999] 1 C.F. 375, 167 D.L.R. (4th) 702, 233 N.R. 129, [1999] 1 C.N.L.R. 112, [1998] A.C.F. n° 1513 (QL), qui a confirmé en partie un jugement de la Section de première instance, [1997] 4 C.N.L.R. 103, 134 F.T.R. 1, [1997] A.C.F. n° 882 (QL). Pourvoi accueilli.

Graham Garton, c.r., et *Sandra Phillips*, pour l'appelant.

Peter W. Hutchins, Anjali Choksi, Micha J. Menczer et *Paul Williams*, pour l'intimé.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Kenneth J. Tyler et *Robert J. C. Deane*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Timothy Leadem et *Kathryn Kickbush*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Murray Marshall et *François Dandonneau*, pour l'intervenant le Conseil des Mohawks de Kahnawake.

Jack R. London, c.r., et *Martin S. Minuk*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières nations.

Henry J. Bear, pour l'intervenante l'Union of New Brunswick Indians.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel a été rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LE JUGE EN CHEF —

I. IntroductionI. Introduction

¹ This case raises the issue of whether the Mohawk Canadians of Akwesasne have the right to bring goods into Canada from the United States for collective use and trade with other First Nations without paying customs duties. Grand Chief Michael Mitchell claims that his people have an aboriginal right that ousts Canadian customs law. The government replies that no such right exists, first because the evidence does not support it and second because such a right would be fundamentally contrary to Canadian sovereignty. At the heart of the case lies the question of the evidence that must be adduced to establish an aboriginal right.

La question en l'espèce est de savoir si les Mohawks canadiens d'Akwesasne ont le droit de rapporter au Canada des marchandises des États-Unis à des fins d'usage communautaire et de commerce avec d'autres Premières nations sans payer de droits de douane. Le grand chef Michael Mitchell soutient que les membres de sa communauté ont un droit ancestral qui écarte le droit canadien en matière de douanes. Le gouvernement répond que le droit revendiqué n'existe pas parce que, premièrement, il n'est pas établi par la preuve et que, deuxièmement, il serait fondamentalement contraire à la souveraineté canadienne. Au cœur du présent pourvoi se pose la question de la preuve qu'il faut soumettre pour établir un droit ancestral.

² Chief Mitchell is a Mohawk of Akwesasne, a Mohawk community located just west of Montreal, and a descendant of the Mohawk nation, one of the polities comprising the Iroquois Confederacy prior to the arrival of Europeans. On March 22, 1988, Chief Mitchell crossed the international border from the United States into Canada, arriving at the Cornwall customs office. He brought with him some blankets, bibles, motor oil, food, clothing, and a washing machine, all of which had been purchased in the United States. He declared the goods to the Canadian customs agents but asserted that he had aboriginal and treaty rights which exempted him from paying duty on the goods. After some discussion, the customs agents notified Chief Mitchell that he would be charged \$142.88 in duty, and they permitted him to continue into Canada. Chief Mitchell, along with other Mohawks of Akwesasne, presented everything but the motor oil to the Mohawk community of Tyendinaga. The gifts were intended to symbolize the renewal of the historic trading relationship between the two communities. The oil was taken to a store in Akwesasne territory for resale to members of that community. In September of 1989, Chief Mitchell was served with a Notice of Ascertained Forfeiture

Le chef Mitchell est un Mohawk d'Akwesasne, une communauté mohawk située juste à l'ouest de Montréal, et un descendant de la nation Mohawk, une des entités politiques de la Confédération iroquoise avant l'arrivée des Européens. Le 22 mars 1988, le chef Mitchell traverse la frontière des États-Unis au Canada, arrivant au bureau de douane de Cornwall. Il apporte avec lui des couvertures, des bibles, de l'huile à moteur, de la nourriture, des vêtements et une machine à laver, tous achetés aux États-Unis. Il déclare les marchandises aux agents de douane canadiens, mais affirme qu'il a des droits ancestraux et des droits issus de traités qui l'exemptent du paiement de droits de douane sur ces marchandises. Après discussion, les agents de douane informent le chef Mitchell qu'il devra payer des droits de 142,88 \$ et ils l'autorisent à entrer au Canada. Le chef Mitchell, accompagné d'autres Mohawks d'Akwesasne, fait présent à la communauté mohawk de Tyendinaga de toutes les marchandises, sauf l'huile à moteur. Ces dons visent à symboliser le renouveau des relations commerciales historiques entre les deux communautés. L'huile à moteur est apportée à un magasin situé dans le territoire d'Akwesasne pour y être revendue aux membres de la communauté. En septembre 1989, l'intimé reçoit un avis de confiscation compensatoire récla-

claiming \$361.64 for unpaid duty, taxes and penalties.

I conclude that the aboriginal right claimed has not been established. The sparse and tenuous evidence advanced in this case to prove the existence of pre-contact Mohawk trading north of the Canada-United States boundary simply cannot support the claimed right. Even if deference is paid to the trial judge on this finding, any such trade was clearly incidental, and not integral, to the Mohawk culture. As a result, Chief Mitchell must pay duty on the goods he imported to Canada.

II. Enactments

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.)

17. (1) Imported goods are charged with duties thereon from the time of importation thereof until such time as the duties are paid or the charge is otherwise removed.

(2) Subject to this Act, the rates of duties on imported goods shall be the rates applicable to the goods at the time they are accounted for under subsection 32(1), (2) or (5).

(3) Whenever the importer of goods that have been released or any person authorized pursuant to paragraph 32(6)(a) to account for goods becomes liable under this Act to pay duties thereon, the owner of the goods at the time of release becomes jointly and severally liable, with the importer or person authorized, to pay the duties.

31. Subject to section 19, no goods shall be removed from a customs office, sufferance warehouse, bonded warehouse or duty free shop by any person other than an officer in the performance of his duties under this or any other Act of Parliament unless the goods have been released by an officer.

361,64 \$ de droits impayés, de taxes et d'amendes

Je conclus que le droit ancestral revendiqué n'a pas été établi. La preuve éparse et ténue soumise en l'espèce pour démontrer l'existence d'un commerce mohawk au nord de la frontière entre le Canada et les États-Unis avant le contact avec les Européens ne permet tout simplement pas d'établir le droit revendiqué. Même si on déférait à la conclusion du juge de première instance sur ce point, un tel commerce était clairement accessoire dans la culture mohawk, et n'en faisait pas partie intégrante. En conséquence, le chef Mitchell est tenu de payer des droits de douane sur les marchandises qu'il a importées au Canada.

II. Les textes

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.)

17. (1) Les marchandises importées sont passibles de droits à compter de leur importation jusqu'à paiement ou suppression des droits.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le taux des droits payables sur les marchandises importées est celui qui leur est applicable au moment où elles font l'objet de la déclaration en détail ou provisoire prévue au paragraphe 32(1), (2) ou (5).

(3) Dès que l'importateur de marchandises dédouanées ou quiconque est autorisé à déclarer des marchandises en détail conformément à l'alinéa 32(6)a) devient redevable, en vertu de la présente loi, des droits afférents, la personne qui est propriétaire des marchandises au moment du dédouanement devient solidaire du paiement des droits.

31. Sous réserve de l'article 19, seul l'agent, dans l'exercice des fonctions que lui confère la présente loi ou une autre loi fédérale, peut, sauf s'il s'agit de marchandises dédouanées par lui ou par un autre agent, enlever des marchandises d'un bureau de douane, d'un entrepôt d'attente, d'un entrepôt de stockage ou d'une boutique hors taxes.

3

4

153. No person shall

(c) wilfully, in any manner, evade or attempt to evade compliance with any provision of this Act or evade or attempt to evade the payment of duties under this Act.

159. Every person commits an offence who smuggles or attempts to smuggle into Canada, whether clandestinely or not, any goods subject to duties, or any goods the importation of which is prohibited, controlled or regulated by or pursuant to this or any other Act of Parliament.

III. Decisions

⁵ At trial ((1997), 134 F.T.R. 1), McKeown J. declared that Chief Mitchell possesses an existing aboriginal but not a treaty right “to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods from the United States into Canada for personal and community use without having to pay customs duties on those goods The aboriginal right includes the right to bring these goods from the United States into Canada for noncommercial scale trade with other First Nations” (p. 75). He found that the ancestors of the Akwesasne Mohawks lived in present-day New York State, with the Adirondack mountains representing the northern boundary of their territory. They travelled north into what is now Canada and crossed what is now the Canada-United States boundary, carrying with them goods for personal and community use. Further, he concluded that the area around Akwesasne was used by the Mohawks prior to the arrival of Europeans for the purposes of travel, diplomacy and trade. This history, he concluded, established an aboriginal right to bring goods across the present border free of duty, and to trade these goods with other First Nations.

⁶ McKeown J. accepted that the Mohawks, like other aboriginal societies of North America, were accustomed to the concept of boundaries and paying for the privilege of crossing arbitrary lines established by other peoples. However, he con-

153. Il est interdit :

c) d’éluder ou de tenter d’éluder, délibérément et de quelque façon que ce soit, l’observation de la présente loi ou le paiement des droits qu’elle prévoit.

159. Constitue une infraction le fait d’introduire ou de tenter d’introduire en fraude au Canada, par contrebande ou non clandestinement, des marchandises passibles de droits ou dont l’importation est prohibée, contrôlée ou réglementée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale.

III. Les décisions

En première instance ([1997] A.C.F. n° 882 (QL)) le juge McKeown déclare que le chef Mitchell jouit d’un droit ancestral existant, mais non d’un droit issu d’un traité, « de passer et de repasser librement l’actuelle frontière Canada-États-Unis, y compris le droit d’introduire au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane [. . .] Ce droit ancestral comprend le droit d’introduire ces marchandises au Canada à partir des États-Unis aux fins d’un petit négoce avec les autres Premières nations » (par. 304). Il conclut que les ancêtres des Mohawks d’Akwesasne vivaient dans l’État actuel de New York, et que les monts Adirondacks représentaient la frontière nord de leur territoire. Ils voyageaient au nord dans le Canada actuel et traversaient ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis, transportant avec eux des marchandises à usage personnel et communautaire. En outre, il conclut qu’avant l’arrivée des Européens, les Mohawks se servaient de la région entourant Akwesasne pour les voyages, les affaires diplomatiques et le commerce. L’histoire, selon lui, a établi l’existence d’un droit ancestral d’apporter en franchise des marchandises à travers la frontière actuelle et d’en faire le commerce avec d’autres Premières nations.

Le juge McKeown convient que les Mohawks, comme d’autres sociétés autochtones en Amérique du Nord, étaient accoutumés à la notion de frontières et au paiement de redevances pour franchir des frontières arbitrairement fixées par d’autres

cluded that this did not negate a modern right to cross such boundaries duty-free because it merely constituted regulation of the underlying aboriginal right to bring goods across boundaries freely. The *Customs Act* did not extinguish this right because it too was merely regulatory.

The Federal Court of Appeal ([1999] 1 F.C. 375), *per* Sexton J.A., Isaac C.J. concurring, affirmed McKeown J.'s finding of an aboriginal right to bring goods into Canada duty-free, subject to limitations based on the evidence of the traditional range of Mohawk trading: the goods must have been purchased in New York State; the goods must be brought to a border crossing between New York and either Ontario or Quebec; and if destined for trade, such trade must be only with other aboriginal communities in those two provinces. Létourneau J.A. would have further narrowed the right by excluding a separate right of free passage across the border, requiring Mohawks seeking to exercise the right to report at the Cornwall customs office, and excluding a right to bring goods into Canada for trade purposes without the payment of customs duties.

IV. Issues

The issue on appeal is whether Chief Mitchell has an aboriginal right which precludes the imposition of duty under the *Customs Act* on certain imported goods. The issue can be addressed in the following manner:

- A. What is the Nature of Aboriginal Rights?
- B. What is the Aboriginal Right Claimed?
- C. Has the Claimed Aboriginal Right Been Established?
 - (1) Evidentiary Concerns — Proving Aboriginal Rights
 - (a) Admissibility of Evidence in Aboriginal Right Claims

peuples. Toutefois, il conclut que cela ne dénie pas le droit moderne de traverser ces frontières hors douane parce qu'il s'agit simplement d'une réglementation du droit ancestral sous-jacent de franchir librement les frontières avec des marchandises. La *Loi sur les douanes* n'a pas éteint ce droit parce qu'elle aussi n'est qu'une loi de réglementation.

Le juge Sexton de la Cour d'appel fédérale ([1999] 1 C.F. 375), avec l'appui du juge en chef Isaac, confirme la conclusion du juge McKeown quant au droit ancestral d'introduire des marchandises au Canada en franchise, sous réserve de restrictions fondées sur la preuve de l'étendue traditionnelle du commerce mohawk : les marchandises doivent avoir été achetées dans l'État de New York; elles doivent être apportées à une frontière séparant l'État de New York de l'Ontario ou du Québec; et, si elles sont destinées au commerce, ce ne peut être qu'un commerce avec d'autres collectivités autochtones dans ces deux provinces. Le juge Létourneau aurait restreint le droit davantage : il aurait exclu le droit autonome de traverser librement la frontière, en exigeant que les Mohawks qui cherchent à exercer ce droit se présentent au bureau de douane de Cornwall, et aurait exclu le droit d'introduire des marchandises au Canada à des fins commerciales sans acquitter de droits de douane.

IV. Les questions en litige

La question du pourvoi est de savoir si le chef Mitchell a un droit ancestral qui empêche l'imposition de droits en application de la *Loi sur les douanes* sur certaines marchandises importées. Cette question peut être traitée de la manière suivante :

- A. Quelle est la nature des droits ancestraux?
- B. Quel est le droit ancestral revendiqué?
- C. Le droit ancestral revendiqué a-t-il été établi?
 - (1) La preuve — Comment établir des droits ancestraux
 - a) L'admissibilité de la preuve dans les revendications de droits ancestraux

7

8

- (b) The Interpretation of Evidence in Aboriginal Right Claims
- (2) Does the Evidence Show an Ancestral Mohawk Practice of Trading North of the St. Lawrence River?
- (3) Does the Evidence Establish that the Alleged Practice of Trading Across the St. Lawrence River Was Integral to Mohawk Culture and Continuous to the Present Day?

D. Is the Claimed Right Barred from Recognition as Inconsistent with Crown Sovereignty?

Because I conclude that Chief Mitchell has not established an aboriginal right, I need not address questions of extinguishment, infringement and justification.

V. Analysis

A. *What is the Nature of Aboriginal Rights?*

9

Long before Europeans explored and settled North America, aboriginal peoples were occupying and using most of this vast expanse of land in organized, distinctive societies with their own social and political structures. The part of North America we now call Canada was first settled by the French and the British who, from the first days of exploration, claimed sovereignty over the land on behalf of their nations. English law, which ultimately came to govern aboriginal rights, accepted that the aboriginal peoples possessed pre-existing laws and interests, and recognized their continuance in the absence of extinguishment, by cession, conquest, or legislation: see, e.g., the *Royal Proclamation* of 1763, R.S.C. 1985, App. II, No. 1, and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1103. At the same time, however, the Crown asserted that sovereignty over the land, and ownership of its underlying title, vested in the Crown: *Sparrow*, *supra*. With this assertion arose an obligation to treat aboriginal peoples fairly and honourably, and to protect them from exploitation, a duty character-

- b) L'interprétation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux
- (2) La preuve révèle-t-elle l'existence d'une pratique ancestrale mohawk de commerce au nord du Saint-Laurent?
- (3) La preuve établit-elle que la pratique alléguée d'un commerce à travers le Saint-Laurent faisait partie intégrante de la culture mohawk et s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui?

D. La reconnaissance du droit revendiqué est-elle interdite en raison de son incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne?

Comme je conclus que le chef Mitchell n'a pas établi l'existence d'un droit ancestral, je n'ai pas besoin de traiter des questions d'extinction, d'atteinte et de justification.

V. L'analyse

A. *Quelle est la nature des droits ancestraux?*

Bien avant que les Européens explorent l'Amérique du Nord et s'y installent, les peuples autochtones occupaient et utilisaient la plus grande partie de ce vaste territoire en sociétés organisées et distinctives possédant leurs propres structures sociales et politiques. Les Français et les Britanniques ont été les premiers colons à s'établir dans la partie de l'Amérique du Nord qu'on appelle maintenant le Canada et, dès les premiers temps de leur exploration, ils ont revendiqué la souveraineté sur le territoire au nom de leur nation respective. Le droit anglais, qui a fini par régir les droits des peuples autochtones, acceptait que les Autochtones possédaient des lois et des intérêts préexistants, et reconnaissait leur maintien s'ils n'étaient pas éteints par la cession, la conquête ou la loi : voir par exemple la *Proclamation royale* de 1763, L.R.C. 1985, App. II, n° 1, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1103. Parallèlement, toutefois, Sa Majesté a affirmé sa souveraineté sur le territoire, et son titre sous-jacent à l'égard de ce territoire : *Sparrow*, précité. Cette affirmation de souveraineté a fait naître l'obligation de traiter les peuples autochtones de façon équitable et honorable, et de les protéger contre l'exploitation, une

ized as “fiduciary” in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335.

Accordingly, European settlement did not terminate the interests of aboriginal peoples arising from their historical occupation and use of the land. To the contrary, aboriginal interests and customary laws were presumed to survive the assertion of sovereignty, and were absorbed into the common law as rights, unless (1) they were incompatible with the Crown’s assertion of sovereignty, (2) they were surrendered voluntarily via the treaty process, or (3) the government extinguished them: see B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727. Barring one of these exceptions, the practices, customs and traditions that defined the various aboriginal societies as distinctive cultures continued as part of the law of Canada: see *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, and *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, at p. 57 (*per* Brennan J.), pp. 81-82 (*per* Deane and Gaudron JJ.), and pp. 182-83 (*per* Toohey J.).

The common law status of aboriginal rights rendered them vulnerable to unilateral extinguishment, and thus they were “dependent upon the good will of the Sovereign”: see *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), at p. 54. This situation changed in 1982, when Canada’s constitution was amended to entrench existing aboriginal and treaty rights: *Constitution Act, 1982*, s. 35(1). The enactment of s. 35(1) elevated existing common law aboriginal rights to constitutional status (although, it is important to note, the protection offered by s. 35(1) also extends beyond the aboriginal rights recognized at common law: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 136). Henceforward, aboriginal rights falling within the constitutional protection of s. 35(1) could not be unilaterally abrogated by the government. However, the government retained the jurisdiction to limit aboriginal rights for justifiable reasons, in the pursuit of substantial and compelling public objec-

obligation qualifiée d’« obligation de fiduciaire » dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

En conséquence, l’établissement des Européens n’a pas mis fin aux intérêts des peuples autochtones qui découlaient de leur occupation et de leur utilisation historiques du territoire. Au contraire, les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l’affirmation de souveraineté, et ont été incorporés dans la common law en tant que droits, sauf si : (1) ils étaient incompatibles avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne; (2) ils avaient été cédés volontairement par traité; ou (3) le gouvernement les avait éteints : voir B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727. En dehors de ces exceptions, les pratiques, coutumes et traditions qui définissaient les diverses sociétés autochtones comme des cultures distinctives continuaient de faire partie du droit canadien : voir *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, p. 57 (le juge Brennan), p. 81-82 (les juges Deane et Gaudron), et p. 182-183 (le juge Toohey).

Leur statut de droits de common law rendait les droits ancestraux vulnérables à l’extinction unilatérale et, en conséquence, ils [TRADUCTION] « dépendaient de la bonne volonté du Souverain » : *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), p. 54. Cette situation a changé en 1982, quand la Constitution canadienne a été amendée de façon à y inscrire les droits existants — ancestraux ou issus de traités : *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1). L’édiction du par. 35(1) a conféré un statut constitutionnel aux droits autochtones existants en common law (quoiqu’il soit important de noter que la protection donnée par le par. 35(1) s’étend au-delà des droits autochtones reconnus en common law : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 136). Dès lors ces droits autochtones étaient couverts par la protection du par. 35(1) et ne pouvaient plus être unilatéralement abrogés par le gouvernement. Cependant, le gouvernement conservait le pouvoir de les restreindre

10

11

tives: see *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *Delgamuukw*, *supra*.

pour des motifs valables, dans la poursuite d'objectifs publics impérieux et réels : voir *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *Delgamuukw*, précité.

12 In the seminal cases of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *Delgamuukw*, *supra*, this Court affirmed the foregoing principles and set out the test for establishing an aboriginal right. Since s. 35(1) is aimed at reconciling the prior occupation of North America by aboriginal societies with the Crown's assertion of sovereignty, the test for establishing an aboriginal right focuses on identifying the integral, defining features of those societies. Stripped to essentials, an aboriginal claimant must prove a modern practice, tradition or custom that has a reasonable degree of continuity with the practices, traditions or customs that existed prior to contact. The practice, custom or tradition must have been "integral to the distinctive culture" of the aboriginal peoples, in the sense that it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the peoples' identity. It must be a "defining feature" of the aboriginal society, such that the culture would be "fundamentally altered" without it. It must be a feature of "central significance" to the peoples' culture, one that "truly made the society what it was" (*Van der Peet*, *supra*, at paras. 54-59 (emphasis in original)). This excludes practices, traditions and customs that are only marginal or incidental to the aboriginal society's cultural identity, and emphasizes practices, traditions and customs that are vital to the life, culture and identity of the aboriginal society in question.

Dans les arrêts charnières *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *Delgamuukw*, précité, notre Cour confirme ces principes et énonce le critère permettant d'établir l'existence d'un droit ancestral. Comme le par. 35(1) vise à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, le critère d'existence d'un droit ancestral est axé sur les caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante de ces sociétés. Au strict essentiel, le demandeur autochtone doit établir l'existence d'une pratique, tradition ou coutume moderne qui a un degré raisonnable de continuité avec les pratiques, traditions ou coutumes qui existaient avant le contact avec les Européens. La pratique, coutume ou tradition doit avoir « fait . . . partie intégrante de la culture distinctive » autochtone, au sens où elle doit avoir distingué ou caractérisé leur culture traditionnelle et avoir été au cœur de leur identité. Elle doit être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle. Il doit s'agir d'une caractéristique qui a une « importance fondamentale » dans la culture du peuple autochtone, qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était » (*Van der Peet*, précité, par. 54-59; souligné dans l'original). Cela exclut les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont seulement marginales ou d'importance secondaire pour l'identité culturelle de la société autochtone, et met l'accent sur les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont nécessaires à la vie, à la culture et à l'identité de la société autochtone en question.

13 Once an aboriginal right is established, the issue is whether the act which gave rise to the case at bar is an expression of that right. Aboriginal rights are not frozen in their pre-contact form: ancestral rights may find modern expression. The question is whether the impugned act represents the modern

Une fois établie l'existence d'un droit ancestral, il faut déterminer si l'acte qui est à l'origine du litige est une expression de ce droit. Les droits ancestraux ne sont pas figés dans l'état où ils se trouvaient avant le contact avec les Européens : ils peuvent trouver une expression moderne. La ques-

exercise of an ancestral practice, custom or tradition.

B. *What is the Aboriginal Right Claimed?*

Before we can address the question of whether an aboriginal right has been established, we must first characterize the right claimed. The event giving rise to litigation merely represents an alleged exercise of an underlying right; it does not, in itself, tell us the scope of the right claimed. Therefore it is necessary to determine the nature of the claimed right. At this initial stage of characterization, the focus is on ascertaining the true nature of the claim, not assessing the merits of this claim or the evidence offered in its support.

In *Van der Peet, supra*, at para. 53, the majority of this Court provided three factors that should guide a court's characterization of a claimed aboriginal right: (1) the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right; (2) the nature of the governmental legislation or action alleged to infringe the right, i.e. the conflict between the claim and the limitation; and (3) the ancestral traditions and practices relied upon to establish the right. The right claimed must be characterized in context and not distorted to fit the desired result. It must be neither artificially broadened nor narrowed. An overly narrow characterization risks the dismissal of valid claims and an overly broad characterization risks distorting the right by neglecting the specific culture and history of the claimant's society: see *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821.

Chief Mitchell characterizes his claim as the right to enter Canada from the United States with personal and community goods, without paying customs or duties, and the right to trade these goods with other First Nations. On the strength of this claimed right, he crossed the Canada-United States boundary with personal and community goods, the action giving rise to the case at bar. Although the motor oil was the only item transported by Chief Mitchell that was destined for

tion est de savoir si l'acte contesté constitue l'exercice moderne d'une pratique, coutume ou tradition ancestrale.

B. *Quel est le droit ancestral revendiqué?*

Avant de pouvoir déterminer si l'existence d'un droit ancestral a été établie, il faut caractériser le droit revendiqué. L'événement à l'origine du litige n'est que l'exercice allégué d'un droit sous-jacent; il ne révèle pas, en soi, la portée du droit revendiqué. Il faut donc déterminer la nature du droit revendiqué. Cette étape initiale de la définition est axée sur la nature véritable de la revendication, et non sur l'évaluation de son bien-fondé ou de la preuve présentée à son appui.

Dans *Van der Peet*, précité, par. 53, la majorité énonce trois facteurs qui devraient guider le tribunal dans la caractérisation d'un droit ancestral revendiqué : (1) la nature de l'acte qui, selon le demandeur, a été accompli en vertu d'un droit ancestral; (2) la nature de la loi ou de l'autre mesure gouvernementale qu'il dit porter atteinte au droit, c.-à-d. le conflit entre la revendication et la restriction; et (3) les traditions et pratiques ancestrales invoquées pour établir l'existence du droit. Le droit revendiqué doit être caractérisé en contexte et ne doit pas être déformé en fonction du résultat désiré. Il ne faut ni l'étendre ni le restreindre artificiellement. Une caractérisation trop étroite risque d'entraîner le rejet de revendications valides et une caractérisation trop large risque de déformer le droit en ne tenant pas compte de la culture et de l'histoire particulière de la société à laquelle appartient le demandeur : voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

Le chef Mitchell définit le droit revendiqué comme étant le droit d'entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises d'usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane, et le droit d'en faire le commerce avec d'autres Premières nations. Fort du droit revendiqué, il a traversé la frontière entre les États-Unis et le Canada avec des marchandises d'usage personnel et communautaire, et cet acte a donné lieu au présent litige. Même si l'huile a

14

15

16

resale, it can only be concluded that Chief Mitchell's actions — and his case — focused in fact on trade. The claimants asserted that “trade and commerce [is] central to their soul”. Witness after witness was asked to describe historical Mohawk trading practices. Furthermore, when Chief Mitchell exercised his alleged right, all of the goods brought into Canada were trade-related: they were intended as gifts to seal a trade agreement with Tyendinaga and to signify renewed trading relations, in accordance with customary practice. Therefore the first factor, the action claimed as an exercise of an aboriginal right, suggests that the heart of the claim is the right to bring goods across the Canada-United States border for purposes of trade.

moteur était le seul article transporté par le chef Mitchell qui était destiné à la revente, nous devons conclure que les actes du chef Mitchell — et sa cause — étaient en fait axés sur le commerce. Les demandeurs ont affirmé que [TRADUCTION] « le commerce se situe au centre même [de leur] mode de vie ». On a demandé à de nombreux témoins de décrire les pratiques commerciales historiques des Mohawks. En outre, quand le chef Mitchell a exercé le droit qu'il revendique, toutes les marchandises apportées au Canada étaient liées au commerce : elles devaient être offertes pour conclure une entente commerciale avec les Tyendinaga et pour relancer les rapports commerciaux avec eux, conformément à la pratique coutumière. En conséquence, le premier facteur, l'acte censé constituer l'exercice d'un droit ancestral, indique que le droit de traverser la frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises, à des fins commerciales, est au cœur de la revendication en l'espèce.

17 The second factor, the nature of the conflict between the claimed right and the relevant legislation, while more neutral, does not displace this conclusion. The law in conflict with the alleged right is the *Customs Act*. It applies both to personal goods and goods for trade.

Le deuxième facteur, la nature du conflit entre le droit revendiqué et la loi pertinente, bien que plus neutre, n'écarte pas cette conclusion. La loi en conflit avec le droit revendiqué est la *Loi sur les douanes*. Elle s'applique tant aux marchandises d'usage personnel qu'aux marchandises d'usage commercial.

18 The third factor to be considered in characterizing the claim is the relevant traditions and practices of the aboriginal people in question. The ancestral aboriginal practices upon which the claimant relies provide a strong indication of the nature and scope of the right claimed. In this case, the claimants emphasize their ancestral trading practices; indeed these practices and the alleged limitations on them raised by the appellant, lie at the heart of the case. As noted, the claimants assert that historically “trade and commerce [is] central to their soul”. One of the claimant's expert witnesses testified that trade “came as easily to the Iroquois as living and breathing”. The government, while not denying that the Mohawks traditionally traded, asserts that such trade did not extend north into what is now Canada and that, in any event, the Mohawks traditionally accepted the custom of pay-

Le troisième facteur à examiner pour caractériser le droit revendiqué concerne les traditions et pratiques des peuples autochtones en question. Les pratiques ancestrales autochtones que le demandeur invoque sont une forte indication de la nature et de la portée du droit revendiqué. En l'espèce, les demandeurs mettent l'accent sur leurs pratiques commerciales ancestrales; en fait, ces pratiques, et leur restriction contestée par l'appelant, sont au cœur du présent litige. Comme nous l'avons noté, les demandeurs affirment qu'historiquement, [TRADUCTION] « le commerce se situe au centre même [de leur] mode de vie ». Un des témoins experts du demandeur a déclaré que le commerce était une activité [TRADUCTION] « parfaitement naturelle » pour les Iroquois. Le gouvernement, sans nier que les Mohawks faisaient traditionnellement du commerce, soutient que ce commerce ne s'étendait pas

ing tributes and duties to cross boundaries established by other polities.

I conclude that the *Van der Peet* factors of the impugned action, the governmental action or legislation with which it conflicts, and the ancestral practice relied on, all suggest the claim here is properly characterized as the right to bring goods across the Canada-United States boundary at the St. Lawrence River for purposes of trade.

It may be tempting for a claimant or a court to tailor the right claimed to the contours of the specific act at issue. In this case, for example, Chief Mitchell seeks to limit the scope of his claimed trading rights by designating specified trading partners. Originally, he claimed the right to trade with other First Nations in Canada. After the Federal Court of Appeal decision, he further limited his claim to trade with First Nations in Quebec and Ontario. These self-imposed limitations may represent part of Chief Mitchell's commendable strategy of negotiating with the government and minimizing the potential effects on its border control. However, narrowing the claim cannot narrow the aboriginal practice relied upon, which is what defines the right. The essence of the alleged Mohawk tradition was not to bring goods across the St. Lawrence River to trade with designated communities, but rather to simply bring goods to trade. As a matter of necessity, pre-contact trading partners were confined to other First Nations, but this historical fact is incidental to the claim — the right to cross the St. Lawrence River with goods for personal use and trade. For example, in *Gladstone, supra*, the majority of this Court found an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn, but did not then proceed to restrict the Heiltsuk to their pre-contact First Nations trading partners. Moreover, it is difficult to imagine how limitations on trading partners would operate in practice. If Chief Mitchell trades goods to First Nations in Ontario and Quebec,

vers le nord en territoire canadien actuel et que, quoi qu'il en soit, les Mohawks avaient traditionnellement accepté la coutume de payer des tributs et des droits pour traverser les frontières établies par d'autres entités politiques.

Je conclus que les facteurs énumérés dans *Van der Peet*, soit l'acte contesté, la mesure gouvernementale ou la loi avec laquelle il entre en conflit et la pratique ancestrale invoquée, indiquent tous que la revendication en l'espèce est caractérisée à juste titre comme étant le droit de transporter des marchandises à travers la frontière entre le Canada et les États-Unis, par le fleuve Saint-Laurent, à des fins commerciales.

