

A-657-97

A-657-97

The Minister of National Revenue (*Appellant*)**Le ministre du Revenu national** (*appelant*)

v.

c.

Grand Chief Michael Mitchell, also known as Kanantakeron (*Respondent*)**Le grand chef Michael Mitchell alias Kanantakeron** (*intimé*)

and

et

The Mohawk Council of Kahnawake, in its own right and on behalf of the Mohawk People of Kahnawake (*Intervener*)**Le Conseil des Mohawks de Kahnawake, en son nom propre et au nom du peuple mohawk de Kahnawake** (*intervenant*)*INDEXED AS: MITCHELL v. M.N.R (C.A.)**RÉPERTORIÉ: MITCHELL c. M.R.N. (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Létourneau and Sexton J.J.A.—Ottawa, September 14, 15, 16, 17 and November 2, 1998.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Létourneau et Sexton, J.C.A.—Ottawa, 14, 15, 16, 17 septembre et 2 novembre 1998.

Native peoples — Respondent registered Mohawk of Akwesasne residing on Cornwall Island — Entered Canada from New York State with various goods — Declared goods at customs office but refused to pay customs duties alleging Aboriginal right, treaty rights — Aboriginal right claimed right to be exempted from payment of customs duties when entering Canada from U.S.A. — Trial Judge failing to determine geographical scope of right — Right limited to non-commercial trade of goods acquired in New York State with other First Nation communities in Quebec, Ontario.

Peuples autochtones — L'intimé est un Mohawk inscrit d'Akwesasne habitant l'île de Cornwall — Il a rapporté au Canada divers articles provenant de l'État de New York — Il les a déclarés à la douane mais a invoqué ses droits ancestraux et droits issus de traités pour refuser d'en acquitter les droits de douane — Le droit ancestral revendiqué est celui de rapporter en franchise des marchandises des États-Unis — Le juge de première instance n'a pas assigné une limite géographique à ce droit — Ce droit est limité au commerce à petite échelle de marchandises rapportées de l'État de New York avec d'autres Premières nations au Québec et en Ontario.

Customs and Excise — Customs Act — Respondent, Mohawk resident of Akwesasne, allegedly evading payment of duties on goods contrary to Customs Act, s. 153(c) — Claiming right to be exempt from payment of customs duties when crossing Canadian border for goods bought in U.S.A. — Customs Act, 1970, s. 22(1) governing provision for payment of duty — Ability to regulate application of duties integral part of Act — Aboriginal right not extinguished prior to 1982 by Customs Act.

Douanes et accise — Loi sur les douanes — Il est reproché à l'intimé, qui est un Mohawk d'Akwesasne, de s'être soustrait au paiement de droits de douane sur diverses marchandises, en contravention à l'art. 153c) de la Loi sur les douanes — Il invoque le droit de rapporter en franchise au Canada des marchandises achetées aux États-Unis — L'art. 22(1) de la Loi sur les douanes de 1970 régit le paiement des droits de douane — La possibilité de réglementer l'application des droits de douane fait partie intégrante de la Loi — Le droit ancestral n'avait pas été éteint avant 1982 par la Loi sur les douanes.

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Respondent, as Mohawk of Akwesasne, granted Aboriginal right to cross Canada-United States border, including right to bring goods for personal, community use, without having to pay customs duties — Right protected under Constitution Act, 1982, ss. 35, 52 — Trial Judge failing to impose geographical restrictions upon Aboriginal right — Respondent's Aboriginal right including right to duty-free trade with other First Nation Communities on non-commercial

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — L'intimé, qui est un Mohawk d'Akwesasne, s'est vu reconnaître le droit ancestral de passer librement la frontière entre le Canada et les États-Unis, et de rapporter en franchise des marchandises destinées à l'usage personnel ou communautaire — Droit protégé par les art. 35 et 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le juge de première instance n'a pas assigné une limite géographique à ce droit ancestral — Le droit ancestral de l'intimé recouvre celui de

scale — Jay Treaty not limiting scope of Aboriginal right — Right protected by Constitution unless extinguished — Aboriginal right not extinguished by Customs Act.

These were an appeal and a cross-appeal from a Trial Division decision declaring *inter alia* that the respondent, as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada, had an existing Aboriginal right to cross the Canada-United States border, including the right to bring goods from United States into Canada for personal and community use, without having to pay customs duties on those goods. On March 22, 1988, the respondent entered Canada from the State of New York at Cornwall Island with various goods. He declared the goods at the Cornwall customs office but refused to pay the customs duties alleging an existing Aboriginal right as well as treaty rights to an exemption from such duties. The goods were not seized by the customs officers, but it was alleged that the respondent had failed to pay the duties on the goods as required by paragraph 153(c) of the *Customs Act*. The Trial Judge found, among other things, that the Aboriginal right claimed by the respondent included the right to bring goods for personal and community use from the United States into Canada for non-commercial scale trade with the First Nations. He also ruled that any Mohawk of Akwesasne entering Canada from the United States with goods will be subject to search and declaration procedures at Canadian customs, and finally declared any provisions of the *Customs Act* which are inconsistent with the Aboriginal right to be of no force or effect to the extent of the inconsistency. Two main issues were addressed on appeal: (1) the nature, scope and extent of the Aboriginal right recognized by the Trial Judge and (2) whether the Trial Judge erred in concluding that the respondent's right had not been extinguished by the *Customs Act* prior to 1982 (when treaty rights were accorded constitutional protection).

Held, the appeal should be allowed in part; the cross-appeal should be dismissed.

Per Létourneau J.A.: (1) The right claimed by the respondent is the right to be exempt from the payment of customs duties when crossing the Canadian border in respect of goods purchased in the United States. The Trial Judge inadvertently transformed the Aboriginal right to be exempt from customs duties claimed by the respondent into an international mobility right, that is a right to travel freely across the Canada-United States border, including the right to be exempted from the payment of customs duties. The international mobility right thus granted to the respondent is much broader in scope than the right he had originally claimed as it may relate to the existence and exercise of litigious personal, economic and commercial mobility rights. The legislative ramifications of such rights are not limited to the *Customs Act*; they extend to the *Citizenship Act*, the

se livrer au commerce hors douane à petite échelle avec d'autres Premières nations — Le Traité Jay n'en limite pas la portée — Ce droit est protégé par la Constitution sauf extinction antérieure — Il n'a pas été éteint par la Loi sur les douanes.

Il y a appel et appel incident de la décision de la Section de première instance déclarant entre autres que l'intimé jouit, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, du droit ancestral existant de passer librement la frontière Canada-États-Unis, y compris le droit d'introduire en franchise au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises pour usage personnel ou communautaire. Le 22 mars 1988, celui-ci est entré au Canada par l'île de Cornwall, avec divers articles en provenance de l'État de New York. Il les a déclarés au poste de douane de Cornwall mais a refusé d'en payer les droits, en invoquant l'exemption tenant à un droit ancestral existant ainsi qu'à des droits issus de traités. Les agents de douane n'ont pas saisi ces articles, mais lui ont signifié qu'il s'était soustrait au paiement des droits de douane y afférents, en contravention à l'alinéa 153c) de la *Loi sur les douanes*. Le juge de première instance a conclu entre autres que le droit ancestral en question recouvrait celui de rapporter des marchandises pour usage personnel ou communautaire des États-Unis au Canada, aux fins de commerce à petite échelle avec les Premières nations. Il a aussi posé pour règle que tout Mohawk d'Akwesasne rapportant au Canada des marchandises des États-Unis sera soumis aux modalités de fouille et de déclaration en douane, puis a conclu que toute disposition de la *Loi sur les douanes* qui est incompatible avec ce droit ancestral est nulle et non avenue dans les limites de cette incompatibilité. Deux points principaux ont été examinés en appel: 1) la nature, la portée et l'étendue du droit ancestral reconnu par le juge de première instance, et 2) l'argument que celui-ci a commis une erreur en concluant que le droit de l'intimé n'avait pas été éteint par la *Loi sur les douanes* avant 1982 (année où fut consacrée la protection constitutionnelle des droits issus des traités).

Arrêt: il faut faire droit en partie à l'appel, et rejeter l'appel incident.

Le juge Létourneau, J.C.A.: 1) Le droit revendiqué par l'intimé est celui de rapporter en franchise au Canada des marchandises achetées aux États-Unis. Le juge de première instance a transformé par inadvertance le droit ancestral d'exemption des droits de douane, que revendique l'intimé, en droit de libre circulation internationale, savoir celui de traverser librement la frontière entre le Canada et les États-Unis, lequel recouvrirait aussi celui d'être exempté des droits de douane. Le droit de libre circulation internationale reconnu de ce fait à l'intimé est d'une portée bien plus large que le droit revendiqué à l'origine puisqu'il peut impliquer l'existence et l'exercice de droits litigieux de libre circulation personnelle, économique et commerciale. Les ramifications légales d'un tel droit ne se limitent pas à la *Loi sur les douanes*; elles s'étendent à la *Loi sur la citoyenneté*, à la *Loi*

Immigration Act, the *Extradition Act* and the various provincial laws regulating the right to reside in a province and gain a livelihood. The declaration issued by the Trial Judge failed to determine the geographical scope of the respondent's Aboriginal right. The Canadian government has a legitimate and pressing interest in effectively protecting its borders and the existing Aboriginal rights, when recognized and protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*, must be reconciled with the sovereignty of the Crown. The modern acknowledgment and recognition of the respondent's Aboriginal right required first that it be exercised by his reporting at the Cornwall customs office and, second, that it be claimed only in relation to goods bought in the State of New York. The evidence did not support the Trial Judge's conclusion that the respondent's Aboriginal right entitled him to bring goods from the United States to engage in non-commercial trading with all First Nations' members. Such conclusion overstated the scope of the Aboriginal right at issue.

The respondent was, in fact, claiming a right to an exemption whose content is the same whether it finds its source in the Mohawks' practices and traditions or the terms of the Jay Treaty which is said to embody such practices and traditions. The first paragraph of Article III of that Treaty indicates no intention on the part of the parties to the Treaty to exempt from the payment of customs duties the trade and commerce that would be resumed between the two states. The second paragraph clearly establishes, as a rule, an obligation to pay customs duties on all goods whose importation is not prohibited. The purpose of Article III of the Treaty was to guarantee freedom of trade, rather than free trade, to everyone. The respondent's Aboriginal right is the right, when crossing the international border at Cornwall Island, to bring with himself into Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, goods bought in the State of New York without having to pay any duties or taxes to the Canadian government. Paragraph 1 of the declaration issued by the Trial Judge should be amended accordingly.

(2) The appellant has not satisfied the onus of demonstrating that the *Customs Act* exhibits the "clear and plain intention" necessary to extinguish the Aboriginal right. The adoption of section 35 of the *Constitution Act, 1982* makes clear that if the right was extinguished it would have had to be before 1982. Thus the current Act is not relevant to the question of extinguishment. Sections 9 and 18 of the 1970 *Customs Act*, relied on by the appellant, do not address the question of duties and therefore cannot extinguish the Aboriginal right to bring in personal and community goods duty free. The fact that the Governor in Council may regulate the application of duties in the *Customs Act* is inconsistent with the appellant's assertion that the Act is an

sur l'immigration, à la *Loi sur l'extradition* et aux diverses lois respectives des provinces sur le droit d'y résider et d'y gagner sa vie. Le jugement déclaratoire de première instance pêche par défaut de fixer la portée géographique du droit ancestral de l'intimé. L'État canadien a un intérêt légitime et urgent à protéger ses frontières, et les droits ancestraux existants, dans les cas où ils sont reconnus et protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, doivent être subordonnés à la souveraineté de la Couronne. La reconnaissance de nos jours du droit ancestral de l'intimé est subordonnée à la condition en premier lieu qu'il l'exerce par la déclaration des marchandises au poste de douane de Cornwall et, en second lieu, qu'il le revendique seulement pour les marchandises achetées dans l'État de New York. Les preuves produites ne justifient pas la conclusion tirée par le juge de première instance que le droit ancestral dont jouit l'intimé lui permet de rapporter des États-Unis des marchandises destinées au commerce à petite échelle avec tous les membres des Premières nations. Par cette conclusion, le juge de première instance a surestimé la portée du droit ancestral en question.

