

A-384-94

**Robert Watt (Appellant)**

v.

**E. Liebelt and the Minister of Citizenship and Immigration (Respondents)***INDEXED AS: WATT v. LIEBELT (C.A.)*

Court of Appeal, Strayer, Décary and Linden J.J.A.—Vancouver, November 16, 17, 18; Ottawa, December 30, 1998.

*Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Whether Immigration Act departure order against Aboriginal foreign national contrary to existing Aboriginal right as guaranteed by Constitution Act, 1982, s. 35 — Appellant claiming right as one of "Aboriginal peoples of Canada" to enter, remain in Canada for spiritual, political, economic, social purposes — Adjudicator unduly limiting jurisdiction to deal with constitutional issue — Motions Judge wrong in finding appellant's Aboriginal right extinguished by Immigration Act, ss. 4, 5 — No clear governmental intention to extinguish right in question — Sovereign nature of Canada not legal barrier to existence of Aboriginal rights — Infringement of Aboriginal rights justified if in furtherance of legislative objective, consistent with special fiduciary relationship between Crown, Aboriginal peoples.*

*Citizenship and Immigration — Exclusion and removal — Inadmissible persons — Appellant foreign national, neither Canadian citizen nor registered as Indian under Indian Act — Convicted in British Columbia of cultivating cannabis — Ordered to depart from Canada — Whether departure notice infringing appellant's Aboriginal right — Right not extinguished by Immigration Act, ss. 4, 5 — Adjudicator having jurisdiction under Act to deal with matter, to refuse to issue removal order if Aboriginal right infringed — Matter referred back to Adjudicator for determination of questions of fact, law.*

This was an appeal from a Trial Division decision dealing with a question as to whether the issuance of a departure order against the appellant would be contrary to an existing Aboriginal right of an Aboriginal people of Canada, as

A-384-94

**Robert Watt (appellant)**

c.

**E. Liebelt et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (intimés)***RÉPERTORIÉ: WATT c. LIEBELT (C.A.)*

Cour d'appel, juges Strayer, Décary et Linden, J.C.A.—Vancouver, 16, 17 et 18 novembre; Ottawa, 30 décembre 1998.

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Il s'agissait de savoir si la mesure d'interdiction de séjour prise en vertu de la Loi sur l'immigration à l'encontre d'un Autochtone ressortissant d'un pays étranger serait contraire à un droit ancestral existant garanti par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — L'appellant revendiquait, en tant que membre des «peuples autochtones du Canada» le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer à des fins spirituelles, politiques, économiques et sociales — L'arbitre a indûment restreint l'exercice de sa compétence à l'égard de la question constitutionnelle — C'est à tort que la juge des requêtes a estimé que le droit ancestral revendiqué par l'appellant avait été éteint par l'effet des art. 4 et 5 de la Loi sur l'immigration — Absence de toute intention claire du gouvernement d'éteindre le droit en question — La souveraineté du Canada ne fait pas juridiquement obstacle à l'existence de droits ancestraux — L'atteinte à un droit ancestral se justifie si elle s'inscrit dans le cadre d'un but législatif et si elle est compatible avec la relation fiduciaire spéciale entre la Couronne et les peuples Autochtones.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — L'appellant est un ressortissant étranger qui n'est ni citoyen canadien ni inscrit en tant qu'Indien en vertu de la Loi sur les Indiens — Il a été reconnu coupable en Colombie-Britannique de s'être livré à la culture du cannabis — Il a fait l'objet d'une mesure d'interdiction de séjour — Il s'agissait de savoir si cette mesure portait atteinte au droit ancestral de l'appellant — Ce droit n'a pas été éteint par l'effet des art. 4 et 5 de la Loi sur l'immigration — L'arbitre avait, en vertu de la Loi, la compétence nécessaire pour trancher, et pour refuser de prendre une mesure de renvoi si cela devait porter atteinte à un droit ancestral — L'affaire est renvoyée devant l'arbitre pour que soient tranchées les questions de fait et de droit se posant en l'espèce.*

Il s'agissait de l'appel interjeté d'une décision de la Section de première instance sur la question de savoir si la mesure d'interdiction de séjour visant l'appellant serait contraire à un droit ancestral existant d'un peuple Autoch-

guaranteed by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The appellant is an American citizen who does not have Canadian citizenship and is not registered as an Indian under the *Indian Act*. In 1991, he was convicted in British Columbia under section 6 of the *Narcotic Control Act* for cultivating cannabis. As a result of that conviction, the Adjudicator held that she had no jurisdiction to determine whether the appellant was "an Aboriginal person of Canada", but found that he was subject to removal from Canada because of his conviction. On an application for judicial review of that decision in the Trial Division, the Motions Judge dismissed the application on the basis that the Aboriginal rights guaranteed by section 35 of the *Constitution Act, 1982* have been extinguished by sections 4 and 5 of the *Immigration Act*. Because the Motions Judge felt that this issue has been the subject of considerable public interest and had raised a serious question of general importance, she certified two questions to be answered by the Federal Court of Appeal. The Court addressed the following issues: (1) can the certified questions be answered? (2) was the Motions Judge correct in finding that the right to remain in Canada, if such once existed, had been extinguished? (3) if not, can this Court answer question 1 as to the right to remain in Canada? (4) if not, can the matter be referred back to the Adjudicator for determination?

*Held*, the appeal should be allowed in part.

(1) Question 1 asked whether an Aboriginal person, who is a member of a tribe whose traditional territory straddles the Canada-U.S.A. border, and who is neither a Canadian citizen nor a person registered under the *Indian Act*, has a right to come into or remain in Canada. The only issue before the Adjudicator, and before the Motions Judge, was whether the appellant had some right to remain in Canada which the Adjudicator could not remove. This Court will not, in answering questions certified under subsection 83(1) of the *Immigration Act*, decide matters which cannot affect the outcome of the judicial review. Therefore, question 1 could be considered only as it related to the appellant's alleged right to remain in Canada. The second question, which asked whether the Adjudicator misinterpreted or unduly limited her jurisdiction to deal with the constitutional issue, was within the ambit of the issues properly before the Motions Judge and could be answered by the Court. That question should be answered in the affirmative.

(2) It was not open to the Motions Judge to determine as a matter of law that the Aboriginal right asserted by the appellant had been extinguished by sections 4 and 5 of the *Immigration Act*. The Supreme Court of Canada has narrowed the concept of extinguishment of Aboriginal rights. Parliament must have demonstrated a clear and plain intention to extinguish the right in question, which means

tone du Canada, tel que garanti par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'appelant est un citoyen des États-Unis qui ne possède pas la citoyenneté canadienne et qui n'est pas non plus inscrit en tant qu'Indien sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. En 1991, il a été jugé coupable en Colombie-Britannique d'une infraction à l'article 6 de la *Loi sur les stupéfiants*, en l'occurrence la culture du cannabis. À la suite de cette condamnation, l'arbitre a décidé qu'il n'entraîne pas dans ses attributions de dire si l'appelant était un «Autochtone du Canada», concluant plutôt que l'intéressé pouvait être renvoyé du Canada en raison de sa condamnation. La Section de première instance ayant été saisie d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision en cause, le juge des requêtes a rejeté la demande, estimant que les droits ancestraux garantis par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ont été éteints par l'effet des articles 4 et 5 de la *Loi sur l'immigration*. Le juge des requêtes, ayant estimé que la question avait suscité auprès du public un intérêt considérable et que l'affaire soulevait donc une question d'intérêt général, certifia deux questions auxquelles devait répondre la Cour d'appel fédérale. La Cour a soulevé les questions suivantes: 1) est-il possible de répondre aux questions certifiées? 2) est-ce à juste titre que le juge des requêtes a conclu que le droit de rester au Canada, si tant est qu'il ait jamais existé, a été éteint? 3) sinon, la Cour peut-elle répondre à la question n° 1 concernant le droit de rester au Canada? 4) sinon, l'affaire peut-elle être renvoyée devant l'arbitre?

*Arrêt*: l'appel est accueilli en partie.

1) La question n° 1 était de savoir si un Autochtone, membre d'une tribu dont le territoire traditionnel chevauche la frontière Canada-États-Unis, qui n'est ni citoyen canadien ni personne inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens*, a le droit de venir au Canada ou d'y demeurer. La seule question portée devant l'arbitre, et devant le juge des requêtes, était de savoir si l'appelant possédait un certain droit de demeurer au Canada, droit que ne pouvait lui retirer l'arbitre. En tranchant les questions certifiées en vertu du paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, la Cour évitera de se prononcer sur des points non susceptibles d'affecter l'issue du contrôle judiciaire. La question n° 1 ne devait donc être examinée qu'au regard du droit de demeurer au Canada tel qu'invoqué par l'appelant. La seconde question, touchant le point de savoir si l'arbitre avait mal interprété ou indûment restreint sa compétence vis-à-vis la question d'ordre constitutionnel, avait été portée à juste titre devant le juge des requêtes et la Cour était à même d'y répondre. Il convient de répondre à cette question par l'affirmative.

2) Le juge des requêtes n'était pas fondée à dire, en droit, que le droit ancestral invoqué en l'espèce avait été éteint par l'effet des articles 4 et 5 de la *Loi sur l'immigration*. La Cour suprême du Canada a restreint la notion d'extinction de droits ancestraux. Il faut que le législateur ait manifesté une intention claire et expresse d'éteindre le droit en question, cela voulant dire qu'il faut que l'on ait pu identi-

that it must have been able to identify the right and to determine whether it should be extinguished. The mere fact that the relevant sovereign power did not recognize the existence of such a right is not enough to negate its existence. It is not possible to assume that, regardless of how an Aboriginal right may be defined or established by evidence, it may be taken as extinguished by virtue of a law inconsistent with that right. The Motions Judge erred in finding that the right claimed by the appellant had been extinguished. There was neither adequate evidence of the existence and definition of the right nor of a governmental intention to extinguish it.