Il peut être tentant pour le demandeur ou le tribunal de délimiter le droit revendiqué selon les contours de l'acte en cause. En l'espèce, par exemple, le chef Mitchell cherche à limiter la portée des droits de commerce revendiqués en désignant spécifiquement les partenaires commerciaux. Initialement, il revendiquait le droit de faire du commerce avec d'autres Premières nations au Canada. Après l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, il a restreint davantage la portée de sa revendication au droit de faire du commerce avec des Premières nations au Québec et en Ontario. Ces restrictions qu'il s'impose font peut-être partie de la stratégie louable du chef Mitchell de négocier avec le gouvernement et de minimiser les effets potentiels de la revendication sur le contrôle des frontières. Cependant, le fait de restreindre la revendication ne peut avoir pour effet de restreindre la pratique autochtone invoquée, qui définit le droit. L'essence de la tradition mohawk invoquée n'était pas de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises pour faire du commerce avec des communautés désignées, mais tout simplement de rapporter des marchandises en vue de faire du commerce. Avant le contact avec les Européens, les partenaires commerciaux se limitaient nécessairement aux autres Premières nations, mais cette réalité historique est d'importance secondaire par rapport à la revendication — le droit de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises destinées à un usage personnel et commercial. Par exemple, dans l'arrêt *Gladstone*, précité, la majorité conclut

19

20

there is nothing to prevent them from trading the goods with anyone else in Canada, aboriginal or not. Thus, the limitations placed on the trading right by Chief Mitchell and the courts below artificially narrow the claimed right and would, at any rate, prove illusory in practice.

à l'existence d'un droit ancestral de faire le commerce de la rogue de hareng, mais ne limite pas ensuite le droit des Heiltsuk aux partenaires commerciaux qu'ils avaient parmi les Premières nations avant le contact avec les Européens. En outre, il est difficile d'imaginer comment s'appliqueraient dans les faits des restrictions quant aux partenaires commerciaux. Si le chef Mitchell fait le commerce de marchandises avec des Premières nations en Ontario et au Québec, rien n'empêche celles-ci de faire le commerce de ces marchandises avec n'importe qui d'autre au Canada, autochtone ou non. En conséquence, les restrictions que le chef Mitchell et les juridictions inférieures ont imposées au droit de commercer restreignent artificiellement le droit revendiqué et, en tout état de cause, seraient illusoire.

21 The trial judge characterized the right claimed as including a right to engage in “small, noncommercial scale trade” (p. 12). He does not make it clear what inferences arise from this characterization, but one possible inference might be that evidence of minimal pre-contact trade would suffice to establish the right. I note without comment the practical difficulties inherent in defining “small, noncommercial scale trade” and the obvious fact that many small acts of trade may add up to more major trade. For purposes of this appeal, it suffices to note that Chief Mitchell did not seek at trial to limit his claim to small-scale or noncommercial trade. While he did not claim a right to trade goods brought across the border in the commercial mainstream, he did assert a right to trade with other First Nations, without qualifying the scale of such trade. He then called evidence emphasizing the centrality of trade to the ancestral Mohawk way of life. Moreover, his express purpose in transporting the goods across the border was the revival of trading relations with a neighbouring community. In these circumstances, it seems inappropriate to place much weight on the limitation proposed by

Le juge de première instance caractérise le droit revendiqué comme comprenant un droit de se livrer à un « petit négoce d'une ampleur non commerciale » (par. 34). Il n'indique pas clairement les conséquences de cette caractérisation, mais l'une d'elles pourrait être que la preuve d'un commerce minime avant le contact avec les Européens suffirait pour établir l'existence du droit. Je note, sans autre commentaire, les difficultés pratiques inhérentes à la définition d'un « petit négoce d'une ampleur non commerciale », et le fait évident que de nombreux petits actes de commerce peuvent devenir un commerce de grande ampleur. Pour les fins du présent pourvoi, il suffit de noter que le chef Mitchell n'a pas cherché au procès à limiter sa revendication à des échanges de petite ampleur ou non commerciaux. Bien qu'il n'ait pas revendiqué le droit de faire ce commerce des marchandises importées sur le marché général, il revendique un droit de commercer avec d'autres Premières nations, sans qualifier l'ampleur de ce commerce. Il a ensuite présenté des preuves tendant à démontrer que le commerce était au centre même du mode de vie mohawk ancestral. De plus, lorsqu'il a traversé la frontière avec les marchandises, il visait expressément à relancer des rapports commerciaux avec une communauté voisine. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'accorder beaucoup d'importance à la restriction proposée par la Cour fédérale, et le droit revendiqué est mieux caracté-

the Federal Court, and the claimed right is best characterized as a right to trade *simpliciter*.

In another attempt at limitation, Chief Mitchell denies that his claim entails the right to pass freely over the border, i.e., mobility rights. Perhaps recognizing that mobility has become a contentious issue in recent cases (e.g., *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455 (C.A.); *R. v. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1 (B.C.S.C.)), he answers that his claim is contingent on his existing right to enter Canada pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. He does not seek a right to enter Canada because he does not require such a right. Again, however, narrowing the claim cannot narrow the aboriginal practice that defines the claimed right. An aboriginal right, once established, generally encompasses other rights necessary to its meaningful exercise. In *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, for example, it was held that the right to fish for food in a specified territory necessarily encompassed a right of physical access to that territory. The evidence in the present case showed that trade involved travel. It follows that any finding of a trading right would also confirm a mobility right.

The Attorney General of Manitoba raises two additional points about the characterization of the right. First, he argues that the claim should not be characterized in the negative. The original claim was to bring goods across the border “without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian government or authority”. Manitoba argues that the right should be characterized simply as a right to bring goods, without qualification. I agree. As in the fishing and hunting cases, once an existing right is established, any restriction on that right through the imposition of duties or taxes should be considered at the infringement stage: see, e.g., *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *Côté*, *supra*; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Gladstone*, *supra*; see also *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771. The right claimed in those cases was

risé comme étant simplement un droit de commercer.

Dans une autre tentative de restriction, le chef Mitchell nie que sa revendication suppose le droit de traverser librement la frontière, c.-à-d. la liberté de circulation. Reconnaissant peut-être que cette question est devenue un sujet très contentieux dans la jurisprudence récente (p. ex. *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455 (C.A.); *R. c. Campbell* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 1 (C.S.C.-B.)), il répond que sa revendication repose sur son droit existant d’entrer au Canada conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. Il ne revendique pas un droit d’entrer au Canada parce qu’il n’a pas besoin d’un tel droit. Encore une fois, cependant, le fait de restreindre la revendication ne peut avoir pour effet de restreindre la pratique autochtone qui définit le droit revendiqué. Un droit ancestral, une fois établi, englobe généralement d’autres droits nécessaires à son exercice réel. L’arrêt *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par exemple, conclut que le droit de pêcher à des fins alimentaires dans un territoire donné comprend nécessairement le droit d’accéder à ce territoire. La preuve en l’espèce montre que le commerce impliquait des déplacements. En conséquence, une conclusion quant à un droit de commercer confirmerait également une liberté de circulation.

Le procureur général du Manitoba soulève deux autres points concernant la définition du droit en cause. Premièrement, il soutient que la revendication ne devrait pas être caractérisée par la négative. La revendication initiale était de traverser la frontière avec des marchandises [TRADUCTION] « sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane ». Le Manitoba soutient que le droit devrait être caractérisé simplement comme un droit de rapporter des marchandises. Je suis d’accord. Comme dans les affaires de pêche et de chasse, une fois que l’existence d’un droit est établie, toute restriction à ce droit par l’imposition de droits ou de taxes devrait être examinée à l’étape de l’atteinte : voir p. ex. *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *Côté*, précité; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S.

22

23

not the right “to fish (or hunt) without restriction”. Similarly, here the right is not “to bring trade goods without having to pay duty”; properly defined, the right claimed is to bring trade goods *simpliciter*.

1013; *Gladstone*, précité; voir aussi *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771. Le droit revendiqué dans ces affaires n’était pas le droit de « pêcher (ou de chasser) sans restriction ». De même, le droit en cause en l’espèce n’est pas un droit « de rapporter des marchandises commerciales sans avoir à acquitter de droits de douane »; il faut définir le droit revendiqué comme étant simplement le droit de rapporter des marchandises commerciales.

24 Manitoba also argues that the right should not be construed as a right to cross the border. Technically this argument is correct, as the border is a construction of newcomers. Aboriginal rights are based on aboriginal practices, customs and traditions, not those of newcomers. This objection can be dealt with simply: the right claimed should be to bring goods across the St. Lawrence River (which always existed) rather than across the border. In modern terms, the two are equivalent.

Le Manitoba dit aussi que le droit en question ne devrait pas être interprété comme étant un droit de traverser la frontière. Techniquement, cet argument est correct parce que la frontière est une création des nouveaux arrivants. Les droits ancestraux sont fondés sur les pratiques, coutumes et traditions autochtones, et non sur celles des nouveaux arrivants. Cette objection peut être traitée simplement : le droit revendiqué devrait être le droit de traverser le Saint-Laurent (qui a toujours existé) avec des marchandises plutôt que le droit de traverser la frontière avec des marchandises. En langage contemporain, les deux sont équivalents.

25 Properly characterized, then, the right claimed in this case is the right to bring goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

Ainsi, correctement défini, le droit revendiqué en l’espèce est le droit de traverser le fleuve Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

C. Has the Claimed Aboriginal Right Been Established?

C. Le droit ancestral revendiqué a-t-il été établi?

26 *Van der Peet* set out the test for establishing an aboriginal right protected under s. 35(1). Briefly stated, the claimant is required to prove: (1) the existence of the ancestral practice, custom or tradition advanced as supporting the claimed right; (2) that this practice, custom or tradition was “integral” to his or her pre-contact society in the sense it marked it as distinctive; and (3) reasonable continuity between the pre-contact practice and the contemporary claim. I will consider each of these elements in turn. First, however, it is necessary to consider the evidence upon which claims may be proved, and the approach courts should adopt in interpreting such evidence.

L’arrêt *Van der Peet* formule le critère applicable pour établir l’existence d’un droit ancestral protégé par le par. 35(1). En bref, le demandeur doit prouver : (1) l’existence de la pratique, coutume ou tradition ancestrale alléguée à l’appui du droit revendiqué; (2) que cette pratique, coutume ou tradition faisait « partie intégrante » de la société autochtone avant le contact avec les Européens au sens où elle la caractérisait comme étant distinctive; et (3) une continuité raisonnable entre la pratique existant avant le contact avec les Européens et la revendication contemporaine. J’examinerai chaque élément à tour de rôle. Toutefois, il faut d’abord considérer la preuve qui permettra d’établir les revendications, et la démarche que les tribunaux devraient adopter pour l’interpréter.

(1) Evidentiary Concerns — Proving Aboriginal Rights

Aboriginal right claims give rise to unique and inherent evidentiary difficulties. Claimants are called upon to demonstrate features of their pre-contact society, across a gulf of centuries and without the aid of written records. Recognizing these difficulties, this Court has cautioned that the rights protected under s. 35(1) should not be rendered illusory by imposing an impossible burden of proof on those claiming this protection (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 408). Thus in *Van der Peet*, *supra*, the majority of this Court stated that “a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in” (para. 68).

This guideline applies both to the admissibility of evidence and weighing of aboriginal oral history (*Van der Peet*, *supra*; *Delgamuukw*, *supra*, at para. 82).

(a) *Admissibility of Evidence in Aboriginal Right Claims*

Courts render decisions on the basis of evidence. This fundamental principle applies to aboriginal claims as much as to any other claim. *Van der Peet* and *Delgamuukw* affirm the continued applicability of the rules of evidence, while cautioning that these rules must be applied flexibly, in a manner commensurate with the inherent difficulties posed by such claims and the promise of reconciliation embodied in s. 35(1). This flexible application of the rules of evidence permits, for example, the admissibility of evidence of post-contact activities to prove continuity with pre-contact practices, customs and traditions (*Van der Peet*, *supra*, at para. 62) and the meaningful consideration of various forms of oral history (*Delgamuukw*, *supra*).

(1) La preuve — Comment établir des droits ancestraux

La revendication de droits ancestraux soulève des difficultés de preuve intrinsèques et uniques. Les demandeurs doivent établir les caractéristiques de leur société avant le contact avec les Européens, par-delà des siècles et sans l'aide d'écrits. Reconnaissant ces difficultés, notre Cour a fait une mise en garde contre la possibilité de rendre illusoires les droits protégés par le par. 35(1) en imposant un fardeau de preuve impossible à ceux qui revendiquent cette protection (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 408). Ainsi, dans *Van der Peet*, précité, la majorité de la Cour affirme que « le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit » (par. 68).

Ce principe s'applique à la fois à l'admissibilité de la preuve et à l'appréciation des récits oraux autochtones (*Van der Peet*, précité; *Delgamuukw*, précité, par. 82).

a) *L'admissibilité de la preuve dans les revendications de droits ancestraux*

Les tribunaux rendent leurs décisions en se fondant sur la preuve. Ce principe fondamental s'applique aux revendications autochtones comme à toute autre revendication. *Van der Peet* et *Delgamuukw* réaffirment la continuité des règles de preuve avec la mise en garde de les appliquer avec souplesse, d'une façon adaptée aux difficultés inhérentes à de telles réclamations et à la promesse de conciliation confirmée au par. 35(1). Cette souplesse d'application des règles de preuve permet, par exemple, l'admission de preuves d'activités postérieures au contact avec les Européens, qui visent à établir la continuité avec les pratiques, coutumes et traditions antérieures au contact (*Van der Peet*, précité, par. 62) et l'examen utile de diverses formes de récits oraux (*Delgamuukw*, précité).

27

28

29

30 The flexible adaptation of traditional rules of evidence to the challenge of doing justice in aboriginal claims is but an application of the time-honoured principle that the rules of evidence are not “cast in stone, nor are they enacted in a vacuum” (*R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 487). Rather, they are animated by broad, flexible principles, applied purposively to promote truth-finding and fairness. The rules of evidence should facilitate justice, not stand in its way. Underlying the diverse rules on the admissibility of evidence are three simple ideas. First, the evidence must be useful in the sense of tending to prove a fact relevant to the issues in the case. Second, the evidence must be reasonably reliable; unreliable evidence may hinder the search for the truth more than help it. Third, even useful and reasonably reliable evidence may be excluded in the discretion of the trial judge if its probative value is overshadowed by its potential for prejudice.

31 In *Delgamuukw*, mindful of these principles, the majority of this Court held that the rules of evidence must be adapted to accommodate oral histories, but did not mandate the blanket admissibility of such evidence or the weight it should be accorded by the trier of fact; rather, it emphasized that admissibility must be determined on a case-by-case basis (para. 87). Oral histories are admissible as evidence where they are both useful and reasonably reliable, subject always to the exclusionary discretion of the trial judge.

32 Aboriginal oral histories may meet the test of usefulness on two grounds. First, they may offer evidence of ancestral practices and their significance that would not otherwise be available. No other means of obtaining the same evidence may exist, given the absence of contemporaneous records. Second, oral histories may provide the aboriginal perspective on the right claimed. Without such evidence, it might be impossible to gain a true picture of the aboriginal practice relied on or its significance to the society in question. Determining what practices existed, and distinguishing central, defining features of a culture from traits

L’adaptation souple des règles traditionnelles de preuve au défi de rendre justice dans les revendications autochtones n’est qu’une application du principe traditionnel selon lequel les règles de preuve n’ont rien d’« immuable et n’ont pas été établies dans l’abstrait » (*R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, p. 487). Elles s’inspirent plutôt de principes larges et souples, appliqués dans le but de promouvoir la recherche de la vérité et l’équité. Les règles de preuve devraient favoriser la justice, et non pas y faire obstacle. Les différentes règles d’admissibilité de la preuve reposent sur trois idées simples. Premièrement, la preuve doit être utile au sens où elle doit tendre à prouver un fait pertinent quant au litige. Deuxièmement, la preuve doit être raisonnablement fiable; une preuve non fiable est davantage susceptible de nuire à la recherche de la vérité que de la favoriser. Troisièmement, même une preuve utile et raisonnablement fiable peut être exclue à la discrétion du juge de première instance si le préjudice qu’elle peut causer l’emporte sur sa valeur probante.

Dans *Delgamuukw*, la majorité, tenant compte de ces principes, conclut que les règles de preuve doivent être adaptées aux récits oraux, mais elle n’impose pas leur admissibilité générale ni la valeur que devrait leur accorder le juge des faits; elle souligne plutôt que l’admissibilité doit être décidée cas par cas (par. 87). Les récits oraux sont admissibles en preuve lorsqu’ils sont à la fois utiles et raisonnablement fiables, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de les exclure.

Les récits oraux autochtones peuvent satisfaire au critère de l’utilité de deux façons. Premièrement, ils peuvent offrir une preuve de pratiques ancestrales et de leur importance, qui ne pourrait être obtenue autrement. Il peut n’exister aucun autre moyen d’obtenir la même preuve, compte tenu de l’absence d’archives contemporaines. Deuxièmement, les récits oraux peuvent fournir le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. Sans cette preuve, il serait peut-être impossible de se faire une idée exacte de la pratique autochtone invoquée ou de sa signification pour la société en question. Il n’est pas facile après 400 ans de déter-

that are marginal or peripheral, is no easy task at a remove of 400 years. Cultural identity is a subjective matter and not easily discerned: see R. L. Barsh and J. Y. Henderson, "The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand" (1997), 42 *McGill L.J.* 993, at p. 1000, and J. Woodward, *Native Law* (loose-leaf), at p. 137. Also see *Sparrow*, *supra*, at p. 1103; *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 82-87, and J. Borrows, "The Trickster: Integral to a Distinctive Culture" (1997), 8 *Constitutional Forum* 27.

The second factor that must be considered in determining the admissibility of evidence in aboriginal cases is reliability: does the witness represent a reasonably reliable source of the particular people's history? The trial judge need not go so far as to find a special guarantee of reliability. However, inquiries as to the witness's ability to know and testify to orally transmitted aboriginal traditions and history may be appropriate both on the question of admissibility and the weight to be assigned the evidence if admitted.

In determining the usefulness and reliability of oral histories, judges must resist facile assumptions based on Eurocentric traditions of gathering and passing on historical facts and traditions. Oral histories reflect the distinctive perspectives and cultures of the communities from which they originate and should not be discounted simply because they do not conform to the expectations of the non-aboriginal perspective. Thus, *Delgamuukw* cautions against facetiously rejecting oral histories simply because they do not convey "historical" truth, contain elements that may be classified as mythology, lack precise detail, embody material tangential to the judicial process, or are confined to the community whose history is being recounted.

In this case, the parties presented evidence from historians and archaeologists. The aboriginal perspective was supplied by oral histories of elders such as Grand Chief Mitchell. Grand Chief

miner quelles pratiques existaient et de distinguer les caractéristiques principales et déterminantes d'une culture de celles qui sont marginales. L'identité culturelle est une question subjective difficile à saisir : voir R. L. Barsh et J. Y. Henderson, « The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy: Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993, p. 1000; et J. Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), p. 137. Voir aussi *Sparrow*, précité, p. 1103; *Delgamuukw*, précité, par. 82-87; et J. Borrows, « The Trickster: Integral to a Distinctive Culture » (1997), 8 *Forum Constitutionnel* 27.

Le deuxième facteur à examiner dans la détermination de l'admissibilité de la preuve dans les affaires autochtones est la fiabilité : le témoin est-il une source raisonnablement fiable pour l'histoire du peuple en cause? Le juge de première instance n'est pas tenu de rechercher une garantie spéciale de fiabilité. Cependant, pour les questions de l'admissibilité de la preuve et, si elle est admise, du poids à lui accorder, il peut être approprié de s'enquérir de la connaissance du témoin des traditions et de l'histoire autochtones transmises oralement et de sa capacité de témoigner sur celles-ci.

Pour déterminer l'utilité et la fiabilité des récits oraux, les juges doivent se garder de faire des suppositions faciles fondées sur les traditions eurocentriques de collecte et de transmission des traditions et des faits historiques. Les récits oraux reflètent les perspectives et les cultures distinctives des communautés dont ils sont issus et ne devraient pas être écartés pour le simple motif qu'ils ne sont pas conformes aux attentes d'un point de vue non autochtone. D'où les mises en garde énoncées dans *Delgamuukw* de ne pas rejeter à la légère des récits oraux pour la simple raison qu'ils ne transmettent pas la vérité « historique », comportent des éléments mythologiques, manquent de détails précis, renferment des données tangentielles au processus judiciaire ou se limitent à la communauté dont ils retracent l'histoire.

En l'espèce, les parties ont présenté des témoignages d'historiens et d'archéologues. Les récits oraux d'aînés, dont le grand chef Mitchell, ont fourni le point de vue autochtone. Le témoignage

33

34

35

Mitchell's testimony, confirmed by archaeological and historical evidence, was especially useful because he was trained from an early age in the history of his community. The trial judge found his evidence credible and relied on it. He did not err in doing so and we may do the same.

(b) *The Interpretation of Evidence in Aboriginal Right Claims*

36 The second facet of the *Van der Peet* approach to evidence, and the more contentious issue in the present case, relates to the interpretation and weighing of evidence in support of aboriginal claims once it has cleared the threshold for admission. For the most part, the rules of evidence are concerned with issues of admissibility and the means by which facts may be proved. As J. Sopinka and S. N. Lederman observe, "[t]he value to be given to such facts does not . . . lend itself as readily to precise rules. Accordingly, there are no absolute principles which govern the assessment of evidence by the trial judge" (*The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), at p. 524). This Court has not attempted to set out "precise rules" or "absolute principles" governing the interpretation or weighing of evidence in aboriginal claims. This reticence is appropriate, as this process is generally the domain of the trial judge, who is best situated to assess the evidence as it is presented, and is consequently accorded significant latitude in this regard. Moreover, weighing evidence is an exercise inherently specific to the case at hand.

37 Nonetheless, the present case requires us to clarify the general principles laid down in *Van der Peet* and *Delgamuukw* regarding the assessment of evidence in aboriginal right claims. The requirement that courts interpret and weigh the evidence with a consciousness of the special nature of aboriginal claims is critical to the meaningful protection of s. 35(1) rights. As Lamer C.J. observed in *Delgamuukw*, the admission of oral histories represents a hollow recognition of the aboriginal

du grand chef Mitchell, confirmé par la preuve archéologique et historique, était particulièrement utile, parce qu'il a commencé très jeune à apprendre l'histoire de sa communauté. Le juge de première instance a conclu que son témoignage était crédible et s'est fondé sur celui-ci. Il n'a pas commis d'erreur en cela et nous pouvons faire de même.

b) *L'interprétation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux*

Le deuxième aspect de la démarche de l'arrêt *Van der Peet* en matière de preuve, un aspect plus litigieux en l'espèce, se rapporte à l'interprétation et à l'appréciation de la preuve présentée à l'appui de revendications autochtones une fois qu'elle a satisfait au critère d'admissibilité. Pour la plupart, les règles de preuve concernent les questions d'admissibilité et les moyens par lesquels les faits peuvent être établis. J. Sopinka et S. N. Lederman font remarquer que [TRADUCTION] « [l]a question de la valeur à accorder à de tels faits ne . . . se prête pas facilement à l'établissement de règles précises. En conséquence, il n'existe pas de principes absolus qui régissent l'appréciation de la preuve par le juge de première instance » (*The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), p. 524). Notre Cour n'a pas essayé d'établir des « règles précises » ou des « principes absolus » régissant l'interprétation ou l'appréciation de la preuve dans les revendications autochtones. Cette réticence est appropriée parce que cette tâche relève généralement du juge de première instance, qui est le mieux placé pour apprécier la preuve présentée et qui possède donc une grande latitude à cet égard. En outre, l'appréciation de la preuve est un exercice propre à l'affaire dont le tribunal est saisi.

Quoi qu'il en soit, la présente affaire nous oblige à clarifier les principes généraux énoncés dans *Van der Peet* et *Delgamuukw* quant à l'appréciation de la preuve dans les revendications de droits ancestraux. L'obligation pour les tribunaux d'interpréter et d'apprécier la preuve en étant conscients de la nature particulière des revendications autochtones est essentielle à la protection réelle des droits prévus au par. 35(1). Comme le juge en chef Lamer l'a noté dans *Delgamuukw*, l'admission en preuve

perspective where this evidence is then systematically and consistently undervalued or deprived of all independent weight (para. 98). Thus, it is imperative that the laws of evidence operate to ensure that the aboriginal perspective is “given due weight by the courts” (para. 84).

Again, however, it must be emphasized that a consciousness of the special nature of aboriginal claims does not negate the operation of general evidentiary principles. While evidence adduced in support of aboriginal claims must not be undervalued, neither should it be interpreted or weighed in a manner that fundamentally contravenes the principles of evidence law, which, as they relate to the valuing of evidence, are often synonymous with the “general principles of common sense” (Sopinka and Lederman, *supra*, at p. 524). As Lamer C.J. emphasized in *Delgamuukw*, *supra*, at para. 82:

[A]boriginal rights are truly *sui generis*, and demand a unique approach to the treatment of evidence which accords due weight to the perspective of aboriginal peoples. However, that accommodation must be done in a manner which does not strain “the Canadian legal and constitutional structure” [*Van der Peet*, at para. 49]. Both the principles laid down in *Van der Peet* — first, that trial courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims, and second, that trial courts must interpret that evidence in the same spirit — must be understood against this background. [Emphasis added.]

There is a boundary that must not be crossed between a sensitive application and a complete abandonment of the rules of evidence. As Binnie J. observed in the context of treaty rights, “[g]enerous rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse” (*R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14). In particular, the *Van der Peet* approach does not operate to amplify the cogency of evidence adduced in support of an aboriginal claim. Evidence advanced in support of aboriginal claims, like the evidence

de récits oraux représente une reconnaissance creuse du point de vue autochtone lorsque ces éléments de preuve sont par la suite systématiquement sous-estimés ou privés de toute valeur probante indépendante (par. 98). Il est donc impératif que les règles de preuve garantissent que « les tribunaux accordent le poids qui convient » au point de vue des autochtones (par. 84).

Encore une fois, cependant, il faut souligner qu’être conscient de la nature particulière des revendications autochtones n’empêche pas d’appliquer les principes généraux de preuve. S’il ne faut pas sous-estimer la preuve présentée à l’appui des revendications autochtones, il ne faut pas non plus l’interpréter ou l’apprécier d’une manière fondamentalement contraire aux principes du droit de la preuve qui, en matière d’appréciation de la preuve, correspondent souvent aux [TRADUCTION] « principes généraux de bon sens » (Sopinka et Lederman, *op. cit.*, p. 524). Comme le souligne le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, par. 82 :

[L]es droits ancestraux sont véritablement des droits *sui generis* qui exigent, quant au traitement de la preuve, une approche unique, accordant le poids qu’il faut au point de vue des peuples autochtones. Toutefois, l’adaptation doit se faire d’une manière qui ne fasse pas entorse à « l’organisation juridique et constitutionnelle du Canada » [*Van der Peet*, par. 49]. Les deux principes exposés dans *Van der Peet* — premièrement, le fait que les tribunaux de première instance doivent aborder les règles de preuve en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l’examen des revendications de droits ancestraux, et, deuxièmement, le fait que les tribunaux de première instance doivent interpréter cette preuve dans le même esprit — doivent être compris dans ce contexte. [Je souligne.]

Il y a une limite à ne pas franchir entre l’application éclairée des règles de preuve et l’abandon complet de ces règles. Comme le note le juge Binnie dans le contexte des droits issus de traités, « [i]l ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori » (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14). En particulier, la démarche de l’arrêt *Van der Peet* n’a pas pour effet d’augmenter la force probante de la preuve soumise à l’appui d’une revendication autochtone. La preuve

38

39

offered in any case, can run the gamut of cogency from the highly compelling to the highly dubious. Claims must still be established on the basis of persuasive evidence demonstrating their validity on the balance of probabilities. Placing “due weight” on the aboriginal perspective, or ensuring its supporting evidence an “equal footing” with more familiar forms of evidence, means precisely what these phrases suggest: equal and due treatment. While the evidence presented by aboriginal claimants should not be undervalued “simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case” (*Van der Peet, supra*, at para. 68), neither should it be artificially strained to carry more weight than it can reasonably support. If this is an obvious proposition, it must nonetheless be stated.

à l’appui des revendications autochtones, comme la preuve produite dans n’importe quelle affaire, peut couvrir toute la gamme des forces probantes, de la preuve hautement convaincante à la preuve hautement contestable. Il faut encore établir le bien-fondé des revendications sur la base d’une preuve convaincante qui démontre leur validité selon la prépondérance des probabilités. Dire qu’il faut accorder « le poids qui convient » au point de vue autochtone ou s’assurer que la preuve à l’appui de ce point de vue est placée sur un « pied d’égalité » avec les types de preuve plus familiers, c’est précisément dire ce que cela veut dire : un traitement égal et approprié. Si la preuve des demandeurs autochtones ne devrait pas être sous-estimée « simplement parce [qu’elle] ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple » (*Van der Peet*, précité, par. 68), on ne devrait pas non plus la faire ployer artificiellement sous plus de poids que ce qu’elle peut raisonnablement étayer. Si cette proposition est évidente, il faut néanmoins l’énoncer.

40 With these principles in mind, I turn now to the consideration of whether the evidence offered in the present case in fact supports an aboriginal right to bring goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

(2) Does the Evidence Show an Ancestral Mohawk Practice of Trading North of the St. Lawrence River?

Compte tenu de ces principes, je me propose maintenant d’examiner si la preuve soumise en l’espèce étaye en fait un droit ancestral de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

(2) La preuve révèle-t-elle l’existence d’une pratique ancestrale mohawk de commerce au nord du Saint-Laurent?

41 While the ancestral home of the Mohawks lay in the Mohawk Valley of present-day New York State, the evidence establishes that, before the arrival of Europeans, they travelled north on occasion across the St. Lawrence River. We may assume they travelled with goods to sustain themselves. There was also ample evidence before McKeown J. to support his finding that trade was a central, distinguishing feature of the Iroquois in general and the Mohawks in particular. This evidence indicates the Mohawks were well situated for trade, and engaged in small-scale exchange with other First Nations. A critical question in this case, however, is whether these trading practices and northerly travel coincided prior to the arrival of

Bien que les terres ancestrales des Mohawks se situent dans la vallée des Mohawks de l’État actuel de New York, la preuve établit que, avant l’arrivée des Européens, ils traversaient parfois le fleuve Saint-Laurent pour voyager vers le nord. Nous pouvons supposer qu’ils voyageaient avec les marchandises nécessaires à leur subsistance. En outre, la preuve soumise au juge McKeown appuyait amplement sa conclusion que le commerce était une caractéristique principale et distinctive des Iroquois en général et des Mohawks en particulier. Cette preuve indique que les Mohawks étaient bien situés pour faire du commerce et qu’ils se livraient à des échanges de petite ampleur avec d’autres Premières nations. Toutefois, une question cruciale

Europeans; that is, does the evidence establish an ancestral Mohawk practice of transporting goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade? Only if this ancestral practice is established does it become necessary to determine whether it is an integral feature of Mohawk culture with continuity to the present day.