L'intimé revendique en fait le droit à l'exemption, dont le contenu est le même, que la source en soit les usages et traditions des Mohawks ou les termes du Traité Jay, lequel est considéré comme consacrant ces usages et traditions. Rien dans le premier paragraphe de l'article III de ce traité ne prouve la volonté des signataires d'exempter des droits de douane le commerce et les échanges qui reprendraient entre les deux États. Le deuxième paragraphe pose clairement pour règle l'obligation de payer les droits de douane sur toutes les marchandises dont l'importation n'est pas interdite. L'article III du Traité Jay avait pour but de garantir la liberté de commerce à tout un chacun, et non le commerce sans droits ni taxes. Le droit ancestral que revendique l'intimé est celui de rapporter, au passage de la frontière internationale sur l'île de Cornwall et sans en payer les droits de douane ou taxes au gouvernement ou aux autorités canadiennes, des marchandises achetées dans l'État de New York pour son usage ou consommation personnelle, ou pour l'usage ou la consommation des membres de la communauté d'Akwesasne. Il y a lieu de réformer en conséquence le premier paragraphe de la décision de première instance.

2) L'appelant ne s'est pas acquitté de la charge de prouver que la *Loi sur les douanes* exprime la volonté «claire et expresse» nécessaire pour l'extinction du droit ancestral. À la suite de l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il est clair que si ce droit avait été éteint, il faut qu'il l'ait été avant 1982. Le texte actuellement en vigueur n'a donc pas application à l'égard de la question de l'extinction. Les articles 9 et 18 de la *Loi sur les douanes* de 1970, qu'invoque l'appelant, ne portent pas sur la question des droits de douane et ne peuvent donc avoir pour effet d'éteindre le droit ancestral d'importer en franchise des articles pour usage personnel ou communautaire. Le fait que le gouverneur en conseil peut réglementer l'application des

absolute bar to duty-free entry. The ability to regulate the application of duties is not merely a passing feature of the legislation but an integral part of the Act and has been retained in the current Act. The evidence revealed no clear intention on the part of those charged with enforcing the *Customs Act* to extinguish the respondent's Aboriginal right.

Per Sexton J.A.: The Trial Judge did not err in finding that the respondent's Aboriginal right includes the right to bring in goods intended for non-commercial scale trade (right to duty-free trade) with other First Nation communities. This finding was not dependent on his conclusion that Article III of the Jay Treaty grants the identical right. Consequently, the Trial Judge did not commit a palpable or overriding error in making his finding that would warrant the intervention of the Court. He properly considered the totality of the evidence of pre-contact trade before coming to his conclusion. Such evidence supported the Trial Judge's finding that the respondent's Aboriginal right included the right to duty-free trade with other First Nation communities on a non-commercial scale. The Trial Judge's interpretation of the Jay Treaty supported his finding that the Aboriginal right included the right to duty-free trade. The Jay Treaty could not be employed to limit the scope of the Aboriginal right. Once it has been determined that the test for the existence of an Aboriginal right has been satisfied, this right is protected by the Constitution unless it has been extinguished. The fact that Aboriginals may have been granted a more limited form of the Aboriginal right in an international treaty cannot serve to restrict the right which is protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Trial Judge made no error in relying on the Jay Treaty as support for the Aboriginal right to duty-free trade. However, he failed to impose any geographical restrictions on the Aboriginal right. The modern form of the Aboriginal right is the right to purchase goods anywhere in the State of New York and to bring these goods duty-free across the New York-Quebec or New York-Ontario border. Trading was historically limited to members of the First Nations in Quebec, Ontario and the State of New York. Consequently, the respondent's right is further restricted to goods intended for personal or community use or for non-commercial trade with other First Nation communities living in Ontario or Quebec.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35, 52.
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, ss. 9, 18, 22(1),(3).

droits prévus par la *Loi sur les douanes* ne s'accorde pas avec l'assertion par l'appelant que celle-ci exclut absolument toute importation en franchise. La possibilité de réglementer l'application des droits de douane n'est pas seulement une disposition incidente mais fait partie intégrante de la Loi; elle figure toujours dans le texte actuellement en vigueur. Les preuves produites ne révèlent pas chez les autorités responsables d'appliquer la *Loi sur les douanes* une intention claire d'éteindre le droit ancestral de l'intimé.

Le juge Sexton, J.C.A.: Le juge de première instance n'a pas commis une erreur en jugeant que le droit ancestral de l'intimé s'entend également du droit de rapporter des marchandises destinées au petit négoce (droit au commerce hors douane) avec d'autres Premières nations. Cette décision n'est pas subordonnée à sa conclusion que l'article III du Traité Jay confère exactement le même droit. Il n'a donc pas commis une erreur tangible et dirimante qui justifie l'intervention de la Cour. Avant de parvenir à cette conclusion, il a dûment examiné toutes les preuves produites au sujet du commerce qui se faisait avant l'arrivée des Européens. Ces preuves fondent sa conclusion que le droit ancestral de l'intimé recouvrait le droit au commerce hors douane et à petite échelle avec d'autres Premières nations. Son interprétation du Traité Jay justifiait sa conclusion que le droit ancestral en cause recouvrait celui au commerce hors douane. Ce traité ne pourrait jamais être invoqué pour limiter la portée des droits ancestraux. Une fois jugé que la condition de l'existence d'un droit ancestral est remplie, ce droit est protégé par la Constitution sauf extinction antérieure. Le fait que des Autochtones ont pu se voir reconnaître une forme plus limitée du droit ancestral dans un traité international ne peut servir à limiter le droit qui est protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur en se fondant sur le Traité Jay pour conclure à l'existence du droit ancestral au commerce hors douane. Il n'a cependant assigné aucune limite géographique au droit ancestral en question. La manifestation contemporaine de ce droit est le droit d'acheter des marchandises en n'importe quel lieu de l'État de New York et de les rapporter en franchise à travers la frontière entre cet État et le Québec ou l'Ontario. Ce commerce était limité aux membres des Premières nations du Québec, de l'Ontario et de l'État de New York. En conséquence, le droit de l'intimé est encore limité aux marchandises destinées à l'usage personnel ou communautaire, ou au commerce à petite échelle avec d'autres Premières nations en Ontario ou au Québec.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35, 52.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.

Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 32(6) (as am. by S.C. 1992, c. 28, s. 5), 131 (as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 84), 153(c).
Extradition Act, R.S.C., 1985, c. E-23.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.
 Jay Treaty (1794).
 Treaty of Ghent (1814).
 Treaty of Utrecht (1713).

Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 32(6) (mod. par L.C. 1992, ch. 28, art. 5), 131 (mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 84), 153c).
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, ch. C-40, art. 9, 18, 22(1),(3).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Loi sur l'extradition, L.R.C. (1985), ch. E-23.
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663.
 Traité de Ghent (1814).
 Traité d'Utrecht (1713).
 Traité Jay (1794).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Adams, [1996] 3 S.C.R. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89.

REFERRED TO:

Watt v. Liebelt and Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1994), 82 F.T.R. 57 (F.C.T.D.); *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542 (P.C.); *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312; (1996), 110 C.C.C. (3d) 1; 202 N.R. 49; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

AUTHORS CITED

Beaudoin, Gérald A. and Errol P. Mendes, eds. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1996.
 Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3e éd. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1997.
 Richter, Daniel, "Ordeal of the Longhouse: The Five Nations in Early American History" in D. K. Richter and J. H. Merrel eds., *Beyond the Covenant Chain: The Iroquois and their Neighbors in Indian North America 1600-1800*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1987.
 van den Bogaert, Harmen Meyndertsz. *A Journey into Mohawk and Oneida Country, 1634-1635*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1988.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89.

DÉCISIONS CITÉES:

Watt c. Liebelt et Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1994), 82 F.T.R. 57 (C.F. 1^{er} inst.); *Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892); *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542 (P.C.); *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312; (1996), 110 C.C.C. (3d) 1; 202 N.R. 49; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

DOCTRINE

Beaudoin, Gérald A. et Errol P. Mendes, eds. *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.
 Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1997.
 Richter, Daniel, «Ordeal of the Longhouse: The Five Nations in Early American History» in D. K. Richter and J. H. Merrel eds., *Beyond the Covenant Chain: The Iroquois and their Neighbors in Indian North America 1600-1800*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1987.
 van den Bogaert, Harmen Meyndertsz. *A Journey into Mohawk and Oneida Country, 1634-1635*, Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1988.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Trial Division decision ((1997), 134 F.T.R. 1) declaring that the respondent had, as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada, an existing Aboriginal right protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* to cross the Canada-United States border, including the right to bring goods from United States into Canada for personal and community use, without having to pay customs duties on those goods. Appeal allowed in part, cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

Graham R. Garton, Q.C., and *Sandra E. Phillips* for appellant.
Peter W. Hutchins, Anjali Choksi and *Paul Williams* for respondent.
François Dandonneau for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal, for respondent.
Mohawk Council of Kahnawake, Legal Services, Kahnawake, Quebec, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal from a well articulated decision of McKeown J. of the Trial Division, rendered on June 27, 1997 [(1997), 134 F.T.R. 1], by which he granted to the respondent, Grand Chief Mitchell, a declaration that the said respondent had, *inter alia* [at page 75], “as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada . . . 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 from the United States into Canada for personal and community use without having to pay customs duties on those goods”.

APPEL et APPEL INCIDENT relatifs au jugement de la Section de première instance ((1997), 134 F.T.R. 1) déclarant que l’intimé jouit, en tant que Mohawk d’Akwesasne résidant au Canada, d’un droit ancestral existant que protègent les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour passer librement la frontière Canada-États-Unis, lequel droit s’entend également de celui d’introduire en franchise au Canada, à partir des États-Unis, des marchandises pour usage personnel ou communautaire. Appel accueilli en partie, appel incident rejeté.

ONT COMPARU:

Graham R. Garton, c.r., et *Sandra E. Phillips* pour l’appelant.
Peter W. Hutchins, Anjali Choksi et *Paul Williams* pour l’intimé.
François Dandonneau pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l’appelant.
Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal, pour l’intimé.
Conseil des Mohawks de Kahnawake, Services juridiques, Kahnawake (Québec), pour l’intervenant.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il y a en l’espèce appel contre une décision fort méthodique du juge McKeown, de la Section de première instance, rendue le 27 juin 1997 [(1997), 134 F.T.R. 1] par laquelle ce dernier a prononcé en faveur de l’intimé, le grand chef Mitchell, un jugement déclarant notamment que celui-ci [à la page 75] «en tant que Mohawk d’Akwesasne résidant au Canada, a, en raison d’un droit ancestral existant constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la **Loi constitutionnelle de 1982**, le droit 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».