(3) It may be true that the existence of a sovereign state is inconsistent with any fetters on the power of that state to control which non-citizens may remain in the country. However, a sovereign state may fetter itself as to the means by which, the circumstances in which, and the agencies of government by which, such power of control may be exercised. Canada has by its Constitution limited the exercise of governmental powers which may be inherent as a sovereign state. The sovereign nature of Canada is not a legal barrier to the existence of the Aboriginal rights as claimed, but the Court could go no farther in answering question 1. This question could not be answered with respect to the rights of an Aboriginal person to enter Canada. With respect to his right to remain, it could not be answered in the absence of any determination on the evidence with respect to such matters as: whether such person belongs to an Aboriginal people of Canada; the precise definition of the right claimed; the existence of an historic practice upon which the right is allegedly based; the relationship of that practice to the culture of an Aboriginal people of Canada; the intention of the Parliament and Government of Canada to extinguish that right; whether such right, if established and not extinguished, had been infringed; and whether such infringement, if it exists, is justified. Infringements can be justified if they are in furtherance of a legislative objective that is compelling and substantial, and are consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples. These are all matters requiring findings of fact and arguments of law in relation thereto.

(4) The Adjudicator did have the necessary powers, under section 80.1 of the *Immigration Act*, to dispose of the appellant's assertion of an Aboriginal right entitling him to remain in Canada. An adjudicator has jurisdiction to determine all questions of law and fact, to subpoena persons and things, and to examine under oath. The power to decide questions of law gives him both the duty and the obligation to determine constitutional questions which come before him. As for remedy, the Adjudicator cannot make a declaration of invalidity of a provision of the *Immigration Act* but he can treat any provision of the Act as inapplicable to an

fier le droit invoqué et décider s'il y avait lieu de l'éteindre. Le simple fait que la puissance souveraine concernée n'ait pas reconnu l'existence d'un tel droit ne permet pas de nier l'existence de celui-ci. On ne saurait prendre pour hypothèse que, quelle que soit la manière dont le droit invoqué puisse être défini ou établi par des preuves, ce droit peut être considéré comme éteint par l'effet d'une loi antinomique. C'est à tort que le juge des requêtes a conclu à l'extinction du droit revendiqué par l'appelant. Le dossier manquait de preuves suffisantes concernant l'existence et la définition dudit droit ou l'intention que le gouvernement aurait eue de l'éteindre.

3) Il se peut que la souveraineté étatique ne soit pas compatible avec la limitation du pouvoir qu'a un État de dire quels sont les non-ressortissants autorisés à demeurer dans le pays. Mais un État souverain peut s'imposer lui-même des restrictions quant aux moyens par lesquels, aux circonstances dans lesquelles, et aux organismes gouvernementaux par l'intermédiaire desquels, un tel pouvoir de contrôle peut s'exercer. En adoptant sa Constitution, le Canada a limité l'exercice de pouvoirs gouvernementaux inhérents à un État souverain. La souveraineté du Canada ne constitue pas en soi un obstacle juridique à l'existence des droits ancestraux revendiqués en l'espèce, mais la Cour ne peut pas aller plus loin dans sa réponse à la question n° 1. Il n'est pas possible de répondre à cette question en ce qui concerne les droits d'un Autochtone d'entrer au Canada. En ce qui concerne son droit d'y demeurer, il n'est pas possible de répondre sans se prononcer au préalable, et au vu des éléments de preuve, sur les points suivants: la personne en question appartient-elle à un peuple Autochtone du Canada?; quelle est la définition précise du droit revendiqué?; existe-t-il une pratique historique fondant le droit revendiqué?; quels sont les rapports existant entre cette pratique et la culture d'un peuple Autochtone du Canada?; le législateur et le gouvernement du Canada ont-ils eu l'intention d'éteindre le droit en question?; ce droit, à supposer que l'on démontre à la fois son existence et sa non-extinction, a-t-il été enfreint?; et, si oui, cette atteinte se justifiait-elle? Une telle atteinte peut se justifier si elle s'inscrit dans le cadre d'un but législatif impérieux et réel et si elle est compatible avec la relation fiduciaire spéciale existant entre la Couronne et les peuples Autochtones. Il s'agit là de questions qui ne peuvent être tranchées qu'au regard de conclusions de fait et d'arguments juridiques.

4) L'arbitre était habilité, en vertu de l'article 80.1 de la *Loi sur l'immigration*, à trancher la revendication par l'appelant d'un droit ancestral lui permettant de demeurer au Canada. L'arbitre est habilité à trancher les questions de droit et de fait, à assigner les personnes et les choses et à interroger sous serment. La compétence pour trancher les questions de droit lui impose à la fois le devoir et l'obligation de se prononcer sur les questions d'ordre constitutionnel qui sont portées devant lui. En ce qui concerne le redressement demandé, l'arbitre ne peut pas invalider une disposition de la *Loi sur l'immigration*, mais il peut considérer

individual, and thus refuse to make a removal order against him if that would constitute an unconstitutional infringement of his Aboriginal right.

qu'une disposition de cette Loi est inapplicable à un individu et refuser par conséquent de prendre à son encontre une mesure de renvoi si une telle mesure devait porter atteinte à son droit ancestral prévu par la Constitution.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.3 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 300(e), 316.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 4(1),(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 3), (3), 5, 19(2)(a) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 27 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5), 32 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 5; (4th Supp.), c. 28, s. 11; S.C. 1992, c. 49, s. 21), 80.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 70), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).

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

*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 6.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I 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° 44], art. 15.

*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.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 4(1),(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 3), (3), 5, 19(2)a) (mod. par L.C. (1992), ch. 49, art. 11), 27 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5), 32 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 5; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11; L.C. 1992, ch. 49, art. 21), 80.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 70), 83(1) (mod. *idem*, art. 73).

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

*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 6.

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 300(e), 316.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*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.

##### REFERRED TO:

*Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (F.C.A.); *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 127; (1998), 224 N.R. 227 (C.A.); *McLeod v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 257 (C.A.); *Gregory v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 606 (T.D.) (QL); *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.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*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.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.); *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.); *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 127; (1998), 224 N.R. 227 (C.A.); *McLeod c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 C.F. 257 (C.A.); *Gregory c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 606 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *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

81; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; (1996), 138 D.L.R. (4th) 385; 110 C.C.C. (3d) 122; [1996] 4 C.N.L.R. 26; 202 N.R. 161; *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; *Mitchell v. M.N.R.*, [1999] 1 F.C. 375 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790.

APPEAL from a Trial Division decision ([1995] 1 C.N.L.R. 230; (1994), 82 F.T.R. 57) dismissing an application to set aside an Adjudicator's decision ordering the appellant, an American Indian, to depart from Canada after being convicted of an offence and certifying two questions for consideration by the Federal Court of Appeal. Appeal allowed in part.

## APPEARANCES:

*Zool K. B. Suleman* for appellant.  
*Leigh Taylor* and *P. Scott Cowan* for respondents.  
*Peter R. Grant* and *Anjali Choksi* for interveners  
 Ktunaxa Nation.  
*Stuart A. Rush, Q.C.*, and *Stan Guenther* for  
 interveners Colville Tribes, Okanagan Nation,  
 Upper Nicola Indian Band.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Larson, Suleman, Sohn, Boulton*, Vancouver, for  
 appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respon-  
 dents.  
*Hutchins, Soroka & Grant*, Vancouver, for  
 interveners Ktunaxa Nation.  
*Rush Crane Guenther*, Vancouver, for interveners  
 Colville Tribes, Okanagan Nation, Upper Nicola  
 Indian Band.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; (1996), 138 D.L.R. (4th) 385; 110 C.C.C. (3d) 122; [1996] 4 C.N.L.R. 26; 202 N.R. 161; *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; *Mitchell c. M.R.N.*, [1999] 1 C.F. 375 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([1995] 1 C.N.L.R. 230; (1994), 82 F.T.R. 57) rejetant la demande d'annulation d'une décision par laquelle un arbitre a prononcé à l'encontre de l'appelant, un Autochtone des États-Unis, une mesure d'interdiction de séjour après que celui-ci eut été jugé coupable d'une infraction, et certifiant deux questions devant être tranchées par la Cour d'appel fédérale. Appel accueilli en partie.

## ONT COMPARU:

*Zool K. B. Suleman* pour l'appelant.  
*Leigh Taylor* et *P. Scott Cowan* pour les intimés.  
*Peter R. Grant* et *Anjali Choksi* pour l'intervenante,  
 la nation Ktunaxa.  
*Stuart A. Rush, c.r.*, et *Stan Guenther* pour les  
 intervenantes, les tribus de Colville, la nation  
 Okanagan et la bande indienne de Upper Nicola.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Larson, Suleman, Sohn, Boulton*, Vancouver, pour  
 l'appelant.  
*Le sous-procureur du Canada* pour les intimés.  
*Hutchins, Soroka & Grant*, Vancouver, pour  
 l'intervenante, la nation Ktunaxa.  
*Rush Crane Guenther*, Vancouver, pour les  
 intervenantes, les tribus de Colville, la nation  
 Okanagan et la bande indienne de Upper Nicola.