With respect, the trial judge's affirmative response to this question finds virtually no support in the evidentiary record. Indeed, McKeown J. concedes as much (at p. 44):

There is little direct evidence that the Mohawks, prior to the arrival of the Europeans, brought goods from their homeland and traded with other First Nations on the Canadian side of the boundary

Nonetheless, he goes on to state:

[H]owever, I am satisfied that Mohawk society is distinctive, that trade was an integral part of Mohawk tradition and that the Mohawks travelled freely across the border to expand trading territory and to obtain goods for the purposes of trade. . . . I find that the plaintiff and the Mohawks of Akwesasne have established an aboriginal right to pass and repass freely what is now the Canada-United States boundary with goods for personal and community use and for trade with other First Nations.

These statements are contradictory on two levels. First, the findings in the second statement do not lead logically to its conclusion: Mohawks travel across the border in attempts to expand trading territory through "commercially motivated warfare" (as it was called at trial (p. 33)) or to obtain goods for trade elsewhere simply does not address the question of whether goods were brought across the border for purposes of trade with First Nations to the north. On this question, McKeown J. was quite correct to state there exists "little direct evidence". This leads to the second contradiction: the inconsistency between this concession of little direct evidence and the finding of an aboriginal right. This is not to suggest that an aboriginal claim can

en l'espèce est de savoir si ces pratiques commerciales et ces voyages vers le nord coïncidaient avant l'arrivée des Européens; autrement dit, la preuve établit-elle une pratique ancestrale mohawk de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales? Ce n'est que si la pratique ancestrale est établie qu'il devient nécessaire de déterminer si elle est une caractéristique faisant partie intégrante de la culture mohawk qui s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui.

Avec égards, la réponse affirmative du juge de première instance à cette question est virtuellement dénuée d'appui en preuve. En fait, le juge McKeown le reconnaît également (au par. 177) :

On ne possède guère de preuves directes que, avant l'arrivée des Européens, les Mohawks amenaient, de leur territoire national, des marchandises afin de les échanger avec d'autres Premières nations habitant du côté canadien

Néanmoins, il poursuit :

[M]ais j'estime que les Mohawks constituent une société distincte, que le commerce faisait partie intégrante de leur tradition et qu'ils franchissaient librement la frontière afin d'élargir leur territoire commercial et afin de se procurer des marchandises qu'ils pourraient échanger [...] J'estime que le demandeur et les Mohawks d'Akwesasne ont établi l'existence d'un droit ancestral en vertu duquel ils peuvent passer et repasser librement l'actuelle frontière entre le Canada et les États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire ainsi qu'à des échanges avec d'autres Premières nations.

Ces déclarations sont contradictoires à deux égards. Premièrement, les constatations dans la deuxième déclaration ne mènent pas logiquement à sa conclusion : le fait que les Mohawks traversaient la frontière afin d'élargir leur territoire commercial par des [TRADUCTION] « guerres déclenchées pour des motifs d'ordre commercial » (comme on les a appelées au procès (par. 119)) ou de se procurer ailleurs des marchandises destinées au commerce ne répond tout simplement pas à la question de savoir si des marchandises étaient transportées à travers la frontière à des fins d'échanges avec des Premières nations établies au nord. Sur ce point, le juge McKeown a tout à fait raison d'affirmer qu'il n'existe « guère de preuves

never be established on the basis of minimal evidence, direct or otherwise, provided it is sufficiently compelling and supports the conclusions reached. In this case, however, the “little direct evidence” relied upon by the trial judge is, at best, tenuous and scant, and is perhaps better characterized as an absence of even minimally cogent evidence. This conclusion seems inescapable after a review of the evidence upon which McKeown J. relied in support of his holding. In particular, McKeown J. relied upon archaeological evidence; the testimony of Chief Mitchell and Dr. Venables, a cultural historian; and post-contact Mohawk involvement in treaty-making and the fur trade.

directes ». Cela mène à la deuxième contradiction : l’incompatibilité entre l’absence reconnue de preuves directes et la conclusion à l’existence d’un droit ancestral. Cela ne signifie pas qu’une revendication autochtone ne peut jamais être établie à partir d’une preuve très limitée, directe ou autre, mais qu’il faut qu’elle soit suffisamment convaincante et qu’elle appuie les conclusions tirées. En l’espèce, toutefois, le peu de preuves directes sur lesquelles s’est fondé le juge de première instance constitue au mieux une preuve ténue et insuffisante, et le juge aurait peut-être dû parler d’absence de preuve convaincante même de façon minimale. Cette conclusion semble inévitable après examen de la preuve sur laquelle le juge McKeown a fondé sa conclusion. En particulier, le juge McKeown s’est appuyé sur des preuves archéologiques, sur les témoignages du chef Mitchell et de M. Venables, un historien de la culture, et sur la participation des Mohawks à la conclusion de traités et au commerce de fourrure après le contact avec les Européens.

43 The archaeological evidence consisted of two works, submitted by expert witnesses, purportedly documenting an historical north-south trade in copper and ceremonial knives, respectively. Sexton J.A., writing for the majority of the Federal Court of Appeal in upholding the trial judge’s finding of a cross-border trading right, placed significant emphasis on the former. He concluded at para. 50 that D. K. Richter’s book, *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization* (1992), demonstrated

La preuve archéologique consistait en deux ouvrages, qu’ont soumis des témoins experts, censés documenter un commerce historique nord-sud de cuivre et de couteaux rituels, respectivement. Le juge Sexton, au nom de la majorité en Cour d’appel fédérale, accorde beaucoup d’importance au premier lorsqu’il confirme la conclusion du juge de première instance sur le droit de faire le commerce transfrontalier. Il conclut au par. 50 que l’ouvrage de D. K. Richter, *The Ordeal of the Longhouse: The Peoples of the Iroquois League in the Era of European Colonization* (1992), démontre que

that the Iroquois living in what is now the State of New York traded in copper which originated from the north shore of Lake Superior. Justice McKeown recognized that this was clear archaeological evidence of North-South trade across what is now the Canada-United States border.

les Iroquois vivant sur le territoire qui est maintenant l’État de New York faisaient le troc du cuivre provenant de la rive nord du lac Supérieur. Le juge McKeown y voit la preuve archéologique concluante du commerce nord-sud à travers ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis.

44 This is, with respect, an overly generous interpretation of both the book and the trial judgment. The book merely states that plates of worked copper originating in the Great Lakes region were particularly prized as gifts by the members of the Five

Cela constitue, avec égards, une interprétation trop large de cet ouvrage et du jugement de première instance. L’ouvrage dit simplement que les objets de cuivre œuvrés provenant de la région des Grands Lacs étaient particulièrement prisés par les

Nations Confederacy (Richter, *supra*, at p. 28). It indicates that this copper originated to the north of the Mohawk Valley, not that the Mohawks obtained this copper through direct trading with their northern neighbours. Indeed, Richter's book confirms that long-distance Mohawk trade, at least at the time of contact, fell along an east-west axis. The Mohawks traded with the Wenros and Neutrals to the west (in the Niagra Region, south of the Great Lakes) and the Mohicans in the east, but not with their enemies in the disputed territory to the north. Richter contends that warfare between the Five Nations and their northern neighbours precluded the possibility of trade (at pp. 28-29):

The lack of any need for large-scale trade helps explain not just the isolationism of Five Nations villages from each other and outsiders but their wars with such sixteenth-century neighbors as the Hurons, the Susquehannocks, the Algonquins, and the St. Lawrence Iroquoians. Because relationships among people rested on the alliances of spiritual power that came from reciprocity, a *lack of reciprocity*, as epitomized by the absence of trading relationships, could easily lead to a presumption of hostility. Just as a shaman or an other-than-human person could be expected to wreak havoc when denied respect and reciprocity, so too could people of another village with whom no exchange relationships existed. [Underlining added; italics in original.]

Richter then proceeds to note that the opposite dynamic prevailed where trading occurred between nations: reciprocal trade facilitated and signified peaceful relations between communities. In a passage not quoted by McKeown J., Richter concludes that the copper plates, originating in the Great Lakes region and prized by the Confederacy for their spiritual power, were obtained indirectly along the east-west trade axis, not directly from the north as implied by the trial judge and asserted by the Court of Appeal (at p. 29):

[A]mong the few neighboring peoples with whom all of the autonomous villages of the Five Nations seem to

membres de la Confédération des Cinq Nations comme cadeaux (Richter, *op. cit.*, p. 28). Il indique que le cuivre provenait du nord de la vallée des Mohawks, non pas que les Mohawks obtenaient ce cuivre par un commerce direct avec leurs voisins du nord. En réalité, l'ouvrage de Richter confirme que le commerce lointain pratiqué par les Mohawks, tout au moins au moment du contact avec les Européens, suivait un axe est-ouest. Les Mohawks commerçaient avec les Wenros et les Neutrals à l'ouest (dans la région du Niagara et au sud des Grands Lacs) et avec les Mohicans à l'est, mais pas avec leurs ennemis établis sur le territoire contesté au nord. Selon Richter, l'état de guerre entre les Cinq Nations et leurs voisins du nord empêchait tout commerce entre eux (aux p. 28-29) :

[TRADUCTION] Le fait que le grand commerce n'était pas nécessaire aide à expliquer non seulement l'isolationnisme des villages des Cinq Nations entre eux et avec les étrangers, mais aussi les guerres avec leurs voisins du seizième siècle, comme les Hurons, les Susquehannocks, les Algonquins et les Iroquois du fleuve Saint-Laurent. Comme les rapports entre les peuples reposaient sur les alliances de l'autorité spirituelle, découlant de la réciprocité, une *absence de réciprocité* illustrée par une absence de rapports commerciaux, pouvait très bien mener à une présomption d'hostilité. De même qu'on pouvait craindre qu'un chaman ou un être non-humain fasse de grands ravages si on lui refusait respect et réciprocité, on pouvait s'attendre à ce que les habitants d'un autre village avec lesquels il n'y avait aucun échange en fissent autant. [Je souligne; italiques dans l'original.]

Richter note ensuite que la dynamique contraire dominait lorsque les nations commerçaient entre elles : la réciprocité des échanges facilitait et impliquait des rapports pacifiques entre les communautés. Dans un passage que n'a pas cité le juge McKeown, Richter conclut que les objets de cuivre, venant de la région des Grands Lacs et prisés par la Confédération pour leur pouvoir spirituel, étaient obtenus indirectement le long de l'axe commercial est-ouest, et non pas directement du nord, comme le laisse entendre le juge de première instance et l'affirme la Cour d'appel (à la p. 29) :

[TRADUCTION] [P]armi les quelques voisins avec lesquels tous les villages autonomes des Cinq Nations sem-

have been regularly at peace during the period when Europeans first arrived on the Turtle's Back were the Neutrals and Wenros to the west and the Mahicans and River Indians to the east. Each sat astride routes to the sources of exotic commodities associated with spiritual power that were not available in the homelands of the Five Nations: Great Lakes copper and other minerals linked with spiritual power came from beyond the country of the Neutrals and Wenros, and shell beads arrived from the coast of Long Island Sound presumably by way of the Mahicans and River Indians. [Emphasis added.]

46 Consequently, while Richter's book may support the pre-contact existence of north-south trade routes, it refutes the direct involvement of the Mohawks in this trade. This is a significant fact, given the reliance by the trial judge on this evidence in concluding the aboriginal right was established, and in rejecting the testimony of the appellant's expert witness, Dr. von Gernet, to the effect that he had "yet to find a single archeological site anywhere in Ontario dating to the prehistoric, the protohistoric or the early historical period which has in any way ever been associated with the Mohawks" (p. 30).

47 The second item of archaeological evidence relates to an alleged trade in chalcedony ceremonial knives, raised by the claimant's expert witness, Dr. Venables, on the basis of W. A. Ritchie's *The Archaeology of New York State* (rev. ed. 1980). Again, Ritchie describes the Iroquois trade networks as falling "chiefly westward toward the Upper Great Lakes, where also the strongest cultural ties are found" (p. 196 (emphasis added)). The only evidence of northerly trade is found in a single "smoky chalcedony ceremonial (?) knife," from which Ritchie postulates a potential trade route "evidently to the north in Quebec" (p. 196) established somewhere between 3000 B.C. and 300 B.C. This evidence, standing alone, can hardly be called compelling.

48 The trial judge preferred the evidence of Dr. Venables and Chief Mitchell where it con-

blent avoir été habituellement en paix quand les Européens sont arrivés sur le dos de la Tortue, il y avait les Neutrals et les Wenros, à l'ouest, et les Mahicans et les River Indians à l'est. Ils étaient situés sur des routes menant aux sources de marchandises exotiques associées au pouvoir spirituel, qui n'étaient pas accessibles sur les terres des Cinq Nations : le cuivre des Grands Lacs et d'autres minéraux liés au pouvoir spirituel venaient d'au-delà le territoire des Neutrals et des Wenros, et les perles de coquillages arrivaient de la côte de Long Island, probablement par l'entremise des Mahicans et des River Indians. [Je souligne.]

En conséquence, s'il confirme l'existence de routes commerciales nord-sud avant le contact avec les Européens, Richter réfute la participation directe des Mohawks dans ce commerce. Il s'agit d'un fait important parce que le juge de première instance s'est appuyé sur cette preuve pour conclure que l'existence du droit ancestral avait été établie et pour rejeter le témoignage du témoin expert de l'appelant, M. von Gernet, selon lequel il n'avait [TRADUCTION] « pas encore trouvé, en Ontario, un seul site archéologique remontant à la période préhistorique, protohistorique ou au début de la période historique [qu'il] puisse relier d'une manière ou une autre aux Mohawks » (par. 109).

Le deuxième élément de preuve archéologique se rapporte à l'existence alléguée d'un commerce de couteaux rituels de calcédoine, mentionné par le témoin expert du demandeur, M. Venables, sur le fondement d'un ouvrage de W. A. Ritchie, *The Archaeology of New York State* (éd. rév. 1980). Là encore, Ritchie décrit les réseaux commerciaux iroquois comme allant [TRADUCTION] « surtout, vers l'ouest, en direction de la région supérieure des Grands Lacs, où l'on trouve les liens culturels les plus forts » (p. 196 (je souligne)). La seule preuve de commerce vers le nord se trouve dans un simple [TRADUCTION] « couteau rituel (?) en calcédoine » suscitant chez Ritchie l'hypothèse de l'existence possible d'une route commerciale « au nord vers le Québec, semble-t-il » (p. 196) établie entre 3 000 et 300 ans avant notre ère. Cette preuve, en soi, peut difficilement être qualifiée de convaincante.

Le juge de première instance a préféré les témoignages de M. Venables et du chef Mitchell quand

flicted with that of Dr. von Gernet. He properly admitted the testimony of Chief Mitchell relaying the oral history of his people, correctly stating, in accordance with *Van der Peet*, that the weight he accorded “to oral history and to documentary evidence does not depend on the form in which the evidence was presented to the court” (p. 25). However, Chief Mitchell did not discuss Mohawk trading activity north of the St. Lawrence River. Referring to Akwesasne, he simply stated that “[a]ccording to our traditions it had always been one of our areas where we did all our planting, we did our fishing and we did our hunting”. Dr. Venables testimony was equally limited. He referred to extensive trade between the Mohawks and their Iroquois confederates to the west, but did not identify any direct evidence of trade to the north. Dr. Venables cited the works by Richter and Ritchie but, as discussed above, the latter offers only the most tenuous support for northerly trade and the former, if anything, refutes the existence of such trade during the time preceding contact. Dr. Venables also referred to the *Historical Atlas of Canada*, but the trial judge found at p. 29 that this text “does not demonstrate cross-border trade by the Mohawks”.

Finally, the trial judge relied on post-contact Mohawk activity as proof of continuity with pre-contact practices, an adaptation of the rules of evidence approved in *Van der Peet*. He found it “particularly noteworthy that the early treaties entered into by the Mohawks and other Iroquois were largely concerned with trade” (p. 43). None of these early treaties, however, support a reasonable inference of pre-contact cross-river trade. For example, the trial judge relied on a 1645 treaty between the Hurons, French and Mohawks. The Mohawks had defeated the Hurons (allies of the French) and now sought to restrict their trade and travel through the peace treaty, to their own benefit. Dr. Venables interpreted the Mohawk negotiator’s speech at the treaty conference as demonstrating the integrity of trade to Mohawk culture. The Mohawk negotiator did not actually refer to pre-

ils étaient en conflit avec celui de M. von Gernet. Il a admis en preuve à bon droit le témoignage dans lequel le chef Mitchell relatait l’histoire orale de son peuple, affirmant à juste titre, conformément à *Van der Peet*, que la valeur probante qu’il accorde « à l’histoire orale et à la preuve documentaire ne dépend pas de la forme sous laquelle elle est présentée à la Cour » (par. 94). Cependant, le chef Mitchell n’a pas traité des activités commerciales des Mohawks au nord du Saint-Laurent. Parlant d’Akwesasne, il a simplement affirmé que [TRADUCTION] « [c]onformément à nos traditions, cela a toujours été l’une de nos zones de plantation, de chasse et de pêche ». Le témoignage de M. Venables est tout aussi limité. Il parle d’un commerce important entre les Mohawks et les membres de la Confédération iroquoise vers l’ouest, mais ne mentionne aucune preuve directe de commerce vers le nord. Monsieur Venables cite les ouvrages de Richter et de Ritchie, mais comme nous l’avons vu, l’ouvrage de Ritchie n’appuie que de façon très ténue l’existence d’un commerce vers le nord tandis que celui de Richter réfute l’existence d’un tel commerce avant le contact avec les Européens. Monsieur Venables mentionne aussi le *Historical Atlas of Canada*, mais le juge de première instance conclut que ce texte « ne permet pas d’établir que les Mohawks se livraient à un commerce transfrontalier » (par. 106).

Enfin, le juge de première instance, adaptant les règles de preuve approuvées dans *Van der Peet*, se fonde sur les activités des Mohawks après le contact avec les Européens comme preuve de la continuité avec les pratiques antérieures au contact. Il lui semble « particulièrement significatif que les premiers traités conclus par les Mohawks et les autres peuples iroquois portaient principalement sur le commerce » (par. 175). Aucun de ces premiers traités, toutefois, ne permet d’en déduire raisonnablement l’existence d’un commerce au-delà du fleuve avant le contact avec les Européens. Par exemple, le juge de première instance se fonde sur un traité de 1645 entre les Hurons, les Français et les Mohawks. Les Mohawks avaient battu les Hurons (alliés des Français) et cherchaient alors à restreindre, à leur profit, leur commerce et leurs déplacements au moyen du traité de paix.

existing trade, nor did Dr. Venables claim he had. The Mohawks had warred against the Hurons and Algonquins for years. While the treaty might suggest the existence of trade during the uneasy year of peace before it was broken, it offers no evidence of pre-contact trade across the St. Lawrence River.

Monsieur Venables interprète le discours du négociateur mohawk à la conférence relative au traité comme démontrant que le commerce faisait partie intégrante de la culture mohawk. Le négociateur mohawk n'a pas réellement parlé de commerce antérieur et M. Venables ne dit pas qu'il l'a fait. Les Mohawks étaient en guerre contre les Hurons et les Algonquins depuis des années. Bien qu'il puisse indiquer l'existence d'un commerce pendant cette année difficile de paix avant la reprise des hostilités, le traité ne prouve en rien l'existence d'un commerce au-delà du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens.

50 The trial judge also relied on evidence of Mohawk participation in the Montreal-Albany fur trade as suggesting pre-contact trade along a northerly route. He rejected the assertion that this fur trade activity arose solely in response to the arrival of Europeans, reasoning that "it seems highly unlikely that the Mohawks would start trading immediately upon the arrival of the Europeans if they had not been involved in some prior trade" (p. 39). In his view, "a north-south trade existed prior to the European presence and after the arrival of the Europeans, the trade was expanded to include furs" (p. 37). While this inference may indeed be drawn from the evidence, it is drawn in the absence of any other evidence — oral or documentary, aboriginal or settler, direct or otherwise — substantiating the existence of this pre-contact trade route. It cannot carry much force.

Le juge de première instance se fonde aussi sur des preuves de la participation des Mohawks au commerce de fourrure entre Montréal et Albany comme indiquant l'existence d'un commerce vers le nord avant le contact avec les Européens. Il rejette l'affirmation selon laquelle cette activité de commerce de fourrure résultait uniquement de l'arrivée des Européens, expliquant qu'« il semble hautement improbable que les Mohawks auraient commencé à commercer dès l'arrivée des Européens s'ils ne s'étaient livré à aucun commerce auparavant » (par. 154). À son avis, « un commerce nord-sud existait avant l'arrivée des Européens et [. . .], après l'arrivée de ces derniers, le commerce s'est développé afin d'englober la fourrure » (par. 142). Bien que ce soit une inférence possible, cette conclusion ne s'appuie sur aucun autre élément de preuve — oral ou documentaire, autochtone ou non autochtone, direct ou autre — confirmant l'existence de cette route commerciale avant le contact avec les Européens. Elle ne peut pas avoir beaucoup de poids.

51 As discussed in the previous section, claims must be proven on the basis of cogent evidence establishing their validity on the balance of probabilities. Sparse, doubtful and equivocal evidence cannot serve as the foundation for a successful claim. With respect, this is exactly what has occurred in the present case. The contradiction between McKeown J.'s statement that little direct evidence supports a cross-river trading right and his conclusion that such a right exists suggests the application of a very relaxed standard of proof (or,

Comme le mentionne la section précédente, le bien-fondé d'une revendication doit être établi sur la base de preuves convaincantes selon la prépondérance des probabilités. Des preuves éparses, incertaines et équivoques ne peuvent établir le bien-fondé d'une revendication. Avec égards, c'est exactement ce qui s'est passé en l'espèce. La contradiction entre la déclaration du juge McKeown selon laquelle il n'y a guère de preuves directes de l'existence d'un droit de commercer à travers le fleuve et sa conclusion selon laquelle ce droit

perhaps more accurately, an unreasonably generous weighing of tenuous evidence). The *Van der Peet* approach, while mandating the equal and due treatment of evidence supporting aboriginal claims, does not bolster or enhance the cogency of this evidence. The relevant evidence in this case — a single knife, treaties that make no reference to pre-existing trade, and the mere fact of Mohawk involvement in the fur trade — can only support the conclusion reached by the trial judge if strained beyond the weight they can reasonably hold. Such a result is not contemplated by *Van der Peet* or s. 35(1). While appellate courts grant considerable deference to findings of fact made by trial judges, I am satisfied that the findings in the present case represent a “palpable and overriding error” warranting the substitution of a different result (*Delgamuukw, supra*, at paras. 78-80). I conclude that the claimant has not established an ancestral practice of transporting goods across the St. Lawrence River for the purposes of trade.

This holding should not be read as imposing upon aboriginal claimants the “next to impossible task of producing conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and traditions of their community” (*Van der Peet, supra*, at para. 62). McKeown J. correctly observed that indisputable evidence is not required to establish an aboriginal right (p. 20). Neither must the claim be established on the basis of direct evidence of pre-contact practices, customs and traditions, which is inevitably scarce. Either requirement would “preclude in practice any successful claim for the existence” of an aboriginal right (*Van der Peet, supra*, at para. 62). My conclusion, rather, is premised on the distinction between sensitively applying evidentiary principles and straining these principles beyond reason. In *Adams, supra*, this Court recognized a Mohawk right to fish on the St. Lawrence River, but this was on the basis of evidence that “clearly demonstrated” (para. 46 (emphasis added)) that fishing for subsistence in the area constituted a significant aspect of

existe, semble indiquer une norme de preuve très souple (ou peut-être, plus exactement, une appréciation déraisonnablement libérale d’une preuve ténue). La démarche de l’arrêt *Van der Peet* exige un traitement égal et approprié des preuves étayant des revendications autochtones, mais ne permet pas pour autant de renforcer ou de rehausser la valeur probante de ces preuves. La preuve pertinente en l’espèce — un seul couteau, des traités qui ne font pas mention d’un commerce antérieur et le simple fait de la participation des Mohawks au commerce de fourrure — ne peut étayer la conclusion du juge de première instance que si on lui donne plus de poids que ce qu’elle peut raisonnablement soutenir. Ni *Van der Peet* ni le par. 35(1) n’envisagent un tel résultat. Si les cours d’appel doivent s’en remettre largement aux conclusions de fait des juges de première instance, je suis convaincue que ces conclusions en l’espèce constituent une « erreur manifeste et dominante » justifiant de leur substituer d’autres conclusions (*Delgamuukw, précité*, par. 78-80). Je conclus que le demandeur n’a pas établi l’existence d’une pratique ancestrale de traverser le Saint-Laurent avec des marchandises à des fins commerciales.

Cette conclusion ne devrait pas être interprétée comme imposant à un demandeur autochtone la « tâche pratiquement impossible de produire, relativement aux coutumes, pratiques et traditions de sa collectivité, une preuve concluante, datant de l’époque antérieure au contact avec les Européens » (*Van der Peet, précité*, par. 62). Le juge McKeown note à juste titre qu’il n’est pas nécessaire de produire des éléments de preuve incontestables pour établir l’existence d’un droit ancestral (par. 72). La revendication n’a pas non plus à être établie sur la base de preuves directes de pratiques, coutumes et traditions datant d’avant le contact avec les Européens, qui sont inévitablement rares. L’une ou l’autre de ces exigences « dans la pratique, vouerait à l’échec toute revendication de l’existence » d’un droit ancestral (*Van der Peet, précité*, par. 62). Ma conclusion repose plutôt sur la distinction entre une application éclairée des principes de preuve et leur extension déraisonnable. Dans *Adams, précité*, notre Cour reconnaît un droit mohawk de pêcher sur le Saint-Laurent, mais

Mohawk life at the time of contact. Similarly, the recognition in *Gladstone* of an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn was founded firmly on an indisputable historical and anthropological record that “readily bear[s] this out” (para. 26), complemented by written documentation by European observers of such intertribal trade at the time of contact (paras. 26-27). This Court concluded that the claimant had “provided clear evidence from which it can be inferred that, prior to contact, Heiltsuk society was, in significant part, based on such trade” (para. 28 (emphasis added)). Here, no such “clear evidence” of a trading practice north of St. Lawrence River exists and no comparable inference can be drawn.

elle se fonde sur une preuve qui « démontre clairement » (par. 46 (je souligne)) que la pêche pratiquée à des fins alimentaires dans la zone en question constituait un aspect important de la vie des Mohawks au moment du contact avec les Européens. De même, la reconnaissance dans *Gladstone* d’un droit ancestral de faire le commerce de la roque de hareng s’appuie fermement sur des sources historiques et anthropologiques incontestables qui attestent de la « réalité » de ce droit (par. 26), accompagnées par les écrits d’observateurs européens sur ces échanges avec d’autres tribus au moment du contact avec les Européens (par. 26-27). Notre Cour conclut que le demandeur a « fourni une preuve claire, qui permet d’inférer que, avant le contact avec les Européens, la société heiltsuk comptait, dans une large mesure, sur ce type d’échanges » (par. 28 (je souligne)). En l’espèce, il n’y a pas de « preuve claire » de la pratique du commerce au nord du fleuve Saint-Laurent et on ne peut tirer de conclusion comparable.

53 In view of the paucity of evidence of Mohawk trade north of the St. Lawrence River, I need not consider the argument that, even if it were established, any Mohawk trading right should be characterized as inherently subject to border controls, tolls and duties imposed by other peoples, as recognized by ancestral aboriginal custom.

Compte tenu de l’insuffisance de la preuve d’un commerce mohawk au nord du Saint-Laurent, je n’ai pas besoin d’examiner l’argument selon lequel, même si le droit des Mohawks de commercer était établi, ce droit devrait être caractérisé comme étant intrinsèquement soumis aux contrôles, redevances et droits frontaliers imposés par d’autres personnes, tel que le reconnaît la coutume ancestrale autochtone.

(3) Does the Evidence Establish that the Alleged Practice of Trading Across the St. Lawrence River Was Integral to Mohawk Culture and Continuous to the Present Day?

(3) La preuve établit-elle que la pratique alléguée d’un commerce à travers le Saint-Laurent faisait partie intégrante de la culture mohawk et s’est poursuivie jusqu’à aujourd’hui?

54 Even if deference were granted to the trial judge’s finding of pre-contact trade relations between the Mohawks and First Nations north of the St. Lawrence River, the evidence does not establish this northerly trade as a defining feature of the Mohawk culture. As discussed earlier, the *Van der Peet* test identifies as aboriginal rights only those activities that represent “an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right” (para. 46 (emphasis added)). It is therefore

Même si l’on déférait à la conclusion du juge de première instance qu’il existait des relations commerciales entre les Mohawks et les Premières nations au nord du Saint-Laurent avant le contact avec les Européens, la preuve n’établit pas que ce commerce vers le nord est une caractéristique déterminante de la culture mohawk. Comme nous l’avons vu, le critère de l’arrêt *Van der Peet* qualifie de droits ancestraux uniquement les activités qui représentent « un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la cul-

incumbent upon Chief Mitchell in this case to demonstrate not only that personal and community goods were transported across the St. Lawrence River for trade purposes prior to contact, but also that this practice is integral to the Mohawk people.

The importance of trade — in and of itself — to Mohawk culture is not determinative of the issue. It is necessary on the facts of this case to demonstrate the integrality of this practice to the Mohawk in the specific geographical region in which it is alleged to have been exercised (i.e., north of the St. Lawrence River), rather than in the abstract. This Court has frequently considered the geographical reach of a claimed right in assessing its centrality to the aboriginal culture claiming it. For example, in recognizing a constitutionally protected Mohawk fishing right in *Adams, supra*, the majority of this Court framed the *Van der Peet* test as follows (at para. 34):

The appellant argues that the Mohawks have an aboriginal right to fish in Lake St. Francis. In order to succeed in this argument the appellant must demonstrate that, pursuant to the test laid out by this Court in *Van der Peet*, fishing in Lake St. Francis was “an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture” of the Mohawks. [Emphasis added.]

The majority, in assessing the integrality of this practice to the Mohawks in *Adams*, consistently tied the claimed right to the specific area at issue — the region of Lake St. Francis (see paras. 37 and 45). *Côté, supra*, similarly emphasized that it is the exercise of the claimed right in a specific geographical area that must be integral (paras. 41-78). In that case, the Court stated that “[a]n aboriginal practice, custom or tradition entitled to protection as an aboriginal right will frequently be limited to a specific territory or location, depending on the actual pattern of exercise of such an activity prior to contact” (para. 39).

ture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question » (par. 46 (je souligne)). Il incombe donc au chef Mitchell en l’espèce de démontrer non seulement qu’avant le contact avec les Européens des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire étaient transportées à travers le fleuve Saint-Laurent à des fins commerciales, mais aussi que cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk.

L’importance du commerce en soi pour la culture mohawk n’est pas déterminante sur ce point. Il faut démontrer, vu les faits de l’espèce, que cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk dans la région géographique précise où l’on dit qu’elle a été exercée (c.-à-d. au nord du Saint-Laurent), plutôt que dans l’abstrait. Notre Cour a fréquemment tenu compte de la portée géographique du droit revendiqué pour déterminer s’il était au cœur de la culture autochtone qui le revendiquait. Par exemple, en reconnaissant un droit de pêche mohawk protégé par la Constitution dans *Adams*, précité, la Cour formule le critère de l’arrêt *Van der Peet* comme suit (au par. 34) :

Ce dernier [l’appelant] soutient que les Mohawks possèdent un droit de pêche ancestral dans le lac Saint-François. Pour que cet argument soit retenu, l’appelant doit démontrer, conformément au critère énoncé par notre Cour dans *Van der Peet*, que la pêche dans le lac Saint-François est «un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive» des Mohawks. [Je souligne.]