[2] In the said declaration, the Trial Judge stated that goods for personal and community use include goods used for sustenance, household goods and goods used for First Nations' custom. He also concluded that the Aboriginal right included the right to bring these goods from the United States into Canada for non-commercial scale trade with the First Nations.

[3] In terms of limitations, he excluded from the Aboriginal right the right to bring into Canada any form of firearm, restricted or prohibited drug, alcohol, plants and the like. He ruled, as a further limitation to the exercise of the Aboriginal right, that any Mohawk of Akwesasne entering in Canada with goods from the United States will be subject to search and declaration procedures at Canadian customs.

[4] Finally, he declared any provisions of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp), c. 1, which are inconsistent with the Aboriginal right to be of no force or effect to the extent of the inconsistency.

[5] However, in the process of coming to this conclusion, the Trial Judge dismissed two other claims made by the respondent. One was that his right to be exempt from customs duties was also guaranteed or protected by Article XV of the Treaty of Utrecht [1713], Article III of the Jay Treaty [1794] and Article IX of the Treaty of Ghent [1814]. As for the other, the respondent submitted that a series of five Councils or Meetings¹ held pursuant to the Treaty of Ghent between representatives of the British Crown and various groups of Aboriginal people to explain the Treaty to them and reassure them resulted in Treaties and created treaty rights protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. As for the Aboriginal right, the respondent submitted that these treaty rights had not been extinguished by the *Customs Act*.

[6] The respondent has launched a cross-appeal against the dismissal of these two claims and the Trial Judge's findings associated with it.

[2] Dans son jugement déclaratoire, le juge de première instance a conclu que les marchandises destinées à l'usage personnel et communautaire s'entendaient des denrées alimentaires, des biens domestiques et des articles utilisés dans le cadre des coutumes des Premières nations, et que le droit ancestral en question recouvrait celui de rapporter ces articles des États-Unis au Canada aux fins d'échanges non commerciaux avec les Premières nations.

[3] Pour ce qui est des limitations, il a exclu de ce droit ancestral l'importation au Canada des armes à feu quelles qu'elles soient, des drogues prohibées ou à usage restreint, de l'alcool, des plantes, etc. Il en a encore limité l'exercice en posant pour règle que tout Mohawk d'Akwesasne rapportant au Canada des marchandises des États-Unis sera soumis aux modalités de fouille et de déclaration en douane.

[4] Enfin, il a déclaré que toute disposition de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, qui est incompatible avec le droit ancestral en cause est nulle et non avenue dans les limites de cette incompatibilité.

[5] Cependant, pour parvenir à cette conclusion, il a rejeté deux autres prétentions de l'intimé. La première était que son droit à l'exemption des douanes était aussi garanti ou protégé par l'article XV du Traité d'Utrecht [1713], l'article III du Traité Jay [1794] et l'article IX du Traité de Ghent [1814]. La seconde était que les cinq conseils ou rencontres¹ tenus par les représentants de la Couronne britannique pour expliquer le Traité de Ghent à divers groupes autochtones et pour les rassurer à ce sujet équivalaient à des traités et créaient de ce fait des droits protégés par les articles 35 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44]]. Pour ce qui est du droit ancestral en cause, l'intimé soutenait que ces droits issus de traités n'avaient pas été éteints par la *Loi sur les douanes*.

[6] L'intimé a formé appel incident contre le rejet de ces deux prétentions et contre les motifs pris à cet effet par le juge de première instance.

[7] I intend to dispose immediately of the cross-appeal. The Court heard the submissions of the cross-appellant on these issues and called upon counsel for the Minister of National Revenue (Minister), to answer only these two questions: whether the five Meetings or Councils resulted in Treaties or gave rise to treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982* between the British Crown and the Mohawks of Akwesasne and, if so, whether these rights have been extinguished prior to 1982.

[8] After a careful review of the Trial Judge's decision and the submissions of the parties and the intervener, I see no merit in the cross-appeal. I agree with the conclusions of the Trial Judge substantially for the reasons that he gave. Therefore, I would dismiss the cross-appeal with costs.

[9] The appellant raises a number of issues on appeal but, in my view, only two need be addressed: the nature, scope and extent of the Aboriginal right recognized by the Trial Judge and the submission that the Trial Judge erred in concluding that the respondent's right had not been extinguished prior to 1982 by the *Customs Act*.

Facts and Procedure

[10] However, before I do, a short summary of the facts is necessary for a better understanding of the right claimed in this case. The respondent is a registered Mohawk of Akwesasne under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. He resides on Cornwall Island which is part of the Akwesasne Indian Reserve in the Province of Ontario.

[11] He entered Canada from the State of New York on March 22, 1988 at Cornwall Island with various goods (i.e., a washing machine, 20 bibles, 10 blankets, used clothing, 10 loaves of bread, 2 pounds of butter, 4 gallons of milk, 6 bags of cookies, 12 cans of soup and a case of motor oil) that he had bought in the United States. The goods were destined as gifts to the residents of the Tyendinaga Indian Reserve near Belleville, Ontario, with the exception of the motor oil

[7] Je me propose de me prononcer en premier lieu sur l'appel incident. La Cour a entendu les conclusions de l'appelant à l'incident sur les points ci-dessus et a demandé à l'avocat du ministre du Revenu national (le ministre) de répondre uniquement aux deux questions suivantes: savoir si les cinq rencontres ou conseils équivalaient à des traités ou créaient des droits issus de traités, que garantit l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, entre la Couronne britannique et les Mohawks d'Akwesasne et, dans l'affirmative, si ces droits ont été éteints avant 1982.

[8] Après examen attentif de la décision de première instance et des conclusions des parties ainsi que de l'intervenant, je juge que l'appel incident n'est pas fondé. Je partage les conclusions du juge de première instance essentiellement pour les mêmes motifs. Je me prononce donc pour le rejet de l'appel incident avec dépens.

[9] L'appelant soulève plusieurs points mais, à mon avis, il suffit d'examiner deux d'entre eux: la nature, la portée et l'étendue du droit ancestral reconnu par le juge de première instance et l'argument que celui-ci a commis une erreur en concluant que le droit de l'intimé n'avait pas été éteint par la *Loi sur les douanes* avant 1982.

Les faits de la cause et la procédure

[10] Il convient cependant de faire un bref rappel des faits de la cause, qui permettra de mieux saisir la nature du droit revendiqué en l'espèce. L'intimé est un Mohawk d'Akwesasne, inscrit sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Il habite l'île de Cornwall, laquelle fait partie de la réserve indienne d'Akwesasne, en Ontario.

[11] Il est entré au Canada en provenance de l'État de New York le 22 mars 1988 par l'île de Cornwall, avec divers articles (une machine à laver, 20 bibles, 10 couvertures, des articles vestimentaires usagés, 10 pains, deux livres de beurre, quatre gallons de lait, six sacs de biscuits, 12 boîtes de soupe en conserve et une caisse d'huile à moteur) qu'il avait achetés aux États-Unis. Ces articles étaient des cadeaux destinés aux résidents de la réserve indienne de Tyendinaga près de

which the respondent intended to deliver to Jock's Store on Cornwall Island for resale to the residents of the reserve living there.

[12] The respondent declared the goods at the Cornwall customs office but refused to pay the customs duties alleging an existing Aboriginal right as well as treaty rights to an exemption from such duties. The goods were not seized by the customs officers and the respondent was allowed to proceed to the Tyendinaga reserve. On September 15, 1989, he was served with a Notice of Ascertained Forfeiture under the *Customs Act* and it was alleged that he had evaded payment of the duties on the goods contrary to paragraph 153(c) of the said Act. As a result, the Minister demanded payment of a sum of \$361.64 consisting of \$142.88 unpaid duty, \$98.21 unpaid sales tax and a penalty of \$120.55 corresponding to one-half of the revenue evaded.

[13] The respondent requested on the issue a decision of the Minister pursuant to section 131 [as am. by S.C. 1993, c. 25, s. 84] of the *Customs Act*. Unhappy with the decision, he challenged it by way of an action in the Trial Division.

The Nature, Scope and Extent of the Aboriginal Right in Issue

[14] In his statement of claim (A.B., vol. 1, paragraph 42(a), at page 7) the respondent sought a declaration that, "as a Mohawk of Akwesasne resident in Canada he has an existing aboriginal right which is constitutionally protected by sections 35 and 52 of the *Constitution Act, 1982* to pass and repass freely across what is now the Canada-United States boundary with his goods without having to pay any duty or taxes whatsoever to any Canadian government or authority".

[15] It is clear that the right claimed by the respondent is the right to be exempt from the payment of

Belleville (Ontario), sauf l'huile à moteur que l'intimé se proposait de livrer au magasin Jock's Store dans l'île de Cornwall pour la revente aux résidents de la réserve qui s'y trouvent.

[12] L'intimé a déclaré ces articles au poste de douane de Cornwall mais a refusé d'en payer les droits de douane, en invoquant l'exemption tenant à un droit ancestral existant ainsi qu'à des droits issus de traités. Les agents des douanes n'ont pas saisi ces articles et ont laissé l'intimé partir pour la réserve de Tyendinaga. Le 15 septembre 1989, l'intimé s'est vu signifier un avis de confiscation compensatoire en application de la *Loi sur les douanes*, lequel avis indiquait qu'il s'était soustrait au paiement des droits de douane sur les articles en question, en contravention à l'alinéa 153c) de cette Loi. Par la suite, le ministre a exigé le paiement de 361,64 \$, dont 142,88 \$ de droits non acquittés, 98,21 \$ de taxe de vente non acquittée et une pénalité de 120,55 \$ correspondant à la moitié des droits et taxes non acquittés.

[13] L'intimé a demandé que le ministre rende une décision à ce sujet en application de l'article 131 [mod. par L.C. 1993, ch. 25, art. 84] de la *Loi sur les douanes*. Celle-ci ne l'ayant pas satisfait, il l'a contestée par voie d'action intentée devant la Section de première instance.

La nature, la portée et l'étendue du droit ancestral en cause

[14] Dans sa déclaration (Dossier d'appel, vol. 1, paragraphe 42(a), de la page 7), l'intimé demandait un jugement déclarant que «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 avec ses marchandises sans avoir à acquitter à un gouvernement ou autre autorité canadienne des taxes ou des droits de douane».

[15] Il est clair que le droit revendiqué par l'intimé est celui de rapporter en franchise au Canada des

customs duties when crossing the Canadian border for goods that he would have bought in the United States. The whole debate at the hearing before the Trial Judge turned on and was related solely to the scope and impact of the *Customs Act* on the respondent's right not to pay duties. However, in his written submissions to the Trial Judge, the respondent changed the text of the declaration he was seeking and, in so doing, altered the very nature and contents of the right that he was claiming. No amendment to the statement of claim was sought and obtained in accordance with the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The Trial Judge issued the declaration on the basis of the wording found in these submissions. Paragraph 1 of the declaration reads [at page 75]:

1. 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 from the United States into Canada for personal and community use without having to pay customs duties on those goods. [Emphasis added.]

[16] In effect, the Trial Judge inadvertently transformed the Aboriginal right to be exempt from customs duties claimed by the respondent into an international mobility right, that is to say a right to travel freely across the Canada-United States border, back and forth, which would also include, amongst other undefined rights, the right to be exempted from the payment of customs duties.