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

STRAYER J.A.:

LE JUGE STRAYER, J.C.A.:

### Introduction

[1] This case involves the question of whether it could be contrary to an existing Aboriginal right of an Aboriginal people of Canada, as guaranteed in the Constitution, for an Aboriginal person who is a foreign national, and neither a Canadian citizen nor registered under the *Indian Act*<sup>1</sup> of Canada, to be ordered to depart from Canada for a crime committed here. It also involves the possible jurisdiction of an adjudicator acting under sections 27 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 16; 1995, c. 15, s. 5] and 32 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 5; (4th Supp.), c. 28, s. 11; S.C. 1992, c. 49, s. 21] of the *Immigration Act*<sup>2</sup> to determine whether the issue of a departure notice in respect of such a person would infringe such an Aboriginal right.

### Facts

[2] The following facts have been found in the previous proceedings or admitted by the appellant. He was born in 1954 in the State of Washington, U.S.A. He is a U.S. citizen, and he is a member of the Colville Federated Tribe whose headquarters are at Nespelem, Washington. He does not have Canadian citizenship, nor is he registered as an Indian under the *Indian Act* of Canada. He admits that he has lived in the Slocan Valley of British Columbia since 1986 “with the exception of a few brief periods”. (The Adjudicator said that she fully accepted that the appellant is “an Aboriginal person of the Sinixt or Arrow Lake people” but did not further define what she meant by that term.) On August 27, 1991 the appellant was convicted in British Columbia of an offence under section 6 of the *Narcotic Control Act*<sup>3</sup> for cultivating cannabis. This is an indictable offence subject to a term of imprisonment not exceeding seven years. As a result of this conviction, he was brought to inquiry under the *Immigration Act*, paragraphs 19(2)(a) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] and 27(2)(c), it being the duty of the Adjudicator under section 32 of that Act to determine whether, if the

### Introduction

[1] Il s’agit en l’espèce de dire s’il serait contraire au droit ancestral existant d’un peuple Autochtone du Canada, tel que garanti par la Constitution, d’ordonner que soit interdit de séjour au Canada, pour un crime commis ici, un Autochtone qui est ressortissant d’un pays étranger et qui n’est ni citoyen canadien ni inscrit aux termes des dispositions de la *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup>. Il s’agit également de la compétence éventuelle d’un arbitre agissant en vertu des articles 27 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 16; 1995, ch. 15, art. 5] et 32 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 5; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11; L.C. 1992, ch. 49, art. 21] de la *Loi sur l’immigration*<sup>2</sup> pour dire si le fait de prendre une mesure d’interdiction de séjour à l’encontre d’une personne dans cette situation porterait atteinte à un tel droit ancestral.

### Les faits

[2] Les faits suivants ressortent des procédures antérieures ou sont admis par l’appelant. Celui-ci est né en 1954 aux États-Unis d’Amérique, dans l’État de Washington. Il est citoyen des États-Unis et membre de la tribu fédérée Colville qui a pour siège Nespelem (Washington). Il ne possède pas la citoyenneté canadienne et n’est pas non plus inscrit en tant qu’Indien sous le régime de la *Loi sur les Indiens* du Canada. Il reconnaît avoir vécu dans la vallée Slocan (Colombie-Britannique) depuis 1986 [TRADUCTION] «à l’exception de quelques brefs intervalles». (L’arbitre avait dit qu’elle reconnaissait que l’appelant est [TRADUCTION] «un Autochtone appartenant au peuple Sinixt ou peuple des Lacs Arrow» sans autrement expliquer ce qu’elle entendait par cela.) Le 27 août 1991, l’appelant a été jugé coupable en Colombie-Britannique d’une infraction à l’article 6 de la *Loi sur les stupéfiants*<sup>3</sup>. En l’occurrence, il s’était livré à la culture du cannabis. Il s’agit d’un acte criminel qui rend son auteur passible d’une peine maximale de sept ans d’emprisonnement. Suite à cette condamnation, l’appelant fit l’objet d’une enquête entreprise en vertu des alinéas 19(2)a) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] et

facts were as alleged, he should be given a departure or deportation order.

[3] At the hearing before the Adjudicator, counsel for the appellant raised the argument that by virtue of his Aboriginal rights the appellant cannot be ordered to leave Canada. The appellant himself in his testimony indicated that he did not recognize the sovereignty of Canada or of the United States but only the sovereignty of his own people whom, he alleged, had used territory on both sides of what is now the international border, such territory now being found in the Province of British Columbia and in the State of Washington. According to him the Arrow Lakes people had moved about in this area continuously since long before the Europeans arrived. He said that he was involved, among other things, in protecting burial sites of his people in Canada. His counsel asserted before the Adjudicator that the appellant's Aboriginal rights included hunting, fishing, foraging, traversing and travelling within the territory now known as Canada, rights to which the appellant is entitled through his relationship to the Arrow Lakes people. Considerable documentary evidence was filed before the Adjudicator in support of these contentions. There was also material indicating that when the Colville Reservation was established in the State of Washington in 1870 many of the Arrow Lakes people moved there. In 1902 one reserve was established for the Arrow Lakes Band in Canada but in 1953 the last surviving member of this Band died. The Band was declared extinct and the Reserve reverted to the Crown.<sup>4</sup> It appears, however, that the Adjudicator indicated during the course of the proceedings that she could not make any such findings going to the existence or scope of constitutionally-entrenched Aboriginal rights or the entitlement of the appellant to assert any such right.<sup>5</sup> Therefore, further oral evidence was not called before the Adjudicator.

[4] In the result, the Adjudicator held that she had no jurisdiction to determine whether the appellant was

27(2)c) de la *Loi sur l'immigration*, l'arbitre étant chargé, selon l'article 32 de la Loi, de décider si, à supposer que les faits soient établis, l'intéressé devrait faire l'objet d'une mesure d'interdiction de séjour ou d'une mesure d'expulsion.

[3] Devant l'arbitre, l'avocat de l'appellant a invoqué les droits ancestraux de son client pour faire valoir qu'on ne pouvait pas lui ordonner de quitter le Canada. L'appellant a lui-même déclaré, lors de son témoignage, qu'il ne reconnaissait ni la souveraineté du Canada ni celle des États-Unis, mais seulement celle que son propre peuple qui, selon lui, avait occupé le territoire situé des deux côtés de ce qui constitue aujourd'hui une frontière internationale puisque ce territoire se partage actuellement entre la province de Colombie-Britannique et l'État de Washington. D'après lui, le peuple des Lacs Arrow avait continuellement parcouru cette région bien avant l'arrivée des Européens. Il prétend avoir notamment contribué à la protection des lieux de sépulture de son peuple au Canada. Son avocat a fait valoir devant l'arbitre que les droits ancestraux de l'appellant comprenaient la chasse, la pêche, la cueillette ainsi qu'un droit de passage dans les limites du territoire aujourd'hui appelé Canada, estimant qu'il s'agit là de droits dont l'appellant peut se prévaloir en raison de ses liens avec le peuple des Lacs Arrow. À l'appui de cette thèse, une abondante preuve documentaire fut déposée auprès de l'arbitre. Selon certains arguments, nombreux furent ceux du peuple des Lacs Arrow qui s'établirent dans l'État de Washington en 1870 lors de l'établissement de la réserve de Colville. En 1902, une réserve fut établie au Canada pour la bande des Lacs Arrow mais, en 1953, s'éteignait le dernier survivant de cette bande. L'extinction de la bande fut constatée et la réserve fit retour à la Couronne<sup>4</sup>. Il semble, cependant, que l'arbitre ait indiqué en cours de procédure qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur l'existence ou sur la portée d'un droit ancestral garanti par la Constitution, pas plus que sur la question de savoir si l'appellant était en mesure d'invoquer un tel droit<sup>5</sup>. Aucun autre témoignage oral n'a donc été produit devant l'arbitre.

[4] L'arbitre a ainsi décidé qu'il n'entraînait pas dans ses attributions de dire si l'appellant était un

“an Aboriginal person of Canada”, a determination critical to any finding that the guarantee of section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], would guarantee the rights which he was asserting. Instead, she found that he was subject to removal from Canada because of his conviction and she issued a departure notice to that effect. In doing so, she had regard to subsections 4(1), (2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 3] and (3) as well as subsection 5(1) of the *Immigration Act* which provide as follows:

4. (1) A Canadian citizen and a permanent resident have a right to come into Canada except where, in the case of a permanent resident, it is established that that person is a person described in subsection 27(1).

(2) Subject to any other Act of Parliament, a Canadian citizen and a permanent resident have a right to remain in Canada except where, in the case of a permanent resident, it is established that that person is a person described in subsection 27(1).

...

(3) A person who is registered as an Indian pursuant to the *Indian Act* has, whether or not that person is a Canadian citizen, the same rights and obligations under this Act as a Canadian citizen.

5. (1) No person, other than a person described in section 4, has a right to come into or remain in Canada.

In doing so, she declined to consider the effect of subsections (1) and (2) of section 35 of the *Constitution Act, 1982* which provide as follows:

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

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

[5] The appellant sought judicial review of this order in the Federal Court Trial Division. The Motions Judge dismissed the application [[1995] 1 C.N.L.R. 230] on the basis that, whether such Aboriginal rights had existed or not, or whether the appellant was entitled to rely on them, any such rights must have been extinguished by sections 4 and 5 of the *Immigra-*

«Autochtone du Canada», question devant nécessairement être tranchée avant que l’on puisse conclure que l’article 35 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° 44]] garantit effectivement à l’intéressé les droits qu’il invoquait. L’arbitre a plutôt conclu que l’intéressé pouvait être renvoyé du Canada en raison de sa condamnation et elle délivra un avis d’interdiction de séjour en ce sens, se fondant sur les paragraphes 4(1), (2) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 3], (3) et 5(1) de la *Loi sur l’immigration* qui disposent:

4. (1) Ont le droit d’entrer au Canada les citoyens canadiens et, sauf s’il a été établi qu’ils appartiennent à l’une des catégories visées au paragraphe 27(1), les résidents permanents.