Lorsqu’elle détermine dans *Adams* si cette pratique fait partie intégrante de la culture mohawk, la majorité lie invariablement le droit revendiqué à la région précise en cause — la région du lac Saint-François (voir les par. 37 et 45). Dans *Côté*, précité, la Cour souligne de même que c’est l’exercice du droit revendiqué dans une région géographique précise qui doit faire partie intégrante de la culture mohawk (par. 41-78). Dans cette affaire, la Cour déclare « [qu’u]ne coutume, pratique ou tradition autochtone valant d’être protégée en tant que droit ancestral se limitera fréquemment à un endroit ou territoire spécifique, compte tenu de la façon dont elle était concrètement exercée avant le contact avec les Européens » (par. 39).

56

Thus, geographical considerations are clearly relevant to the determination of whether an activity is integral in at least some cases, most notably where the activity is intrinsically linked to specific tracts of land. However, as Lamer C.J. observed in *Delgamuukw*, “aboriginal rights . . . fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land” (para. 138). In this regard, I note that the relevance of geography is much clearer in hunting and fishing cases such as *Adams* and *Côté*, which involve activities inherently tied to the land, than it is in relation to more free-ranging rights, such as a general right to trade, which fall on the opposite end of the spectrum. General trading rights lack an inherent connection to a specific tract of land. Thus, geography was not a relevant factor in the aboriginal rights trilogy of *Van der Peet*, *supra*, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *Gladstone*, *supra*, all cases involving claimed rights of exchange or trade. The claimants in these cases were only required to demonstrate the integrality of the claimed trading practice in general, rather than in relation to a specific region. Moreover, in *Gladstone*, where the Heiltsuk successfully established an aboriginal right to engage in the commercial trade of herring spawn on kelp, the Court did not confine the scope of this trade to its historical reach. Such a restriction would unduly cement the right in its pre-contact form and frustrate its modern exercise, contrary to the principles set out in *Van der Peet*. Consequently, trading rights will seldom attract geographical restrictions.

Ainsi, les considérations géographiques sont clairement pertinentes pour déterminer si une activité fait partie intégrante d’une culture dans certains cas au moins, plus particulièrement lorsque l’activité visée est intrinsèquement liée à certaines étendues de territoire. Toutefois, comme le note le juge en chef Lamer dans *Delgamuukw*, précité, « les droits ancestraux [. . .] s’étalent le long d’un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé » (par. 138). À cet égard, je note que la pertinence des considérations géographiques est beaucoup plus claire dans les cas de chasse et de pêche, comme *Adams* et *Côté*, qui mettent en jeu des activités intrinsèquement liées au territoire, que dans les cas de droits dont la portée est plus étendue, comme le droit général de commercer, qui se trouve à l’autre extrême. Les droits généraux de commercer n’ont pas de lien intrinsèque avec une étendue précise de territoire. Ainsi, les facteurs géographiques n’étaient pas pertinents dans la trilogie sur les droits ancestraux, *Van der Peet*, précité, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *Gladstone*, précité, qui concernaient tous des revendications de droits d’échanges ou de commerce. Les demandeurs dans ces affaires étaient tenus d’établir uniquement que la pratique commerciale alléguée faisait partie intégrante de la culture en général, plutôt que relativement à une région précise. En outre, dans *Gladstone*, où les Heiltsuk ont réussi à établir l’existence d’un droit ancestral de faire le commerce de la roque de hareng sur varech, la Cour n’a pas limité la portée de ces échanges à leur portée historique. Une telle restriction figerait indûment le droit dans sa forme antérieure au contact avec les Européens et empêcherait son exercice moderne, contrairement aux principes de l’arrêt *Van der Peet*. En conséquence, les droits de commerce feront rarement l’objet de restrictions géographiques.

57

In the present case, however, the right to trade is only one aspect, and perhaps a peripheral one, of the broader claim advanced by Chief Mitchell: the right to convey goods across an international boundary for the purposes of trade. For this reason, Chief Mitchell’s claim cannot simply be equated with the claims in the aboriginal rights trilogy as

En l’espèce, toutefois, le droit de commercer est un aspect seulement, et peut-être un aspect marginal, de la revendication plus générale du chef Mitchell : le droit de transporter des marchandises à travers une frontière internationale à des fins commerciales. Pour ce motif, la revendication du chef Mitchell ne peut pas être assimilée simple-

involving a broad “right to trade”. This distinction is manifest in the contrasting manners in which the claimed rights are framed in these cases, pursuant to the *Van der Peet* factors.

In the present case, unlike past trading cases, all three *Van der Peet* touchstones resonate with considerations of geography. The action giving rise to the case is Chief Mitchell arriving at the Cornwall International Bridge and claiming a right to cross this international boundary with goods for trade. Absent a border, this case would not be before the Court. Similarly, the government restriction alleged to infringe the right arises from provisions of the *Customs Act* regulating the importation of goods. Unlike the provisions implicated in the aboriginal rights trilogy, the *Customs Act* is fundamentally concerned with the geographical origins and destinations of goods. The ancestral practice relied upon in support of the right, while argued broadly, also involved allegations of an historical trade route north across the St. Lawrence River. Chief Mitchell’s characterization of his claim, while not determinative, reflects the undeniable geographical element of the claim: he asserts the right to enter Canada from the United States with personal and community goods, without paying customs and other duties, for trade with First Nations.

Ultimately, the characterization of the claimed right in this case, as in *Adams* and *Côté*, imports a necessary geographical element, and its integrality to the Mohawk culture should be assessed on this basis. By contrast, geographical considerations were irrelevant to the framing of the claimed trading right in the aboriginal rights trilogy, and were therefore equally irrelevant to whether the claimed trade constituted a defining feature of the cultures in question and the scope of the right if success-

ment aux revendications en cause dans la trilogie sur les droits ancestraux, comme visant un « droit de commerce » général. Cette distinction est manifeste dans la formulation très différente des droits revendiqués dans ces affaires, selon les facteurs énoncés dans l’arrêt *Van der Peet*.

À la différence des affaires antérieures en matière de commerce, les trois pierres de touche selon l’arrêt *Van der Peet* évoquent en l’espèce des considérations géographiques. L’acte qui a donné lieu au litige est l’arrivée du chef Mitchell au pont international de Cornwall et sa revendication du droit de traverser cette frontière internationale avec des marchandises pour usage commercial. S’il ne s’agissait pas de frontière, la Cour ne serait pas saisie de l’affaire. De même, la mesure gouvernementale que l’on dit restreindre le droit en cause découle de dispositions de la *Loi sur les douanes* régissant l’importation de marchandises. Contrairement aux dispositions en cause dans la trilogie sur les droits ancestraux, la *Loi sur les douanes* porte fondamentalement sur les origines géographiques et la destination des marchandises. La pratique ancestrale invoquée à l’appui du droit, bien que débattue en termes généraux, a donné lieu à des allégations relatives à l’existence d’une route commerciale historique vers le nord traversant le Saint-Laurent. La façon dont le chef Mitchell caractérise sa revendication, bien qu’elle ne soit pas déterminante, reflète l’élément géographique indéniable de la revendication : il revendique le droit d’entrer au Canada en provenance des États-Unis avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire, sans acquitter de droits de douane ou autre, pour commercer avec des Premières nations.

En fin de compte, la caractérisation du droit revendiqué en l’espèce, comme dans *Adams* et *Côté*, comporte nécessairement un élément géographique, et c’est sur cette base qu’il faut déterminer si ce droit fait partie intégrante de la culture mohawk. En revanche, les considérations géographiques n’avaient aucune pertinence dans la formulation du droit de commercer revendiqué dans la trilogie sur les droits ancestraux, et étaient donc également sans pertinence pour déterminer si le

58

59

fully established. In this manner, the *Van der Peet* approach to characterizing the claimed right will generally determine when — and to what extent — geographical considerations are relevant to the claim.

commerce allégué constituait une caractéristique déterminante des cultures en question et pour établir la portée du droit en question si on réussissait à prouver son existence. De cette manière, la démarche de l'arrêt *Van der Peet* pour caractériser le droit revendiqué permettra généralement de déterminer si — et dans quelle mesure — les considérations géographiques sont pertinentes quant à la revendication.

60 The claimed right in the present case implicates an international boundary and, consequently, imports a geographical element into the inquiry. Instead of asking whether the right to trade — in the abstract — is integral to the Mohawk people, this Court must ask whether the right to trade across the St. Lawrence River is integral to the Mohawks. The evidence establishes that it is not. Even if the trial judge's generous interpretation of the evidence were accepted, it discloses negligible transportation and trade of goods by the Mohawks north of the St. Lawrence River prior to contact. If the Mohawks did transport trade goods across the St. Lawrence River for trade, such occasions were few and far between. Certainly it cannot be said that the Mohawk culture would have been "fundamentally altered" without this trade, in the language of *Van der Peet*, *supra*, at para. 59. It was not vital to the Mohawks' collective identity. It was not something that "truly made the society what it was" (*Van der Peet*, at para. 55 (emphasis in original)). Participation in northerly trade was therefore not a practice integral to the distinctive culture of the Mohawk people. It follows that no aboriginal right to bring goods across the border for the purposes of trade has been established.

Le droit revendiqué en l'espèce met en jeu une frontière internationale et importe donc un élément géographique à l'analyse. Plutôt que de se demander si le droit de commercer — dans l'abstrait — fait partie intégrante de la culture mohawk, notre Cour doit se demander si le droit de commercer à travers le Saint-Laurent fait partie intégrante de la culture mohawk. La preuve indique que ce n'est pas le cas. Même si l'interprétation libérale du juge de première instance était acceptée, la preuve révèle l'importance négligeable du transport et du commerce de marchandises par les Mohawks au nord du Saint-Laurent, avant le contact avec les Européens. Si les Mohawks transportaient des marchandises de l'autre côté du Saint-Laurent à des fins commerciales, ils le faisaient rarement. De toute évidence, on ne peut pas dire que la culture mohawk aurait été « fondamentalement modifiée » sans ce commerce, pour reprendre les termes de l'arrêt *Van der Peet*, précité, par. 59. Il n'était pas vital pour l'identité collective des Mohawks. Ce n'était pas quelque chose qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était » *Van der Peet* (par. 55 (souligné dans l'original)). La participation à un commerce vers le nord ne constituait donc pas une pratique qui faisait partie intégrante de la culture distinctive mohawk. Il s'ensuit qu'on n'a pas établi l'existence d'un droit ancestral de rapporter des marchandises acquises à travers la frontière à des fins commerciales.

D. *Is the Claimed Right Barred from Recognition as Inconsistent with Crown Sovereignty?*

D. *La reconnaissance du droit revendiqué est-elle interdite en raison de son incompatibilité avec la souveraineté de la Couronne?*

61 The conclusion that the right claimed is not established on the evidence suffices to dispose of this appeal. I add a note, however, on the government's contention that s. 35(1) of the *Constitution*

La conclusion selon laquelle la preuve n'établit pas l'existence du droit revendiqué suffit pour statuer sur le pourvoi. J'ajoute cependant quelques observations sur l'argument du gouvernement

Act, 1982 extends constitutional protection only to those aboriginal practices, customs and traditions that are compatible with the historical and modern exercise of Crown sovereignty. Pursuant to this argument, any Mohawk practice of cross-border trade, even if established on the evidence, would be barred from recognition under s. 35(1) as incompatible with the Crown's sovereign interest in regulating its borders.

This argument finds its source in the doctrine of continuity, which governed the absorption of aboriginal laws and customs into the new legal regime upon the assertion of Crown sovereignty over the region. As discussed above, this incorporation of local laws and customs into the common law was subject to an exception for those interests that were inconsistent with the sovereignty of the new regime: see Slattery, *supra*, at p. 738; see also *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), at paras. 1021-24, *per* Lambert J.A.; *Mabo, supra*, at p. 61, *per* Brennan J.; *Inasa v. Oshodi*, [1934] A.C. 99 (P.C.); and *R. v. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239 (B.C.S.C.).

This Court has not expressly invoked the doctrine of "sovereign incompatibility" in defining the rights protected under s. 35(1). In the *Van der Peet* trilogy, this Court identified the aboriginal rights protected under s. 35(1) as those practices, customs and traditions integral to the distinctive cultures of aboriginal societies: *Van der Peet, supra*, at para. 46. Subsequent cases affirmed this approach to identifying aboriginal rights falling within the aegis of s. 35(1) (*Pamajewon, supra*, at paras. 23-25; *Adams, supra*, at para. 33; *Côté, supra*, at para. 54; see also: *Woodward, supra*, at p. 75) and have affirmed the doctrines of extinguishment, infringement and justification as the appropriate framework for resolving conflicts between aboriginal rights and competing claims, including claims based on Crown sovereignty.

selon lequel la protection du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise uniquement les pratiques, coutumes et traditions autochtones qui sont compatibles avec l'exercice historique et contemporain de la souveraineté de la Couronne. Selon cet argument, toute pratique du commerce par les Mohawks à travers la frontière, même si elle était établie par la preuve, ne pourrait pas être reconnue en vertu du par. 35(1) parce qu'elle serait incompatible avec l'intérêt souverain de la Couronne à régler les frontières.

Cet argument a sa source dans le principe de la continuité qui a régi l'absorption des lois et coutumes autochtones dans le nouveau régime juridique dès l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la région. Comme nous l'avons vu, l'incorporation des lois et coutumes locales dans la common law était assujettie à une exception visant les droits incompatibles avec la souveraineté du nouveau régime : voir Slattery, *loc. cit.*, p. 738; voir aussi *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), par. 1021-1024, le juge Lambert; *Mabo*, précité, p. 61, le juge Brennan; *Inasa c. Oshodi*, [1934] A.C. 99 (P.C.); et *R. c. Jacobs*, [1999] 3 C.N.L.R. 239 (C.S.C.-B.).

Notre Cour n'a pas expressément invoqué le principe de « l'incompatibilité avec la souveraineté » lorsqu'elle a défini les droits protégés par le par. 35(1). Dans la trilogie *Van der Peet*, elle caractérise les droits ancestraux protégés en vertu du par. 35(1) comme étant les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones : *Van der Peet*, précité, par. 46. Dans des arrêts subséquents, la Cour a confirmé cette approche de la définition des droits ancestraux que protège le par. 35(1) (*Pamajewon*, précité, par. 23-25; *Adams*, précité, par. 33; *Côté*, précité, par. 54; voir également : *Woodward, op. cit.*, p. 75); elle a aussi réaffirmé que les principes de l'extinction, de l'atteinte et de la justification constituaient le cadre d'analyse approprié pour résoudre les conflits entre des droits ancestraux et des revendications opposées, y compris des revendications fondées sur la souveraineté de la Couronne.

62

63

64 The Crown now contends that “sovereign incompatibility” is an implicit element of the *Van der Peet* test for identifying protected aboriginal rights, or at least a necessary addition. In view of my conclusion that Chief Mitchell has not established that the Mohawks traditionally transported goods for trade across the present Canada-U.S. border, and hence has not proven his claim to an aboriginal right, I need not consider the merits of this submission. Rather, I would prefer to refrain from comment on the extent, if any, to which colonial laws of sovereign succession are relevant to the definition of aboriginal rights under s. 35(1) until such time as it is necessary for the Court to resolve this issue.

VI. Conclusion

65 I would allow the appeal. Chief Mitchell must pay the duty claimed by the government. I note that the government has undertaken to pay Chief Mitchell’s costs.

The reasons of Major and Binnie JJ. were delivered by

66 BINNIE J. — I have read the reasons of the Chief Justice and I concur in the result and with her conclusion that even if Mohawks did occasionally trade goods across the St. Lawrence River with First Nations to the north, this practice was not on the evidence a “defining feature of the Mohawk culture” (para. 54) or “vital to the Mohawk’s collective identity” (para. 60) in pre-contact times. There are, however, some additional considerations that have led me to conclude that the appeal must be allowed.

67 It has been almost 30 years since this Court emphatically rejected the argument that the mere assertion of sovereignty by the European powers in North America was necessarily incompatible with the survival and continuation of aboriginal rights:

La Couronne soutient maintenant que « l’incompatibilité avec la souveraineté » est un élément implicite du critère établi dans *Van der Peet* pour caractériser les droits autochtones, ou en est le complément nécessaire. Vu ma conclusion selon laquelle le chef Mitchell n’a pas démontré que traditionnellement les Mohawks transportaient des marchandises à travers la frontière actuelle entre le Canada et les États-Unis pour en faire le commerce, et n’a donc pas établi l’existence du droit autochtone qu’il revendique, il n’est pas nécessaire que j’examine le bien-fondé de cet argument. Je préfère m’abstenir de tout commentaire sur la question de savoir dans quelle mesure le droit colonial en matière de succession des pouvoirs souverains est pertinent dans la définition des droits autochtones en vertu du par. 35(1), jusqu’à ce qu’il soit nécessaire pour la Cour de résoudre cette question.

VI. Conclusion

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. Le chef Mitchell doit acquitter les droits que réclame le gouvernement. Je note que le gouvernement s’est engagé à payer les dépens du chef Mitchell.

Version française des motifs des juges Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE — J’ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et je souscris au résultat qu’elle propose et à sa conclusion que, même si les Mohawks faisaient occasionnellement le commerce de marchandises au-delà du fleuve Saint-Laurent avec des Premières nations établies au nord, cette pratique n’était pas, selon la preuve, « une caractéristique déterminante de la culture mohawk » (par. 54) et elle n’était pas « vital[e] pour l’identité collective des Mohawks » (par. 60) avant le contact avec les Européens. Il y a toutefois d’autres considérations qui m’amènent à conclure que le pourvoi doit être accueilli.

Il y a près de 30 ans, notre Cour a rejeté catégoriquement l’argument selon lequel la simple affirmation de souveraineté par les puissances européennes en Amérique du Nord est nécessairement incompatible avec la préservation et le maintien de

Calder v. Attorney-General of British Columbia, [1973] S.C.R. 313. Because not *all* customs and traditions of aboriginal First Nations are incompatible with Canadian sovereignty, however, does not mean that *none* of them can be in such conflict. The Chief Justice refrains from addressing the sovereignty issue (para. 64) but she holds, correctly in my view, that “any finding of a trading right would also confirm a mobility right” (para. 22 (emphasis added)). The scope of the trading/mobility right also bothered the Federal Court of Appeal: [1999] 1 F.C. 375. Létourneau J.A. (for the entire court on this aspect) commented at para. 18:

The respondent claims his international mobility right as a citizen of the Mohawk nation. I would be inclined to agree with counsel for the appellant that an aboriginal right to enter a sovereign state that is not based on citizenship of that state cannot be reconciled with that state’s right to self-preservation by effecting an appropriate control of its borders. [Emphasis added.]

The Federal Court of Appeal circumnavigated this problem by characterizing the respondent’s claim as a claim for a tax exemption, but as the Chief Justice demonstrates (at para. 23), any such claim can only be conceptualized as a restriction on mobility. The aboriginal claim to a trading right must relate back to a pre-contact practice, custom or tradition. Mobility existed in pre-contact times. Customs duties at the present international border *within* Mohawk territory came along almost 180 years later.

Having rejected the approach of the Federal Court of Appeal to narrow the claimed aboriginal right to tax exemptions, however, we are left with that court’s legitimate concern about the sovereignty implications of the international trading/mobility right claimed by the respondent, as pointed out by Létourneau J.A., “as a citizen of the Mohawk nation” (para. 18). Much of the debate during the 35-day trial implicated this issue, as did

droits ancestraux : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Que les coutumes et traditions des Premières nations autochtones ne soient pas *toutes* incompatibles avec la souveraineté canadienne ne signifie pas toutefois qu’*aucune* d’elles ne peut l’être. Le Juge en chef s’abstient de traiter de la question de la souveraineté (par. 64), mais elle déclare à bon droit, à mon sens, « [qu’]une conclusion quant à un droit de commercer confirmerait également une liberté de circulation » (par. 22 (je souligne)). La portée du droit de commerce et de circulation préoccupait également la Cour d’appel fédérale : [1999] 1 C.F. 375. Le juge Létourneau (au nom de l’ensemble de la cour sur cette question) dit ceci au par. 18 :

L’intimé revendique son droit de libre circulation internationale en sa qualité de citoyen de la nation Mohawk. Je serais enclin à convenir avec l’avocat de l’appelant qu’un droit ancestral d’entrée dans un État souverain, droit qui ne serait pas fondé sur la citoyenneté, ne peut se concilier avec le droit de cet État de se protéger par le contrôle nécessaire de ses frontières. [Je souligne.]

La Cour d’appel fédérale contourne la difficulté en qualifiant la revendication de l’intimé de revendication d’une exemption fiscale mais, comme le démontre le Juge en chef (au par. 23), on doit nécessairement envisager une telle réclamation comme visant une restriction à la liberté de circulation. La revendication autochtone d’un droit de commercer doit se rapporter à une pratique, coutume ou tradition antérieure au contact avec les Européens. La liberté de circulation existait avant le contact avec les Européens. Les droits de douane à la frontière internationale actuelle *à l’intérieur du territoire mohawk* sont apparus près de 180 ans plus tard.

Toutefois, ayant rejeté la démarche de la Cour d’appel fédérale qui avait restreint le droit ancestral revendiqué à des exemptions fiscales, il nous reste à examiner les préoccupations légitimes de cette cour quant aux incidences qu’aurait sur la souveraineté le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l’intimé, comme le souligne le juge Létourneau, « en sa qualité de citoyen de la nation Mohawk » (par. 18). Une large

68

69

much of the argument on appeal to this Court, and I therefore think it desirable to address at least some aspects of the sovereignty controversy.

part des débats au procès, qui a duré 35 jours, ainsi qu'à l'audience devant notre Cour, portait sur ce point, et il est donc souhaitable, à mon avis, de traiter au moins certains aspects de la question de la souveraineté.

70 Counsel for the respondent does not challenge the reality of Canadian sovereignty, but he seeks for the Mohawk people of the Iroquois Confederacy the maximum degree of legal autonomy to which he believes they are entitled because of their long history at Akwesasne and elsewhere in eastern North America. This asserted autonomy, to be sure, does not presently flow from the ancient Iroquois legal order that is said to have created it, but from the *Constitution Act, 1982*. Section 35(1), adopted by the elected representatives of Canadians, recognizes and affirms existing aboriginal and treaty rights. If the respondent's claimed aboriginal right is to prevail, it does so not because of its own inherent strength, but because the *Constitution Act, 1982* brings about that result.

L'avocat de l'intimé ne conteste pas la réalité de la souveraineté canadienne, mais il revendique pour les Mohawks de la Confédération iroquoise le niveau maximum d'autonomie juridique à laquelle, à son avis, ils ont droit en raison de leur longue histoire à Akwesasne et ailleurs dans l'est de l'Amérique du Nord. Il est certain que cette autonomie revendiquée ne découle pas aujourd'hui de l'ancien ordre juridique iroquois qui, dit-on, l'a créée, mais de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1), adopté par les représentants élus des Canadiens, reconnaît et confirme les droits existants ancestraux ou issus de traités. Si le droit ancestral que revendique l'intimé doit prévaloir, ce n'est pas en raison de sa force inhérente, mais parce que la *Loi constitutionnelle de 1982* entraîne ce résultat.

71 The aspect of Mohawk autonomy at issue in this case is reflected in the declaration granted by the Trial Division of the Federal Court ((1997), 134 F.T.R. 1, at p. 4):

Le jugement déclaratoire de la Section de première instance de la Cour fédérale indique quel aspect de l'autonomie mohawk est en cause ([1997] A.C.F. n° 882 (QL), par. 3) :

... that the plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by ss. 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods into Canada for personal and community use, including for trade with other First Nations, without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian Government or authority [Emphasis added.]

... le demandeur, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, est titulaire d'un droit ancestral existant, constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lui permettant de passer et de repasser librement ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis, ce droit comportant également le droit d'introduire au Canada des marchandises à usage personnel et communautaire, y compris des marchandises destinées au commerce avec les autres Premières nations, et ce sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane . . . [Je souligne.]

This is essentially a description of a trading/mobility right of people and their goods across the international boundary subject only to such restrictions as can be justified by the government under the principles laid down in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

Il s'agit essentiellement d'une description d'un droit de commerce et de circulation des personnes et des marchandises à travers la frontière internationale, sous réserve uniquement des restrictions que peut justifier le gouvernement en vertu des principes énoncés dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

The Crown's argument on the appeal is that such a claim goes beyond the sort of economic or cultural activity or land-based interest that the courts have previously recognized under s. 35(1) in such cases as *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

In terms of traditional aboriginal law, the issue, as I see it, is whether trading/mobility activities asserted by the respondent not as a Canadian citizen but as an heir of the Mohawk regime that existed prior to the arrival of the Europeans, created a *legal right* to cross international boundaries under succeeding sovereigns. This aspect of the debate, to be clear, is not at the level of *fact* about the effectiveness of border controls in the 18th century. (Nor is it about the compatibility of internal aboriginal self-government with Canadian sovereignty.) The issue is at the level of *law* about the alleged incompatibility between European (now Canadian) sovereignty and mobility rights across non-aboriginal borders said by the trial judge to have been acquired by the Mohawks of Akwesasne by reason of their conduct prior to 1609.

In terms of post-1982 aboriginal law, consideration should be given to whether the international trading/mobility right asserted by the respondent would advance the objective of reconciliation of aboriginal peoples with Canadian sovereignty which, as established by the *Van der Peet* trilogy, is the purpose that lies at the heart of s. 35(1).

The dispute therefore raises issues of considerable importance. I propose to deal with the relevant points in the following order:

- (1) the strategic location of the Mohawk reserve at Akwesasne on the international boundary between Canada and the United States;

L'argumentation de la Couronne en l'espèce est que cette revendication va au-delà des types d'activités économiques ou culturelles ou de droits liés au territoire que ceux qui sont déjà reconnus par les tribunaux en vertu du par. 35(1) dans des affaires comme *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

Dans le contexte du droit autochtone traditionnel, la question en litige, à mon sens, est de savoir si les activités de commerce et de circulation revendiquées par l'intimé non pas en tant que citoyen canadien, mais en tant qu'héritier du régime mohawk qui existait avant l'arrivée des Européens, ont créé un *droit reconnu par la loi* de traverser les frontières internationales sous les souverains qui y ont succédé. Pour être bien clair, cet aspect du débat ne se situe pas au niveau des *faits* en matière d'efficacité des contrôles frontaliers au 18^e siècle. (Il ne s'agit pas non plus de la compatibilité de l'autonomie gouvernementale interne des autochtones avec la souveraineté du Canada.) Le débat se situe au niveau du *droit* relatif à l'incompatibilité alléguée entre la souveraineté européenne (maintenant canadienne) et le droit de traverser des frontières non autochtones qui, selon le juge de première instance, a été acquis par les Mohawks d'Akwesasne en raison de leur conduite avant 1609.

Dans le contexte du droit autochtone postérieur à 1982, il faut examiner si le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé servirait l'objectif de conciliation des peuples autochtones avec la souveraineté canadienne, cet objectif étant, selon la trilogie *Van der Peet*, le but primordial du par. 35(1).

Le litige soulève donc des questions d'une importance considérable. Je me propose de traiter des questions pertinentes dans l'ordre suivant :

- (1) l'emplacement stratégique de la réserve mohawk à Akwesasne sur la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis;

72

73

74

75

- (2) the respondent's border challenge on March 22, 1988;
- (3) the Mohawk strategy to turn the border burden into an economic benefit;
- (4) the basis of the respondent's aboriginal rights claims;
- (5) the sovereignty objection;
- (6) the effect of non-assertion of aspects of the respondent's potential claim;
- (7) the real substance of the Mohawk position;
- (8) the *legal* basis of the respondent's claim, including relevant distinctions between aboriginal and treaty rights;
- (9) the limitation of "sovereign incompatibility";
- (10) the alleged incompatibility between the aboriginal right as disclosed by the evidence and Canadian sovereignty;
- (11) implications for internal aboriginal self-government.

- (2) la contestation de l'intimé à la frontière le 22 mars 1988;
- (3) la stratégie des Mohawks de transformer les problèmes de frontière en avantage économique;
- (4) le fondement de la revendication de droits ancestraux par l'intimé;
- (5) l'objection fondée sur la souveraineté;
- (6) l'effet de la non-affirmation de certains aspects de la revendication potentielle de l'intimé;
- (7) la nature véritable de la position des Mohawks;
- (8) le fondement *juridique* de la revendication de l'intimé, y compris les distinctions pertinentes entre droits ancestraux et droits issus de traités;
- (9) la restriction relative à « l'incompatibilité avec la souveraineté »;
- (10) l'allégation d'incompatibilité entre le droit ancestral établi par la preuve et la souveraineté canadienne;
- (11) les incidences sur l'autonomie gouvernementale interne des autochtones.

76 The importance of the Crown's argument is that even if the respondent's claim could be said to be distinctive and integral to Mohawk culture, it would still not give rise to an aboriginal right. The Crown says it fails the basic requirement of compatibility with the sovereignty of the legal regimes that came afterwards. The question also arises, as noted, whether acceptance of it would advance or undermine the s. 35(1) objective of reconciliation.

1. Strategic Location of Akwesasne

77 Akwesasne ("the place where the partridge dwells or drums") consists of a string of islands about 130 kilometres long that stretches from east of Prescott, Ontario to near Valleyfield, Quebec. It is home to 12 to 13 thousand people, approximately two-thirds of whom live in Canada. It lies at the jurisdictional epicentre of the St. Lawrence River. Not only do the islands straddle the Ontario-

L'importance de l'argumentation de la Couronne tient à ce que, même si la revendication de l'intimé était considérée comme étant distinctive et faisant partie intégrante de la culture mohawk, elle ne donnerait toujours pas naissance à un droit ancestral. La Couronne dit qu'elle ne satisfait pas à l'exigence fondamentale de compatibilité avec la souveraineté des régimes juridiques postérieurs. La question se pose aussi de savoir, comme on l'a noté, si son acceptation servirait ou desservirait l'objectif de conciliation visé au par. 35(1).

1. L'emplacement stratégique d'Akwesasne

Akwesasne (« là où est la perdrix ») est un chaquet d'îles s'étendant sur environ 130 km de l'est de Prescott (Ontario) à près de Valleyfield (Québec). Elle compte de 12 à 13 000 habitants, dont les deux tiers environ vivent au Canada. Elle se trouve à l'épicentre du Saint-Laurent en matière de compétence territoriale. Non seulement les îles sont-elles à cheval sur la frontière entre l'Ontario

Quebec border in Canada, but they are bisected by the international boundary that divides the St. Lawrence River. While the respondent conceives of Akwesasne as part of the Mohawk homelands, which itself constitutes one of the elements of the Iroquois Confederacy (“Haudenosaunee” or “People of the Longhouse”) that formerly extended over large tracts of eastern Canada and northern New York State, the territory of Akwesasne is also parcelled out among five different governments in Canada, Quebec, Ontario, the United States and New York State. Mohawk institutions are similarly divided territorially among the Mohawk Council of Akwesasne, the St. Regis Tribal Council and the Mohawk Nation Council of Chiefs. The resulting boundary problems complicate the everyday existence of the Mohawks. As the respondent stated in his evidence:

We did not ask that this International Boundary line separate our community in half. We certainly didn't ask for the New York State border to be placed in our territory. We certainly didn't ask that our other half be separated by Quebec and Ontario.

It is a reality that we find ourselves in. We admit very easily that it is a very difficult and unique situation to be in

We wish to change that and by exercising our aboriginal rights we have to modernize a lot of what we mean by what our rights are and how we execute them.

Akwesasne people routinely pass back and forth across the international boundary several times a day. Supplies from the mainland encounter customs problems. In 1991, the Canadian government sought to reduce the tax burden on residents by the *Akwesasne Residents Remission Order*, SOR/91-412, under the *Customs Tariff*, R.S.C. 1985, c. 41 (3rd Supp.).