[17] The international mobility right granted to the respondent is not notionally of the same nature and magnitude as the right he had originally claimed. It is much broader in scope as it may relate to the existence and exercise of litigious personal, economic and commercial mobility rights such as the right to reside and benefit from the other implied rights associated with the notion of residence, the right to own a passport and the right to work or pursue the gaining of a livelihood.² The legislative ramifications of such rights are not limited to the *Customs Act*. They extend to the *Citizenship Act*, [R.S.C., 1985, c. C-29] the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], the *Extradition Act* [R.S.C., 1985, c. E-23] and the various provincial

marchandises achetées aux États-Unis. Les débats en première instance portaient exclusivement sur la portée et les effets de la *Loi sur les douanes* sur le droit de l'intimé à l'exemption de droits de douane. Cependant, dans ses conclusions écrites en première instance, l'intimé a modifié le texte du jugement déclaratoire recherché et, de ce fait, a changé la nature et le contenu mêmes du droit qu'il revendiquait. Il n'avait demandé ni obtenu une autorisation de modifier la déclaration conformément aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]. Le juge de première instance a rendu le jugement déclaratoire selon la formulation contenue dans ces conclusions. Le premier paragraphe de ce jugement déclaratoire porte [à la page 75]:

1. Le demandeur, en tant que Mohawk d'Akwesasne résidant au Canada, a, en raison d'un droit ancestral existant constitutionnellement protégé par les articles 35 et 52 de la **Loi constitutionnelle de 1982**, le droit de passer et de repasser librement l'actuelle frontière Canada-États-Unis, et 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. [Non souligné dans l'original.]

[16] De fait, le juge de première instance a transformé par inadvertance le droit ancestral d'exemption des droits de douane, que revendique l'intimé, en droit de libre circulation internationale, savoir celui de traverser librement la frontière entre le Canada et les États-Unis, lequel recouvrirait aussi, entre autres droits non définis, celui d'être exempté des droits de douane.

[17] Le droit de libre circulation internationale, reconnu à l'intimé, n'est pas, ne serait-ce qu'en théorie, de la même nature ni de la même importance que le droit revendiqué à l'origine. Il est d'une portée bien plus large puisqu'il peut impliquer l'existence et l'exercice de droits litigieux de libre circulation personnelle, économique et commerciale, comme le droit de résidence et le bénéfice des autres droits implicites découlant de la résidence, le droit de posséder un passeport et celui de travailler ou de gagner sa vie². Les ramifications légales d'un tel droit ne se limitent pas à la *Loi sur les douanes*. Elles s'étendent à la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29], à la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985),

laws regulating the right to reside in a province and gain a livelihood. Yet, none of these issues were addressed by the parties and the Trial Judge as the debate focussed on customs duties exemptions and the *Customs Act*.

[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. As early as 1892, the Supreme Court of the United States asserted the link between sovereignty and the control of a state's border:

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.³

[19] I shall, therefore, examine the Aboriginal right claimed as the right to be exempted from the payment of customs duties when entering Canada from the United States. In this respect, the declaration issued by the Trial Judge fails to determine the geographical scope of this Aboriginal right. As it stands, the respondent can cross the Canadian border in British Columbia and claim customs duties exemptions for goods bought in California. Yet, the evidence adduced before the Trial Judge, whether it is in the form of oral history, expert or documentary evidence of past practices customs and traditions, does not support the existence nor warrant the granting of an Aboriginal right free of clear specific geographical limitations.

[20] Indeed, when pressed on this issue by the Court, counsel for the respondent responsibly admitted that evidence of the Mohawks' travelling and trading prior to and during their contacts with the Europeans involved crossing between what is now the State of New York and the provinces of Quebec and Ontario. The historical evidence reveals a Montréal-Albany

ch. I-2], à la *Loi sur l'extradition* [L.R.C. (1985), ch. E-23] et aux diverses lois respectives des provinces sur le droit d'y résider et d'y gagner sa vie. Cependant, aucune de ces questions n'a été débattue par les parties ni abordée par le juge de première instance puisque les débats étaient focalisés sur l'exemption des droits de douane et la *Loi sur les douanes*.

[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. Dès 1892, la Cour suprême des États-Unis a confirmé le lien entre la souveraineté et le contrôle de la frontière de l'État:

[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.³

[19] J'examinerai donc le droit ancestral revendiqué sous l'angle de l'exemption des droits de douane à l'entrée au Canada en provenance des États-Unis. À cet égard, le jugement déclaratoire de première instance pêche par défaut d'en fixer la portée géographique. Tel quel, il signifie que l'intimé peut passer la frontière canadienne en Colombie-Britannique et se prévaloir de l'exemption des droits de douane sur des marchandises achetées en Californie. Or, les preuves produites devant le juge de première instance, qu'il s'agisse de tradition orale, de témoignages d'expert ou de preuves documentaires, sur les usages, coutumes et traditions du passé, ni n'établissent l'existence ni ne justifient la reconnaissance d'un droit ancestral sans aucune limitation géographique claire et spécifique.

[20] En effet, l'avocat de l'intimé, pressé par la Cour à ce sujet, a reconnu en toute responsabilité que les preuves relatives aux déplacements et au commerce des Mohawks avant et durant le contact avec les Européens se rapportent aux passages de la frontière entre ce qui est maintenant l'État de New York et les provinces de Québec et d'Ontario. Les preuves histori-

(New York) travelling route to and from the Mohawk village in the Mohawk valley located in the State of New York, northwest of present-day Albany, stretching to the upper St-Lawrence valley and including, by 1747 at the earliest, the actual site of the reserve of Akwesasne. Such site is unique in that the reserve is located partly in Quebec, Ontario and the State of New York and members of the Mohawk community living on the reserve regularly have to cross the U.S.-Canada boundary to visit each other.

[21] According to the teachings of the Supreme Court of Canada with respect to the proper exercise of sovereignty by the Canadian government and the appropriate interpretation of existing Aboriginal rights (see *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312, at page 322; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at page 1093; and *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at page 539), the Canadian State has a legitimate and pressing interest in effectively protecting its borders, existing Aboriginal rights have to be “affirmed in a contemporary form rather than in their primeval simplicity and vigour” and these rights, when recognized and protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*, must be reconciled with the sovereignty of the Crown. In addition, as Lamer C.J. stated in *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, at page 119:

Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question.

[22] Pursuant to these principles and in view of the evidence before the Trial Judge that, in the present case, the alleged practice, for the Mohawk residents of Akwesasne, of bringing goods into Canada from the United States, without the usual payment of customs duties, was site-specific to the State of New York and the reserve of Akwesasne, it appears to me that the modern acknowledgement and recognizance of the

ques font état d’une voie de communication Montréal-Albany (État de New York), partant du village mohawk de la vallée des Mohawks dans l’État de New York au nord-ouest du site actuel de la ville d’Albany pour rejoindre le nord de la vallée du Saint-Laurent et comprenant, vers 1747 au plus tôt, le site de l’actuelle réserve d’Akwesasne. Ce site a ceci d’unique qu’il se trouve à la fois au Québec, en Ontario et dans l’État de New York, et les membres de la communauté mohawk qui vivent dans la réserve doivent traverser régulièrement la frontière entre le Canada et les États-Unis pour se rendre visite.

[21] Selon la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur l’exercice légitime de la souveraineté du gouvernement du Canada et sur l’interprétation correcte des droits ancestraux existants (voir *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, à la page 322; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la page 1093; et *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, à la page 539), l’État canadien a un intérêt légitime et urgent à protéger ses frontières, et les droits ancestraux existants doivent être «confirmés dans leur état actuel plutôt que dans leurs simplicité et vigueur primitives», et dans les cas où ces droits sont reconnus et protégés par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ils doivent être réconciliés avec la souveraineté de la Couronne. En outre, comme l’a fait observer le juge en chef Lamer dans *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, en page 119:

En effet, même si un droit ancestral s’attache à une parcelle de terrain dont le titre n’appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique [. . .] Un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas, du seul fait qu’il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n’importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question.

[22] Conformément à ces principes et étant donné la preuve, administrée en première instance, qu’en l’espèce, le soi-disant usage chez les résidents mohawks, d’Akwesasne de rapporter au Canada des marchandises en provenance des États-Unis, sans en payer les droits de douane, se limitait spécifiquement à l’État de New York et à la réserve d’Akwesasne, je conclus que la reconnaissance de nos jours du droit

respondent's Aboriginal right require first that it be exercised by his reporting at the Cornwall customs office and, second, that it be claimed only in relation to goods bought in the State of New York. This requirement provides a reasonable measure of conciliation for a modern exercise of both the State right to sovereignty and the respondent's Aboriginal right to be exempted from the general obligation to pay customs duties.

[23] Furthermore, in my view, the evidence does not support the Trial Judge's conclusion at page 72 of his decision that the respondent's Aboriginal right entitles him to bring goods from the United States to engage in non-commercial trading with all the members of First Nations. Again, and counsel has admitted as much at the hearing, trading would have historically been limited geographically to members of the First Nations in Quebec, Ontario and the State of New York. Therefore, assuming that the Aboriginal right extends to non-commercial trading, the exercise of such right would, at best, have to be further circumscribed and limited accordingly to members of First Nations living in these two provinces. However, I believe that, in this respect as well as in respect of the definition of the goods that could be imported free of customs duties, the Trial Judge overstated the scope of the Aboriginal right in issue.

[24] In his decision at page 71, after having referred to the respondent's assertion that the wording of the Jay Treaty is indicative of the content of the Aboriginal right claimed in this case, he concluded that such wording "reinforces the characterization of the aboriginal right as one that is exercised on a noncommercial scale". Then, he proceeded to find that the goods described in Article III of the Treaty are goods for "personal and community use", and further concluded, at page 72, that the wording of the Treaty supports the characterization of the right as a right to trade these goods on a non-commercial scale with other First Nations. It need be repeated that the respondent is, in fact, claiming a right to an exemption whose content is the same whether it finds its source in the Mohawks' practices and traditions or the terms of the Jay Treaty which is said to embody such practices and traditions.

ancestral de l'intimé est subordonnée à la condition en premier lieu qu'il l'exerce par la déclaration des marchandises au poste de douane de Cornwall et, en second lieu, qu'il le revendique seulement pour les marchandises achetées dans l'État de New York. Cette condition représente la conciliation raisonnable de l'exercice de la souveraineté actuelle de l'État et du droit ancestral de l'intimé à l'exemption de l'obligation générale de payer les droits de douane.

[23] D'ailleurs, les preuves produites ne justifient pas la conclusion tirée par le juge de première instance en page 72 de sa décision que le droit ancestral dont jouit l'intimé lui permet de rapporter des États-Unis des marchandises destinées à des échanges non commerciaux avec tous les membres des Premières nations. À ce propos encore, et l'avocat de ce dernier l'a reconnu à l'audience, le troc aurait été, par le passé, limité géographiquement aux membres des Premières nations au Québec, en Ontario et dans l'État de New York. Ainsi donc, à supposer que le droit ancestral s'étende aux échanges non commerciaux, l'exercice en a été, au mieux, plus restreint et, en conséquence, limité aux membres des Premières nations vivant dans ces deux provinces. Je pense qu'à cet égard, tout comme dans l'énumération des marchandises qui pourraient être importées en franchise, le juge de première instance a surestimé la portée du droit ancestral en question.

[24] Après avoir rappelé l'assertion faite par l'intimé que les termes du Traité Jay expriment le contenu du droit ancestral revendiqué en l'espèce, il a conclu en page 71 de sa décision que ce libellé «renforce l'idée que le droit ancestral en question est le droit de se livrer à un commerce à petite échelle». Il a décidé ensuite [à la page 72] que les marchandises visées à l'article III du Traité Jay sont les marchandises destinées à un «usage personnel ou communautaire» et, à la même page, que les termes de ce traité confirment que ce droit englobe celui de se livrer au troc avec d'autres Premières nations. Il faut rappeler que l'intimé revendique en fait un droit à l'exemption, dont le contenu est le même, que la source en soit les usages et traditions des Mohawk ou les termes du Traité Jay, lequel est considéré comme consacrant ces usages et traditions.