(2) Sous réserve des autres lois fédérales, les citoyens canadiens et, sauf s’il a été établi qu’ils appartiennent à l’une des catégories visées au paragraphe 27(1), les résidents permanents ont le droit de demeurer au Canada.

[. . .]

(3) Les Indiens inscrits à ce titre aux termes de la *Loi sur les Indiens*, qu’ils aient ou non la citoyenneté canadienne, ont, dans le cadre de la présente loi, les droits et obligations d’un citoyen canadien.

5. (1) Seules les personnes visées à l’article 4 sont de droit autorisées à entrer au Canada et à y demeurer.

Ce faisant, elle estima qu’il n’y avait pas lieu en l’occurrence de s’interroger sur l’effet des paragraphes (1) et (2) de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui disposent:

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

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s’entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

[5] L’appelant a sollicité devant la Section de première instance de la Cour fédérale le contrôle judiciaire de cette mesure. Le juge des requêtes a rejeté la demande [[1995] 1 C.N.L.R. 230], estimant que de tels droits ancestraux, qu’ils aient ou non existé, et que l’appelant ait ou non été en droit de les invoquer, auraient de toute manière été éteints par



*tion Act* as quoted above. These sections, she observed, had been adopted in 1977 [S.C. 1976-77, c. 52], five years before the adoption of the *Constitution Act, 1982*. She noted that section 35 of the latter Act only recognizes and affirms “existing” Aboriginal rights. She found the extinguishment of such rights by the *Immigration Act* before 1982 to be amply clear. Taking the position she did, she did not find it necessary to deal with the question of whether the Adjudicator could have decided these issues. Counsel for the appellant requested that she certify a question as a basis for appeal to this Court under subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*. She did not accept the question as drafted by counsel but certified the two following questions [at paragraph 13]:

1. Does an aboriginal person who is a member of a tribe whose traditional territory straddles the Canada-U.S. border, and who is neither a Canadian citizen nor a person registered under the Indian Act, have a right to come into or remain in Canada?
2. Did the adjudicator in this case misinterpret or unduly limit her jurisdiction to deal with the constitutional issue which was raised?

On appeal to this Court the appellant in his memorandum of fact and law asked for an order that he is one of the “Aboriginal peoples of Canada” with the right to “come in and remain in Canada to pursue his spiritual, political, economic, and social purposes”. He asked for a determination that the Adjudicator had unduly limited her jurisdiction to deal with the constitutional issue. He sought the quashing of the Adjudicator’s order or stay of that order until his status is properly determined. Further, he asked for a determination that subsection 4(3) and section 5 of the *Immigration Act* are contrary to section 15 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. In oral argument before us the first request for relief was amended somewhat so as to seek an order that the appellant “has an Aboriginal right to participate in traditional Arrow Lakes customs, traditions, and practices on Arrow Lakes territory,

l’effet des articles 4 et 5 de la *Loi sur l’immigration* cités plus haut. Le juge des requêtes a relevé que ces deux dispositions avaient été adoptées en 1977 [S.C. 1976-77, ch. 52], soit cinq ans avant l’adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et elle nota que l’article 35 de cette dernière ne fait que reconnaître et confirmer les droits ancestraux «existants». Elle a estimé que l’extinction de tels droits, avant 1982, par effet de la *Loi sur l’immigration*, était manifeste. Compte tenu de cette position, elle n’a pas jugé nécessaire de dire si l’arbitre aurait pu se prononcer sur ces questions. L’avocat de l’appelant lui a demandé de certifier une question susceptible de fonder un appel interjeté devant la Cour conformément au paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l’immigration*. Elle n’accepta pas la question telle que formulée par l’avocat, mais certifia les deux questions suivantes [au paragraphe 13]:

1. Un autochtone qui est membre d’une tribu dont le territoire ancestral chevauche la frontière canado-américaine et qui n’est ni citoyen canadien ni un Indien inscrit à ce titre aux termes de la Loi sur les Indiens a-t-il le droit d’entrer au Canada et d’y demeurer?
2. Dans cette affaire, l’arbitre a-t-il mal interprété ou indûment limité sa compétence à statuer sur la question constitutionnelle qui a été soulevée?

L’appelant sollicitait devant cette Cour, dans son mémoire des faits et du droit, une ordonnance déclarant qu’il appartient aux «peuples autochtones du Canada» et qu’il a le droit d’ [TRADUCTION] «entrer au Canada et y demeurer à des fins spirituelles, politiques, économiques et sociales». Il demandait à la Cour de dire que l’arbitre avait indûment restreint sa compétence à l’égard de cette question d’ordre constitutionnel. Il sollicitait l’annulation de la mesure prise par l’arbitre, ou sa suspension en attendant que soit correctement tranchée la question de son statut. Il demandait en outre à la Cour de dire que le paragraphe 4(3) et l’article 5 de la *Loi sur l’immigration* sont contraires à l’article 15 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I 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° 44]]. Lors des plaidoiries devant la Cour, le premier redressement sollicité fut quelque peu modifié, l’appelant demandant maintenant

including that traditional Arrow Lakes territory which is on the Canadian side of the Canada-USA border”.

[6] At the hearing we first indicated to counsel for the appellant that we could not make findings of fact necessary for the determination of the continued existence of a relevant Aboriginal right, nor of the justification for its possible extinguishment, as we had no proper evidence before us. The Adjudicator had made no findings on these matters and indeed only limited evidence was put before her because of her unwillingness to do so. Nor did the Motions Judge make any findings necessary for such purposes because she had found that, as a matter of law, any such alleged rights, if they ever existed, had been extinguished by the *Immigration Act*.

[7] Further, we asked for submissions by counsel on the question of whether the Court should consider the relief based on section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this issue having never been raised before the Adjudicator nor before the Motions Judge and no findings of fact having been made in respect of it. After hearing submissions we indicated that we could not entertain this argument.

#### Issues

[8] It appears to me that the following issues must be addressed by this Court:

1. Can the certified questions be answered?
2. Was the Motions Judge correct in finding that the alleged right to remain in Canada, if it existed, had been extinguished?
3. If not, can this Court answer question 1 as to the right to remain in Canada?
4. If not, can the matter be referred back to the Adjudicator for determination?

à la Cour de rendre une ordonnance déclarant qu’il [TRADUCTION] «a le droit ancestral de participer aux coutumes et pratiques traditionnelles des peuples des Lacs Arrow, sur les territoires de ceux-ci, y compris sur le territoire traditionnel situé du côté canadien de la frontière canado-américaine».

[6] À l’audience, nous avons d’abord indiqué à l’avocat de l’appelant que, faute d’éléments d’appréciation, la Cour n’était pas à même de tirer les conclusions de faits qui lui auraient permis de se prononcer sur la pérennité d’un droit ancestral pertinent ou sur ce qui justifierait l’extinction possible d’un tel droit. L’arbitre n’était parvenue à aucune conclusion à cet égard et son refus sur ce point avait limité les preuves produites devant elle. Le juge des requêtes n’a pas non plus tiré les conclusions au vu desquelles nous aurions pu nous prononcer, estimant que les droits présumés, si tant est qu’ils aient jamais existé, avaient été éteints par l’effet de la *Loi sur l’immigration*.

[7] Nous avons ensuite demandé aux avocats des parties de s’expliquer sur le point de savoir s’il y avait lieu pour la Cour d’examiner l’argument fondé sur l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la question n’ayant été évoquée ni devant l’arbitre ni devant le juge des requêtes et n’ayant été l’objet d’aucune conclusion de fait. Après avoir entendu les plaidoiries, nous avons indiqué que nous ne pourrions pas admettre cet argument.

#### Questions à trancher

[8] La Cour a, me semble-t-il, à se prononcer sur les questions suivantes:

1. Est-il possible de répondre aux questions certifiées?
2. Est-ce à juste titre que le juge des requêtes a conclu que le prétendu droit de rester au Canada, si tant est qu’il ait jamais existé, a été éteint?
3. Sinon, la Cour peut-elle répondre à la question n° 1 concernant le droit de demeurer au Canada?
4. Sinon, l’affaire peut-elle être renvoyée devant l’arbitre?

Analysis

## 1. Can the certified questions be answered?

[9] Question 1 gives rise to some difficulties because it goes beyond the matters necessary for determination of the judicial review in question and calls for an answer that could not be determinative of this appeal. It asks whether an Aboriginal person, in the circumstances which the appellant alleges, has a right to “enter and to remain in Canada”. The only issue before the Adjudicator, and before the Motions Judge, was whether this appellant had some right to remain in Canada which the Adjudicator could not remove. Indeed the Motions Judge correctly described the issue before her in the opening sentence of her reasons as follows:

The issue in this case is whether an aboriginal person who is neither a Canadian citizen nor a registered Indian has a right to remain in Canada because he belongs to a tribe whose traditional territory straddles the Canada-United States border.

The Adjudicator was obliged to determine whether the appellant should be ordered removed from Canada because of a criminal conviction here. She was not invited to consider whether he had a right to enter Canada and a judicial review of her decision cannot be directly determinative of that right. It is well established that this Court will not, in answering questions certified under subsection 83(1) of the *Immigration Act*, decide matters which cannot affect the outcome of the judicial review.<sup>6</sup> We can therefore only consider question 1 as it relates to the appellant’s alleged right to remain in Canada.