I accept that this crisscrossing of borders through the Mohawk community goes beyond mere inconvenience and does constitute a significant burden on everyday living. It is, of course, a

et le Québec au Canada, mais elles sont également partagées en deux par la frontière internationale qui divise le fleuve Saint-Laurent. Bien que l'intimé conçoive Akwesasne comme faisant partie des terres mohawks, qui constituent elles-mêmes l'un des éléments de la Confédération iroquoise (« Haudenosaunee » ou « Peuple de la cabane longue ») qui s'étendait auparavant sur de grandes étendues de territoire de l'est du Canada et du nord de l'État de New York, le territoire d'Akwesasne est aussi partagé entre cinq gouvernements : le Canada, le Québec, l'Ontario, les États-Unis et l'État de New York. Les institutions mohawks sont de même divisées sur le plan territorial entre le Conseil des Mohawks d'Akwesasne, le Conseil tribal de St-Régis et le Conseil des chefs de la Nation mohawk. Les problèmes frontaliers qui en résultent compliquent la vie quotidienne des Mohawks. Comme l'affirme l'intimé dans son témoignage :

[TRADUCTION] Nous n'avons pas demandé que cette frontière internationale sépare notre communauté en deux. Nous n'avons certainement pas demandé que la frontière de l'État de New York soit placée sur notre territoire. Nous n'avons certainement pas demandé que l'autre moitié de notre communauté soit séparée par le Québec et l'Ontario.

C'est notre réalité. Nous admettons très volontiers qu'il s'agit d'une situation très difficile et unique. . .

Nous espérons modifier cette situation et, en exerçant nos droits ancestraux, nous devons moderniser beaucoup la signification que nous donnons à nos droits et la manière dont nous les exerçons.

Les habitants d'Akwesasne passent et repassent habituellement la frontière internationale plusieurs fois par jour. L'approvisionnement en provenance du continent suscite des problèmes de douane. En 1991, le gouvernement canadien a cherché à réduire le fardeau fiscal des résidents au moyen du *Décret de remise visant les résidents d'Akwesasne*, DORS/91-412, pris en vertu du *Tarif des douanes*, L.R.C. 1985, ch. 41 (3^e suppl.).

Je conviens que cet entrecroisement de frontières dans la communauté mohawk va au-delà du simple inconvénient et constitue un fardeau important dans la vie de tous les jours. C'est, bien

burden to border communities everywhere. Jurisdictional patchworks, and their ability to complicate one's existence, are not special to aboriginal communities. Elsewhere in Quebec, there are similar difficulties. In Estcourt, the international boundary runs through the living-room of the Béchard family. In Stanhope, Quebec, the billiard room of the Dundee Line Hotel is neatly bifurcated by the boundary with New York State: National Film Board, *Between Friends/Entre Amis* (1976), at pp. 213 and 246-47.

entendu, un fardeau pour toutes les collectivités frontalières. Les morcellements de compétence territoriale et leur propension à compliquer la vie ne sont pas propres aux communautés autochtones. Ailleurs au Québec, il existe des situations semblables. À Estcourt, la frontière internationale traverse le salon de la famille Béchard. À Stanhope (Québec), la frontière avec l'État de New York coupe clairement en deux la salle de billard de l'hôtel de Dundee Ligne : Office national du film : *Between Friends/Entre Amis* (1976), p. 213 et 246-247.

80 Having said that, the purpose of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* is to reconcile "the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown" (*Van der Peet, supra*, at para. 31). In this respect, the respondent argued with some passion in the witness box that the jurisdictional divisions carry deeper meaning for the Mohawks of Akwesasne because they represent the intrusion of non-aboriginal governing institutions in the everyday life of Akwesasne and their relations with other members of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy). The border complexities are a constant reminder to the Mohawks of their frustration and inability to control the destiny of their own communities.

Cela dit, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* vise à « concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté » (*Van der Peet*, précité, par. 31). À cet égard, l'intimé a soutenu avec une certaine passion à la barre des témoins que la dislocation entre ressorts territoriaux a une signification plus profonde pour les Mohawks d'Akwesasne parce qu'elle représente l'intrusion d'institutions gouvernementales non autochtones dans leur vie de tous les jours à Akwesasne et dans leurs relations avec d'autres membres de Haudenosaunee (Confédération iroquoise). Les complexités frontalières rappellent constamment aux Mohawks leur frustration et leur incapacité à contrôler le destin de leurs propres communautés.

81 There is some international support for special recognition of the plight of indigenous peoples in this respect. The *Draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples*, adopted by the U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities by its resolution 1994/45, August 26, 1994, provides in Article 35 that:

On trouve un certain appui au niveau international pour la reconnaissance des difficultés particulières des peuples autochtones à cet égard. Le *Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adopté par la Sous-Commission de l'ONU de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités dans sa résolution 1994/45, le 26 août 1994, prévoit en son article 35 :

Indigenous peoples, in particular those divided by international borders, have the right to maintain and develop contacts, relations and cooperation, including activities for spiritual, cultural, political, economic and social purposes, with other peoples across borders.

Les peuples autochtones, en particulier ceux qui sont divisés par des frontières internationales, ont le droit d'entretenir et de développer, à travers ces frontières, des contacts, des relations et des liens de coopération avec les autres peuples, notamment dans les domaines spirituel, culturel, politique, économique et social.

82 Similarly, *Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, adopted by the General Conference of

De même, la *Convention (n° 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, adoptée le 27 juin 1989 par la Confé-

the International Labour Organisation, June 27, 1989, provides in Article 32:

Governments shall take appropriate measures, including by means of international agreements, to facilitate contacts and co-operation between indigenous and tribal peoples across borders, including activities in the economic, social, cultural, spiritual and environmental fields.

Comparable language is found in the *Draft of the Inter-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, approved by the Inter-American Commission on Human Rights on September 18, 1995, although it also provides specifically in Article 24 that:

Nothing in this instrument shall be construed as granting any rights to ignore boundaries between States.

Canada has taken various concrete steps to try to minimize the disruption of Akwesasne created by the international boundary. These measures, according to the respondent, fall well short of recognizing Mohawk entitlement.

2. The Respondent's Border Challenge

With much publicity and notice to the Canadian government, the respondent accompanied by Mohawk supporters performed a symbolic border crossing on March 22, 1988. He brought with him into Canada one washing machine, 20 Bibles, 10 blankets, used clothing, one case of lubricating motor oil, 10 loaves of bread, two pounds of butter, four gallons of whole milk, six bags of cookies and 12 cans of soup. The box of motor oil remained on the Akwesasne reserve. Everything else went to another Mohawk community in Canada, Tyendinaga, west of Kingston, Ontario, in the Bay of Quinte area.

The respondent submitted to the usual border procedures but refused to pay duty. Customs officers let him enter Canada with the goods but a year later, on September 15, 1989, he was served with a Notice of Ascertained Forfeiture of the goods under the *Customs Act* and a claim of \$361.64. Having unsuccessfully challenged the

rence générale de l'Organisation internationale du travail, prévoit à l'article 32 :

Les gouvernements doivent prendre les mesures appropriées, y compris au moyen d'accords internationaux, pour faciliter les contacts et la coopération entre les peuples indigènes et tribaux à travers les frontières, y compris dans les domaines économique, social, culturel, spirituel et de l'environnement.

Le *Projet de la Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*, approuvé par la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 18 septembre 1995, comporte une disposition comparable, mais prévoit expressément à l'article 24 :

[TRADUCTION] Rien dans cet instrument ne doit être interprété comme conférant quelque droit de ne pas respecter les frontières entre les États.

Le Canada a pris plusieurs mesures concrètes pour réduire les perturbations que crée la frontière internationale pour Akwesasne. Ces mesures, selon l'intimé, sont très loin de constituer une reconnaissance des droits des Mohawks.

2. La contestation de l'intimé à la frontière

Avec beaucoup de publicité et après avoir averti le gouvernement canadien, l'intimé, accompagné de sympathisants mohawks, a effectué un passage symbolique de la frontière le 22 mars 1988. Il rapportait au Canada une machine à laver, 20 bibles, 10 couvertures, des vêtements usagés, une caisse de bidons d'huile à moteur, dix pains, deux livres de beurre, quatre gallons de lait entier, six sacs de biscuits et 12 boîtes de soupe en conserve. La caisse d'huile à moteur est restée à la réserve d'Akwesasne. Tout le reste a été remis à une autre communauté mohawk au Canada, la communauté de Tyendinaga, située à l'ouest de Kingston (Ontario), dans la région de la baie de Quinte.

L'intimé s'est soumis aux procédures frontalières habituelles, mais a refusé de payer les droits de douane. Les agents de douane l'ont laissé entrer au Canada avec les marchandises, mais un an plus tard, le 15 septembre 1989, l'intimé a reçu la signification d'un avis de confiscation compensatoire des marchandises en application de la *Loi sur les*

83

84

85

86

decision under s. 131 of the *Customs Act*, the respondent commenced the present declaratory action.

douanes et d'une réclamation de 361,64 \$. Ayant contesté sans succès la décision prise en application de l'art. 131 de la *Loi sur les douanes*, l'intimé a intenté la présente action en jugement déclaratoire.

87 The respondent contended that the Mohawks of Akwesasne are entitled to purchase goods on the U.S. side of the boundary and move those goods into Canada without payment of customs dues or other levies, including GST, for personal consumption, commercial trade at Akwesasne, or for trade with other First Nations in Canada. (A claim by Akwesasne Mohawks from St. Regis to carry goods duty free into the United States was rejected in *United States v. Garrow*, 88 F.2d 318 (C.C.P.A. 1937).)

L'intimé soutient que les Mohawks d'Akwesasne sont autorisés à acheter des marchandises du côté américain de la frontière et à les rapporter au Canada sans acquitter aucun droit de douane ou autre, y compris la TPS, lorsqu'elles sont destinées à leur usage personnel, à des échanges commerciaux à Akwesasne ou à des échanges avec d'autres Premières nations au Canada. (Une revendication des Mohawks d'Akwesasne de St-Regis d'apporter en franchise des marchandises aux États-Unis a été rejetée dans *United States c. Garrow*, 88 F.2d 318 (C.C.P.A. 1937).)

88 With respect to commercial trade at Akwesasne, the respondent's evidence was that the case of motor oil brought across the border without payment of duty was placed for resale in Jock's Store, a general store located on the Canadian side of Akwesasne, but open to natives and passing non-native motorists alike. Non-aboriginal purchasers, likely minimal in number, may therefore obtain the benefit of duty-free prices.

En ce qui concerne le commerce à Akwesasne, la preuve de l'intimé indique que la caisse d'huile à moteur rapportée de l'autre côté de la frontière sans acquitter de droits a été mise en vente au Jock's Store, un magasin général situé du côté canadien d'Akwesasne, mais ouvert aux autochtones comme aux automobilistes non autochtones de passage. Les acheteurs non autochtones, vraisemblablement peu nombreux, peuvent donc bénéficier de prix hors taxes.

89 With respect to trade off the reserve, the respondent said that the bulk of the symbolic importation was delivered to the Tyendinaga Band which had apparently contributed money to finance the purchases in the first place. Further, the respondent described ongoing negotiation of "an extensive trade and commerce agreement" between Akwesasne and the Ojibway/Cree First Nations with whom the respondent says there was a historic trading relationship. The respondent says the importation was at a "non-commercial level", i.e., a small-scale transaction typical of a barter economy. The issue of larger "commercial scale" trade is to be addressed, it seems, by another court on another occasion.

Pour ce qui est du commerce à l'extérieur de la réserve, l'intimé explique que la majeure partie des objets symboliquement importés ont été remis à la bande de Tyendinaga qui avait apparemment déjà versé de l'argent pour financer les achats. En outre, l'intimé décrit une négociation qui se déroule actuellement relative à une large entente commerciale entre Akwesasne et les Premières nations Ojibway/Cries avec lesquelles, selon l'intimé, existait une relation commerciale historique. Selon l'intimé, l'importation était [TRADUCTION] « de niveau non commercial », c.-à-d. une opération à petite échelle typique de l'économie de troc. Il semble que la question d'échanges à une plus grande « échelle commerciale » devra être traitée par un autre tribunal à une autre occasion.

3. The Mohawk Strategy to Turn the Border Burden into an Economic Benefit

Understandably, the respondent and the other Mohawk people are looking for opportunities not only to diminish the border disruption in their lives, but to reunite a community divided by boundaries that are not of Mohawk making, and to turn the solution of these complexities to their collective economic advantage.

There was likely little economic profit in moving goods from one side of the Akwesasne community to the other prior to creation of the international boundary in 1783, apart from meeting the needs of everyday living. There is real profit now only because the international boundary runs through it. The policies of the Canadian government have attributed a financial significance to what is otherwise an arbitrary line drawn on a map.

It is obvious that the “collective advantage” for the Mohawk community of duty-free imports into Canada would not be derived from a continuation of the aboriginal way of life, but is a direct artifact of the financial and tariff arrangements of the non-aboriginal Canadian government. While the respondent argued that the Court need not concern itself in the appeal with other cross-border First Nation communities in Canada, the logic of the Mohawk position would apply equally to any First Nation with a proven history of trade whose homeland in Canada straddles the international boundary.

The respondent, it should be noted, dissociates the present claim from the smuggling problems at Akwesasne which he points out have brought much grief to his community:

Our people in Akwesasne have shown that they are against smuggling; they have co-operated with police, and our own Mohawk police have made a number of drug busts. Cigarettes are perhaps the least of our worries. Drugs, liquor, and automatic weapons, all of which are harmful to our people, have been brought into the

3. La stratégie des Mohawks consistant à transformer des problèmes de frontière en avantage économique

De manière compréhensible, l’intimé et les autres Mohawks cherchent des occasions non seulement de réduire les complications frontalières dans leurs vies, mais aussi d’unir de nouveau une communauté divisée par des frontières qui n’ont pas été établies par les Mohawks et de tourner à leur avantage économique collectif la résolution de ces difficultés.

En dehors des nécessités de la vie quotidienne, il y avait vraisemblablement peu d’avantages économiques à transporter des marchandises d’un côté à l’autre de la communauté d’Akwesasne avant la création de la frontière internationale en 1783. S’il y a profit à en tirer maintenant c’est uniquement parce que la frontière internationale traverse cette réserve. Les politiques du gouvernement canadien ont donné une importance financière à ce qui est autrement une ligne arbitraire tracée sur une carte.

À l’évidence, l’« avantage collectif » pour la communauté mohawk des importations hors taxes au Canada ne découle pas du maintien du mode de vie autochtone, mais est le résultat direct et concret de mesures financières et tarifaires du gouvernement canadien non autochtone. Même si l’intimé soutient que la Cour n’a pas à se préoccuper en l’espèce des autres communautés frontalières des Premières nations au Canada, la logique de la position mohawk s’appliquerait également à toutes les Premières nations qui ont une histoire établie de commerce et dont les terres sont à cheval sur la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis.

Il convient de noter que l’intimé dissocie la présente revendication et les problèmes de contrebande à Akwesasne qui, souligne-t-il, ont beaucoup affligé sa communauté :

[TRADUCTION] Notre peuple à Akwesasne a montré qu’il était contre la contrebande; il a coopéré avec la police, et notre propre police mohawk a effectué un certain nombre d’opérations antidrogue. Les cigarettes sont peut-être le moindre de nos soucis. Les stupéfiants, l’alcool, les armes automatiques, qui nuisent tous à notre

90

91

92

93

territory in great quantities. Our people in our community have said that this is wrong under our laws, whether a border exists or not. Their view is that those native people who abuse our right to transport such property within our territory free of taxes and duties are opportunists. They are risking injury to the rights of all our people for their own immediate profit. Neither the community nor the Iroquois Confederacy supports smuggling.

(Exhibit D-13. Grand Chief Michael Mitchell, “An Unbroken Assertion of Sovereignty”, in B. Richardson, ed., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (1989), 105, at p. 130)

peuple, ont été apportées en grandes quantités sur le territoire. Notre communauté a dit que cela était contraire à nos lois, qu’une frontière existe ou non. Elle est d’avis que les autochtones qui abusent de notre droit de transporter de telles marchandises sur notre territoire sans acquitter de taxes et de droits sont des opportunistes. Ils risquent de porter préjudice aux droits de tout notre peuple en agissant pour leur profit immédiat. Ni la communauté ni la Confédération iroquoise n’appuient la contrebande.

(Pièce D-13, « An Unbroken Assertion of Sovereignty » par le grand chef Michael Mitchell, dans B. Richardson, éd., *Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country* (1989), 105, p. 130)

94

The Attorney General for New Brunswick argues that the claimed aboriginal right really amounts to no more than an aboriginal cross-border link to facilitate trade in non-aboriginal goods between non-aboriginal communities. There was, on the evidence, nothing to prevent the Tyendinaga Mohawks from re-selling the goods to non-natives. This concern was not alleviated by counsel for the Assembly of First Nations who argued that mobility rights and free movement of goods must be considered separately, because goods could pass the boundary with or without people. The use of Purolator and Federal Express to send goods back and forth across the border is rather remote from the original concept of permitting the Mohawks to live “as their forefathers had done for centuries” (*Calder, supra*, at p. 328, *per* Judson J.).

Le procureur général du Nouveau-Brunswick soutient que le droit ancestral revendiqué n’est en réalité rien de plus qu’un lien transfrontalier autochtone visant à faciliter le commerce de marchandises non autochtones entre des communautés non autochtones. Selon la preuve, rien n’empêchait les Mohawks de Tyendinaga de revendre les marchandises à des non autochtones. L’avocat de l’Assemblée des Premières nations n’a pas atténué cette préoccupation lorsqu’il a soutenu que la liberté de circulation des personnes et la libre circulation des marchandises doivent être examinées distinctement parce que les marchandises peuvent passer la frontière avec des personnes ou non. L’envoi de marchandises par-delà la frontière, par Purolator et Federal Express, est assez éloigné de l’idée initiale de permettre aux Mohawks de « vivre sur leurs terres comme l’avaient fait leurs ancêtres » (*Calder*, précité, p. 328, le juge Judson).

95

The modernization and increased economic value of a claim is not necessarily fatal to its existence. Drivers of economic value are different today than they were in the past. A “frozen rights” theory has been rejected by the courts as incompatible with the purpose of s. 35(1): *Sparrow, supra*, at p. 1093. Aboriginal rights are capable of growth and evolution: “s. 35(1) is a solemn commitment that must be given meaningful content” (*Sparrow*, at p. 1108).

La modernisation et l’augmentation de la valeur économique d’une revendication ne sont pas nécessairement fatales. Les vecteurs de la valeur économique sont différents aujourd’hui de ce qu’ils étaient autrefois. Les tribunaux ont rejeté la théorie des « droits figés » parce qu’elle est incompatible avec l’objet du par. 35(1) : *Sparrow*, précité, p. 1093. Les droits ancestraux peuvent s’accroître et évoluer : « le par. 35(1) constitue un engagement solennel qui doit avoir un sens utile » (*Sparrow*, p. 1108).

4. The Basis of the Respondent's Aboriginal Rights Claim

An aboriginal right must be derived from pre-contact activity that was an element of a practice, custom or tradition integral to the aboriginal community's distinctive culture. The first step in resolving such a claim includes an assessment of the precise nature of the claim being made, "taking into account such factors as the nature of the action said to have been taken pursuant to an aboriginal right, the government regulation argued to infringe the right, and the tradition, custom or practice relied upon to establish the right" (*Van der Peet*, *supra*, at para. 53, and *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, *supra*, at para. 16).

The Chief Justice addresses the factual evidence relevant to this analysis in her reasons. For my purposes, however, it is necessary to enlarge upon some of the matters that touch on the issue of sovereignty. The trial judge has provided a meticulous and comprehensive history of the events relevant to the appeal.

While the traditional Mohawk homelands were in the Mohawk Valley (near Albany, New York State), the Mohawk people ranged throughout a territory that reached north to the valley of the St. Lawrence River. The Chief Justice points out that "[w]e may assume they travelled with goods to sustain themselves" (para. 41), but points to the scarcity of the evidence that what they carried included goods earmarked for north-south trade (para. 50-51). It is, however, accepted that the Mohawks travelled to the St. Lawrence River valley. The trial judge found that Akwesasne itself was probably not established as a permanent settlement until "some time between 1747 and 1755" (p. 14) apparently in conjunction with a Jesuit mission. This was about 140 years after the Mohawk's first contact with the Europeans, which the trial judge, at p. 16, held was 1609. The first contact, according to the trial judge, was a battle between the French and the Mohawks on Lake Champlain. No claim to aboriginal title is suggested by the respondent in these proceedings, and it is clear that

4. Le fondement de la revendication de droits ancestraux par l'intimé

Un droit ancestral doit découler d'une activité antérieure au contact avec les Européens et cette activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone. Dans un premier temps, pour statuer sur la revendication d'un droit, il faut en déterminer la nature précise, « en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui, affirme-t-on, aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée comme fondement de celui-ci » (*Van der Peet*, précité, par. 53, et *N.T.C. Smokehouse Ltd.*, précité, par. 16).

Le Juge en chef traite dans ses motifs de la preuve factuelle pertinente pour cette analyse. Pour les fins qui m'occupent, toutefois, je dois développer certains points qui ont trait à la souveraineté. Le juge de première instance a fait un historique minutieux et complet des faits en l'espèce.

Même si les terres traditionnelles des Mohawks se trouvaient dans la vallée des Mohawks (près d'Albany, État de New York), les Mohawks parcouraient un territoire atteignant au nord la vallée du Saint-Laurent. Le Juge en chef souligne que « [n]ous pouvons supposer qu'ils voyageaient avec les marchandises nécessaires à leur subsistance » (par. 41), mais fait ressortir l'insuffisance des preuves montrant que ce qu'ils transportaient comprenait des marchandises destinées au commerce nord-sud (par. 50-51). Il est cependant admis que les Mohawks voyageaient jusqu'à la vallée du Saint-Laurent. Le juge de première instance conclut qu'Akwesasne elle-même n'est probablement pas devenue un établissement permanent avant les « années 1747-1755 » (par. 43) conjointement, semble-t-il, avec l'établissement d'une mission jésuite. Cela s'est passé environ 140 ans après le premier contact des Mohawks avec les Européens, soit, selon le juge de première instance, en 1609 (par. 50). Le premier contact avec les Européens, d'après le juge de première instance, est une

96

97

98

specific aboriginal rights can exist independently of claims to aboriginal title (*Van der Peet, supra*, at para. 74).

(i) *Prior to Contact*

99 Prior to European contact, the upper St. Lawrence River Valley was “a battleground” (*Adams, supra*, at p. 126) between the Mohawks coming up from the south and the Hurons and Algonquin-speaking peoples who had earlier established themselves in the area. The trial judge quoted at p. 21 the evidence of Dr. Alexander von Gernet, called by the Crown, who acknowledged that:

What I can say is that in the course of their raiding expeditions along the St. Lawrence while they were engaged in warfare with their northern enemies, they would almost certainly have had occasion to travel along this route, presumably stop, victualize their armies, provide their armies with food. [Emphasis added by trial judge.]

To which the trial judge added, at p. 35:

[W]hile one might be obliged to fish in order to victualize an army, it is difficult to see how an army would engage in trade with their enemies while in pursuit of them.

and further pointed out at p. 44:

Whatever goods they obtained either by raiding or by hunting and fishing could be freely brought back across the [then non-existent] border.

100 Territorial boundaries between the warring First Nations ebbed and flowed. The trial judge stated at pp. 21-22 his general conclusion from the historical evidence as follows:

Regardless of the conflicting characterization of the Mohawks’ use and control of the territory in the St. Lawrence Valley, in my view, the Mohawks whose homelands were in the Mohawk Valley prior to the arrival of the Europeans, regularly exploited the area in the St. Lawrence Valley which is now part of Canadian ter-

bataille entre les Français et les Mohawks au bord du lac Champlain. L’intimé ne revendique pas de titre aborigène en l’espèce, et il est clair que des droits ancestraux précis peuvent exister indépendamment de revendications de titres aborigènes (*Van der Peet*, précité, par. 74).

(i) *Avant le contact avec les Européens*

Avant le contact avec les Européens, la vallée du haut Saint-Laurent était « un champ de bataille » (*Adams*, précité, p. 126) entre les Mohawks arrivant du sud et les Hurons et les peuples de langue algonquienne qui s’étaient auparavant établis sur le territoire. Le juge de première instance cite le témoignage du Dr Alexander von Gernet, assigné par la Couronne, qui reconnaît (au par. 72) que :

[TRADUCTION] Je peux dire cependant que, lors de leurs expéditions guerrières menées le long du Saint-Laurent, alors qu’ils faisaient la guerre à leurs ennemis plus au nord, ils auraient presque immanquablement eu l’occasion d’emprunter cette route, sans doute aussi de s’arrêter afin de réapprovisionner leurs armées. [Souligné par le juge de première instance.]

Ce à quoi le juge de première instance ajoute, au par. 135 :

[S]i l’on comprend qu’une armée puisse bien se livrer à la pêche pour se ravitailler, il est plus difficile de concevoir qu’une armée commerce avec ses ennemis tout en les pourchassant.

Il souligne également au par. 177 :

Les articles qu’ils se procuraient, soit lors de leurs expéditions guerrières, soit par la chasse ou la pêche, pouvaient librement être ramenés de l’autre côté [de la frontière qui n’existait pas alors].

Les frontières territoriales entre les Premières nations en guerre étaient instables. Le juge de première instance a énoncé comme suit sa conclusion générale tirée de la preuve historique au par. 78 :

Malgré cette divergence d’avis concernant l’utilisation et le contrôle, par les Mohawks, du territoire situé dans la vallée du Saint-Laurent, j’estime que les Mohawks dont, avant l’arrivée des Européens, les pays étaient situés dans la vallée des Mohawks, exploitaient de manière régulière cette région de la vallée du Saint-

ritory. It is not clear from the evidence whether the Mohawks consistently used the area as a hunting and fishing territory or whether the area was mainly a battle and raiding ground with other First Nations. However, it is clear that the territory around the St. Lawrence River, in what is now Canada, was regularly travelled by the Mohawks.

The trial judge's assessment of the nature of the Mohawk's progress through the territory in pre-contact times was based in part on the evidence of the respondent's expert, Professor Charles Johnston. The trial judge reproduced the following extract from Professor Johnston's evidence (at p. 27):

Well, let's put it this way, trading and making war came as easily to the Iroquois as living and breathing. When they weren't making war, they were usually engaged in trading . . . War, of course, stemmed out of trade and trade came out of war.

It is this evidence of pre-contact activity that defines the basis of an aboriginal right. The picture that emerges is one of a militarily powerful confederacy that spread to and along the St. Lawrence River Valley displacing the earlier aboriginal inhabitants by force of arms. They traded with their friends to the east and west of the Mohawk Valley, as the Chief Justice acknowledges. They fought with their enemies to the north. The trial judge cautioned at p. 35 against "concentrat[ing] too much on . . . raiding activities". The point, nevertheless, is that in the pre-contact era, the Mohawks were (and acted as) a fully autonomous people within the Iroquois Confederacy. The principle object of this litigation is to reassert that autonomy in relation to the present international border between Canada and the United States to the greatest extent permitted by law.

While none of the boundaries between First Nation Territories in pre-contact times corresponded with the present international boundary at

Laurent qui fait maintenant partie du territoire canadien. La preuve ne permet aucune conclusion nette quant à la question de savoir si les Mohawks chassaient et pêchaient régulièrement sur ce territoire, ou si celui-ci servait surtout de zone de bataille et d'attaque contre d'autres Premières nations. Il est clair, cependant, que le territoire entourant la rivière du Saint-Laurent, et faisant maintenant partie du Canada, était régulièrement sillonné par les Mohawks.

L'évaluation par le juge de première instance de la nature de l'avancée des Mohawks dans le territoire avant le contact avec les Européens est fondée en partie sur le témoignage de l'expert de l'intimé, le professeur Charles Johnston. Le juge de première instance cite l'extrait suivant de ce témoignage (au par. 103) :

[TRADUCTION] Disons que, pour les Iroquois, le commerce et la guerre étaient deux activités parfaitement naturelles. C'est ainsi que, quand ils ne faisaient pas la guerre, ils commerçaient. [. . .] La guerre, évidemment, découlait du commerce, et le commerce découlait de la guerre.

C'est cette preuve d'une activité antérieure au contact avec les Européens qui définit le fondement d'un droit ancestral. L'image qui s'en dégage est celle d'une confédération militaire puissante qui s'étendait jusqu'à la vallée du Saint-Laurent et le long de celle-ci, et chassait par la force les habitants autochtones précédents. Ils commerçaient avec leurs alliés à l'est et à l'ouest de la vallée des Mohawks, comme le reconnaît le Juge en chef. Ils se battaient avec leurs ennemis au nord. Le juge de première instance fait une mise en garde contre le fait d'« accorde[r] trop d'importance aux excursions guerrières » (par. 130). Pourtant, ce qui importe c'est que, dans la période antérieure au contact avec les Européens, les Mohawks étaient (et agissaient comme) un peuple pleinement autonome au sein de la Confédération iroquoise. L'objet principal du présent litige est de réaffirmer cette autonomie relativement à la frontière internationale actuelle entre le Canada et les États-Unis dans toute l'ampleur permise en droit.

Même si aucune des frontières entre les territoires des Premières nations avant le contact avec les Européens ne correspond à la frontière interna-

101

102

103

Akwesasne, such boundaries existed, and the trial judge found that under traditional practices and customs, they were respected by the Mohawks in times of peace.

(ii) *Evidence of Post-Contact Activity*

104 While evidence of post-contact activity cannot enlarge the factual basis of the aboriginal right claim, it is said to be relevant in this case because of the alleged incompatibility of the respondent's claim with the later assertion of non-Mohawk sovereignty.

105 Professor Charles Johnston emphasized that the arrival of the Europeans created further turmoil (at p. 27):

The French arrested the Dutch first and then the English established their control in the Hudson and Mohawk valleys and the French do the same thing on the St. Lawrence. So you have these competing systems. The point is the Mohawks are right in the middle.

106 The evidence showed that post-contact Mohawks from the Mohawk Valley began migrating north to establish permanent communities on the St. Lawrence River. The trial judge noted, “[t]hey massed an invasion force in the late 1640s and early 1650s which led to the dispersion of the aboriginal peoples of Ontario” (p. 35).

107 The Hurons and Algonquins allied themselves with the French, and most of the Iroquois with the English. The Mohawks in the St. Lawrence River Valley had divided loyalties. The communities closest to Montreal, at least, came to be allies of the French. The trial judge noted that some Mohawks “moved north because they believed that an alliance with the French was preferable to neutrality or an alliance with the English” (p. 22). While colonial law under the French regime treated aboriginal rights differently than the British

tionale actuelle à Akwesasne, ces frontières existaient, et le juge de première instance conclut que, conformément aux pratiques et coutumes traditionnelles, les Mohawks les respectaient en temps de paix.

(ii) *Preuve d'une activité postérieure au contact avec les Européens*

Bien que la preuve d'une activité postérieure au contact avec les Européens ne puisse élargir le fondement factuel de la revendication d'un droit ancestral, on dit qu'elle est pertinente en l'espèce en raison de la prétendue incompatibilité de la revendication de l'intimé avec l'affirmation ultérieure d'une souveraineté non mohawk.

Le professeur Charles Johnston souligne que l'arrivée des Européens a créé de nouveaux bouleversements (au par. 100) :

[TRADUCTION] Les Français commencèrent par arrêter l'avance des Hollandais, puis les Anglais établirent leur contrôle sur les vallées de l'Hudson et des Mohawks, les Français faisant de même dans la région du Saint-Laurent. Cela donne donc deux systèmes qui se concurrencent. L'important ici est que les Mohawks se situent à la charnière de ces deux systèmes.