[25] Article III of the Treaty reads in part:

It is agreed that it shall at all Times be free to His Majesty's Subjects, and to the Citizens of the United States, and also to the Indians dwelling on either side of the said Boundary Line freely to pass and repass by Land, or Inland Navigation, into the respective Territories and Countries of the Two Parties on the Continent of America (the Country within the Limits of the Hudson's Bay Company only excepted) and to navigate all the Lakes, Rivers, and waters thereof, and freely to carry on trade and commerce with each other.

All Goods and Merchandize whose Importation into His Majesty's said Territories in America shall not be entirely prohibited, may freely, for the purposes of commerce, be carried into the same in the manner aforesaid, by the Citizens of the United States, and such Goods and Merchandize shall be subject to no higher or other Duties than would be payable by His Majesty's Subjects on the Importation of the same from Europe into the said Territories. And in like manner, all Goods and Merchandize whose importation into the United States shall not be wholly prohibited, may freely, for the purposes of Commerce, be carried into the same, in the manner aforesaid, by His Majesty's Subjects, and such Goods and Merchandize shall be subject to no higher or other Duties than would be payable by the Citizens of the United States on the Importation of the same in American Vessels into the Atlantic Ports of the said States. And all Goods not prohibited to be exported from the said Territories respectively, may in like manner be carried out of the same by the Two Parties respectively, paying Duty as aforesaid.

No Duty of Entry shall ever be levied by either Party on Peltries brought by Land, or Inland Navigation into the said Territories respectively, nor shall the Indians passing or repassing with their own proper Goods and Effects of whatever nature, pay for the same any Impost or Duty whatever. But Goods in Bales, or other large Packages unusual among Indians shall not be considered Goods belonging bona fide to Indians.⁴

[26] The first of these three paragraphs merely states that all the belligerents in the war, i.e., the British subjects, the citizens of the United States as well as the Indians who had fought on either side of the Boundary Line, would be free to use the land routes, inland waters, rivers and lakes on both sides of the border and to resume among themselves the trade and commerce that had been in all likelihood interrupted by the war. The signatories to the Treaty undertook to allow for the common use of land and water routes on

[25] L'article III de ce traité porte notamment:

[TRADUCTION] Il est convenu qu'il sera en tout temps libre aux sujets de Sa Majesté et aux citoyens des États-Unis, ainsi qu'aux Indiens résidant sur l'un ou l'autre côté des frontières, de passer et repasser librement par terre ou par la navigation intérieure dans les territoires et pays des deux parties respectivement, sur le continent de l'Amérique (le pays en dedans des limites de la Compagnie de la Baie d'Hudson seulement excepté) et de naviguer sur tous les lacs et rivières d'iceux et d'avoir un commerce libre les uns avec les autres.

Tous les biens et marchandises, dont l'importation dans lesdits territoires de Sa Majesté en Amérique, ne sera pas entièrement interdite, pourront librement, aux fins du commerce, être transportés dans lesdits territoires de la manière prévue, par les citoyens des États-Unis, et ces biens et marchandises ne seront pas soumis à des droits de douane plus élevés que ceux auxquels sont tenus les sujets de Sa Majesté pour l'importation de ces mêmes marchandises d'Europe dans lesdits territoires. De même manière, tous les biens et marchandises dont l'importation aux États-Unis ne sera pas entièrement interdite, pourront librement, aux fins du commerce, être importés aux États-Unis, de la manière prévue, par les sujets de Sa Majesté, et ces biens et marchandises ne seront pas assujettis à des droits de douane plus élevés que ceux auxquels seraient tenus les citoyens des États-Unis dans le cadre de l'importation de ces mêmes marchandises à bord de vaisseaux américains dans les ports atlantiques desdits États-Unis. Et tous les biens dont l'exportation n'est pas interdite à partir desdits territoires, pourront de même manière être transportés de ces territoires par les deux parties respectivement, sur paiement des droits prévus.

Il ne sera levé par aucune des parties aucun droit d'entrée sur les pelleteries apportées par terre ou par la navigation intérieure dans lesdits territoires respectivement, et les Indiens passant ou repassant avec leurs propres effets et marchandises, de quelque nature qu'ils soient, ne seront sujets pour iceux à aucun droit ou impôt quelconque. Mais les marchandises en balles, ou autres gros paquets, qui ne sont pas communs parmi les Indiens, ne seront point considérés comme des marchandises appartenant bona fide aux Indiens.⁴

[26] Le premier de ces trois paragraphes ne fait qu'énoncer que tous les belligérants, savoir les sujets britanniques, les citoyens des États-Unis et les Indiens, qui avaient combattu pour l'une ou l'autre partie de part et d'autre de la frontière, seraient libres d'utiliser les routes, les voies de navigation intérieure, les rivières et les lacs des deux côtés de la frontière, et de reprendre entre eux le commerce qui avait été, en toute probabilité, interrompu par la guerre. Les signataires du traité s'engageaient à permettre l'usage

either side of the border. It is worth noting that the freedom hereby given is not specific to the Indians. It is granted to everyone and, therefore, of little assistance in establishing the existence and defining the content of the Aboriginal right to customs duties exemptions claimed by the respondent.

[27] In addition, nothing in this paragraph, especially when read in context with the second and third paragraphs, evidences an intent on the part of the parties to the Treaty to exempt from the payment of customs duties the trade and commerce that would be resumed between the two states. On the contrary, the right given to everyone is to freely carry on trade and commerce with each other, not to carry on free trade with each other (emphasis added). To put it in another way, the purpose of Article III of the Treaty, after a disruptive period of hatred and enmity engendered by war, was to guarantee freedom of trade to everyone, not free trade to everyone.

[28] Indeed, the second paragraph clearly establishes, as a rule, an obligation to pay customs duties on all goods whose importation is not prohibited. The third paragraph provides a specific exemption of duties to everyone on Peltries only and a limited exemption to Indians on their own proper goods and effects.

[29] The limited exception to the payment of customs duties given to Indians travelling with their own proper goods and effects, in my view, refers to goods for their personal use as well as goods belonging to their own community for collective or common use by the members of that community. It does not grant them a right to import, for trading purposes on a non-commercial scale, other goods duty-free. I am comforted in this view by the following limitation to the exception found in the last sentence of the paragraph:

But Goods in Bales, or other large Packages unusual among Indians shall not be considered Goods belonging bona fide to Indians.

commun des voies de communication par terre et par eau des deux côtés de la frontière. Il y a lieu de noter que cette liberté n'était pas réservée aux Indiens. Elle est reconnue à tout un chacun et, de ce fait, n'est pas d'un grand secours pour ce qui est de prouver l'existence et de définir le contenu du droit ancestral à l'exemption des droits de douane, tel que le revendique l'intimé.

[27] Qui plus est, il n'y a rien dans ce paragraphe, en particulier lorsqu'il est examiné à la lumière des deux paragraphes suivants, qui prouve la volonté des signataires d'exempter des droits de douane le commerce et les échanges qui reprendraient entre les deux États. Au contraire, le droit reconnu à tout un chacun est d'avoir un commerce libre les uns avec les autres, et non d'avoir un commerce hors douane les uns avec les autres (c'est moi qui souligne). En d'autres termes, l'article III du Traité Jay avait, après une période perturbatrice de haine et d'hostilité engendrées par la guerre, pour but de garantir la liberté de commerce à tout un chacun, et non le commerce sans droits ni taxes.

[28] De fait, le deuxième paragraphe pose clairement pour règle l'obligation de payer les droits de douane sur toutes les marchandises dont l'importation n'est pas interdite. Le troisième paragraphe prévoit expressément l'exemption des droits de douane pour les seules pelleteries et, en faveur des Indiens, pour leurs propres effets et marchandises.

[29] L'exemption limitée de droits de douane accordée aux Indiens accompagnés de leurs propres effets et marchandises s'applique, à mon avis, aux articles destinés à leur usage personnel ainsi qu'aux articles appartenant à leur communauté et destinés à l'usage communautaire ou collectif des membres de cette dernière. Elle ne leur permet pas d'importer en franchise d'autres marchandises aux fins d'échanges non commerciaux. À preuve la limitation suivante de l'exception, qui figure dans la dernière phrase du paragraphe:

Mais les marchandises en balles, ou autres gros paquets, qui ne sont pas communs parmi les Indiens, ne seront point considérés comme des marchandises appartenant bona fide aux Indiens.

[30] This limitation indicates that goods transported in large quantities or quantities larger than what usually corresponds to personal and community belongings and effects cannot be reasonably considered as “own proper goods or effects” exempt from taxation. They are considered to be goods for trade and, therefore, subject to customs duties.

[31] To sum up on the scope and content of the respondent’s Aboriginal right, I am of the view that the Aboriginal right of the respondent is the right, when crossing the international border at Cornwall Island, to bring with himself in Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, goods bought in the State of New York without having to pay any duties or taxes to the Canadian government or authority. Consequently, paragraph 1 of the declaration issued by the Trial Judge should be amended accordingly.

Whether the Aboriginal Right has been Extinguished prior to 1982 by the *Customs Act*

[32] In his submissions on appeal, the Minister pressed the argument that the Aboriginal right had been extinguished by the *Customs Act* provisions which he says impose a blanket obligation on all persons to report at customs when entering Canada all goods sought to be imported.

[33] In my view it is not necessary to engage in a detailed assessment of the appellant’s argument. I agree with the Trial Judge’s conclusion that the appellant has not satisfied the onus of demonstrating that the *Customs Act* exhibits the “clear and plain intention” necessary to extinguish the Aboriginal right.

[34] In addition to the reasons provided by the Trial Judge, I find support for my view in that the *Customs Act* provides for exemptions from duty by regulation and from the fact that its application to the Mohawks of Akwesasne during the late nineteenth and twentieth century was sporadic and inconsistent.

[30] Cette limitation signifie que les marchandises transportées en grande quantité ou en quantité excédant ce qui correspond habituellement aux effets personnels ou communautaires ne sauraient raisonnablement être considérées comme des «propres effets et marchandises» exemptés de droits et taxes. Elles sont considérées comme marchandises destinées au commerce et, de ce fait, sont assujetties aux droits de douane.

[31] Pour récapituler la portée et le contenu du droit ancestral revendiqué par l’intimé, je suis d’avis que ce droit est celui de rapporter, au passage de la frontière internationale sur l’île de Cornwall et sans en payer les droits de douane ou taxes au gouvernement ou aux autorités canadiennes, des marchandises achetées dans l’État de New York pour son usage ou consommation personnelle, ou pour l’usage ou consommation des membres de la communauté d’Akwesasne. Il y a donc lieu de réformer en conséquence le premier paragraphe de la décision de première instance.

Le droit ancestral a-t-il été éteint par la *Loi sur les douanes* avant 1982?

[32] En appel, le ministre soutient que le droit ancestral en question avait été éteint par les dispositions de la *Loi sur les douanes*, lesquelles, dit-il, imposent à chacun l’obligation générale de déclarer à l’entrée au Canada toutes les marchandises qu’il se propose d’importer.

[33] Il n’est pas nécessaire d’approfondir cet argument. Je partage la conclusion du juge de première instance que l’appelant ne s’est pas acquitté de la charge de prouver que la *Loi sur les douanes* exprime la volonté «claire et expresse» nécessaire pour l’extinction de ce droit ancestral.