[10] The second question is clearly within the ambit of the issues properly before the Motions Judge and can be answered by this Court.

## 2. Was the Motions Judge correct in finding that the alleged right to remain in Canada, if it existed, had been extinguished?

Analyse

## 1. Est-il possible de répondre aux questions certifiées?

[9] La question n° 1 soulève un certain nombre de difficultés car elle va au-delà des points que la Cour doit régler pour trancher la demande de contrôle judiciaire présentée en l’espèce, et réclame une réponse dont ne dépend pas l’issue du présent appel. Elle pose la question de savoir si, dans les circonstances alléguées par l’appelant, un Autochtone a le droit «d’entrer au Canada et d’y demeurer». La seule question portée devant l’arbitre, et devant le juge des requêtes, était celle de savoir si l’appelant en l’espèce possède un certain droit de demeurer au Canada, droit que ne pouvait lui retirer l’arbitre. Le juge des requêtes a décrit pertinemment la question dont elle était saisie dans la première phrase des motifs qu’elle exposa en l’affaire:

La question en l’espèce consiste à savoir si un autochtone qui n’est ni citoyen canadien ni Indien inscrit a le droit de demeurer au Canada parce qu’il appartient à une tribu dont le territoire ancestral chevauche la frontière canado-américaine.

L’arbitre avait à décider si l’appelant devait être renvoyé du Canada en raison de la condamnation pénale qu’il s’y était attirée. On ne lui demandait pas de dire si l’appelant avait le droit d’entrer au Canada et, dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision, la Cour ne saurait se prononcer directement sur ce droit. Il est acquis que, en tranchant les questions certifiées en vertu du paragraphe 83(1) de la *Loi sur l’immigration*, la Cour évitera de se prononcer sur des points non susceptibles d’affecter l’issue du contrôle judiciaire<sup>6</sup>. La question n° 1 ne doit donc être examinée qu’au regard du droit de demeurer au Canada tel qu’invoqué par l’appelant.

[10] La seconde question appartient clairement à celles portées à juste titre devant le juge des requêtes et auxquelles la Cour est à même de répondre.

## 2. Est-ce à juste titre que le juge des requêtes a conclu que le prétendu droit de demeurer au Canada, si tant est qu’il ait jamais existé, a été éteint?

[11] The Motions Judge determined that as a matter of law there had been extinguishment. We must consider whether she was correct in law in finding that, even if the appellant or his ancestors had such rights as he claims, they had been extinguished by operation of the *Immigration Act*.

[12] I have concluded that it was not open to the Motions Judge to determine as a matter of law that the Aboriginal right asserted had been extinguished. The Motions Judge relied on sections 4 and 5 of the *Immigration Act* as quoted above. She correctly concluded that by the terms of those sections alone the appellant, by virtue of subsection 5(1), has no right to remain in Canada. He is neither a Canadian citizen nor registered under the *Indian Act*. In her view Parliament has spoken clearly through these sections in limiting the classes of persons who have a right to enter or remain in Canada and it is not in dispute that the appellant comes within none of these classes. According to his evidence before the Adjudicator, this is a matter of indifference to him since he does not recognize the sovereignty of Canada or the United States. The Motions Judge properly eschewed this view, and went on to apply the literal meaning of the *Immigration Act*.

[13] However, the Motions Judge determined this matter in 1994 and since that time the jurisprudence, particularly that of the Supreme Court of Canada, has considerably evolved in the direction of narrowing the concept of extinguishment of Aboriginal rights. I understand that jurisprudence, at least as of this date, to mean the following:

1. Parliament or the government must have demonstrated a “clear and plain intention” to extinguish the right in question. To this end it must have been able to identify the right and to determine whether it should be extinguished.<sup>7</sup> A general regulatory scheme which may affect the exercise of Aboriginal rights does not constitute their extinguishment. As was said in *R. v. Gladstone*:<sup>8</sup>

... the failure to recognize an aboriginal right, and the failure to grant special protection to it, do not constitute the clear and plain intention necessary to extinguish the right.

[11] Le juge des requêtes a tranché le point de droit en décidant qu’il y avait effectivement eu extinction. La Cour doit maintenant dire si c’est à bon droit que le juge a décidé que, même si l’appelant ou ses ancêtres avaient possédé les droits qu’il invoquait en l’espèce, ces droits avaient été éteints par effet de la *Loi sur l’immigration*.

[12] J’ai conclu que le juge des requêtes n’était pas fondée à dire, en droit, que le droit ancestral invoqué en l’espèce avait été éteint. Le juge des requêtes s’est en cela appuyée sur les articles 4 et 5 de la *Loi sur l’immigration* tels que cités plus haut. Elle a conclu avec raison qu’aux termes de ces seules dispositions, l’appelant n’avait pas, selon le paragraphe 5(1), le droit de demeurer au Canada. Il n’est ni citoyen canadien ni inscrit aux termes de la *Loi sur les Indiens*. Le juge des requêtes a estimé que, par ces dispositions, le législateur avait manifesté l’intention de restreindre les catégories de personnes ayant le droit d’entrer au Canada ou d’y demeurer et que nul ne conteste que l’appelant ne relève pas des catégories prévues. Lors de son témoignage devant l’arbitre, l’appelant a fait valoir que cela lui importait peu puisqu’il ne reconnaît ni la souveraineté du Canada ni celle des États-Unis. C’est avec raison que le juge des requêtes a écarté ce point de vue et appliqué textuellement les dispositions de la *Loi sur l’immigration*.

[13] Mais le juge des requêtes s’est prononcée en cette affaire en 1994 et, depuis lors, la jurisprudence, et en particulier celle de la Cour suprême du Canada, a évolué sensiblement et restreint la notion d’extinction de droits ancestraux. J’estime que, dorénavant, cette jurisprudence exige que:

1. Le législateur ou le gouvernement ait manifesté une «intention claire et expresse» d’éteindre le droit en question. Il faut, pour cela, que l’on ait pu identifier le droit invoqué et décider s’il y avait lieu de l’éteindre<sup>7</sup>. L’adoption d’un dispositif réglementaire susceptible d’affecter l’exercice des droits ancestraux n’est pas constitutive de leur extinction. C’est ainsi qu’il a été affirmé dans l’arrêt *R. c. Gladstone* <sup>8</sup>:

[. . .] le fait de ne pas reconnaître à un droit la qualité de droit ancestral et de ne pas lui accorder une protection spéciale ne constituent pas l’intention claire et expresse requise pour éteindre le droit en question.

2. The burden of proof to establish the existence of such a right is of course on he who asserts it, although he may not be subject to the same standards of proof expected of other claimants in the Court.<sup>9</sup> The mere fact that the relevant sovereign power did not recognize the existence of such a right is not enough to negate its existence.<sup>10</sup>

3. If the existence of a specific Aboriginal right is established by these rules, then legislation necessarily inconsistent with that right is not, *per se*, enough to establish extinguishment nor is mere regulation of the right.<sup>11</sup>

Understandably, the Motions Judge did not address all these issues when she decided this matter in 1994, as much of the now governing jurisprudence had not yet developed. I believe that in the light of this jurisprudence it is not possible to assume that, regardless of how the right may be defined or established by evidence, it may be taken as extinguished by virtue of a law inconsistent with that right. Instead, specific consideration must be given to the precise definition of the right claimed, and the question of whether Parliament or the government intended in a sufficiently clear manner, to extinguish such a right. I believe that this may require further evidence, including extrinsic evidence as to Parliament's intention, evidence which was not put before the Adjudicator because of the restrictive view she took of her jurisdiction.

[14] I am therefore of the view that the Motions Judge erred in finding extinguishment of the right as claimed. There was neither adequate evidence of the existence and definition of the right nor of a governmental intention to extinguish it.

3. If not, can this Court answer question No. 1 as to the right to remain in Canada?

[15] There is one issue of law with which we can deal. The respondent contends that the existence of a

2. C'est bien sûr à celui qui invoque un tel droit qu'il appartient d'en établir l'existence même s'il n'est pas nécessairement tenu en cela au respect des mêmes normes de preuve que d'autres catégories de réclamants<sup>9</sup>. Le simple fait que la puissance souveraine concernée n'ait pas reconnu l'existence d'un tel droit ne permet pas, à lui seul, de nier l'existence de celui-ci<sup>10</sup>.

3. Si l'existence d'un droit ancestral particulier est établie conformément à ces règles, l'existence de dispositions législatives forcément incompatibles avec ce droit ne permet pas en elle-même d'établir qu'il y aurait eu extinction, pas plus que ne le permettait la simple réglementation du droit en question<sup>11</sup>.

On comprend aisément que le juge des requêtes n'ait pas tranché l'ensemble de ces questions lorsqu'elle s'est prononcée en cette affaire en 1994, étant donné qu'une grande partie de la jurisprudence qui s'applique actuellement n'existait pas encore. J'estime que, compte tenu de cette jurisprudence, on ne saurait prendre pour hypothèse que, quelle que soit la manière dont le droit invoqué puisse être défini, ou établi par des preuves, ce droit peut être considéré comme éteint par effet d'une loi antinomique. Il y a, plutôt, lieu de se pencher avec attention sur la définition précise du droit revendiqué et de se demander si le législateur ou le gouvernement en a voulu, de manière suffisamment claire, l'extinction. J'estime qu'il faudrait pour cela des preuves complémentaires, y compris des preuves extrinsèques concernant l'intention du législateur, preuves qui n'ont pas été produites devant l'arbitre étant donné l'interprétation restrictive qu'elle a donnée de sa propre compétence.