La preuve indique qu'après le contact avec les Européens, des Mohawks de la vallée des Mohawks ont commencé à migrer vers le nord pour établir des communautés permanentes sur le Saint-Laurent. Le juge de première instance note que « [v]ers la fin des années 1640 et le début des années 1650, ils ont réuni une force d'invasion qui a fini par entraîner la dispersion des peuples autochtones de l'Ontario » (par. 131).

Les Hurons et les Algonquins se sont alliés avec les Français, et la plupart des Iroquois avec les Anglais. Les Mohawks de la vallée du Saint-Laurent étaient d'allégeance partagée. Les communautés les plus proches de Montréal, du moins, sont devenues des alliées des Français. Le juge de première instance note que certains Mohawks « ont immigré vers le nord car ils pensaient qu'il était mieux de s'allier avec les Français que de déclarer sa neutralité ou de s'allier avec les Anglais » (par. 80). Même si le droit colonial fran-

regime, our Court has affirmed that “the intervention of French sovereignty [did not] negat[e] the potential existence of aboriginal rights within the former boundaries of New France under s. 35(1)”: (*R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 51). The fighting between the French and the English and their respective First Nation allies continued until the fall of New France in 1759-60.

The legal effect of the resulting Treaty of Paris of 1763 was described by the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542, at pp. 545-46:

In 1763 Canada and all its dependencies, with the sovereignty, property, and possession, and all other rights which had at any time been held or acquired by the Crown of France, were ceded to Great Britain: *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46, at p. 53. Upon that event the Crown of England became possessed of all legislative and executive powers within the country so ceded to it, and, save so far as it has since parted with these powers by legislation, royal proclamation, or voluntary grant, it is still possessed of them. One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order, and good government, or to its social or material interests: Vattel, *Law of Nations*, book 1, s. 231; book 2, s. 125.

The “aliens” in the *Cain* case were citizens of the United States. For our purposes, it must be kept in mind that the respondent does not assert here mobility rights granted by France, Britain or Canada. He is, of course, entitled to full rights as a Canadian citizen. But in this particular case, he is not asserting those rights. He is asserting mobility rights as a “citizen of Haudenosaunee” that are derived from Mohawk mobility that pre-dated all of those regimes.

çais traitait les droits ancestraux différemment du droit colonial britannique, notre Cour a déclaré que « la souveraineté française [n’a pas] mis fin à l’existence potentielle de droits ancestraux visés au par. 35(1) à l’intérieur des frontières de ce qui constituait la Nouvelle-France »: *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 51. Les combats entre les Français et les Anglais, et leurs alliés respectifs au sein des Premières nations, se sont poursuivis jusqu’à la chute de la Nouvelle-France en 1759-60.

L’effet juridique du Traité de Paris de 1763 qui a suivi est décrit par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Attorney General for Canada c. Cain*, [1906] A.C. 542, p. 545-546 :

[TRADUCTION] En 1763 le Canada et toutes ses dépendances, ainsi que les droits à la souveraineté, à la propriété et à la possession, et tous les autres droits qui avaient en tout temps été détenus ou acquis par la Couronne de France, ont été cédés à la Grande-Bretagne : *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. Reg.* (1888), 14 App. Cas. 46, p. 53. À partir de ce moment, la Couronne d’Angleterre a été investie de tous les pouvoirs législatifs et exécutifs au pays qui lui avaient été cédés et, sauf dans la mesure où elle s’est depuis départie de ces pouvoirs par loi, proclamation royale ou concession volontaire, elle en est toujours investie. Parmi les droits que possède le pouvoir suprême de chaque État il y a le droit d’en refuser l’entrée à un étranger, d’ajouter les conditions qu’il juge à propos à la permission d’entrer dans l’État et d’expulser ou de déporter de l’État, s’il le juge à propos, même un étranger amical, en particulier s’il estime que sa présence dans l’État est contraire à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement, ou à ses intérêts sociaux ou matériels : Vattel, *Law of Nations*, t. 1, par. 231; t. 2, par. 125.

Les « étrangers » dans l’arrêt *Cain* étaient des citoyens américains. Pour les fins qui nous occupent, il convient de garder à l’esprit que l’intimé ne revendique pas en l’espèce une liberté de circulation accordée par la France, la Grande-Bretagne ou le Canada. Il a, bien entendu, les pleins droits de citoyen canadien. Mais en l’espèce, il ne revendique pas ces droits. Il revendique la liberté de circulation en tant que « citoyen de Haudenosaunee », qui découle de la liberté de circulation des Mohawks antérieure à tous ces régimes.

108

109

110 Within two decades after the fall of New France, the American Revolution swept northwards. Troops of General George Washington on manoeuvres in New York State “destroyed the cornfields, burnt the Longhouses and basically wiped out as many of the Iroquois families that [*sic*] still existed”, thereby reinforcing the northern migration of some of the Mohawks to British territory. The boundary that cuts through Akwesasne did not come into existence until the conclusion of the American War of Independence by a subsequent Treaty of Paris in 1783.

5. The Sovereignty Objection

111 The unusual aspect of this case is that not only the value but the very *purpose* of the claimed trading/mobility right depends on a boundary that is itself an expression of non-aboriginal sovereignties on the North American continent.

112 The respondent is understandably proud of the Mohawk heritage. The Iroquois Confederacy is thought to have been formed around 1450. The evidence accepted by the trial judge at p. 26 was that at their height

... the Iroquois had achieved for themselves the most remarkable civil organization in the New World excepting only Mexico and Peru.

The respondent’s 17th century ancestors were no doubt unaware that some of the Kings in distant Europe were laying claim to sovereignty over Mohawk territory. As Marshall C.J. of the United States Supreme Court observed in *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), at p. 543:

It is difficult to comprehend the proposition, that the inhabitants of either quarter of the globe could have rightful original claims of dominion over the inhabitants of the other, or over the lands they occupied

113 Nevertheless, this is what happened. From the aboriginal perspective, moreover, those early claims to European “dominion” grew to reality in the decades that followed. Counsel for the respondent does not dispute Canadian sovereignty. He

Moins de 20 ans après la chute de la Nouvelle-France, la Guerre d’indépendance s’est étendue vers le nord. Les troupes du général George Washington en manoeuvres dans l’État de New York [TRADUCTION] « ont détruit les champs de maïs, brûlé les cabanes longues et pratiquement exterminé toutes les familles iroquoises qui existaient encore » ce qui a renforcé la migration de Mohawks vers le nord dans le territoire britannique. La frontière qui traverse Akwesasne n’a été établie qu’après la conclusion de la Guerre d’indépendance par le Traité de Paris de 1783.

5. L’objection relative à la souveraineté

L’aspect inhabituel de la présente affaire tient à ce que non seulement la valeur, mais l’*objet* même du droit de commerce et de circulation revendiqué dépend d’une frontière qui, en soi, est l’expression de souverainetés non autochtones sur le continent nord-américain.

L’intimé est fier du patrimoine mohawk, et cela se comprend. On pense que la Confédération iroquoise a été formée vers 1450. À leur apogée, selon la preuve acceptée par le juge de première instance, au par. 100 :

[TRADUCTION] . . . les Iroquois étaient parvenus à se doter de l’organisation sociale la plus remarquable du Nouveau Monde hormis le Mexique et le Pérou.

Les ancêtres de l’intimé au XVII^e siècle ne savaient certainement pas que des Rois d’une Europe lointaine revendiquaient la souveraineté sur le territoire mohawk. Comme l’a noté le juge en chef Marshall de la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Worcester c. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832), p. 543 :

[TRADUCTION] Il est difficile de comprendre que les habitants d’une partie du globe pouvaient avoir des revendications originales légitimes de suprématie sur les habitants de l’autre ou sur les terres qu’ils occupaient

C’est pourtant ce qui est arrivé. En outre, selon le point de vue autochtone, ces premières revendications de « suprématie » européenne sont devenues réalité dans les décennies suivantes. L’avocat de l’intimé ne conteste pas la souveraineté cana-

seeks Mohawk autonomy within the broader framework of Canadian sovereignty.

The common law concept of aboriginal rights is built around the doctrine of sovereign succession in British colonial law. The framers of the *Constitution Act, 1982* undoubtedly expected the courts to have regard in their interpretation of s. 35(1) to the common law concept. This point was made by McLachlin J. (as she then was) (dissenting in the result) in *Van der Peet, supra*, at paras. 227 and 262:

The issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights.

. . . .

Given the complexity and sensitivity of the issue of defining hitherto undefined aboriginal rights, the pragmatic approach typically adopted by the common law — reasoning from the experience of decided cases and recognized rights — has much to recommend it. [Emphasis added.]

I agree. The *Constitution Act, 1982* ushered in a new chapter but it did not start a new book. Within the framework of s. 35(1) regard is to be had to the common law (“what the law has historically accepted”) to enable a court to determine what constitutes an aboriginal right.

The respondent positions his claim as follows. He makes a point of travelling back and forth across the international border producing his Haudenosaunee passport issued at the capital of the Mohawk Confederacy at Onondaga, New York State. As he explained in testimony:

[The passport] is also to me an expression of recognition, not only by my own Iroquois Confederacy and our nation’s capital, Onondaga, that I carry my own passport, but it is also [a] recognition of Canada and the United States of who my citizenship lies with.

This evidence with respect to the Haudenosaunee passport was said by respondent’s counsel to go

dienne. Il revendique l’autonomie mohawk dans le cadre plus large de la souveraineté canadienne.

En common law, la notion de droits ancestraux est fondée sur le principe de la succession de pouvoirs souverains en droit colonial britannique. Les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* s’attendaient indubitablement à ce que les tribunaux tiennent compte de cette notion dans leur interprétation du par. 35(1). Cette question a été soulevée par le juge McLachlin maintenant Juge en chef (dissidente sur le résultat) dans *Van der Peet*, précité, par. 227 et 262 :

Je suis d’avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d’examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux.

. . . .

Vu le caractère complexe et délicat de la question de la définition de droits ancestraux qui n’ont encore jamais été définis, l’approche pragmatique généralement appliquée en common law — le raisonnement fondé sur l’expérience découlant des précédents et des droits reconnus — présente maints avantages. [Je souligne.]

Je suis d’accord. La *Loi constitutionnelle de 1982* est l’introduction d’un nouveau chapitre et non d’un nouveau livre. Dans le cadre du par. 35(1), les tribunaux doivent considérer la common law (« les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit ») pour déterminer ce qui constitue un droit ancestral.

L’intimé exprime ainsi sa revendication : de façon délibérée il passe et repasse la frontière internationale et présente son passeport haudenosaunee délivré dans la capitale de la Confédération mohawk à Onondaga, État de New York. Il explique ceci dans son témoignage :

[TRADUCTION] Le [passeport] représente aussi pour moi non seulement la reconnaissance par ma propre Confédération iroquoise et la capitale de notre nation, Onondaga, du fait que je porte sur moi mon propre passeport, mais aussi [la] reconnaissance par le Canada et les États-Unis de la nation de qui relève ma citoyenneté.

L’avocat de l’intimé affirme que cette preuve relative au passeport haudenosaunee se rapporte [TRA-

114

115

116

“to the issue of the basis of the rights that the [respondent] is claiming in this case”.

117 In assessing aboriginal claims, courts are required to take into account “the perspective of the aboriginal peoples themselves” (*Sparrow*, *supra*, at p. 1112; *Van der Peet*, *supra*, at para. 49). From the respondent’s perspective, the aboriginal right flows from Mohawk sovereignty. In Exhibit D-13 he writes, at p. 107:

Akwesasne is a Mohawk community that has existed from time immemorial, with its own laws and government, and we have consistently been determined to maintain the sovereignty of our Nation.

To which he adds at p. 135:

I think of myself as a community leader, but my national leaders are the leaders of the Mohawk Nation. I am a citizen of Haudenosaunee; and if anyone says I am also a Canadian citizen, the most I can agree is that we have certain benefits in Canada, by treaty, the same benefits as we have in the United States.

118 Fundamentally, the respondent views his aboriginal rights as a shield against non-aboriginal laws, including what he sees as the imposition of a border that “wasn’t meant for [the] Kanienkehaka or the Mohawk Nation or any of the Six Nations”. He thus testified at trial:

Even though my grandfather didn’t speak any English he was able to explain to me, as other elders have, that the promises made by the English to the Haudenosaunee that they would continue to recognize our nation as free and independent peoples. At one meeting they would recite it, what exactly were those words and the gist that we had to understand it.

So, when our people in Akwesasne today say this border was not intended for us, they have an understanding in historical terms of the interpretation of those promises. In our language and the way it is passed down, the line of what is now known as the International Border belongs to somebody else. It wasn’t meant

DUCTION] « à la question du fondement des droits que l’[intimé] revendique en l’espèce ».

Dans l’évaluation des revendications autochtones, les tribunaux sont tenus de prendre en considération le « point de vue des autochtones eux-mêmes » (*Sparrow*, précité, p. 1112; *Van der Peet*, précité, par. 49). Du point de vue de l’intimé, le droit ancestral découle de la souveraineté mohawk. Voici ce qu’il dit (pièce D-13, p. 107) :

[TRADUCTION] Akwesasne est une communauté mohawk qui existe de temps immémorial, qui possède ses propres lois et son propre gouvernement, et nous avons de façon constante été déterminés à maintenir la souveraineté de notre nation.

Puis il ajoute, à la p. 135 :

[TRADUCTION] Je me vois comme un chef de communauté, mais mes chefs nationaux sont les chefs de la nation mohawk. Je suis citoyen de Haudenosaunee; et si quelqu’un dit que je suis aussi citoyen canadien, j’admets tout au plus que nous bénéficions de certains avantages au Canada, par traité, les mêmes avantages qu’aux États-Unis.

Fondamentalement, l’intimé considère ses droits ancestraux comme un bouclier contre les lois non autochtones, y compris ce qu’il considère comme l’imposition d’une frontière [TRADUCTION] « qui n’était pas destinée à la nation kanienkehaka ou mohawk ni à aucun membre des Six-Nations ». Voici son témoignage au procès :

[TRADUCTION] Même si mon grand-père ne parlait pas l’anglais, il pouvait m’expliquer, comme d’autres aînés l’ont fait, les promesses faites par les Anglais aux Haudenosaunees de continuer à reconnaître notre nation comme étant libre et indépendante. À une rencontre ils relataient l’événement, énonçaient exactement les mots qu’avaient prononcés les Anglais et l’essentiel que nous devons en comprendre.

Alors, quand notre peuple à Akwesasne affirme aujourd’hui que cette frontière ne nous était pas destinée, ils ont une interprétation historique de ces promesses. Dans notre langue et de la façon dont cela nous a été transmis, la ligne de ce qui est maintenant connu comme étant la frontière internationale appartient à quelqu’un d’autre. Cette frontière n’était pas destinée à la nation kanienkehaka ou mohawk ou à aucun autre

for Kanienkehaka or the Mohawk Nation or any of the Six Nations. We understand that much.

In this testimony the respondent refers to “promises made by the English to the Haudenosaunee”, but his claim to base a trading/mobility right and tax exemptions on an existing treaty right was rejected by the trial judge and has not been appealed to this Court. His contention here is that whether or not the British made a treaty promise to that effect, the Mohawks were in fact free under the Mohawk legal regime “to pass and repass . . . across what is now the Canada-United States boundary” with goods for trade and this freedom should now receive s. 35 protection. The claim to trade and mobility across international boundaries as a citizen of Haudenosaunee engages the sovereignty issue.

6. Non-Assertion of Aspects of the Respondent’s Claim

The Trial Division declaration, as stated, recognized an aboriginal right “to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary including the right to bring goods into Canada for personal and community use, including for trade with other First Nations, without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian Government or authority” (p. 4 (emphasis added)). The word “including” was subsequently deleted in an effort to shrink the scope of the aboriginal right asserted in *this* particular proceeding and thereby to present a smaller target to the appellant’s objection. The Federal Court of Appeal added site-specific limitations to the claimed right. In the end, the declaration issued by the Federal Court of Appeal read as follows (at para. 56):

[T]he plaintiff as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982*, when crossing the international border from New York to Ontario or Quebec, to bring with him

membre des Six-Nations. Nous comprenons au moins cela.

Dans ce témoignage, l’intimé évoque les « promesses faites par les Anglais aux Haudenosaunees », mais le juge de première instance a rejeté sa revendication visant à fonder les exemptions fiscales et le droit de commerce et de circulation sur un droit existant issu d’un traité, et cette décision n’a pas été portée en appel devant notre Cour. Il soutient ici que, avec ou sans promesse des Britanniques à cet effet par traité, les Mohawks étaient en fait libres en vertu du régime juridique mohawk [TRADUCTION] « de passer et de repasser [. . .] ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis » avec des marchandises pour usage commercial et que cette liberté devrait maintenant être protégée par l’art. 35. Cette revendication du droit de commerce et de circulation à travers les frontières internationales, en tant que citoyen de Haudenosaunee, met en jeu la question de la souveraineté.

6. La non-allégation de certains aspects de la réclamation de l’intimé

Le jugement déclaratoire de la Section de première instance reconnaît un droit ancestral « de passer et de repasser librement ce qui est maintenant la frontière Canada-États-Unis, ce droit comportant également le droit d’introduire au Canada des marchandises à usage personnel et communautaire, y compris des marchandises destinées au commerce avec les autres Premières nations, et ce sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane » (par. 3 (je souligne)). Les mots « comportant » et « y compris » ont par la suite été enlevés en vue de réduire la portée du droit ancestral revendiqué dans *ces* procédures et, par le fait même, de restreindre ce que pouvait contester l’appelant. La Cour d’appel fédérale a ajouté des restrictions géographiques au droit revendiqué. Finalement, le jugement déclaratoire de la Cour d’appel fédérale se lit comme suit (au par. 56) :

Le demandeur, en sa qualité de Mohawk d’Akwesasne résidant au Canada, jouit d’un droit ancestral existant que protègent les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, savoir celui de rapporter en franchise des droits de douane et taxes du Canada, lorsqu’il tra-

119

120

to Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, or for non-commercial scale trade with First Nation communities in Ontario or Quebec, goods bought in the State of New York without having to pay any duty or taxes to the government of Canada.

121 In his opening address at trial, counsel for the respondent also made it clear that no claim is made in *this* action to import prohibited or controlled goods:

So that it will be perfectly clear from the outset of the trial, my lord, Plaintiff states immediately and unequivocally that he is not here pleading and that this case is not about any right to bring across the Canada/U.S. border any form of firearm or any form of restricted or prohibited drug, alcohol, plants or the like. Nor do the facts in this case raise the issue of importation into Canada of commercial goods for the primary purpose of competing in the commercial mainstream in Canada. Plaintiff is not, my lord, seeking any judicial determination of that issue in this case. [Emphasis added.]

122 When asked by the trial judge whether the claim included “commercial trade” (as defined, e.g., in *Gladstone, supra*, at para. 57), he said not “at this time”.

123 The respondent takes the position that aboriginal peoples do not have to claim the full extent of their entitlement. He reiterated that the purpose of s. 35 was to bring about a reconciliation between Canadian society and its aboriginal communities (*Van der Peet, supra*), and characterized the respondent’s willingness to exclude from his claim a right to bring across the border prohibited goods (e.g., firearms and illegal drugs) and controlled goods (e.g., alcohol, though not tobacco) as a reasonable concession in pursuit of such a reconciliation. However, in considering whether the evidence gives rise to the claimed right, it is necessary to look at *all* of the evidence to determine whether, in its totality, it establishes not only a pre-contact practice that was *capable* of being carried forward

verse la frontière internationale pour aller de l’État de New York en Ontario ou au Québec, des marchandises achetées dans cet État pour son usage ou sa consommation personnelle, ou pour l’usage ou la consommation collective des membres de la communauté d’Akwesasne, ou encore à des fins d’échanges non commerciaux avec d’autres Premières nations en Ontario ou au Québec.

Dans son exposé introductif au procès, l’avocat de l’intimé a indiqué clairement que, dans *cette* action, on ne revendiquait pas le droit d’importer des marchandises prohibées ou contrôlées :

[TRADUCTION] J’aimerais bien faire comprendre dès le début du procès que le demandeur affirme immédiatement et sans équivoque qu’il n’est pas ici pour revendiquer un droit de traverser la frontière entre les États-Unis et le Canada en transportant une forme quelconque d’arme à feu ou de drogue, alcool, plante ou produit semblable à usage restreint ou prohibé. Par ailleurs, les faits de l’espèce ne soulèvent pas la question de l’importation au Canada de marchandises commerciales en vue principalement d’être compétitif sur le marché canadien. Le demandeur ne demande pas qu’une décision judiciaire soit rendue sur cette question dans la présente affaire. [Je souligne.]

Quand le juge de première instance lui a demandé si la revendication comprenait la « vente commerciale » (telle que définie par ex. dans *Gladstone*, précité, par. 57), il a répondu : [TRADUCTION] « pas à ce moment ».

L’intimé prétend que les autochtones n’ont pas à revendiquer la pleine portée de leur droit. Il a répété que l’art. 35 visait à réconcilier la société canadienne et ses communautés autochtones (*Van der Peet*, précité), et a qualifié son consentement à exclure de sa revendication le droit de transporter au-delà de la frontière des marchandises prohibées (p. ex. des armes à feu et des drogues illicites) et des marchandises contrôlées (dont l’alcool, mais pas le tabac) de concession raisonnable dans la poursuite d’une telle réconciliation. Toutefois, pour déterminer si la preuve établit le droit revendiqué, il faut examiner *toute* la preuve pour déterminer si, dans son ensemble, elle établit non seulement une pratique antérieure au contact avec les Européens *susceptible* de se poursuivre sous les nouveaux

under the new European-based legal orders but a practice that is compatible with Canadian sovereignty.

The analysis of the courts below in support of the respondent's position, if accepted, would suggest that in future cases other Mohawks would argue with some force that the historical practice of the free movement of people and goods having been established in this case, any other restrictions on the movement of goods, people and perhaps capital would have to be justified under the *Sparrow* doctrine.

7. The Substance of the Claim Disclosed by the Evidence

For the reasons already mentioned, the respondent's claim, despite the concessions made in argument, is not just about physical movement of people or goods in and about Akwesasne. It is about pushing the envelope of Mohawk autonomy within the Canadian Constitution. It is about the Mohawks' aspiration to live as if the international boundary did not exist. Whatever financial benefit accrued from the ability to move goods across the border without payment of duty is clearly incidental to this larger vision.

It is true that in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, the Court warned, at para. 27, against casting the Court's aboriginal rights inquiry "at a level of excessive generality". Yet when the claim, as here, can only properly be construed as an international trading and mobility right, it has to be addressed at that level.

In the constitutional framework envisaged by the respondent, the claimed aboriginal right is simply a manifestation of the more fundamental relationship between the aboriginal and non-aboriginal people. In the Mohawk tradition this relationship is memorialized by the "two-row" wampum, referred to by the respondent in Exhibit D-13, at pp. 109-110, and in his trial evidence (trans., vol. 2, at pp. 191-92), and described in the Haudenosaunee

régimes juridiques européens mais aussi une pratique compatible avec la souveraineté canadienne.

Si on l'acceptait, l'analyse des jugements d'appel en faveur de la position de l'intimé signifierait qu'à l'avenir d'autres Mohawks pourraient soutenir avec une certaine fermeté que, puisque la pratique historique de la libre circulation des personnes et des marchandises a été établie en l'espèce, toute autre restriction à la circulation des marchandises, des personnes et peut-être même du capital devrait faire l'objet d'une justification en vertu du principe de l'arrêt *Sparrow*.

7. La nature de la revendication selon la preuve

Pour les motifs déjà exposés, la revendication de l'intimé, malgré les concessions faites au cours des débats, ne concerne pas seulement le déplacement physique de personnes ou de marchandises à Akwesasne. Elle vise à élargir au maximum l'autonomie mohawk au sein de la Constitution canadienne. Elle concerne l'aspiration des Mohawks à vivre comme si la frontière internationale n'existait pas. L'avantage financier qui découlerait de la capacité de transporter des marchandises au-delà de la frontière sans acquitter de droits est clairement accessoire à cette vision plus large.

Il est vrai que dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, par. 27, la Cour met en garde contre « un degré excessif de généralité » dans l'examen des droits ancestraux. Pourtant, quand la revendication, comme en l'espèce, vise clairement un droit de commerce et de circulation internationaux, il faut le considérer sous cet angle.

Dans le cadre constitutionnel qu'envisage l'intimé, le droit ancestral revendiqué est simplement une manifestation de la relation plus fondamentale entre les autochtones et les non autochtones. Dans la tradition mohawk, cette relation est symbolisée par le wampum à « deux rangs », auquel se réfère l'intimé à la pièce D-13, p. 109-110, et dans son témoignage au procès (transc., vol. 2, p. 191-192), et qui est décrit comme suit dans l'exposé des

124

125

126

127

presentation to the Parliamentary Special Committee on Indian Self-Government in 1983 as follows:

When the Haudenosaunee first came into contact with the European nations, treaties of peace and friendship were made. Each was symbolized by the Gus-Wen-Tah or Two Row Wampum. There is a bed of white wampum which symbolizes the purity of the agreement. There are two rows of purple, and those two rows have the spirit of your ancestors and mine. There are three beads of wampum separating the two rows and they symbolize peace, friendship and respect.

These two rows will symbolize two paths or two vessels, travelling down the same river together. One, a birch bark canoe, will be for the Indian people, their laws, their customs and their ways. The other, a ship, will be for the white people and their laws, their customs and their ways. We shall each travel the river together, side by side, but in our own boat. Neither of us will try to steer the other's vessel.

(Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee (1983), back cover)

128 Thus, in the "two-row" wampum there are two parallel paths. In one path travels the aboriginal canoe. In the other path travels the European ship. The two vessels co-exist but they never touch. Each is the sovereign of its own destiny.

129 The modern embodiment of the "two-row" wampum concept, modified to reflect some of the realities of a modern state, is the idea of a "merged" or "shared" sovereignty. "Merged sovereignty" asserts that First Nations were not wholly subordinated to non-aboriginal sovereignty but over time became merger partners. The final *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2 (*Restructuring the Relationship* (1996)), at p. 214, says that "Aboriginal governments give the constitution [of Canada] its deepest and most resilient roots in the Canadian soil." This updated concept of Crown sovereignty is of importance. Whereas historically the Crown may have been portrayed as an entity across the seas with which aboriginal people could scarcely be expected to identify, this was no longer the case in

Haudenosaunees au Comité spécial sur l'autonomie politique des Indiens en 1983 :

Lorsque les Haudenosaunees sont entrés en contact avec les Européens, ils ont conclu avec eux des traités de paix et d'amitié. Chacun était symbolisé par la Gus-Wen-Tah ou ceinture de wampoums à deux rangs. Il y a un lit de wampoum blanc, qui est censé symboliser la pureté de l'entente. Il y a deux rangées en pourpre, et ces deux rangées sont conformes à l'esprit de vos ancêtres et des miens. Il y a trois perles de wampoum qui séparent les deux rangées. Elles symbolisent, ces trois perles, la paix, l'amitié et le respect.

Les deux rangs représentent deux voies parallèles, deux embarcations navigant ensemble sur le même cours d'eau. L'une, un canot d'écorce, représente les Indiens, leurs lois, leurs coutumes et leurs traditions, tandis que l'autre, un navire, désigne les Blancs, leurs lois, leurs coutumes et leurs traditions. Les deux peuples voyagent côte à côte, chacun dans son embarcation, sans que ni l'un ni l'autre n'essaie de diriger l'embarcation de son voisin.

(L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial (1983), plat verso)

Le wampoum « à deux rangs » comporte deux courants parallèles. Le canot autochtone se déplace dans l'un d'eux et le navire européen dans l'autre. Les deux embarcations coexistent, mais ne se touchent jamais. Chacun d'eux est maître de sa propre destinée.

L'incarnation moderne du concept du wampoum « à deux rangs », modifié pour refléter certaines réalités de l'État moderne, est l'idée de souveraineté « fusionnée » ou « partagée ». Selon la « souveraineté fusionnée », les Premières nations n'ont pas été totalement assujetties à une souveraineté non autochtone mais, avec le temps, sont devenues des parties au fusionnement. Dans son rapport final, vol. 2 (*Une relation à redéfinir* (1996)), p. 236, la Commission royale sur les peuples autochtones affirme que « ce sont eux [les gouvernements autochtones] qui enracinent le plus profondément et le plus solidement la Constitution [du Canada] dans le sol canadien ». Cette notion nouvelle de la souveraineté de la Couronne est importante. Bien qu'historiquement, la Couronne ait pu être représentée comme une entité lointaine

1982 when the s. 35(1) reconciliation process was established. The Constitution was patriated and all aspects of our sovereignty became firmly located within our borders. If the principle of “merged sovereignty” articulated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples is to have any true meaning, it must include at least the idea that aboriginal and non-aboriginal Canadians *together* form a sovereign entity with a measure of common purpose and united effort. It is this new entity, as inheritor of the historical attributes of sovereignty, with which existing aboriginal and treaty rights must be reconciled.

The final *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, goes on to describe “shared” sovereignty at pp. 240-41 as follows:

Shared sovereignty, in our view, is a hallmark of the Canadian federation and a central feature of the three-cornered relations that link Aboriginal governments, provincial governments and the federal government. These governments are sovereign within their respective spheres and hold their powers by virtue of their constitutional status rather than by delegation. Nevertheless, many of their powers are shared in practice and may be exercised by more than one order of government.

On this view, to return to the nautical metaphor of the “two-row” wampum, “merged” sovereignty is envisaged as a single vessel (or ship of state) composed of the historic elements of wood, iron and canvas. The vessel’s components pull together as a harmonious whole, but the wood remains wood, the iron remains iron and the canvas remains canvas. Non-aboriginal leaders, including Sir Wilfrid Laurier, have used similar metaphors. It represents, in a phrase, partnership without assimilation.

The s. 35(1) issue arising out of all this is signalled in the style of cause. The respondent sued as “GRAND CHIEF MICHAEL MITCHELL also known as KANENTAKERON”. He lives with a

par-delà les mers à laquelle on ne pouvait guère s’attendre que les autochtones s’identifient, cela n’était plus le cas en 1982 quand le processus de conciliation du par. 35(1) a été établi. Avec le rapatriement de la Constitution, tous les aspects de la souveraineté canadienne se sont fermement ancrés à l’intérieur de nos frontières. Si le principe de « souveraineté fusionnée » énoncé par la Commission royale sur les peuples autochtones doit avoir un sens véritable, il doit comporter au moins l’idée que les Canadiens autochtones et non autochtones forment *ensemble* une entité souveraine munie d’une certaine communauté d’objectifs et d’efforts. C’est avec cette nouvelle entité, héritière des attributs historiques de la souveraineté, qu’il faut concilier les droits existants ancestraux ou issus de traités.

Le rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 2, décrit ensuite la souveraineté « partagée » de cette façon (à la p. 266) :

La souveraineté partagée est, à notre avis, une caractéristique de la fédération canadienne et un élément clé des rapports triangulaires qui lient les gouvernements autochtones, les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral. Chacun d’eux est souverain à l’intérieur de sa propre sphère et détient ses pouvoirs en vertu de son statut constitutionnel et non par délégation. Néanmoins, dans la pratique, nombre de ces pouvoirs sont partagés et peuvent être exercés par plus d’un ordre de gouvernement.