[34] Outre les motifs prononcés à ce sujet en première instance, il y a lieu de rappeler que la *Loi sur les douanes* prévoit l’exemption des droits par voie de réglementation, et que son application aux Mohawks d’Akwesasne au XIX^e et au XX^e siècle a été sporadique et changeante.

[35] The appellant has relied solely on the reporting requirements of the *Customs Act, 1985* and its predecessors to argue that the Aboriginal right has been extinguished. With the adoption of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, it is clear that if the right was extinguished it would have had to be done so before 1982. Thus the current Act is not relevant to the question of extinguishment. Rather, the appellant is left with relying on the *Customs Act* (R.S.C. 1970, c. C-40) and its predecessors. The appellant relies on sections 9 and 18 of the 1970 Act which the appellant emphasizes have been consistently in force in Canada since 1906. The sections state:

9. All goods imported into Canada, whether by sea, land, coastwise, or by inland navigation, whether dutiable or not, shall be brought in at a port of entry where a custom-house is lawfully established.

...

18. Every person in charge of a vehicle arriving in Canada, other than a railway carriage, and every person arriving in Canada on foot or otherwise, shall

(a) come to the custom-house nearest to the point at which he arrived in Canada, or to the station of the officer nearest to such point if that station is nearer thereto than a custom-house;

(b) before unloading or in any manner disposing thereof, make a report in writing to the collector or proper officer at such custom-house or station of all goods in his charge or custody or in the vehicle and of the fittings, furnishings and appurtenances of the vehicle and any animals drawing it and their harness and tackle, and of the quantities and values of such goods, fittings, furnishings, appurtenances, harness and tackle; and

(c) then and there truly answer all such questions respecting the articles mentioned in paragraph (b) as the collector or proper officer requires of him and make due entry thereof as required by law.

[36] It is immediately seen that the sections relied on by the appellant do not address the question of duty and therefore cannot extinguish the Aboriginal right to bring in personal and community goods duty free. While the appellant did not raise the provisions which relate specifically to duty, an analysis indicates that even these provisions do not evince a clear and plain

[35] L'appellant cite uniquement l'obligation de déclarer les marchandises à l'entrée, que prévoient la *Loi sur les douanes* de 1985 et ses prédécesseurs, pour soutenir que le droit ancestral en cause avait été éteint. À la suite de l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il est clair que si ce droit avait été éteint, il faut qu'il l'ait été avant 1982. Le texte actuellement en vigueur n'a donc pas application à l'égard de la question de l'extinction. L'appellant ne peut donc invoquer que la *Loi sur les douanes* de 1970 (S.R.C. 1970, ch. C-40) et ses prédécesseurs. Il s'appuie sur les articles 9 et 18 de la Loi de 1970, lesquels, dit-il, ont été continuellement en vigueur au Canada depuis 1906. Les voici:

9. Tous effets importés au Canada, soit par mer, soit par terre, par voie de cabotage ou de navigation intérieure, qu'ils soient imposables ou non, doivent être apportés dans un port ou lieu d'entrée où un bureau de douane est légalement établi.

[. . .]

18. Toute personne ayant la charge d'un véhicule, autre qu'une voiture de chemin de fer, arrivant au Canada, comme toute personne arrivant au Canada à pied ou autrement, doit

a) se rendre au bureau de douane le plus rapproché de l'endroit où elle est arrivée au Canada, ou au poste du préposé le plus rapproché de cet endroit si ce poste en est plus rapproché qu'un bureau de douane;

b) avant d'en effectuer le déchargement ou d'en disposer de quelque façon, faire connaître par écrit au receveur ou préposé compétent, à ce bureau de douane ou à ce poste, tous les effets dont elle a la charge ou garde ou dans le véhicule, et les garnitures, équipements et accessoires du véhicule, et tous animaux qui le traînent ainsi que leurs harnais et attelages, de même que les quantités et les valeurs des effets, équipements, accessoires, harnais et attelages en question; et

c) sur-le-champ répondre véridiquement à telles questions, relatives aux articles mentionnés dans l'alinéa b), que lui pose le receveur ou préposé compétent et faire à ce sujet une déclaration en bonne forme ainsi que l'exige la loi.

[36] On peut voir immédiatement que les dispositions invoquées par l'appellant ne portent pas sur la question des droits de douane et ne peuvent donc avoir pour effet d'éteindre le droit ancestral d'importer en franchise des articles d'usage personnel ou communautaire. L'appellant n'a pas invoqué les dispositions se rapportant expressément aux droits de douane, mais

intention to extinguish the right. Subsection 22(1) of the *Customs Act*, 1970 is the governing provision for the payment of duty. It states:

22. (1) Unless the goods are to be warehoused in the manner provided by this Act, the importer shall, at the time of entry,

(a) pay or cause to be so paid, all duties upon all goods entered inwards;

. . .

and the collector or other proper officer shall, immediately thereupon, grant his warrant for the unloading [*sic*] of such goods, and grant a permit for the conveyance of such goods further into Canada, if so required by the importer.

[37] Subsection 22(1) imposes the general rule that duty must be paid on all goods. However subsection 22(3) allows the government to exempt certain goods from duties through the enactment of regulations. It states:

22. . . .

(3) The Governor General in Council may make regulations prescribing

(a) the terms and conditions upon which goods may be entered into Canada free of any requirement that the importer shall, at the time of entry, pay or cause to be so paid all duties on the goods so entered inwards;

[38] The fact that the Governor in Council may regulate the application of duties in the *Customs Act* is inconsistent with the appellant's assertion that the Act is an absolute bar to duty-free entry and supports the Trial Judge's view that it is of a more regulatory nature, akin to the legislation found in *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. I note that the ability to regulate the application of duties is not merely a passing feature of the legislation but an integral part of the Act and has been retained in the current Act.⁵

[39] With regard to the application of the *Customs Act*, the evidence reveals that there was no clear

à l'analyse on voit que même celles-ci n'expriment pas la volonté claire et expresse d'éteindre le droit en question. Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur les douanes* de 1970, qui régit le paiement des droits de douane, prévoit ce qui suit:

22. (1) À moins que les effets ne soient destinés à l'entreposage de la manière prescrite par la présente loi, l'importateur doit, lors de la déclaration d'entrée,

a) payer ou faire payer tous les droits dus sur tous les effets déclarés à l'entrée;

[. . .]

et le receveur ou autre préposé compétent doit immédiatement, dès lors, accorder son autorisation pour le débarquement de ces effets et accorder un laissez-passer ou permis de les transporter plus loin au Canada, si l'importateur le demande.

[37] Le paragraphe 22(1) pose la règle générale du paiement des droits de douane sur toutes marchandises. Le paragraphe 22(3) habilite cependant le gouvernement à en exempter par règlement certaines marchandises:

22. [. . .]

(3) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements prescrivant

a) les conditions auxquelles des effets peuvent être entrés au Canada sans que l'exportateur soit tenu, lors de l'entrée, de payer ou de faire ainsi payer tous les droits visant les effets ainsi déclarés à l'entrée; [. . .]

[38] Le fait que le gouverneur en conseil peut réglementer l'application des droits prévus par la *Loi sur les douanes* ne s'accorde pas avec l'assertion par l'appelant que celle-ci exclut absolument toute importation en franchise. Il conforte la conclusion tirée en première instance que cette Loi est plutôt de nature réglementaire, tout comme la législation applicable dans les causes *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Je note que la possibilité de réglementer l'application des droits de douane n'est pas seulement une disposition incidente mais fait partie intégrante de la Loi; elle figure toujours dans le texte actuellement en vigueur⁵.

[39] En ce qui concerne l'application de la *Loi sur les douanes*, les preuves produites ne révèlent pas chez

intention on the part of people charged with enforcing the Act to extinguish the right. Indeed for extensive periods of time in the period from 1900 to the 1950's, Aboriginals were not assessed duty on their personal goods. In allowing this practice, local customs officials were not acting alone, but were following the instructions of high ranking officials. The evidence demonstrates that different levels of officials condoned and encouraged such treatment of the Aboriginals with respect to the paying of duties. As late as 1951, the Deputy Minister of Justice believed that Aboriginals had the right to bring in personal goods duty free. This is evident from a letter written by the Deputy Minister of Citizenship to the Deputy Minister of Customs & Excise in which the Deputy Minister of Justice is quoted as saying:

With reference to the importation of goods into Canada from the United States free of duty, I am of the opinion that it will depend on the particular facts of each case as it arises. In view of Article III, . . . Indians passing or repassing with their own proper goods and effects of whatever nature . . . need pay no duty." Consequently, it will depend in each instance whether the article in question is the Indian's own proper goods and effects. When the goods are in bales . . . or other large packages, unusual among Indians . . . they would be liable for duty.

[40] Finally, I note that an analogy can be drawn between the preferential treatment given to Aboriginals at the border and the government behaviour cited in *Gladstone, supra*, at page 754, where the fact that the government had given preference to Aboriginal commercial fishing by providing greatly reduced licensing fees and encouraging Aboriginal participation in the fisheries was support for the finding that the Crown had not intended to extinguish the Aboriginal right to fish.

[41] I would not want to conclude my analysis of the Trial Judge's decision without underlining the substantial effort required from him in reviewing the voluminous, and often conflicting, evidence adduced before him. Our intervention should not obscure the fact that his decision contains numerous factual and

les autorités responsables de l'appliquer une intention claire d'éteindre le droit en question. De fait, pendant de longs intervalles durant la période allant de 1900 aux années 1950, les Autochtones n'étaient pas tenus au paiement de droits de douane sur leurs effets personnels. En accordant cette franchise, les agents de douane n'agissaient pas de leur propre chef, mais suivaient les instructions des hautes autorités. Il ressort de ces preuves que différents niveaux d'autorité toléraient et encourageaient ce traitement à l'égard des Autochtones en matière de droits de douane. En 1951 encore, le sous-ministre de la Justice pensait que les Autochtones avaient le droit de rapporter des effets personnels en franchise des droits de douane. C'est ce qui ressort d'une lettre du sous-ministre de la Citoyenneté au sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise, et dans laquelle se trouve cet avis du sous-ministre de la Justice:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'importation en franchise au Canada de marchandises en provenance des États-Unis, j'estime qu'elle dépendra des circonstances de chaque cas d'espèce. Aux termes de l'article III, «les Indiens passant ou repassant avec leurs propres effets et marchandises, de quelque nature qu'ils soient, ne seront sujets pour iceux à aucun droit ou impôt quelconque». En conséquence, la réponse dépendra dans chaque cas du point de savoir si l'article en question fait partie des propres effets et marchandises de l'Indien. Mais les marchandises en balles, ou autres gros paquets, qui ne sont pas communs parmi les Indiens, seront assujettis aux droits de douane.

[40] Enfin, on peut rapprocher le traitement préférentiel réservé aux Indiens à la frontière de l'attitude manifestée par les autorités gouvernementales dans la cause *Gladstone, supra*, en page 754, où le fait que le gouvernement avait accordé un traitement préférentiel aux pêcheurs commerciaux autochtones par une réduction considérable des droits de licence et par l'encouragement donné aux Autochtones de participer à la pêche permettait de conclure que la Couronne n'avait pas entendu éteindre le droit de pêche des Autochtones.