[14] D'après moi, c'est à tort que le juge des requêtes a conclu à l'extinction du droit revendiqué. Le dossier manquait de preuves suffisantes concernant l'existence et la définition dudit droit ou l'intention que le gouvernement aurait eue de l'éteindre.

3. Sinon, la Cour peut-elle répondre à la question n° 1 concernant le droit de demeurer au Canada?

[15] Il s'agit d'une question de droit à laquelle la Cour peut effectivement répondre. L'intimé prétend

sovereign state is inconsistent with any fetters on the power of that state to control which non-citizens may remain in the country. Suffice it to say that while there is ample authority in international and common law for that proposition, a sovereign state may fetter itself as to the means by which, the circumstances in which, and the agencies of government by which, such power of control may be exercised. Canada has by its Constitution limited the exercise of governmental powers which may be inherent as a sovereign state. For example, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prohibits any actions by any agencies of government which might otherwise be within the authority of a sovereign state such as the power to control the content of the press or the power to carry out unlimited searches and seizures of those within its territory. In the same vein, section 35 of the *Constitution Act, 1982* now guarantees existing Aboriginal rights not previously extinguished, and this carries the corollary that no agency of the state can, after 1982, extinguish those rights. As long as the Constitution remains unamended, Canadian authorities are subject to this limitation on what would otherwise be an incident of sovereign power. In fact, in adopting section 35, Canada has exercised its sovereignty by establishing a hierarchy of rights exercisable in Canada: a hierarchy which can only be altered by another exercise of sovereign power, namely the amendment of the Constitution.

[16] I therefore believe the matter must be approached in a more nuanced fashion. It is true that the abandonment of incidents of Canadian sovereignty should not be readily implied and pre-1982 laws which controlled the presence in Canada of non-Canadians should not be lightly set aside. But it must be recognized, in the light of the recent Supreme Court jurisprudence, that there are important assumptions to be applied against the pre-1982 extinguishment by Canadian laws of Aboriginal rights: our legal system at that time must be taken to have recognized that such rights could not be extinguished except by clear and plain measures to that effect. The fact that

que la souveraineté étatique n'est pas compatible avec la limitation du pouvoir qu'a un État de dire quels sont les non-ressortissants autorisés à demeurer dans le pays. Qu'il nous suffise de dire que si l'on trouve en droit international, ainsi qu'en common law, de nombreux arguments étayant cette affirmation, un État souverain peut très bien s'imposer à lui-même des restrictions quant aux moyens par lesquels, aux circonstances dans lesquelles, et aux organismes gouvernementaux par l'intermédiaire desquels, un tel pouvoir de contrôle peut s'exercer. En adoptant sa Constitution, le Canada a, en effet, limité l'exercice de pouvoirs gouvernementaux inhérents à un État souverain. C'est ainsi que la *Charte canadienne des droits et libertés* interdit aux organismes gouvernementaux des actions qui pourraient autrement relever des pouvoirs d'un État souverain, tel le pouvoir de régler le contenu de la presse ou le pouvoir d'opérer, sur son territoire et sans restriction, des saisies et des perquisitions. Dans le même sens, l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aujourd'hui les droits ancestraux existants qui n'ont pas été éteints et entraîne comme corollaire qu'aucun organisme étatique ne peut, après 1982, éteindre les droits en question. Tant que la Constitution n'est pas modifiée, les autorités canadiennes sont soumises à cette restriction concernant les pouvoirs qui découleraient normalement de la puissance souveraine. En adoptant l'article 35, le Canada a en fait exercé sa souveraineté en établissant une hiérarchie des droits susceptibles d'être exercés au Canada: une hiérarchie qui ne peut être modifiée que par un nouvel exercice du pouvoir souverain, à savoir le pouvoir de modifier la Constitution.

[16] J'estime donc que la question doit faire l'objet d'une approche plus nuancée. Il est vrai qu'on ne saurait retenir trop facilement l'hypothèse d'un abandon en ce qui concerne les attributs de la souveraineté canadienne et que l'on ne doit donc pas écarter à la légère les dispositions législatives qui, avant 1982, contrôlaient la présence de non-Canadiens sur le territoire national. Cela dit, il convient de reconnaître, à la lumière de la récente jurisprudence de la Cour suprême, qu'il y a lieu de retenir, à l'encontre de la thèse de l'extinction, avant 1982, de droits ancestraux par le jeu de dispositions législatives canadiennes, un certain nombre de postulats importants: il convient de

legislators and administrators at that time were not aware of such requirements nor indeed of the right now asserted does not validate the extinguishment. In fact it casts greater doubt on the alleged extinguishment because they could not have intended to extinguish that which they didn't know existed.

[17] This does not mean, of course, that proper control of the border may not be a justification for Canada to control or limit in some way the exercise of relevant and unextinguished Aboriginal rights.<sup>12</sup>

[18] I am therefore of the view that the sovereign nature of Canada is not a legal barrier *per se* to the existence of the Aboriginal rights as claimed, but I believe that this Court can go no farther in answering question 1.

[19] Instead there will have to be a number of findings of fact which have as yet not been made. Without attempting to list these exhaustively, they will include findings such as the following. Is the appellant a member of an "aboriginal people of Canada" in order to be entitled to assert a right under section 35 of the *Constitution Act, 1982*? There may be mixed questions of law and fact here as to the indicia for identifying an "aboriginal people of Canada". Does the fact that the appellant's ancestors once occupied land here entitle them indefinitely to a claim to be an Aboriginal people of Canada? What continuing nexus may be required if such "people" are no longer resident in Canada? Further, there will have to be difficult findings as to whether this Aboriginal right ever existed and if so, how it is to be defined. As noted above, the appellant himself has somewhat altered his description of the right asserted as between his written submissions and his oral submissions to the Court. He will have to demonstrate that the right, as

présumer, en effet, que, à l'époque, notre droit reconnaissait que les droits ancestraux ne sauraient être éteints si ce n'est en vertu de dispositions claires et expresses. Le fait que le législateur et les administrateurs de l'époque n'aient pas eu conscience d'une telle exigence, ni même du droit revendiqué en l'espèce, ne peut pas avoir pour effet de valider l'extinction de tels droits. En fait, cette circonstance porte encore plus à douter de la prétendue extinction des droits en question étant donné que le législateur et les administrateurs de l'époque ne pouvaient pas avoir la volonté d'éteindre quelque chose dont ils auraient ignoré jusqu'à l'existence.

[17] Cela ne veut bien sûr pas dire que le contrôle des frontières n'est pas à même de justifier les efforts déployés par le Canada afin de contrôler ou de limiter par diverses mesures l'exercice des droits ancestraux pertinents qui demeurent en vigueur<sup>12</sup>.

[18] Par conséquent, je suis d'avis que la souveraineté du Canada ne constitue pas en soi un obstacle juridique à l'existence des droits ancestraux revendiqués en l'espèce, mais j'estime que la Cour ne peut pas aller plus loin que cela quant à la réponse susceptible d'être apportée à la question n° 1.

[19] Il y a lieu, plutôt, de tirer un certain nombre de conclusions de fait qui n'ont pas été tirées jusqu'ici. Sans tenter d'en dresser une liste exhaustive, disons qu'il s'agira de conclusions portant notamment sur les points suivants. L'appelant est-il membre d'un «peuple autochtone du Canada» et a-t-il, en tant que tel, la faculté de revendiquer un droit en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Il pourra s'agir de questions mixtes de fait et de droit concernant les indices qui permettent d'identifier un «peuple autochtone du Canada». Le fait que les ancêtres de l'appelant aient jadis occupé des territoires ici leur confère-t-il indéfiniment le droit de prétendre constituer un peuple autochtone au Canada? Si ce «peuple» ne réside plus au Canada, quelle est la nature du lien qu'il faudra démontrer. Il y aura lieu, en plus, de tirer des conclusions malaisées quant à savoir si le droit ancestral en question a jamais existé et, si oui, comment il convient de le définir. Ainsi que nous l'avons relevé plus haut, l'appelant a, dans les arguments exposés oralement

described by him, was exercised in pre-contact times and has continued more or less constantly since that time. The appellant will have to show that this practice or tradition, however it is defined, was integral to the distinct culture of the Arrow Lakes people.<sup>13</sup> As the appellant asserts the right to stay in a particular area, he must show that the practice or custom was one exercised in the area in question. One of the practices or customs which he asserts, because he testified that he has engaged in it in Canada on behalf of his people, is the protection of burial grounds. I believe he must show that the Aboriginal right asserted to maintain burial grounds, which presumably is a communal right, is one which is intrinsically infringed because he in particular is not allowed to carry on this activity. The same problem would arise if he were, for example, serving a prison term in Canada in respect to his offence and thus unable to tend the burial grounds.