Selon ce point de vue, pour reprendre la métaphore nautique du wampoum « à deux rangs », la souveraineté « fusionnée » est envisagée comme une seule embarcation (ou navire de l’État) constituée d’éléments historiques que sont le bois, le fer et la toile. Les éléments constitutifs de l’embarcation forment un tout harmonieux, mais le bois reste du bois, le fer reste du fer et la toile reste de la toile. Des dirigeants non autochtones, dont Sir Wilfrid Laurier, ont utilisé des métaphores semblables. Cela représente en peu de mots un partenariat sans assimilation.

La question qui découle de tout cela, aux fins du par. 35(1), ressort de l’intitulé. L’intimé poursuit en justice sous le nom de « GRAND CHEF MICHAEL MITCHELL alias KANENTAKE-

130

131

foot simultaneously in two cultural communities, each with its own framework of legal rights and responsibilities. As Kanentakeron he describes learning from his grandfather the spiritual practices of the People of the Longhouse, whose roots in North America go back perhaps 10,000 years. Yet the name Michael Mitchell announces that he is also part of modern Canada who watches television from time to time and went to high school in Cornwall. As much as anyone else in this country, he is a part of our collective sovereignty. He writes in Exhibit D-13, at p. 135:

If anyone thinks that Mohawks are anti-Canadian or American, then we kindly remind you that First Nations in North America, in ratio to other nationalities, sent more soldiers to the First and Second World Wars. Since we usually wound up on the front lines, many of our people didn't make it home.

132 The dual aspect reflected in the style of cause of the respondent's action also finds its parallel in the Court's treatment of the rights of aboriginal peoples. What is "integral to the aboriginal community's distinctive culture" (*Van der Peet*, at para. 55) is constitutionally protected. In *other* respects however, the respondent and other aboriginal people live and contribute as part of our national diversity. So too in the Court's definition of aboriginal rights. They find their source in an earlier age, but they have not been frozen in time. They are, as has been said, rights not relics. They are projected into modern Canada where they are exercised as group rights in the 21st century by modern Canadians who wish to preserve and protect their aboriginal identity.

133 In the earlier years of the century the federal government occasionally argued that Parliament's jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* ("Indians, and Lands reserved for the Indians") was plenary. Indians were said to be federal people whose lives were wholly subject to federal "regulation". This was rejected by the courts, which ruled that while an aboriginal person could be characterized as an Indian for some purposes

RON ». Il appartient simultanément à deux communautés culturelles, qui ont chacune leur propre système de droits et de responsabilités juridiques. En tant que Kanentakeron, il relate comment son grand-père lui a enseigné les pratiques spirituelles du Peuple de la cabane longue, dont les racines en Amérique du Nord remontent à 10 000 ans peut-être. Pourtant le nom Michael Mitchell indique qu'il appartient aussi au Canada moderne; à l'occasion il regarde la télévision et il est allé à l'école secondaire à Cornwall. Comme quiconque au pays il fait partie de notre souveraineté collective. Voici ce qu'il dit, pièce D-13, p. 135 :

[TRADUCTION] Si quelqu'un pense que les Mohawks sont anti-Canadiens ou anti-Américains, j'aimerais rappeler que les Premières nations en Amérique du Nord, proportionnellement à d'autres nationalités, ont envoyé plus de soldats aux Première et Seconde Guerres mondiales. Puisque nous nous retrouvons habituellement aux premières lignes du front, beaucoup parmi les nôtres ne sont pas revenus chez eux.

La dualité que révèle l'intitulé de l'action intentée par l'intimé fait parallèle à la façon dont la Cour traite les droits des autochtones. Ce qui est « partie intégrante de la culture distinctive de la société autochtone » (*Van der Peet*, par. 55) est protégé par la Constitution. À d'autres égards toutefois, l'intimé et d'autres autochtones font partie de notre diversité nationale et y contribuent. Cela est vrai aussi dans la définition donnée par notre Cour aux droits autochtones. Ils trouvent leur origine à une époque antérieure, mais ils n'ont pas été figés dans le temps. Comme on l'a dit, il s'agit de droits et non de reliques. Ils sont projetés dans un Canada moderne où ils sont exercés comme droits collectifs au 21^e siècle par des Canadiens modernes qui souhaitent préserver et protéger leur identité autochtone.

Au début du 20^e siècle, le gouvernement fédéral faisait occasionnellement valoir que la compétence du Parlement en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (« Les Indiens et les terres réservées aux Indiens ») était absolue. On disait que les Indiens étaient des « personnes fédérales » dont la vie était entièrement régie par la « réglementation » fédérale. Cette approche a été rejetée par les tribunaux, qui ont jugé que, bien

including language, culture and the exercise of traditional rights, he or she does not cease thereby to be a resident of a province or territory. For other purposes he or she must be recognized and treated as an ordinary member of Canadian society. In a decision handed down soon after the coming into force of the *Constitution Act, 1982*, *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, a tax case, Dickson J. (as he then was) wrote at p. 36, “Indians are citizens and, in affairs of life not governed by treaties or the *Indian Act*, they are subject to all of the responsibilities . . . of other Canadian citizens”. See also *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751, at p. 763, *per* Laskin C.J., and *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309, at p. 326, *per* Beetz J. In *Gladstone* (at para. 73) and again in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (at para. 165), Lamer C.J. repeats that “distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign” (emphasis added). The constitutional objective is reconciliation not mutual isolation.

The Royal Commission does not explain precisely how “shared sovereignty” is expected to work in practice, although it recognized as a critical issue how “60 to 80 historically based nations in Canada at present, comprising a thousand or so local Aboriginal communities” would “interact with the jurisdictions of the federal and provincial governments” in cases of operational conflict (final report, vol. 2, *supra*, at pp. 166 and 216). It also recognized the challenge aboriginal self-government poses to the orthodox view that constitutional powers in Canada are wholly and exhaustively distributed between the federal and provincial governments: see, e.g., *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (P.C.), at p. 581; P. W. Hogg and M. E. Turpel, “Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional Issues” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 187, at p. 192; this issue

qu’un autochtone puisse être caractérisé comme Indien à certaines fins, notamment la langue, la culture et l’exercice des droits traditionnels, il ne cesse pas pour autant d’être résident d’une province ou d’un territoire. Pour d’autres fins, il doit être reconnu et traité comme un membre ordinaire de la société canadienne. Peu après l’entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, une affaire fiscale, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrit, à la p. 36 : « Les Indiens possèdent la citoyenneté canadienne et, dans les affaires qui ne sont régies ni par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont les mêmes responsabilités [. . .] que les autres citoyens canadiens ». Voir aussi *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751, p. 763, le juge en chef Laskin, et *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309, p. 326, le juge Beetz. Dans *Gladstone* (au par. 73) et encore une fois dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (au par. 165), le juge en chef Lamer répète que « les sociétés autochtones distinctives existent au sein d’une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s’exerce la souveraineté de Sa Majesté » (je souligne). L’objectif constitutionnel est la conciliation et non pas l’isolement mutuel.

La Commission royale n’explique pas précisément comment la « souveraineté partagée » doit fonctionner en pratique, même si elle reconnaît qu’il est crucial de déterminer « quelles sont les interactions entre » les « 60 à 80 nations historiques au Canada, par comparaison à un millier de collectivités autochtones », et « [la compétence] des gouvernements fédéral et provinciaux » en cas de conflit opérationnel (rapport final, vol. 2, *op. cit.*, p. 185 et 239). Elle reconnaît également le défi que constitue l’autonomie gouvernementale des autochtones à l’égard du point de vue orthodoxe selon lequel toutes les compétences constitutionnelles au Canada sont réparties entre les gouvernements fédéral et provinciaux : voir, p. ex., *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571, p. 581; P. W. Hogg et M. E. Turpel, « Implementing Aboriginal Self-Government: Constitutional and Jurisdictional

is presently before the courts in British Columbia in *Campbell v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123. There are significant economic and funding issues. Some aboriginal people who live off reserves, particularly in urban areas, have serious concerns about how self-government would affect them, as discussed in part in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. With these difficulties in mind perhaps, the Royal Commission considered it to be “essential that any steps toward self-government be initiated by the aboriginal group in question and “respond to needs identified by its members” (*Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution* (1993), at p. 41). It rejected the “one size fits all” approach to First Nations’ self-governing institutions in favour of a negotiated treaty model. The objective, succinctly put, is to create sufficient “constitutional space for aboriginal peoples to be aboriginal”: D. Greschner, “Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice”, [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338, at p. 342. See also J. Borrows, “Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 15, at p. 34. The Royal Commission Final Report, vol. 2, states at p. 214 that:

Section 35 does not warrant a claim to unlimited governmental powers or to complete sovereignty, such as independent states are commonly thought to possess. As with the federal and provincial governments, Aboriginal governments operate within a sphere of sovereignty defined by the constitution. In short, the Aboriginal right of self-government in section 35(1) involves circumscribed rather than unlimited powers.

135

It is unnecessary, for present purposes, to come to any conclusion about these assertions. What is significant is that the Royal Commission itself sees aboriginal peoples as full participants with non-aboriginal peoples in a shared Canadian sover-

Issues » (1995), 74 *R. du B. can.* 187, p. 192; les tribunaux de Colombie-Britannique sont actuellement saisis de cette question dans *Campbell c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 122, 2000 BCSC 1123. Il y a d’importantes questions économiques et financières en jeu. Certains autochtones qui vivent à l’extérieur des réserves, en particulier dans les régions urbaines, ont de sérieuses inquiétudes quant aux incidences que l’autonomie gouvernementale aurait sur eux, comme on l’a analysé en partie dans l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. C’est peut-être en raison de ces difficultés que la Commission royale a estimé « essentiel que toute mesure visant à instaurer l’autonomie gouvernementale soit prise par le groupe autochtone intéressé et qu’elle réponde aux besoins déterminés par ses membres » (*Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l’autonomie gouvernementale et la Constitution* (1993), p. 42). Elle rejette l’approche « taille unique » à l’égard des institutions autonomes des Premières nations et lui préfère un modèle de négociation des traités. L’objectif, en bref, est de créer suffisamment de [TRADUCTION] « place dans la Constitution pour que les autochtones puissent être des autochtones » : D. Greschner, « Aboriginal Women, the Constitution and Criminal Justice », [1992] *U.B.C. L. Rev. (Sp. ed.)* 338, p. 342. Voir aussi J. Borrows, « Uncertain Citizens: Aboriginal Peoples and the Supreme Court » (2001), 80 *R. du B. can.* 15, p. 34. Dans son rapport final, vol. 2, la Commission royale affirme (à la p. 237) :

L’article 35 n’autorise pas à revendiquer les pouvoirs gouvernementaux illimités ou la souveraineté totale communément reconnus aux États indépendants. Tout comme les gouvernements fédéral et provinciaux, les gouvernements autochtones doivent agir au sein d’une sphère de souveraineté définie par la Constitution. En résumé, les pouvoirs correspondant au droit ancestral à l’autonomie gouvernementale visé au paragraphe 35(1) sont circonscrits et non illimités.

Il n’est pas nécessaire, pour les fins du pourvoi, de tirer des conclusions au sujet de ces affirmations. Ce qui importe c’est que la Commission royale elle-même considère les autochtones comme étant des participants à part entière, avec

eignty. Aboriginal peoples do not stand in opposition to, nor are they subjugated by, Canadian sovereignty. They are part of it.

With this background I return to the point that the respondent does not base his mobility rights in this test case as a Canadian citizen. His counsel acknowledges that s. 35(1) itself does not purport to create rights. It affirms only *existing* rights. The respondent's international trading and mobility right is put forward in his evidence as a right incidental to his status as a citizen of Haudenosaunee, with its capital at Onondaga, near Syracuse, New York State. He explained in his testimony:

Q. You made particular reference, Chief Mitchell, to going to Onondaga. What is the significance of Onondaga?

A. In the Iroquois world as we understand it Onondaga is the capital of the Confederacy, much like Ottawa is the capital of Canada, Washington is the capital of the United States, Onondaga is the capital of the Haudenosaunee, of the Six Nations.

. . . .

Q. Chief Mitchell, do you consider yourself a citizen of the Confederacy?

A. I am a citizen of the Haudenosaunee, the Iroquois Confederacy Each of the member nations of the Haudenosaunee if they wish to apply for a passport they go to Onondaga. The passport that we use to travel, we use our own Iroquois Confederacy passport.

The respondent's claim thus presents two defining elements. He asserts a trading and mobility right across the international boundary and he attaches this right to his current citizenship not of Canada but of the Haudenosaunee Confederacy with its capital in Onondaga, New York State.

8. The Legal Basis of the Respondent's Claim

The respondent initially asserted both a treaty right and an aboriginal right but the conceptual

les non autochtones, à une souveraineté canadienne partagée. Les autochtones ne s'opposent pas à la souveraineté canadienne, et ils ne lui sont pas asservis, ils en font partie.

Dans ce contexte, je reviens à l'argument selon lequel, dans cette affaire-test, l'intimé ne fonde pas sa liberté de circulation sur sa citoyenneté canadienne. Son avocat reconnaît que le par. 35(1) en soi n'est pas censé créer de droits. Il ne fait que réaffirmer des droits *existants*. Dans sa preuve, l'intimé présente son droit de commerce et de circulation internationaux comme un droit accessoire à son statut de citoyen de Haudenosaunee, dont la capitale est à Onondaga, près de Syracuse, New York. Il explique dans son témoignage :

[TRADUCTION]

Q. Vous avez parlé en particulier, chef Mitchell, d'un voyage à Onondaga. Que signifie Onondaga?

R. Dans le monde iroquois tel que nous le comprenons, Onondaga est la capitale de la Confédération; comme Ottawa est la capitale du Canada et Washington est la capitale des États-Unis, Onondaga est la capitale de Haudenosaunee, des Six-Nations.

. . . .

Q. Vous considérez-vous, chef Mitchell, comme un citoyen de la Confédération?

R. Je suis un citoyen de Haudenosaunee, de la Confédération iroquoise [. . .] Les membres des nations de la Confédération Haudenosaunee qui désirent présenter une demande de passeport se rendent à Onondaga. Nous utilisons notre propre passeport de la Confédération iroquoise pour voyager.

La revendication de l'intimé présente donc deux éléments distinctifs. Il revendique un droit de commerce et de circulation à travers la frontière internationale et il lie ce droit au fait qu'il est actuellement citoyen non pas du Canada, mais de la Confédération haudenosaunee dont la capitale est à Onondaga, dans l'État de New York.

8. Le fondement juridique de la revendication de l'intimé

L'intimé a d'abord fait valoir un droit issu d'un traité et un droit ancestral, mais la distinction con-

136

137

138

distinction between these two sources of entitlement is important. A treaty right is an affirmative promise by the Crown which will be interpreted generously and enforced in a way that upholds the honour of the Crown: *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

139 The trial court acknowledged that if duty-free provisions had been incorporated into a treaty with the Mohawks, the promise would be enforceable as a s. 35 treaty right. A treaty right is itself an expression of Crown sovereignty.

140 In the case of aboriginal rights, there is no historical event comparable to the treaty-making process in which the Crown negotiated the right or obligation sought to be enforced. The respondent's claim is rooted in practices which he says long preceded the Mohawks' first contact with Europeans in 1609.

141 I return to the comment of McLachlin J., dissenting in the result, in *Van der Peet*, *supra*, at para. 227 that "[t]he issue of what constitutes an aboriginal right must, in my view, be answered by looking at what the law has historically accepted as fundamental aboriginal rights". There was a presumption under British colonial law that the Crown intended to respect the pre-existing customs of the inhabitants that were not deemed to be unconscionable (e.g., Blackstone in *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book I, at p. 107, gave the example, now discredited, of "infidel" laws) or incompatible with the new sovereignty: *Campbell v. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.), at pp. 1047-48; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (B.C.C.A.), at paras. 1021-24. Professor B. Slatery formulated the traditional principle as follows:

When the Crown gained sovereignty over an American territory, colonial law dictated that the local customs of the native peoples would presumptively continue in

ceptuelle entre ces deux sources de droit est importante. Un droit issu d'un traité est une promesse affirmative de Sa Majesté, qui sera interprétée libéralement et mise en application d'une façon qui préserve l'honneur de Sa Majesté : *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

Le juge de première instance a reconnu que si des dispositions concernant la franchise de droits avaient été introduites dans un traité avec les Mohawks, la promesse serait exécutoire comme droit issu d'un traité au sens de l'art. 35. Un droit issu d'un traité est en soi une expression de la souveraineté de la Couronne.

Dans le cas de droits ancestraux, il n'y a aucun événement historique comparable au processus de conclusion des traités, où Sa Majesté a négocié le droit ou l'obligation qu'on cherche à faire respecter. La revendication de l'intimé est fondée sur des pratiques qui, selon lui, existent depuis bien avant le premier contact des Mohawks avec les Européens en 1609.

Je reviens au commentaire que faisait le juge McLachlin dissidente sur le résultat dans *Van der Peet*, précité, par. 227 : « Je suis d'avis que, pour répondre à la question de savoir ce qui constitue un droit ancestral, il convient d'examiner les droits qui ont historiquement été reconnus, en droit, comme étant des droits ancestraux fondamentaux. » Il était présumé, en droit colonial britannique, que Sa Majesté avait l'intention de respecter les coutumes préexistantes des habitants qui n'étaient pas contraires à la conscience (p. ex., Blackstone dans *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, p. 184, donnait l'exemple, maintenant discrédité, des lois « infidèles ») ou incompatibles avec la nouvelle souveraineté : *Campbell c. Hall* (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.), p. 1047-1048; *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.), par. 1021-1024. Le professeur B. Slatery énonce le principe traditionnel comme suit :

[TRADUCTION] Quand Sa Majesté avait acquis la souveraineté sur un territoire en Amérique, le droit colonial établissait une présomption selon laquelle les coutumes

force and be recognizable in the courts, except insofar as they were unconscionable or incompatible with the Crown's assertion of sovereignty. [Emphasis added.]

(“Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 738)

In a more recent paper published as “Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 196, Professor Slattery, at p. 201, largely reiterates his earlier proposition although he now substitutes the phrase “Crown suzerainty” for “Crown sovereignty”. The substitution signals a shift in emphasis from sovereignty over individuals to sovereignty over “autonomous” groups, which is perhaps related to arguments in support of aboriginal self-government.

Since *Calder, supra*, the courts have extended recognition beyond pre-existing “rights” to practices, customs or traditions integral to the aboriginal community’s distinctive culture (*Van der Peet, supra*, at para. 53). The aboriginal rights question, as McLachlin J. put it, dissenting in the result, in *Van der Peet*, at para. 248, is traditionally “what laws and customs held sway before superimposition of European laws and customs [?]”

Reference has already been made to the fact that one of several sources of the concept of aboriginal rights, now significantly modified by the more generous principles of constitutional interpretation, is traditional British colonial law. Many of the cases decided by the Judicial Committee of the Privy Council were concerned with rights of property created under a former regime. In *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399, at p. 407, it was confirmed that “A mere change in sovereignty is not to be presumed as meant to disturb rights of private owners” (emphasis added). More recently, Lord Denning, speaking for the Privy Council in *Oyekan v. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, at p. 788, said: “In inquiring . . . what rights are recognised, there is one guiding

locales des peuples autochtones continuaient d’être applicables et pouvaient être reconnues par les tribunaux, sauf dans la mesure où elles étaient déraisonnables ou incompatibles avec l’affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté. [Je souligne.]

(« Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 738)

Dans un article plus récent intitulé « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights » (2000), 79 *R. du B. can.* 196, le professeur Slattery reprend en grande partie cette proposition à la p. 201, mais remplace l’expression « souveraineté de la Couronne » par « suzeraineté de la Couronne ». Ce changement signale une insistance accrue sur la souveraineté sur des groupes « autonomes » plutôt que la souveraineté sur des individus, ce qui est peut-être lié aux arguments en faveur de l’autonomie gouvernementale des autochtones.

Depuis l’arrêt *Calder*, précité, les tribunaux ont élargi la reconnaissance, au-delà des « droits » préexistants, aux pratiques, coutumes et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive de la communauté autochtone (*Van der Peet*, précité, par. 53). Comme le disait le juge McLachlin, dissidente sur le résultat, dans *Van der Peet*, par. 248, la question des droits ancestraux est traditionnellement celle « [d]es lois et coutumes qui avaient cours avant qu’on leur surimpose les lois et coutumes européennes ».

On a déjà mentionné qu’une des diverses sources de la notion de droits ancestraux, maintenant modifiée considérablement par les principes plus généreux de l’interprétation constitutionnelle, est le droit colonial britannique traditionnel. De nombreuses décisions du Comité judiciaire du Conseil privé se rapportaient à des droits de propriété nés dans le cadre d’un régime antérieur. L’arrêt *Amodu Tijani c. Southern Nigeria (Secretary)*, [1921] 2 A.C. 399, p. 407, confirme que : [TRADUCTION] « On ne doit pas présumer qu’un simple changement de la souveraineté vise à modifier les droits de propriété privée » (je souligne). Plus récemment, Lord Denning, au nom du Conseil privé dans *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785, p. 788, dit : [TRADUCTION] « En se demandant

142

143

144

principle. It is this: The courts will assume that the British Crown intends that the rights of property of the inhabitants are to be fully respected” (emphasis added). As with the modern law of aboriginal rights, the law of sovereign succession was intended to reconcile the interests of the local inhabitants across the empire to a change in sovereignty.

145 The concept of a *presumption* was endorsed by Hall J. in *Calder*, *supra*, at p. 402:

The appellants rely on the presumption that the British Crown intended to respect native rights; therefore, when the Nishga people came under British sovereignty . . . they were entitled to assert, as a legal right, their Indian title. [Emphasis added.]

146 It was subsequently affirmed that aboriginal rights could exist independently of “aboriginal title” (*Van der Peet*, *supra*, at para. 74; *Adams*, *supra*, at para. 26). Further, in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, Dickson J. emphasized the “legal” character of the resulting aboriginal right: “[i]n *Calder* . . . this Court recognized aboriginal title as a legal right derived from the Indians’ historic occupation and possession of their tribal lands” (p. 376 (emphasis added)), and then went on to state the proposition that the Indians were “the rightful occupants of the soil, with a legal as well as just claim to retain possession of it, and to use it according to their own discretion” (p. 378 (emphasis added; emphasis in original deleted)).

147 The High Court of Australia has reached a similar conclusion with respect to the legal regime governing Australian aboriginal people: *Mabo v. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, *per* Brennan J., for the majority, at pp. 55-57, and Toohey J., at p. 184. See also *Wik Peoples v. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1.

148 I am far from suggesting that the key to s. 35(1) reconciliation is to be found in the legal archives of the British Empire. The root of the respondent’s

[. . .] quels droits sont reconnus, il existe un principe directeur. Ce principe est le suivant : Les tribunaux présumeront que la Couronne britannique veut que l’on respecte intégralement les droits de propriété des habitants » (je souligne). Comme le droit moderne sur les droits ancestraux, le droit relatif à la succession de pouvoirs souverains visait à concilier les intérêts des habitants des régions de l’empire au changement de souveraineté.

Le juge Hall, dans *Calder*, précité, p. 402, appuie l’idée d’une *présomption* :

Les appelants se fondent sur la présomption que la Couronne britannique a voulu respecter les droits aborigènes; par conséquent, lorsque le peuple nishga a été soumis à la souveraineté britannique [. . .], il avait le droit de faire valoir son titre indien, comme droit juridique. [Je souligne.]

On a par la suite affirmé que des droits ancestraux pouvaient exister indépendamment de l’existence d’un « titre aborigène » (*Van der Peet*, précité, par. 74; *Adams*, précité, par. 26). En outre, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, met l’accent sur le fait que le droit ancestral en résultant est « issu de la common law » : « [Dans *Calder*], cette Cour a reconnu le titre aborigène comme un droit, en common law, découlant de l’occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales » (p. 376 (je souligne)), et formule ensuite la proposition selon laquelle les Indiens étaient « les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré » (p. 378 (je souligne; soulignement dans l’original omis)).

La Haute Cour d’Australie a tiré une conclusion semblable en ce qui concerne le régime juridique régissant les Autochtones d’Australie : *Mabo c. Queensland* (1992), 175 C.L.R. 1, le juge Brennan au nom de la majorité, p. 55-57, et le juge Toohey, p. 184. Voir aussi *Wik Peoples c. Queensland* (1996), 187 C.L.R. 1.

Je ne suggère aucunement que la clé de la réconciliation recherchée par le par. 35(1) se trouve dans les archives juridiques de l’Empire britannique. Le

argument nevertheless is that the Mohawks of Akwesasne acquired under the legal regimes of 18th century North America, a positive legal right as a group to continue to come and go across any subsequent international border dividing their traditional homelands with whatever goods they wished, just as they had in pre-contact times. In other words, Mohawk autonomy in this respect was continued but not as a mere custom or practice. It emerged in the new European-based constitutional order as a *legal trading and mobility right*. By s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, it became a constitutionally protected right. That is the respondent's argument.

9. The Limitation of "Sovereign Incompatibility"

Care must be taken not to carry forward doctrines of British colonial law into the interpretation of s. 35(1) without careful reflection. In *R. v. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (Sask. C.A.), and *R. v. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), for example, it was held by two provincial courts of appeal that s. 35(1) "recognized and affirmed" (and thus set in constitutional concrete) the traditional frailties of common law aboriginal rights, including their vulnerability to unilateral extinguishment by governments. This was rejected in *Sparrow, supra*, where the Court construed s. 35(1) as affirming the promise of a new commitment by Canadians to resolve some of the ancient grievances that have exacerbated relations between aboriginal and non-aboriginal communities.

Yet the language of s. 35(1) cannot be construed as a wholesale repudiation of the common law. The subject matter of the constitutional provision is "existing" aboriginal and treaty rights and they are said to be "recognized and affirmed" not wholly cut loose from either their legal or historical origins. One of the defining characteristics of sovereign succession and therefore a limitation on the scope of aboriginal rights, as already discussed, was the notion of incompatibility with the new

point de départ de l'argumentation de l'intimé est néanmoins que les Mohawks d'Akwesasne ont acquis sous les régimes juridiques du 18^e siècle en Amérique du Nord un droit collectif reconnu par la loi de continuer de passer et de repasser toute frontière internationale ultérieure qui traverserait leurs terres traditionnelles, avec les marchandises qu'ils voudraient, comme avant le contact avec les Européens. Autrement dit, l'autonomie mohawk à cet égard s'est poursuivie, mais pas comme simple coutume ou pratique. Elle est apparue dans le nouvel ordre constitutionnel européen en tant que *droit en common law* de commerce et de circulation. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* en a fait un droit constitutionnellement protégé. Tel est l'argument de l'intimé.

9. La restriction relative à « l'incompatibilité de souveraineté »

Il faut se garder d'introduire des principes de droit colonial britannique dans l'interprétation du par. 35(1) sans mûre réflexion. À titre d'exemple, dans *R. c. Eninew* (1984), 12 C.C.C. (3d) 365 (C.A. Sask.), et *R. c. Hare* (1985), 20 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), deux cours d'appel provinciales ont conclu que le par. 35(1) a [TRADUCTION] « reconnu et confirmé » (et donc solidement constitutionnalisés) les lacunes traditionnelles des droits ancestraux en common law, y compris leur vulnérabilité à l'extinction par décision unilatérale des gouvernements. Ce point de vue a été écarté dans l'arrêt *Sparrow*, précité, où la Cour a interprété le par. 35(1) comme exprimant la promesse d'un nouvel engagement de la part des Canadiens de résoudre certains des anciens différends qui ont exacerbé les relations entre les autochtones et les non autochtones.

Toutefois, le libellé du par. 35(1) ne peut être interprété comme une répudiation globale de la common law. Cette disposition constitutionnelle vise les droits « existants » ancestraux ou issus de traités et dit qu'ils sont « reconnus et confirmés », non pas qu'ils sont détachés complètement de leurs origines juridiques et historiques. Comme nous l'avons vu, la notion d'incompatibilité avec la nouvelle souveraineté était l'une des caractéristiques déterminantes de la succession de pouvoirs souve-

149

150

sovereignty. Such incompatibility seems to have been accepted, for example, as a limitation on the powers of aboriginal self-government in the 1993 working report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Partners in Confederation: Aboriginal Peoples, Self-Government and the Constitution*, *supra*, at p. 23:

... Aboriginal nations did not lose their inherent rights when they entered into a confederal relationship with the Crown. Rather, they retained their ancient constitutions so far as these were not inconsistent with the new relationship. [Emphasis added.]

151 Prior to *Calder*, *supra*, “sovereign incompatibility” was given excessive scope. The assertion of sovereign authority was confused with doctrines of feudal title to deny aboriginal peoples any interest at all in their traditional lands or even in activities related to the use of those lands. To acknowledge that the doctrine of sovereign incompatibility was sometimes given excessive scope in the past is not to deny that it has any scope at all, but it is a doctrine that must be applied with caution.

152 I take an illustration from the evidence in this case. The trial judge showed that pre-contact the Mohawks, as a military force, moved under their own command through what is now parts of southern Ontario and southern Quebec. The evidence, taken as a whole, suggests that military values were “a defining feature of the Mohawk [or Iroquois] culture”, to use my colleague’s expression at para. 54. Indeed, the Mohawk warrior tradition has its adherents to this day. As previously noted, the trial judge at p. 35 thought the Mohawks’ military activities in the St. Lawrence River Valley probably got in the way of their trading activities:

rains et constituait par le fait même une restriction quant à la portée des droits ancestraux. Dans son rapport de travail de 1993, *Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l’autonomie gouvernementale et la Constitution*, *op. cit.*, p. 23, la Commission royale sur les peuples autochtones semble avoir accepté une telle incompatibilité, par exemple, en tant que restriction aux pouvoirs d’un gouvernement autonome autochtone :

... les peuples autochtones n’ont pas perdu leurs droits inhérents en nouant des rapports d’ordre confédéral avec la Couronne. Au contraire, ils ont conservé leurs anciennes constitutions dans la mesure où celles-ci n’allaient pas à l’encontre de ces nouveaux rapports. [Je souligne.]

Avant l’arrêt *Calder*, précité, on accordait une portée excessive à l’« incompatibilité avec la souveraineté ». L’affirmation du pouvoir souverain était confondue avec les théories du titre féodal de façon à priver les autochtones de tout droit sur leurs terres traditionnelles ou même sur les activités liées à l’utilisation de ces terres. Reconnaître qu’on a parfois accordé une portée excessive au principe de l’incompatibilité de souveraineté dans le passé n’équivaut pas à affirmer qu’il n’a aucune portée mais plutôt qu’il faut appliquer ce principe avec prudence.

Je prends un exemple dans la preuve en l’espèce. Le juge de première instance a montré qu’avant le contact avec les Européens, les Mohawks, en tant que force militaire, ont parcouru sous leur propre commandement des parties du sud de l’Ontario et du Québec actuels. La preuve, considérée dans son ensemble, indique que les valeurs militaires étaient « une caractéristique déterminante de la culture mohawk [ou iroquoise] », pour reprendre les termes de ma collègue au par. 54. Bien sûr, la tradition guerrière des Mohawks a encore ses partisans aujourd’hui. Comme on le dit plus haut, le juge de première instance au par. 135 pensait que les activités militaires des Mohawks dans la vallée du Saint-Laurent faisaient vraisemblablement obstacle à leurs activités commerciales :

[I]t is difficult to see how an army would engage in trade with their enemies while in pursuit of them.