[41] En concluant mon analyse de la décision du juge de première instance, je dois souligner l'effort considérable qu'il a dû consentir pour examiner la grande quantité de preuves et de témoignages, souvent contradictoires, qui a été produite. Notre intervention ne doit pas faire oublier que sa décision renferme un

legal findings that we endorse.

[42] For these reasons, the cross-appeal will be dismissed with costs. The appeal will be allowed, but success being divided, there will be no costs. There will also be no cost for or against the intervenor. The first paragraph of the declaration issued by the Trial Judge will be replaced by the following:

1. the 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 at Cornwall Island, to bring with himself in Canada, for personal use or consumption, or for collective use or consumption by the members of the community of Akwesasne, goods bought in the State of New York without having to pay any duty or taxes to the Canadian government or authority.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[43] SEXTON J.A.: I have read the reasons of my learned colleague and I agree with his disposition of the cross-appeal. Regarding the appeal, while I adopt his reasons in the other issues in this case, I find it necessary to add these remarks as I have concluded that the Trial Judge did not err in finding that the respondent's Aboriginal right includes the right to bring in goods that are intended for non-commercial scale trade (right to duty-free trade) with other First Nation communities. As is made clear below, I find that the right is limited geographically to goods intended for trade with other First Nation communities in Quebec or Ontario.

[44] In this regard I differ in two aspects from my learned colleague. First, I do not find that the Trial Judge committed an error in his findings of fact that mandates the intervention of this Court. Second, I do not believe that the interpretation of the Jay Treaty is

grand nombre de conclusions sur les faits et sur les points de droit auxquelles nous souscrivons.

[42] Par ces motifs, l'appel incident sera rejeté avec dépens. L'appel principal sera accueilli en partie mais, l'appelant et l'intimé ayant eu partiellement gain de cause, aucuns dépens ne seront adjugés. Il n'y aura aucune adjudication de dépens pour ou contre l'intervenant. Le premier paragraphe de la déclaration émise par le juge de première instance sera remplacé par ce qui suit:

1. 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 au Canada, lorsqu'il traverse la frontière internationale sur l'île de Cornwall, des marchandises achetées dans l'État de New York pour son usage ou sa consommation personnelle, ou pour l'usage ou la consommation collective des membres de la communauté d'Akwesasne, sans en payer les droits ou taxes au gouvernement ou aux autorités canadiennes.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[43] LE JUGE SEXTON, J.C.A.: J'ai lu les motifs rédigés en l'espèce par mon estimé collègue et souscrit à la suite qu'il réserve à l'appel incident. Pour ce qui est de l'appel principal, je souscris aux motifs qu'il prononce au sujet des autres points litigieux, mais j'estime nécessaire d'y ajouter les observations qui suivent, après avoir conclu que le juge de première instance n'a pas commis une erreur en jugeant que le droit ancestral de l'intimé s'entend également du droit de rapporter des marchandises destinées à des échanges non commerciaux (droit aux échanges hors douane) avec d'autres Premières nations. Pour les motifs qui suivent, je conclus que ce droit est géographiquement limité aux marchandises destinées aux échanges avec d'autres Premières nations au Québec et en Ontario.

[44] À cet égard, il est deux points sur lesquels je ne partage pas les conclusions de mon estimé collègue. Je ne pense pas, en premier lieu, que le juge de première instance ait, dans ses conclusions sur les faits, commis une erreur telle qu'elle appelle l'intervention de la

relevant to determining the scope of the respondent's Aboriginal right.

[45] It is clear that an appellate court should not intervene in the findings of fact of the Trial Judge unless faced with a "palpable and overriding error". In this case, I cannot agree that the evidence does not support the finding that the Mohawks of Akwesasne engaged in trade across what is now the Canada-United States border in pre-contact times. Furthermore, I believe it is important to emphasize that the finding that the Aboriginal right includes the right to duty-free trade is not dependent on his conclusion that Article III of the Jay Treaty grants the identical right. Consequently, in my view, the Trial Judge did not commit a palpable or overriding error in making his finding that would warrant the intervention of this Court.

[46] The Trial Judge's conclusion on the issue of duty-free trade is found at page 44 of his reasons, where he states:

I am satisfied that the Mohawks travelled across the boundary from their homeland in the United States into Canadian territory for trade related purposes prior to the arrival of the Europeans. The Mohawks crossed the boundary with their goods for personal and community use without having to pay duty or taxes on those goods. Whatever goods they obtained either by raiding or by hunting and fishing could be freely brought back across the border. 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, however, 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.

Cour et, en second lieu, que l'interprétation du Traité Jay ait quelque rapport que ce soit avec la détermination de la portée du droit ancestral de l'intimé.

[45] Il est clair que la juridiction d'appel ne doit toucher aux conclusions sur les faits du juge de première instance que s'il y a eu «erreur manifeste et dominante». En l'espèce, je ne peux convenir que les preuves produites ne permettent pas de conclure qu'avant le contact avec les Européens, les Mohawks d'Akwesasne se livraient au commerce à travers ce qui est maintenant la frontière séparant le Canada et les États-Unis. En outre, il faut souligner que la conclusion tirée par le juge de première instance que le droit ancestral en cause englobe le droit aux échanges hors douane n'est pas subordonnée à sa conclusion que l'article III du Traité Jay confère exactement le même droit. À mon avis donc, le juge de première instance n'a pas commis par cette conclusion une erreur manifeste et dominante qui justifie l'intervention de la Cour.

[46] La conclusion du juge de première instance sur la question des échanges hors douane se trouve en page 44 de ses motifs, comme suit:

En ce qui concerne l'utilisation du territoire d'Akwesasne et des environs aux fins de leur commerce, je considère que les Mohawks franchissaient la frontière pour se rendre de leur territoire national aux États-Unis en territoire canadien afin de s'y livrer au commerce, et cela avant l'arrivée des Européens. Les Mohawks franchissaient la frontière avec des marchandises destinées à un usage personnel et communautaire sans avoir à payer de droits de douane ou de taxes sur ces marchandises. 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. 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, mais 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.

[47] This passage illustrates that the Trial Judge properly considered the totality of the evidence of pre-contact trade before coming to his conclusion. Despite his finding that there was little direct evidence, he found, after applying the evidentiary principles established by the Supreme Court for Aboriginal cases, that the evidence supported the right to duty-free trade. In *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, the Supreme Court recognized that it would be exceedingly difficult to produce conclusive evidence from pre-contact times of traditional practices of the community. Thus, the Trial Judge was entitled to rely on post-contact evidence that was directed at demonstrating that the Mohawks engaged in the pre-contact practice of trade across what is now the Canada-United States border.

[48] In my view, the evidence relied on by the Trial Judge is sufficient to ground his finding of pre-contact trade. It should be emphasized that at trial, the issue contested between the expert witnesses was the geographical extent of the trading (whether trading was North-South) rather than the existence of trading itself. The fact that trading was an important part of the Iroquois Nation is well documented. I note in particular, the Trial Judge's reliance on the early entry in the diary of Dutch explorer Dr. van den Bogaert in 1634 published in Harmen Meyndertsz van den Bogaert, *A Journey into Mohawk and Oneida Country 1634-1635*, (Syracuse, New York: Syracuse University Press, 1988) which describes the trading of dried fish and tobacco by a number of Iroquois women. The significance of this type of early evidence has already been recognized by the Supreme Court of Canada (see *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at page 747). Justice McKeown also noted that the 1645 Treaty which opened trade between the French, Iroquois and other First Nations was further evidence of the importance of trade to the Iroquois.

[47] Ce passage montre qu'avant de parvenir à la conclusion susmentionnée, il a dûment examiné toutes les preuves produites au sujet des échanges qui se faisaient avant l'arrivée des Européens. Tout en notant qu'il n'y avait guère de preuves directes à ce sujet, il a conclu, par application des règles de preuve définies par la Cour suprême pour les affaires touchant les Autochtones, que les preuves produites établissaient l'existence du droit aux échanges hors douane. Dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour suprême reconnaît qu'il serait excessivement difficile de produire des preuves concluantes remontant à l'époque antérieure à l'arrivée des Européens, sur les pratiques traditionnelles des communautés autochtones. Le juge de première instance était donc justifié de se fonder sur les preuves postérieures à ce contact, tendant à démontrer qu'avant l'arrivée des Européens, les Mohawks faisaient des échanges à travers ce qui est maintenant la frontière entre le Canada et les États-Unis.

[48] J'estime que les preuves sur lesquelles s'est fondé le juge de première instance sont suffisantes pour appuyer sa conclusion à l'existence d'échanges avant l'arrivée des Européens. Il y a lieu de souligner qu'en première instance, le débat entre les experts portait sur l'étendue géographique des échanges (savoir s'il se faisait dans l'axe nord-sud) et non sur l'existence même de ce commerce. Que les échanges aient été une activité importante de la nation des Iroquois est un fait bien établi. Je note en particulier que le juge de première instance a cité les premières observations en la matière, consignées en 1634 dans le journal de l'explorateur hollandais D' van den Bogaert (Harmen Meyndertsz van den Bogaert, *A Journey into Mohawk and Oneida Country 1634-1635* (Syracuse, New York: Syracuse University Press, 1988)), qui décrivent le troc de poisson séché et de tabac, auquel se livraient un certain nombre d'Iroquoises. L'importance des preuves anciennes de ce genre a été reconnue par la Cour suprême du Canada (voir *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, en page 747). Le juge McKeown a également noté que le Traité de 1645 qui ouvrait les échanges entre les Français, les Iroquois et d'autres Premières nations est une autre preuve de l'importance que représentaient les échanges pour les Iroquois.

[49] In my view, the Trial Judge made a full appraisal of the submissions of both parties on the existence of North-South trade before reaching his conclusion. The respondent's experts testified that the geographic position of the Mohawks enabled them to gain easy access to the St. Lawrence valley and the lower Great Lakes region for purposes of trade and diplomacy. This view was supported by the evidence of experts from both sides who testified that the Iroquois frequently travelled north into what is now Canada to engage in commercially motivated warfare. In the respondent's expert's view this was to further their control over trade. The Trial Judge accepted this position and specifically rejected the view of the appellant's expert, Dr. von Gernet, on the basis that he concentrated "too much on the raiding activities" of the Mohawks and because it was inconsistent with archaeological evidence from Daniel Richter's article entitled "Ordeal of the Longhouse: The Five Nations in Early American History" in *Beyond the Covenant Chain: the Iroquois and their Neighbors in Indian North America 1600-1800*, D. K. Richter and J. H. Merrel eds. (Syracuse N.Y.: Syracuse University Press, 1987).

[50] This article, which was submitted by the appellant's expert witness, demonstrated 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. He concluded that the Richter article confirmed that trade was of vital importance to the Iroquois and that it was evidence of long distance trade.

[51] In my view, the evidence of pre-contact trade supported the finding of the Trial Judge that the respondent's Aboriginal right included the right to duty-free trade with other First Nation Communities on a non-commercial scale. I turn now to the second issue: the significance of the Trial Judge's interpretation of the Jay Treaty.