[20] If an unextinguished right can be established, it will remain for the tribunal dealing with the question to determine if there has been an infringement of that right by sections 4 and 5 of the *Immigration Act*. And, if infringement is found, there may remain the question, if the Crown so asserts, as to whether such infringement is justified.<sup>14</sup> According to the Supreme Court, infringements can be justified if they are in furtherance of a legislative objective that is compelling and substantial, and are consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples.<sup>15</sup>

[21] These are all matters requiring findings of fact and arguments of law in relation thereto. As we indicated at the hearing, we are not in a position to make these determinations because we have very few findings of fact and very little evidence in the record, the Adjudicator having declined to receive further evidence in the light of her view of her inability to

devant la Cour, quelque peu modifié, par rapport à ses observations écrites, sa description du droit qu'il revendique. Il lui faudra montrer que le droit, tel qu'il le décrit lui-même, était déjà exercé à l'époque précédant l'arrivée des Européens et que ce droit a été exercé de manière plus ou moins continue depuis lors. L'appellant devra démontrer que cette pratique ou tradition, quelle que soit la manière dont elle est définie, faisait partie intégrante de la culture propre au peuple des Lacs Arrow<sup>13</sup>. Puisque l'appellant revendique le droit de demeurer dans une région donnée, il lui incombe de démontrer que la pratique ou coutume en question s'exerçait effectivement dans cette région précise. Une des pratiques ou coutumes qu'il invoque, car, selon son propre témoignage, il s'y est livré au Canada au nom de son peuple, est la protection des lieux de sépulture. J'estime qu'il lui faut démontrer que le droit ancestral d'entretenir les sites funéraires, tel qu'il l'invoque, droit qui revêt sans doute un caractère communal, subira une atteinte essentielle si l'appellant n'est pas personnellement autorisé à y procéder. Le même problème se poserait si, par exemple, l'appellant purgeait au Canada une peine d'emprisonnement pour l'infraction qu'il a commise et qu'il n'était, par conséquent, pas en mesure d'assurer l'entretien des lieux de sépulture.

[20] Si l'existence d'un droit non éteint peut être établie, il appartiendra au tribunal saisi de la question de dire si les articles 4 et 5 de la *Loi sur l'immigration* lui ont porté atteinte. Si le tribunal conclut à une atteinte, il restera peut-être à dire, dans l'hypothèse où la Couronne invoque cet argument, si cette atteinte se justifiait<sup>14</sup>. D'après la Cour suprême, de telles atteintes peuvent se justifier si elles contribuent à un but législatif qui est impérieux et réel, et si elles sont compatibles avec la relation fiduciaire spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples Autochtones<sup>15</sup>.

[21] Il s'agit là de questions qui ne peuvent être tranchées qu'au regard de conclusions de fait et d'arguments juridiques. Ainsi que nous l'avons indiqué à l'audience, la Cour n'est pas à même de régler ces divers points puisque le dossier de l'affaire ne contient que très peu de conclusions de fait et très peu de preuves, l'arbitre s'étant refusée à accueillir



determine issues of constitutional law and Aboriginal rights.

4. If not, can the matter be referred back to the Adjudicator?

[22] It was argued by the respondent that the Adjudicator cannot make the necessary determinations to dispose of the appellant's assertion of an Aboriginal right entitling him to remain in Canada. In part, that argument is that the jurisdiction of the Adjudicator is limited to making determinations under section 32 of the *Immigration Act* as to whether a person is subject to removal from Canada by the terms of the *Immigration Act*. It is also asserted that the Adjudicator can give no remedy requested by the appellant because it is bound to order his removal if he comes within the statutory conditions for that removal. The respondent also argues that as a practical matter an immigration inquiry, which is specifically required by the Act to be informal and expeditious, is not an appropriate forum for determining complex questions of Aboriginal rights and constitutional limitations.

[23] I am satisfied that the Adjudicator does have the necessary powers to deal with this matter. Section 80.1 of the *Immigration Act*<sup>16</sup> provides as follows:

**80.1** (1) Subject to section 40.2 an adjudicator has sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction, that may arise in the course of proceedings that are required by this Act to be held before an adjudicator.

(2) An adjudicator has all the powers and authority of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act* and, without restricting the generality of the foregoing, may, for the purposes of any proceedings that are required by this Act to be held before an adjudicator,

(a) issue a summons to any person requiring the person to appear at the time and place set out in the summons to testify with respect to all matters within that person's knowledge relative to the subject-matter of the proceedings and to bring and produce any document, book or paper in the person's possession or under the person's control relative to the subject-matter of the proceedings;

d'autres preuves car elle ne s'estimait pas compétente pour se prononcer sur des questions de droit constitutionnel et des questions touchant les droits ancestraux.

4. Sinon, l'affaire peut-elle être renvoyée devant l'arbitre?

[22] Selon l'intimé, l'arbitre n'est pas à même de se prononcer sur les questions qu'il serait nécessaire de trancher pour dire si c'est à juste titre que l'appelant invoque un droit ancestral lui permettant de demeurer au Canada. Cet argument se fonde en partie sur l'idée que la compétence de l'arbitre se limite aux décisions qu'elle peut prendre, sous le régime de l'article 32 de la *Loi sur l'immigration*, pour dire si quelqu'un peut être renvoyé du Canada en vertu des dispositions de la *Loi sur l'immigration*. L'intimé a fait également valoir que l'arbitre ne saurait accorder à l'appelant le redressement qu'il réclame car elle est tenue, en effet, d'ordonner son renvoi lorsque sont réunies les conditions légales pour ce faire. L'intimé a également fait valoir que, dans un souci d'ordre pratique, l'enquête d'immigration se déroule, aux termes mêmes de la Loi, de manière informelle et expéditive, et ne se prête donc guère au règlement de questions complexes concernant les droits ancestraux et les restrictions constitutionnelles.

[23] J'estime que l'arbitre possède effectivement la compétence voulue pour régler la question. L'article 80.1 de la *Loi sur l'immigration*<sup>16</sup> dispose:

**80.1** (1) Sous réserve de l'article 40.2, l'arbitre a compétence exclusive pour connaître et décider des questions de droit et de fait, y compris les questions de compétence, dans le cadre des procédures instruites devant lui sous le régime de la présente loi.

(2) L'arbitre a les attributions d'un commissaire nommé en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*. Il peut notamment:

a) par citation, enjoindre aux personnes ayant connaissance de faits se rapportant à la procédure devant lui de comparaître comme témoins aux date, heure et lieu indiqués et d'apporter et de produire tous documents, livres ou pièces dont elles ont la possession ou la responsabilité;

(b) administer oaths and examine any person under oath;

(c) issue commissions or requests to take evidence in Canada; and

(d) do all other things necessary to provide for the full and proper conduct of the proceedings.

(3) Adjudicators shall sit at the times and at the places in Canada that are considered necessary by the Chairperson for the proper conduct of their business.

(4) An adjudicator shall deal with all proceedings as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.

(5) An adjudicator is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings, may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case.

It will be noted that an adjudicator has jurisdiction to determine all questions of law and fact, to subpoena persons and things, and to examine under oath. It appears to me that the power to decide questions of law gives her both the duty and the obligation to determine constitutional questions which come before her.<sup>17</sup> As for remedy, while the Adjudicator cannot make a declaration of invalidity of a provision of the *Immigration Act* she can treat provisions of the Act as invalid as applied to this individual, and thus refuse to make a removal order against him if that would constitute an unconstitutional infringement of his Aboriginal right.<sup>18</sup>

[24] Of more force is the argument that a hearing before the Adjudicator does not as a practical matter provide a very good forum for disposing of complex issues of fact and constitutional law. In particular the evidence necessary to establish the Aboriginal right may cover some centuries of activities as well as involving the study of the relevant culture and the role of this right within that culture. As is apparent from subsections 80.1(4) and (5), *supra*, the adjudicator is authorized to act informally and is not bound by the technical rules of evidence.

b) faire prêter serment et interroger sous serment;

c) délivrer des commissions à l'effet de recueillir des éléments de preuve ou des témoignages au Canada;

d) prendre les autres mesures nécessaires à l'instruction approfondie de la procédure devant lui.

(3) Les arbitres siègent au Canada aux lieux, dates et heures choisis par le président en fonction de leurs travaux.

(4) Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, l'arbitre procède sans formalisme et avec célérité.

(5) L'arbitre n'est pas lié par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Il peut recevoir les éléments qui lui sont présentés dans le cadre des procédures instruites devant lui et qu'il considère comme crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder ses conclusions sur eux.

Il faut noter que l'arbitre est habilitée à trancher des questions de droit et de fait, à assigner les personnes et les choses et à interroger sous serment. Il me semble que la compétence de trancher des questions de droit lui impose à la fois le devoir et l'obligation de trancher les questions d'ordre constitutionnel qui sont portées devant elle<sup>17</sup>. En ce qui concerne le redressement demandé, si l'arbitre ne peut effectivement pas invalider une disposition de la *Loi sur l'immigration*, elle peut considérer que les dispositions de cette Loi sont invalides en ce qui concerne l'individu en question et refuser par conséquent de prendre à son encontre une mesure de renvoi si une telle mesure devait porter atteinte à son droit ancestral prévu par la Constitution<sup>18</sup>.

[24] Plus solide est l'argument voulant qu'une audience devant l'arbitre ne soit pas, sur le plan pratique, le lieu le plus propice au règlement de questions complexes de fait et de droit constitutionnel. Cela est notamment vrai des preuves nécessaires pour établir l'existence d'un droit ancestral, puisque ces preuves peuvent concerner des événements qui se déroulent sur plusieurs siècles et exiger l'étude de la culture en question et du rôle qu'occupait le droit invoqué au sein de cette culture. Il ressort des paragraphes 80.1(4) et (5), précités, que l'arbitre est autorisé à procéder de manière informelle, sans être lié par les règles techniques de présentation de la preuve.

[25] There may, however, be other means for resolving this practical problem. Section 18.3 of the *Federal Court Act*<sup>19</sup> provides as follows:

**18.3** (1) A federal board, commission or other tribunal may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Trial Division for hearing and determination.

(2) The Attorney General of Canada may, at any stage of the proceedings of a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, refer any question or issue of the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of regulations thereunder, to the Trial Division for hearing and determination.