However, important as they may have been to the Mohawk identity as a people, it could not be said, in my view, that pre-contact warrior activities gave rise under successor regimes to a *legal right* under s. 35(1) to engage in military adventures on Canadian territory. Canadian sovereign authority has, as one of its inherent characteristics, a monopoly on the *lawful* use of military force within its territory. I do not accept that the Mohawks *could* acquire under s. 35(1) a legal right to deploy a military force in what is now Canada, as and when they choose to do so, even if the warrior tradition was to be considered a defining feature of pre-contact Mohawk society. Section 35(1) should not be interpreted to throw on the Crown the burden of demonstrating subsequent extinguishment by “clear and plain” measures (*Gladstone, supra*, at para. 31) of a “right” to organize a private army, or a requirement to justify such a limitation after 1982 under the *Sparrow* standard. This example, remote as it is from the particular claim advanced in this case, usefully illustrates the principled limitation flowing from sovereign incompatibility in the s. 35(1) analysis.

In my opinion, sovereign incompatibility continues to be an element in the s. 35(1) analysis, albeit a limitation that will be sparingly applied. For the most part, the protection of practices, traditions and customs that are distinctive to aboriginal cultures in Canada does not raise legitimate sovereignty issues at the definitional stage.

10. The Alleged Incompatibility Between the Aboriginal Right Disclosed by the Evidence and Canadian Sovereignty

I proceed to the next step keeping in mind that the respondent’s claim must respond not only to the historical requirements that have traditionally preoccupied aboriginal law but also to the recon-

[I] est plus difficile de concevoir qu’une armée commerce avec ses ennemis tout en les pourchassant.

Toutefois, si importantes qu’elles aient été pour l’identité du peuple mohawk, on ne pourrait pas dire, à mon avis, que les activités guerrières antérieures au contact avec les Européens ont donné naissance sous les régimes successeurs à un *droit* en vertu du par. 35(1) de se livrer à des opérations militaires sur le territoire canadien. L’une des caractéristiques inhérentes du pouvoir souverain canadien est le monopole de l’utilisation *licite* de la force militaire sur son territoire. Je ne peux admettre que les Mohawks *pourraient* acquérir en vertu du par. 35(1) un droit de déployer à leur gré une force militaire sur ce qui est maintenant le territoire canadien, même si la tradition guerrière devait être considérée comme étant une caractéristique distinctive de la société mohawk avant le contact avec les Européens. Le paragraphe 35(1) ne devrait pas être interprété de façon à imposer à la Couronne le fardeau d’établir l’extinction subséquente par des mesures « claire[s] et expresse[s] » (*Gladstone, précité*, par. 31) d’un « droit » d’organiser une armée privée, ou à lui imposer de justifier une telle restriction après 1982 en vertu du critère rigoureux de l’arrêt *Sparrow*. Cet exemple, si éloigné soit-il de la revendication en l’espèce, illustre de façon utile la restriction fondée sur des principes découlant de l’incompatibilité avec la souveraineté dans l’analyse relative au par. 35(1).

À mon avis, l’incompatibilité avec la souveraineté continue d’être un élément de l’analyse du par. 35(1), bien qu’il s’agisse d’une restriction à appliquer avec modération. Dans la plupart des cas, la protection de pratiques, traditions et coutumes distinctives de cultures autochtones au Canada ne suscite pas de réelles questions de souveraineté à l’étape de leur définition.

10. L’allégation d’incompatibilité entre le droit ancestral que révèle la preuve et la souveraineté canadienne

Je passe à la prochaine étape en gardant à l’esprit le fait que la revendication de l’intimé doit satisfaire non seulement aux exigences historiques sur lesquelles s’est traditionnellement axé le droit

153

154

155

ciliation objective that lies at the heart of the purposive interpretation of s. 35(1).

autochtone mais aussi à l'objectif de conciliation qui se situe au cœur de l'interprétation téléologique du par. 35(1).

156 The assertion of British sovereignty to the Akwesasne area was certainly no later than the Treaty of Paris of 1763. Boundaries at that time were considered to be of high importance:

L'affirmation de la souveraineté britannique sur la région d'Akwesasne n'est certainement pas postérieure à la conclusion du Traité de Paris de 1763. À cette époque, les frontières étaient considérées être très importantes :

The Treaty of Paris produced the greatest rearrangement of boundaries in North America that had hitherto occurred. It is for this reason that the war that immediately preceded it is sometimes called the "War of the Boundary Lines".

[TRADUCTION] Le Traité de Paris a entraîné ce qui était jusqu'alors le plus grand réaménagement de frontières en Amérique du Nord. C'est pour cette raison que la guerre qui eu lieu juste avant sa conclusion est parfois appelée la « guerre des frontières ».

(N. L. Nicholson, *The Boundaries of the Canadian Confederation* (1979), at p. 19)

(N. L. Nicholson, *The Boundaries of the Canadian Confederation* (1979), p. 19)

157 Prior to the American Revolution, as evidenced by the geographic scope of the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), the claim of British sovereignty continued south to Florida and westwards beyond the Great Lakes (*Calder, supra*, at pp. 322-23). Movement from the Mohawk Valley to Akwesasne lay wholly within the British claim and did not cross an international boundary. The present international boundary, as earlier mentioned, was not settled until after the American Revolution under the subsequent Treaty of Paris of 1783.

Avant la Guerre d'indépendance, comme le prouve la portée géographique de la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, App. II, n° 1), la prétention britannique à la souveraineté s'étendait au sud en Floride et à l'ouest au-delà des Grands-Lacs (*Calder, précité*, p. 322-323). Les déplacements de la vallée des Mohawks à Akwesasne relevaient entièrement de la prétention britannique à la souveraineté et ne traversaient pas de frontière internationale. La présente frontière internationale, comme nous le disons plus haut, n'a été établie qu'après la Guerre d'indépendance en vertu du Traité de Paris de 1783.

158 The question is whether the asserted legal right to the autonomous exercise of international trade and mobility was compatible with the new European (now Canadian) sovereignty and the reciprocal loss (or impairment) of Mohawk sovereignty.

Il faut se demander si la revendication de l'exercice autonome d'un droit de commerce et de circulation internationaux était compatible avec la nouvelle souveraineté européenne (maintenant canadienne) et la perte (ou diminution) correspondante de la souveraineté mohawk.

159 In the resolution of this legal issue, as stated, we are addressing *legal* incompatibility as opposed to *factual* incompatibility. The latter emerged more slowly as assertions of sovereignty gave way to colonisation and progressive occupation of land. From the outset, however, frontiers were a fundamental expression or demarcation of sovereignty amongst First Nations as well as in the European conception (Nicholson, *supra*, at pp. 8-9), and indeed amongst and between Britain's North

Dans la résolution de cette question juridique, comme nous l'avons vu, nous traitons d'une incompatibilité *juridique* par opposition à une incompatibilité *factuelle*. Cette dernière a fait son apparition plus lentement alors que les affirmations de souveraineté cédaient la place à la colonisation et à l'occupation progressive du territoire. Dès le départ, toutefois, les frontières étaient une expression ou une délimitation fondamentale de la souveraineté parmi les Premières nations ainsi que pour

American colonies (J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (4th ed. 1873), vol. II, at pp. 463-64). Akwesasne is the point at which, since 1783, British (and later Canadian) sovereignty came face to face with the sovereignty of the United States.

Control over the mobility of persons and goods into one country is, and always has been, a fundamental attribute of sovereignty.

It is commonly accepted that sovereign states have the right to control both who and what enters their boundaries. For the general welfare of the nation the state is expected to perform this role. [Emphasis added.]

(*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 528, *per* Dickson C.J.)

See also *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at paras. 15 and 18, *per* Gonthier J.; *Almeida-Sanchez v. United States*, 413 U.S. 266 (1973), at p. 279; and *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977). In other words, not only does authority over the border exist as an incident of sovereignty, the state is expected to exercise it in the public interest. The duty cannot be abdicated to the vagaries of an earlier regime whose sovereignty has been eclipsed (*Cain, supra*, at pp. 545-46).

The legal situation is further complicated by the fact, previously mentioned, that the respondent attributes his international trading and mobility right not to his status as a Canadian citizen but as a citizen of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy) based at Onondaga, New York. Border conditions in the modern era are vastly different from those in the 18th century. Nevertheless, as stated, borders existed among nations, including First Nations. They were expressions of sovereign autonomy and then, as now, compelled observance.

The courts of the United States, being in this case the country of export, also view border controls as incidental to territorial sovereignty. In

les Européens (Nicholson, *op. cit.*, p. 8-9), et, bien sûr, parmi les colonies nord-américaines britanniques (J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (4^e éd. 1873), vol. II, p. 463-464). Akwesasne est l'endroit où, depuis 1783, la souveraineté britannique (et plus tard canadienne) a fait face à la souveraineté des États-Unis.

Le contrôle de l'entrée de personnes et de marchandises dans un pays est et a toujours été un attribut fondamental de la souveraineté.

Il est communément reconnu que les États souverains ont le droit de contrôler à la fois les personnes et les effets qui entrent dans leur territoire. On s'attend à ce que l'État joue ce rôle pour le bien-être général de la nation. [Je souligne.]

(*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 528, le juge en chef Dickson)

Voir aussi *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 15-18, le juge Gonthier; *Almeida-Sanchez c. United States*, 413 U.S. 266 (1973), p. 279; et *United States c. Ramsey*, 431 U.S. 606 (1977). Autrement dit, non seulement ce pouvoir frontalier existe en tant que pouvoir accessoire de la souveraineté, mais on s'attend à ce que l'État l'exerce dans l'intérêt public. L'obligation ne peut être soumise aux caprices d'un régime antérieur dont la souveraineté a été éclipsée (*Cain*, précité, p. 545-546).

La situation juridique est davantage compliquée par le fait, mentionné précédemment, que l'intimé attribue son droit de commerce et de circulation internationaux non pas à son statut de citoyen canadien mais à sa qualité de citoyen de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) situé à Onondaga, New York. L'état des frontières à l'époque contemporaine est très différent de ce qui existait au 18^e siècle. Néanmoins, on l'a dit, il existait des frontières entre les nations, y compris les Premières nations. Ces frontières étaient des expressions d'autonomie souveraine et devaient alors, comme aujourd'hui, être respectées.

Les tribunaux des États-Unis, qui sont en l'es-
pèce le pays d'exportation, considèrent aussi les
contrôles frontaliers comme un pouvoir accessoire

160

161

162

Chae Chan Ping v. United States, 130 U.S. 581 (1889), it was said by Field J., for the United States Supreme Court, at pp. 603-4:

Jurisdiction over its own territory to that extent is an incident of every independent nation. It is a part of its independence. If it could not exclude aliens it would be to that extent subject to the control of another power.

In *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), at p. 659, the United States Supreme Court stated:

It is an accepted maxim of international law, that every sovereign nation has the power, as inherent in sovereignty, and essential to self-preservation, to forbid the entrance of foreigners within its dominions, or to admit them only in such cases and upon such conditions as it may see fit to prescribe.

To the same effect is the holding of Gray J., for the court, in *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893), at p. 707.

163

Similar views were expressed by scholars writing before the Canada-United States border was ever established. E. de Vattel, whose treatise *The Law of Nations* was first published in 1758, said this:

The sovereign may forbid the entrance of his territory either to foreigners in general, or in particular cases, or to certain persons, or for certain particular purposes, according as he may think it advantageous to the state. There is nothing in all this that does not flow from the rights of domain and sovereignty : every one is obliged to pay respect to the prohibition ; and whoever dares to violate it, incurs the penalty decreed to render it effectual.

(*The Law of Nations* (Chitty ed. 1834), Book II, at pp. 169-70)

To the same effect is Blackstone, *supra*, at p. 259:

Upon exactly the same reason stands the prerogative of granting safe-conducts, without which by the law of nations no member of one society has a right to intrude into another.

In my view, therefore, the international trading/mobility right claimed by the respondent as a

de la souveraineté territoriale. Dans *Chae Chan Ping c. United States*, 130 U.S. 581 (1889), p. 603-604, le juge Field de la Cour suprême des États-Unis a déclaré :

[TRADUCTION] Une pareille compétence à l'égard de son territoire est l'apanage de toute nation indépendante. Cela fait partie de son indépendance. Si elle ne permettait pas d'exclure des étrangers, elle serait soumise dans cette mesure au contrôle d'une autre puissance.

Dans *Ekiu c. United States*, 142 U.S. 651 (1892), p. 659, la Cour suprême des États-Unis déclare :

[TRADUCTION] C'est une maxime de droit international que toute nation souveraine a le pouvoir, inhérent à sa souveraineté, et essentiel à sa propre protection, d'interdire l'entrée des étrangers sur son territoire ou de ne les admettre que dans les cas ou dans les conditions qu'elle juge bon de prescrire.

La conclusion du juge Gray au nom de la Cour dans *Fong Yue Ting c. United States*, 149 U.S. 698 (1893), p. 707, va dans le même sens.

Certains auteurs ont exprimé des opinions semblables avant l'établissement de la frontière entre le Canada et les États-Unis. E. de Vattel, dont le traité *Le Droit des gens* a été publié pour la première fois en 1758, dit ce qui suit :

Le souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certains cas, ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'État. Il n'y a rien là qui ne découle des droits de domaine et d'empire; tout le monde est obligé de respecter la défense, et celui qui ose la violer encourt la peine décernée pour la rendre efficace.

(*Le Droit des gens* (nouv. éd. 1830), t. 1, p. 338)

Blackstone, *op. cit.*, va dans le même sens (à la p. 474) :

[TRADUCTION] C'est encore exactement sur les mêmes raisons que se fonde la prérogative d'accorder des sauf-conduits sans lesquels, d'après les lois des nations, un membre d'une société n'a pas le droit de s'introduire dans une autre société.

À mon avis, le droit de commerce et de circulation internationaux revendiqué par l'intimé en tant que

citizen of the Haudenosaunee (Iroquois) Confederacy is incompatible with the historical attributes of Canadian sovereignty.

The question that then arises is whether this conclusion is at odds with the purpose of s. 35(1), i.e. the reconciliation of the interests of aboriginal peoples with Crown sovereignty? In addressing this question it must be remembered that aboriginal people are themselves part of Canadian sovereignty as discussed above. I agree with Borrows, *supra*, at p. 40, that accommodation of aboriginal rights should *not* be seen as “a zero-sum relationship between minority rights and citizenship; as if every gain in the direction of accommodating diversity comes at the expense of promoting citizenship” (quoting W. Kymlicka and W. Norman, eds., *Citizenship in Diverse Societies* (2000), at p. 39). On the other hand, the reverse is also true. Affirmation of the sovereign interest of Canadians as a whole, including aboriginal peoples, should not necessarily be seen as a loss of sufficient “constitutional space for aboriginal peoples to be aboriginal” (Greschner, *supra*, at p. 342). A finding of distinctiveness is a judgment that to fulfill the purpose of s. 35, a measure of constitutional space is required to accommodate particular activities (traditions, customs or practices) rooted in the aboriginal peoples’ prior occupation of the land. In this case, a finding against “distinctiveness” is a conclusion that the respondent’s claim does not relate to a “defining feature” that makes Mohawk “culture what it is” (*Van der Peet*, at paras. 59 and 71 (emphasis in original deleted)); it is a conclusion that to extend constitutional protection to the respondent’s claim finds no support in the pre-1982 jurisprudence and would overshoot the purpose of s. 35(1). In terms of sovereign incompatibility, it is a conclusion that the respondent’s claim relates to national interests that all of us have in common rather than to distinctive interests that for some purposes differentiate an aboriginal community. In my view, reconciliation of these interests

citoyen de Haudenosaunee (Confédération iroquoise) est donc incompatible avec les attributs historiques de la souveraineté canadienne.

La question se pose alors de savoir si cette conclusion est contraire à l’objectif du par. 35(1), la conciliation entre les intérêts des peuples autochtones et la souveraineté de la Couronne? Pour répondre, il faut se souvenir que les peuples autochtones font eux-mêmes partie de la souveraineté, comme nous l’avons vu plus haut. Je suis d’accord avec Borrows, *loc. cit.*, p. 40, pour dire que les accommodements requis pour les droits autochtones *ne* devraient *pas* être considérés comme [TRADUCTION] « un rapport à somme nulle entre droits de minorités et droits de citoyenneté; comme si tous les progrès accomplis vers le respect de la diversité se faisaient au détriment de l’essor de la citoyenneté » (citant W. Kymlicka et W. Norman, dir., *Citizenship in Diverse Societies* (2000), p. 39). Mais l’inverse est tout aussi vrai. L’affirmation du droit souverain de l’ensemble des Canadiens, y compris les autochtones, ne devrait pas être considérée nécessairement comme la perte [TRADUCTION] « de la place [suffisante] dans la Constitution pour que les autochtones puissent être des autochtones » (Greschner, *loc. cit.*, p. 342). Conclure à l’existence d’un caractère « distinctif » c’est juger que, pour atteindre l’objectif de l’art. 35, il faut un certain espace constitutionnel pour permettre des activités données (traditions, coutumes ou pratiques) enracinées dans le fait de l’occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones. En l’espèce, conclure à l’absence de caractère « distinctif » c’est juger que la revendication de l’intimé n’est pas liée à une « caractéristique déterminante » qui fait de la culture Mohawk « ce qu’elle est » (*Van der Peet*, par. 59 et 71 (soulignement omis)); c’est conclure que l’élargissement de la protection constitutionnelle à cette revendication de l’intimé n’est aucunement appuyé dans la jurisprudence ou doctrine antérieure à 1982 et irait plus loin que le but visé par le par. 35(1). Pour ce qui est de l’incompatibilité avec la souveraineté, c’est conclure que la revendication de l’intimé vise des intérêts nationaux que nous avons tous en commun plutôt que des intérêts distinctifs qui, à certaines fins, différencient une communauté

in this particular case favours an affirmation of our collective sovereignty.

11. Implications for Internal Aboriginal Self-Government

165 In reaching that conclusion, however, I do not wish to be taken as either foreclosing or endorsing any position on the compatibility or incompatibility of *internal* self-governing institutions of First Nations with Crown sovereignty, either past or present. I point out in this connection that the sovereign incompatibility principle has not prevented the United States (albeit with its very different constitutional framework) from continuing to recognize forms of *internal* aboriginal self-government which it considers to be expressions of residual aboriginal sovereignty. The concept of a “domestic dependent nation” was introduced by Marshall C.J. in *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), at p. 17, as follows:

... it may well be doubted whether those tribes which reside within the acknowledged boundaries of the United States can, with strict accuracy, be denominated foreign nations. They may, more correctly, perhaps, be denominated domestic dependent nations.

166 More recently, in *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), the United States Supreme Court, *per* Stewart J., described the applicable U.S. doctrine at pp. 322, 323 and 326:

The powers of Indian tribes are, in general, “*inherent powers of a limited sovereignty which has never been extinguished.*” . . .

Indian tribes are, of course, no longer “possessed of the full attributes of sovereignty.” *United States v. Kagama*, *supra*, at 381. Their incorporation within the territory of the United States, and their acceptance of its protection, necessarily divested them of some aspects of the sovereignty which they had previously exercised. By specific treaty provision they yielded up other sovereign powers; by statute, in the exercise of its plenary control, Congress has removed still others.

. . . .

autochtone. À mon avis, la conciliation de ces intérêts dans la présente affaire favorise l’affirmation de notre souveraineté collective.

11. Les incidences sur l’autonomie gouvernementale interne des autochtones

Cette conclusion, toutefois, ne signifie aucune-ment que j’écarte ou appuie un point de vue quelconque quant à la compatibilité ou l’incompatibilité d’institutions autonomes *internes* des Premières nations avec la souveraineté de la Couronne, dans le passé ou dans le présent. Je souligne à cet égard que le principe de l’incompatibilité avec la souveraineté n’a pas empêché les États-Unis (malgré leur cadre constitutionnel très différent) de continuer de reconnaître certaines formes d’autonomie gouvernementale *interne* des autochtones qui, à leur avis, sont des expressions de la souveraineté autochtone résiduelle. La notion de « nation interne dépendante » a été introduite par le juge en chef Marshall dans *Cherokee Nation c. Georgia*, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), p. 17 :

[TRADUCTION] . . . on peut fort bien douter que ces tribus qui vivent dans les limites reconnues du territoire des États-Unis puissent de façon strictement exacte être désignées de nations étrangères. Elles peuvent peut-être plus correctement être désignées de nations internes dépendantes.

Plus récemment, dans *United States c. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), p. 322-323 et 326, le juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis décrit la théorie américaine applicable :

[TRADUCTION] Les pouvoirs des tribus indiennes sont en général des « *pouvoirs inhérents à une souveraineté limitée qui n’a jamais été éteinte.* » . . .

Bien entendu, les tribus indiennes « ne possèdent plus tous les attributs de la souveraineté. » *United States c. Kagama*, précité, p. 381. Leur intégration dans le territoire des États-Unis et l’acceptation de leur protection les a forcément privées de certains aspects de la souveraineté qu’elles exerçaient auparavant. Par disposition expresse de traités, elles ont cédé d’autres pouvoirs souverains; par loi, dans l’exercice de ses pleins pouvoirs, le Congrès leur a encore retiré d’autres pouvoirs.

. . . .

In sum, Indian tribes still possess those aspects of sovereignty not withdrawn by treaty or statute, or by implication as a necessary result of their dependent status.

. . .

The areas in which such implicit divestiture of sovereignty has been held to have occurred are those involving the relations between an Indian tribe and nonmembers of the tribe. Thus, Indian tribes can no longer freely alienate to non-Indians the land they occupy. . . . They cannot enter into direct commercial or governmental relations with foreign nations. . . . And, as we have recently held, they cannot try nonmembers in tribal courts.

. . .

These limitations rest on the fact that the dependent status of Indian tribes within our territorial jurisdiction is necessarily inconsistent with their freedom independently to determine their external relations. [Underlining added.]

The U.S. doctrine of domestic dependent nation differs in material respects from the proposals of our Royal Commission on Aboriginal Peoples. The concepts of merged sovereignty and shared sovereignty, which are said to be essential to the achievement of reconciliation as well as to the maintenance of diversity, are not reflected in the American jurisprudence. Under U.S. law the powers of a tribal government (whatever its theoretical sovereignty) can be overridden by an ordinary law of Congress. Further, there is nothing that I am aware of in the U.S. doctrine that extends the concept of self-government to claims to an independent self-sustaining economic base, as contemplated by the Royal Commission on Aboriginal Peoples (final report, vol. 2, *supra*, at p. 2). In any event, whatever be the differences and similarities, an international trading and mobility right, which necessarily involves “external relations”, would appear *not* to be included in the attributes of a U.S.-style “domestic dependent nation”.

En somme, les tribus indiennes possèdent toujours les aspects de la souveraineté qui n’ont pas été retirés par traité, par loi ou implicitement en tant que conséquence inévitable de leur situation de dépendance.

. . .

Les domaines dans lesquels un tel retrait implicite de souveraineté a été jugé avoir eu lieu ont trait aux relations entre les tribus indiennes et les personnes qui n’en sont pas membres. En conséquence, les tribus indiennes ne peuvent plus aliéner librement les terres qu’elles occupent à des non indiens. [. . .] Elles ne peuvent pas engager des relations commerciales ou gouvernementales directes avec des nations étrangères. [. . .] Et, comme nous l’avons conclu récemment, elles ne peuvent pas juger des non-membres devant les tribunaux tribaux.

. . .

Ces restrictions reposent sur le fait que la situation de dépendance des tribus indiennes dans les limites de notre compétence territoriale est nécessairement incompatible avec la liberté de décider indépendamment de leurs relations extérieures. [Je souligne.]

La doctrine américaine de la nation interne dépendante diffère sur des points importants des propositions de la Commission royale sur les peuples autochtones. La jurisprudence américaine ne reflète pas les notions de souveraineté fusionnée ou partagée que l’on dit essentielles à la réalisation de la conciliation ainsi qu’au maintien de la diversité. En droit américain, une loi ordinaire du Congrès l’emporte sur les pouvoirs des gouvernements tribaux (quelle que soit leur souveraineté théorique). En outre, il n’y a rien à ma connaissance dans la doctrine américaine qui étende le concept de gouvernement autonome aux revendications d’une base économique autonome et autosuffisante, comme l’envisage la Commission royale sur les peuples autochtones (rapport final, vol. 2, *op. cit.*, p. 2). De toute façon, quelles que soient les différences et les similitudes en cause, le droit de commerce et de circulation internationaux, qui entraîne nécessairement des « relations extérieures », ne paraît pas avoir été inclus dans les attributs d’une « nation interne dépendante » de style américain.

168 As to the position of Mohawks in Canada seeking to trade into the United States, see *United States v. Garrow, supra*, which involved “a full-blooded Indian woman of the Canadian St. Regis Tribe of Iroquois Indians” (p. 318) who resided in Canada near the international boundary line. She entered the United States at the village of Hogansburg, New York, carrying 24 baskets for sale in the United States. She was charged duty under the Tariff Act of 1930. She launched a protest, claiming that as she was an aboriginal person she could bring the baskets into the United States free of duty under Article III of the Jay Treaty. Her claim was rejected, the court stating at p. 324:

There being neither any treaty exemption of appellee’s goods from duty, nor any statutory exemption thereof, it follows that they are dutiable, as claimed by the collector.

See also *Akins v. United States*, 551 F.2d 1222 (C.C.P.A. 1977).

169 I refer to the U.S. law only to alleviate any concern that addressing aspects of the sovereignty issue in the context of a claim to an international trading and mobility right would prejudice one way or the other a resolution of the much larger and more complex claim of First Nations in Canada to *internal* self-governing institutions. The United States has lived with internal tribal self-government within the framework of external relations determined wholly by the United States government without doctrinal difficulties since *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), was decided almost 170 years ago.

170 In this connection, the respondent also referred us to *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455, where the Federal Court of Appeal considered the mobility right of an aboriginal person whose traditional territory also straddles the Canada-U.S. border. The claimant, who was neither a Canadian citizen nor a person registered under the *Indian Act*, claimed a right to come into or remain in Canada. In consid-

Pour ce qui est de la position des Mohawks au Canada qui cherchent à faire du commerce aux États-Unis, il faut se référer à l’affaire *United States c. Garrow*, précitée; cette affaire avait trait à [TRADUCTION] « une indienne de race pure de la tribu iroquoise de St-Regis au Canada » (p. 318) qui résidait au Canada près de la frontière internationale et qui était entrée aux États-Unis au village de Hogansburg, New York, transportant 24 corbeilles en vue de les vendre aux États-Unis. On lui a imposé des droits en vertu de la Tariff Act de 1930. Elle a contesté la mesure, alléguant qu’elle pouvait apporter en franchise les corbeilles aux États-Unis en vertu de l’article III du Traité Jay parce qu’elle était une autochtone. Sa demande a été rejetée, la Cour affirmant à la p. 324 :

[TRADUCTION] Comme il n’y a pas de traité ou de loi qui exempte de droits les marchandises de la partie intimée, celles-ci sont passibles de droits, comme le prétend le percepteur.

Voir aussi *Akins c. United States*, 551 F.2d 1222 (C.C.P.A. 1977).

Je me réfère au droit américain uniquement pour répondre à toute crainte que le fait de traiter certains aspects de la question de souveraineté dans le cadre d’une revendication relative à un droit de commerce et de circulation internationaux, pourrait compromettre d’une façon ou d’une autre la résolution de la revendication beaucoup plus générale et plus complexe d’institutions autonomes *internes* par les Premières nations au Canada. Les États-Unis ont fait l’expérience de gouvernements internes tribaux autonomes dans le cadre de relations extérieures régies entièrement par le gouvernement des États-Unis sans connaître de difficultés théoriques, depuis l’arrêt *Johnson c. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), qui a été rendu il y a près de 170 ans.

À cet égard, l’intimé a également cité l’arrêt *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455, où la Cour d’appel fédérale a examiné la liberté de circulation d’un autochtone dont le territoire traditionnel est également situé sur la frontière entre le Canada et les États-Unis. Le demandeur, qui n’était ni un citoyen canadien ni une personne inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens*, revendiquait un droit

ering this question, the court commented at para. 15:

The respondent contends that the existence of a sovereign state is inconsistent with any fetters on the power of that state to control which non-citizens may remain in the country. Suffice it to say that while there is ample authority in international and common law for that proposition, a sovereign state may fetter itself as to the means by which, the circumstances in which, and the agencies of government by which, such power of control may be exercised. Canada has by its Constitution limited the exercise of governmental powers which may be inherent as a sovereign state . . . [S]ection 35 of the *Constitution Act, 1982* now guarantees existing Aboriginal rights not previously extinguished, and this carries the corollary that no agency of the state can, after 1982, extinguish those rights.

The question under consideration here is rather different from the question discussed in that passage. It is not about post-1982 extinguishment. It is about the *prior* question of whether the claimed international trading and mobility right could, as a matter of law, have arisen in the first place.

It was, of course, an expression of sovereignty in 1982 to recognize existing aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. However, if the claimed aboriginal right did not survive the transition to non-Mohawk sovereignty, there was nothing in existence in 1982 to which s. 35(1) protection of *existing* aboriginal rights could attach. It would have been, of course, quite within the sovereign's power to confer specific border privileges by treaty, but the respondent's claim to a treaty right was dismissed.

In my respectful view the claimed aboriginal right never came into existence and it is unnecessary to consider the Crown's argument that whatever aboriginal rights in this respect may have existed were extinguished by border controls enforced by Canada prior to April 17, 1982.

d'entrer ou de rester au Canada. En examinant cette question, la cour fait le commentaire suivant au par. 15 :

L'intimé prétend que la souveraineté étatique n'est pas compatible avec la limitation du pouvoir qu'a un État de dire quels sont les non-ressortissants autorisés à demeurer dans le pays. Qu'il nous suffise de dire que si l'on trouve en droit international, ainsi qu'en common law, de nombreux arguments étayant cette affirmation, un État souverain peut très bien s'imposer à lui-même des restrictions quant aux moyens par lesquels, aux circonstances dans lesquelles, et aux organismes gouvernementaux par l'intermédiaire desquels, un tel pouvoir de contrôle peut s'exercer. En adoptant sa Constitution, le Canada a, en effet, limité l'exercice de pouvoirs gouvernementaux inhérents à un État souverain. [. . .] [L]'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aujourd'hui les droits ancestraux existants qui n'ont pas été éteints et entraîne comme corollaire qu'aucun organisme étatique ne peut, après 1982, éteindre les droits en question.

La question à l'étude en l'espèce est assez différente de la question analysée dans cet extrait. Il ne s'agit pas de l'extinction de droits après 1982. Il s'agit de la question *préalable* de savoir si le droit revendiqué de commerce et de circulation internationaux pouvait avoir pris naissance en droit.

La reconnaissance au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* des droits ancestraux existants constituait, bien entendu, une expression de souveraineté en 1982. Toutefois, si le droit ancestral revendiqué n'a pas survécu au passage à la souveraineté non mohawk, il n'existait rien en 1982 qui pouvait recevoir la protection donnée par le par. 35(1) aux droits ancestraux existants. Le souverain avait certes le pouvoir d'accorder des privilèges frontaliers particuliers par traité, mais la revendication par l'intimé d'un droit issu d'un traité a été rejetée.

À mon avis, le droit revendiqué n'a jamais existé et il est inutile d'examiner l'argument de la Couronne selon lequel les droits ancestraux qui auraient existé à cet égard ont été éteints par les contrôles frontaliers exercés par le Canada avant le 17 avril 1982.

171

172

173

Conclusion

174

I would allow the appeal.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Manitoba: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Mohawk Council of Kahnawake: The Mohawk Council of Kahnawake Legal Services, Kahnawake.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado Buchwald Asper, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians: Bear Law Office, Maliseet, New Brunswick.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

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

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des Mohawks de Kahnawake : Les Services juridiques du Conseil des Mohawks de Kahnawake, Kahnawake.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières nations : Pitblado Buchwald Asper, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante l'Union of New Brunswick Indians : Bear Law Office, Maliseet, Nouveau-Brunswick.