[49] Je vois qu'il a pleinement pris en considération les observations de l'une et l'autre parties sur l'existence d'échanges nord-sud avant de tirer ses propres conclusions. Selon les experts cités par l'intimé, la position géographique des Mohawks facilitait leurs entreprises commerciales et diplomatiques dans la vallée du Saint-Laurent et le sud de la région des Grands Lacs. Cette opinion est renforcée par le fait que, selon les experts cités par l'une et l'autre parties, les Iroquois allaient souvent vers le nord, en territoire canadien actuel, pour y faire la guerre pour des raisons commerciales. Selon l'expert cité par l'intimé, cette activité avait pour but d'étendre leur contrôle sur les échanges. Le juge de première instance a accepté cette opinion et expressément rejeté l'opinion de l'expert cité par l'appelant, M. von Gernet, pour le motif que celui-ci «accorde trop d'importance aux excursions guerrières» des Mohawks et que son avis était incompatible avec la preuve archéologique tirée de l'article de Daniel Richter, «Ordeal of the Longhouse: The Five Nations in Early American History» dans *Beyond the Covenant Chain: the Iroquois and their Neighbors in Indian North America 1600-1800*, D. K. Richter et J. H. Merrel, édés. (Syracuse, N.Y.: Syracuse University Press, 1987).

[50] Cet article, qu'a produit l'expert cité par l'appelant, démontre que 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. Il conclut que l'article de Richter confirme l'importance vitale des échanges pour les Iroquois en même temps qu'il constitue la preuve d'échanges avec des peuples lointains.

[51] À mon avis, la preuve d'échanges avant l'arrivée des Européens fonde la conclusion du juge de première instance que le droit ancestral de l'intimé englobait le droit de faire des échanges hors douane à un niveau non commercial avec d'autres Premières nations. J'en viens maintenant au second point litigieux, savoir la signification de l'interprétation faite par le juge de première instance du Traité Jay.

[52] With respect, I cannot agree that the Trial Judge improperly relied on his interpretation of the Jay Treaty to support his finding that the Aboriginal right included the right to duty-free trade. As seen above, the Jay Treaty is not addressed in his initial analysis of the Aboriginal right. After finding that the respondent's Aboriginal right included the right to duty-free trade, the Trial Judge turned his mind to the issue of treaty rights. It is not until after this discussion, at page 71, that he concluded that the wording of the Jay Treaty reinforced his characterization of the Aboriginal right. It should be noted that these comments were made *in obiter* while addressing the relationship between Aboriginal rights and treaty rights. As has been illustrated above, at this point in his judgment the Trial Judge has already recognized the existence of the Aboriginal right to duty-free trade.

[53] In my view, the Jay Treaty could not possibly be employed to limit the scope of the Aboriginal right. As the Trial Judge rightly points out at page 71, the Jay Treaty "cannot serve as a limitation on a constitutionally protected Aboriginal right". Once it has been determined that the test for the existence of an Aboriginal right established in *Van der Peet, supra*, has been satisfied, this right is protected by the Constitution unless the right has been extinguished. In these proceedings, the appellant has not argued that the Jay Treaty or its implementing legislation extinguished the Aboriginal right. In any event, it is clear that this argument would have failed: the fact that Aboriginals may have been granted a more limited form of the Aboriginal right in an international treaty cannot serve to restrict the right which is protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[54] In sum, I have concluded that the Trial Judge did not err in finding that the respondent's Aboriginal right includes the right to trade on a non-commercial scale with other First Nations. It is my opinion that the Trial Judge made no error in relying on the Jay Treaty as support for the Aboriginal right to duty-free trade. However, even if the Jay Treaty did not include the right to trade duty-free, this error is immaterial to the content of the Aboriginal right that he has found is supported by the breadth of evidence in this case. The sole remaining issue to be considered is the

[52] Je ne peux convenir qu'il se soit fondé à tort sur son interprétation du Traité Jay pour conclure que le droit ancestral en cause englobait celui de faire des échanges hors douane. Comme déjà noté, il n'a pas pris ce Traité en compte dans son analyse initiale du droit ancestral. Ce n'est qu'après avoir conclu que le droit ancestral comprenait celui de faire des échanges hors douane qu'il s'est penché sur la question des droits issus des traités. Ce n'est qu'après cette analyse en page 71, qu'il conclut que les termes du Traité Jay renforcent son interprétation du droit ancestral. Il y a lieu de noter que cette conclusion était une observation incidente dans le cours de l'analyse des rapports entre droits ancestraux et droits issus des traités. Comme noté *supra*, à ce stade de son jugement, le juge de première instance avait déjà reconnu l'existence du droit ancestral de faire des échanges hors douane.

[53] À mon avis, le Traité Jay ne pourrait jamais être invoqué pour limiter la portée des droits ancestraux. Ainsi que le juge de première instance l'a fait observer à juste titre en page 71, le Traité Jay «ne saurait venir restreindre un droit ancestral constitutionnellement protégé». Une fois jugé que la condition de l'existence d'un droit ancestral, telle que la définit l'arrêt *Van der Peet*, précité, est remplie, ce droit est protégé par la Constitution sauf extinction antérieure. En l'espèce, l'appelant ne soutient pas que le Traité Jay ou la loi portant sa mise en vigueur a éteint le droit ancestral en cause. De toute façon, il est clair que cet argument aurait été rejeté: le fait que des Autochtones ont pu se voir reconnaître une forme plus limitée du droit ancestral dans un traité international ne peut servir à limiter le droit qui est protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[54] Pour récapituler, le juge de première instance n'a pas commis une erreur en concluant que le droit ancestral de l'intimé comprend celui de faire des échanges non commerciaux avec d'autres Premières nations. Il n'a commis aucune erreur en se fondant sur le Traité Jay pour conclure à l'existence du droit ancestral de faire des échanges hors douane. À supposer cependant que le Traité Jay ne prévoit pas ce droit, pareille erreur n'aurait rien à voir avec le contenu du droit ancestral dont il a trouvé le fondement dans le grand nombre de preuves administrées à

geographical scope of this right.

[55] The Trial Judge did not impose any geographical restrictions on the Aboriginal right. It is clear that his declaration must be clarified in order to address the potentially broad ramifications of his order which are discussed by my colleague at paragraph 19 of his reasons. In my view, the modern form of the Aboriginal right is the right to purchase goods anywhere in the State of New York and to bring these goods duty-free across what is now the New York-Quebec or New York-Ontario border. As my colleague has pointed out, counsel admitted at the hearing of this case that trading was historically limited to members of the First Nations in Quebec, Ontario and the State of New York. Consequently, the right is further restricted to goods that are intended for personal or community use or for non-commercial trade with other First Nation communities living in Ontario or Quebec.

[56] Finally, I agree with my colleague on his disposition of the costs in the case. In the result, the appeal should be allowed in part and paragraph 1 of the judgment below should be varied to read:

1. the 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 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.

ISAAC C.J.: I agree.

¹ Lord Dorchester's (The Governor-in-Chief of Quebec) speech on August 15, 1791 to the Chiefs and Warriors, Deputed by the Confederated Indian Nations of the Ottawas, Chippewas, Potawatamies, Hurons, Shawanese, Delawares, Turturs and the Six Nations, the Meeting at Fort Erie on

cet effet. La seule question qu'il reste à examiner est l'étendue géographique de ce droit.

[55] Le juge de première instance n'a assigné aucune limite géographique au droit ancestral en question. Il est clair que le jugement de première instance doit être clarifié pour qu'on puisse en saisir les ramifications potentiellement étendues, qu'analyse mon collègue au paragraphe 19 de ses motifs de jugement. À mon avis, la manifestation contemporaine du droit ancestral en cause est le droit d'acheter des marchandises en n'importe quel lieu de l'État de New York et de les rapporter en franchise à travers ce qui est maintenant la frontière entre cet État et le Québec ou l'Ontario. Comme l'a fait observer mon collègue, l'avocat de l'intimé reconnaît que ces échanges étaient limités aux membres des Premières nations du Québec, de l'Ontario et de l'État de New York. En conséquence, ce droit est, au surplus, limité aux marchandises destinées à l'usage personnel ou communautaire, ou encore aux échanges non commerciaux avec d'autres Premières nations en Ontario ou au Québec.

[56] Enfin, je suis d'accord avec la décision de mon collègue sur la question des dépens. Par ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie et de modifier le premier paragraphe du jugement de première instance, qui se lira:

1. 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 traverse 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.

LE JUGE EN CHEF ISAAC: Je souscris aux motifs cidessus.

¹ L'allocation faite le 15 août 1791 par lord Dorchester (gouverneur du Bas-Canada) aux chefs et guerriers, délégués par les nations indiennes confédérées des Outaouais, des Chippewas, des Potawatamies, des Hurons, des Shawanese, des Delawares, des Turturs et des Six Nations; la rencontre

August 28, 1795 at which the British were represented by Lieutenant Governor John Graves Simcoe of Upper Canada and the Six Nations by Joseph Brant, the Meeting of August 1796 at Chenail Écarté, near Lake St Claire, between the Deputy Superintendent General of Indian Affairs and Chiefs of the Chippewas and the Ottawas, the Meeting of April 24, 1815 at Burlington Heights between the Deputy Superintendent General of Indian Affairs and various Chiefs and Warriors including a Huron Chief and an Onondaga War Chief from the Grand River territory, and finally the Meeting of August/September 1815 at Niagara where the Deputy Superintendent General reiterated to members of the First Nations what he had said at the Burlington Height Meeting earlier in April.

² See for example *Watt v. Liebelt and Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 82 F.T.R. 57 (F.C.T.D.) on appeal before this Court where an American citizen, member of the Arrow Lake tribe, is claiming, as included in his Aboriginal mobility right, the right to remain in Canada. See also by analogy the discussion as to the scope and nature of mobility rights under the Charter in G.-A. Beaudoin and E. Mendes in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1996, at pp. 389-413; H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3rd ed., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1997, at pp. 174-185.

³ *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), at p. 659. See also *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542 (P.C.), at p. 546 per Lord Atkinson; *R. v. Jacques*, [1996] 3 S.C.R. 312.

⁴ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, 12 Bevans 13 (1794) [Jay Treaty (1794)].

⁵ See s. 32(6) [as am. by S.C. 1992, c. 28, s. 5] of the *Customs Act* 1985.

du 28 août 1795 à Fort Erie, où la Couronne britannique était représentée par le lieutenant-gouverneur John Graves Simcoe du Haut-Canada, et les Six Nations, par Joseph Brant; la rencontre en août 1796 à Chenail Écarté, près du lac St. Claire, entre le surintendant général adjoint des Affaires indiennes et les chefs des Chippewas et des Outaouais; la rencontre du 24 avril 1815 à Burlington Heights entre le surintendant général adjoint des Affaires indiennes et divers chefs et guerriers, y compris un chef huron et un chef de guerre onondaga du territoire de la rivière Grand; et enfin la rencontre d'août-septembre 1815 à Niagara, où le surintendant général adjoint réitéra aux Premières nations ce qu'il avait dit à la rencontre de Burlington Heights en avril de la même année.

² Voir par exemple *Watt c. Liebelt et Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 82 F.T.R. 57 (C.F. 1^{re} inst.), en appel devant la Cour, affaire dans laquelle un citoyen américain, membre de la tribu d'Arrow Lake, revendique, au titre de son droit ancestral de libre circulation, celui de demeurer au Canada. Voir aussi, par analogie, l'analyse de la portée et de la nature des droits de libre circulation garantis par la Charte dans l'ouvrage de G.-A. Beaudoin et E. Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 1996, aux p. 389-413; H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Les Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1997, aux p. 174-185.

³ *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892), à la p. 659. Voir aussi *Attorney-General for Canada v. Cain*, [1906] A.C. 542 (P.C.), en p. 546, motifs prononcés par lord Atkinson; *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312.

⁴ Traité d'amitié, de commerce et de navigation, 12 Bevans 13 (1794) [Traité Jay (1794)].

⁵ Voir l'art. 32(6) [mod. par L.C. 1992, ch. 28, art. 5] de la *Loi sur les douanes* de 1985.