It appears to me that the Attorney General of Canada could, on the return of this matter to the Adjudicator by this Court, make a reference to the Federal Court Trial Division under subsection 18.3(2) which enables her to “refer any question or issue of the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament”. The difficult issue involved here, and in respect of which the Adjudicator may face practical problems in determination, is essentially a matter of the validity or applicability of sections 4 and 5 of the *Immigration Act* because of their possible conflict with section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[26] We raised this matter with counsel at the hearing but counsel for the respondent took the position that the facts would first have to be found before there could be a reference. She relied on jurisprudence in relation to references taken under subsection 18.3(1). In my view there is an important difference between subsections 18.3(1) and 18.3(2). Subsection 18.3(1) allows the tribunal to refer “any question or issue of law, of jurisdiction or practice and procedure”. This has been taken not to include a reference as to questions of fact. However, subsection 18.3(2) which was only added in 1990<sup>20</sup> allows the reference of “any question or issue of . . . constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament”. Questions of validity and applicability, at least, commonly involve questions of fact. I have identified above a number of the factual questions which will have to be determined in this matter by someone, to determine whether a right guaranteed under section 35 of the *Constitution Act, 1982* has

[25] Il y a peut-être, cependant, d'autres moyens de régler ce problème d'ordre pratique. L'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>19</sup> dispose:

**18.3** (1) Les offices fédéraux peuvent, à tout stade de leurs procédures, renvoyer devant la Section de première instance pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

(2) Le procureur général du Canada peut, à tout stade des procédures d'un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, renvoyer devant la Section de première instance pour audition et jugement toute question portant sur la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi fédérale ou de ses textes d'application.

Le procureur général, me semble-t-il, pourrait, la Cour renvoyant l'affaire devant l'arbitre, saisir la Section de première instance de la Cour fédérale en vertu du paragraphe 18.3(2), qui lui permet de «renvoyer [. . .] toute question portant sur la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi fédérale». La question épineuse soulevée en l'occurrence, et dont le règlement pourrait poser à l'arbitre des problèmes d'ordre pratique, concerne essentiellement la validité ou l'applicabilité des articles 4 et 5 de la *Loi sur l'immigration* en raison d'une incompatibilité possible avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[26] Nous avons évoqué le problème à l'audience avec les avocats des deux parties, mais l'avocate de l'intimé a estimé qu'il faudrait, avant de renvoyer la question devant la Cour, s'entendre sur les faits. Elle s'est fondée en cela sur la jurisprudence relative aux renvois effectués en vertu du paragraphe 18.3(1). J'estime qu'il existe une différence très sensible entre les paragraphes 18.3(1) et 18.3(2). Le paragraphe 18.3(1) permet à un office fédéral de renvoyer «toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure». Cette disposition a été interprétée comme ne permettant pas le renvoi de questions de fait. Mais le paragraphe 18.3(2), qui n'a été ajouté qu'en 1990<sup>20</sup>, prévoit le renvoi de «toute question portant sur la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi fédérale». Les questions de validité et d'applicabilité, pour ne parler que d'elles, comprennent en général les questions de fait. Plus haut, j'ai cerné un certain nombre de questions de fait qui, dans cette affaire, auront à être tranchées afin

been infringed and, if so, whether that infringement is justified. Paragraph 300(e) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] provides that a reference under section 18.3 of the *Federal Court Act* should be dealt with as an application subject to certain modifications provided for in rules 320-323. This would mean that ordinarily evidence would be produced by affidavits, subject to cross-examination, although rule 316 allows the Court to authorize the taking of *viva voce* evidence as well.

### Disposition

[27] I would therefore allow the appeal in part, quash the departure order of November 16, 1993 and refer the matter back to an adjudicator under the *Immigration Act* for determination in accordance with these reasons.

[28] The questions should be answered as follows:

Question 1: This question cannot be answered with respect to the rights of such an Aboriginal person to enter Canada. With respect to his right to remain, it cannot be answered in the absence of any determination on the evidence with respect to such matters as: whether such person belongs to an Aboriginal people of Canada; the precise definition of the right claimed; the existence of an historic practice upon which the right is allegedly based; the relationship of that practice to the culture of an Aboriginal people of Canada; the intention of the Parliament and Government of Canada to extinguish such a right; whether such right, if established and not extinguished, has been infringed; and whether such infringement if it exists is justified. Only in this way can an answer to this question be properly

qu'il puisse être établi s'il y a effectivement eu atteinte à un droit garanti par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, si oui, si cette atteinte se justifie. Selon l'alinéa 300e) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, [DORS/98-106] les renvois effectués en vertu de l'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale* doivent être introduits par voie de demande, sous réserve de certaines modifications prévues aux règles 320 à 323. Cela veut dire que, normalement, la preuve se fera par affidavit, avec possibilité de contre-interroger, bien que la règle 316 offre à la Cour la possibilité d'autoriser en plus les témoignages de vive voix.

### Décision

[27] Il y a donc lieu d'accueillir l'appel en partie, d'annuler la mesure d'interdiction de séjour en date du 16 novembre 1993 et de renvoyer l'affaire devant un arbitre nommé en vertu de la *Loi sur l'immigration* pour qu'elle soit tranchée en conformité avec les motifs de la Cour.

[28] Il convient d'apporter aux questions les réponses suivantes:

Question 1: Il n'est pas possible de répondre à cette question en ce qui a trait aux droits qu'un Autochtone dans une telle situation aurait d'entrer au Canada. En ce qui concerne son droit d'y demeurer, il n'est pas possible de répondre sans se prononcer au préalable, et au vu des preuves produites, sur les points suivants: la personne en question appartient-elle à un peuple autochtone du Canada?; quelle est la définition précise du droit revendiqué?; existe-t-il une pratique historique fondant le droit revendiqué?; quels sont les rapports existant entre cette pratique et la culture d'un peuple Autochtone du Canada?; le législateur et le Gouvernement du Canada ont-ils eu l'intention d'éteindre le droit en question?; ce droit, à supposer que l'on démontre à la fois son existence et sa non-extinction, a-t-il été enfreint et, si oui, cette atteinte se

limited to that which is required for determination of the appellant's case.

justifie-t-elle? C'est seulement sous cette forme qu'il peut être répondu à la question en s'en tenant, comme il se doit, aux éléments nécessaires pour trancher le présent appel.

Question 2: Yes.

DÉCARY J.A.: I agree.

LINDEN J.A.: I agree.

Question 2: Oui.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Je suis du même avis.

LINDEN, J.C.A.: Je suis du même avis.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-5.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. I-2.

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. N-1.

<sup>4</sup> See Appeal Book, vol. II, at pp. 328-329; Appeal Book, vol. VI, at p. 1050.

<sup>5</sup> Appeal Book, vol. VI, at p. 1118 ff.

<sup>6</sup> See e.g. *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Malouf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (F.C.A.); *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 127 (C.A.); *McLeod v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 1 F.C. 257 (C.A.); *Gregory v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 606 (T.D.) (QL).

<sup>7</sup> *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1099.

<sup>8</sup> [1996] 2 S.C.R. 723, at p. 753.

<sup>9</sup> *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at pp. 558-559; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at pp. 1068-1069, 1072-1076.

<sup>10</sup> *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101.

<sup>11</sup> See e.g. *Sparrow*, *supra*, note 7, at p. 1097; *Delgamuukw*, *supra*, note 9, at p. 1120; *Van der Peet*, *supra*, note 9, at p. 585.

<sup>12</sup> *Cf. Mitchell v. M.N.R.*, [1999] 1 F.C. 375 (C.A.), at para. 18.

<sup>13</sup> See e.g. *Van der Peet*, *supra*, note 9, at p. 549.

<sup>14</sup> *Id.*, at p. 526.

<sup>15</sup> *Delgamuukw*, *supra*, note 9, at pp. 1107-1108.

<sup>16</sup> As enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 70.

<sup>17</sup> See e.g. *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

<sup>18</sup> *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at p. 17.

<sup>19</sup> R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5].

<sup>20</sup> S.C. 1990, c. 8, s. 5.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. N-1.

<sup>4</sup> Voir le vol. II du dossier d'appel, aux p. 328 et 329; le vol. VI du dossier d'appel, à la p. 1050.

<sup>5</sup> Vol. VI, dossier d'appel à la p. 1118 et suiv.

<sup>6</sup> Voir, p. ex., *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4 (C.A.F.); *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.); *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 127 (C.A.); *McLeod c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 1 C.F. 257 (C.A.); *Gregory c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 606 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>7</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1099.

<sup>8</sup> [1996] 2 R.C.S. 723, à la p. 753.

<sup>9</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, aux p. 558 et 559; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, aux p. 1068 et 1069 et 1072 à 1076.

<sup>10</sup> *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

<sup>11</sup> Voir, par ex. *Sparrow*, *supra*, note 7, à la p. 1097; *Delgamuukw*, *supra*, note 9, à la p. 1120; *Van der Peet*, *supra*, note 9, à la p. 585.

<sup>12</sup> Voir *Mitchell c. M.R.N.*, [1999] 1 C.F. 375 (C.A.), au par. 18.

<sup>13</sup> Voir, par ex., *Van der Peet*, *supra*, note 9, à la p. 549.

<sup>14</sup> *Id.*, à la p. 526.

<sup>15</sup> *Delgamuukw*, *supra*, note 9, aux p. 1107 et 1108.

<sup>16</sup> Edicté par L.C. 1992, ch. 49, art. 70.

<sup>17</sup> Voir, par ex., *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

<sup>18</sup> *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, à la p. 17.

<sup>19</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5].

<sup>20</sup> L.C. 1990, ch. 8, art. 5.