

James Matthew Simon *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

**The Union of New Brunswick Indians, Inc.,
the Native Council of Nova Scotia, Attorney
General of Canada, Attorney General for
Ontario and Attorney General for New
Brunswick** *Interveners*.

File No.: 17006.

1984: October 23; 1985: November 21.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre,
Chouinard, Wilson and Le Dain J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA

Indians — Treaty rights — Right to hunt — Provincial law restricting that right — Whether or not treaty rights prevail — Indian Act, R.S.C. 1970, c. 1-6, s. 88 — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150(1) — Constitution Act, 1982, s. 35.

Appellant, a registered Micmac Indian, was convicted under s. 150(1) of Nova Scotia's *Lands and Forests Act* for possession of a rifle and shotgun cartridges. Although appellant admitted all essential elements of the charges, it was argued that the right to hunt set out in the Treaty of 1752, in combination with s. 88 of the *Indian Act*, offered him immunity from prosecution under the provincial act. Article 4 of that Treaty stated that the Micmacs have "free liberty of Hunting & Fishing as usual" and s. 88 provided that provincial laws of general application applied to Indians, subject to the terms of any treaty. The Court of Appeal upheld the trial judge's ruling that the Treaty of 1752 did not exempt appellant from the provisions of the provincial *Lands and Forests Act*. At issue here was whether or not appellant enjoys hunting rights, pursuant to the Treaty of 1752 and s. 88 of the *Indian Act*, which preclude his prosecution for certain offences under the *Lands and Forests Act*.

Held: The appeal should be allowed.

Both Governor Hopson and the Micmac had the capacity to enter into the Treaty of 1752 and did so with

James Matthew Simon *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

**L'Union of New Brunswick Indians, Inc., le
Native Council of Nova Scotia, Procureur
général du Canada, Procureur général de
l'Ontario et Procureur général du
Nouveau-Brunswick** *Intervenants*.

N° du greffe: 17006.

1984: 23 octobre; 1985: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE

Indiens — Droits issus des traités — Droit de chasse — Loi provinciale qui limite ce droit — Les droits issus des traités prévalent-ils? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. 1-6, art. 88 — Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 150(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

L'appellant, un Indien micmac inscrit, a été déclaré coupable aux termes du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* de la Nouvelle-Écosse, de possession d'une carabine et de cartouches de fusil. Bien qu'il ait admis tous les éléments essentiels des accusations, l'appellant a allégué que le droit de chasser, établi dans le Traité de 1752, combiné avec l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lui offrait l'immunité à l'égard de poursuites fondées sur la loi provinciale. L'article 4 de ce traité prévoit que les Micmacs auront la «Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume» et l'art. 88 prévoit que les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens, sous réserve des termes d'un traité. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle le Traité de 1752 n'exemptait pas l'appellant de l'application des dispositions de la *Lands and Forests Act* provinciale. La question soulevée en l'espèce est de savoir si l'appellant jouit de droits de chasse, en vertu du Traité de 1752 et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui empêchent qu'il soit poursuivi à l'égard de certaines infractions à la *Lands and Forests Act*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le gouverneur Hopson et les Micmacs avaient compétence pour conclure le Traité de 1752 et ils l'ont fait

the intention of creating mutually binding obligations. The Treaty constitutes a positive source of protection against infringements on hunting rights and the fact that these rights existed before the Treaty as part of the general aboriginal title did not negate or minimize the significance of the rights protected by the Treaty. Although the right to hunt was not absolute, to be effective, it had to include reasonably incidental activities, such as travelling with the necessary equipment to the hunting grounds and possessing a hunting rifle and ammunition in a safe manner.

The Treaty of 1752 continues to be in force and effect. The principles of international treaty law relating to treaty termination were not determinative because an Indian treaty is unique and *sui generis*. Furthermore, nothing in the British conduct subsequent to the conclusion of the Treaty or in the hostilities of 1753 indicated that the Crown considered the terms of the Treaty terminated. Nor was it demonstrated that the hunting rights protected by the Treaty have been extinguished. The Court expressed no view whether, as a matter of law, treaty rights can be extinguished.

Appellant is an Indian covered by the Treaty. He was a registered Micmac Indian living in the same area as the original Micmac Indian tribe which was a party to the Treaty. This was sufficient evidence to prove appellant's connection to that tribe. In light of the Micmac tradition of not committing things to writing, to require more, such as proving direct descendancy, would be impossible and render nugatory any right to hunt that a present day Micmac would otherwise have.

The Treaty of 1752 is an enforceable obligation between the Indians and the Crown and is therefore within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*. Section 88 operates to include all agreements concluded by the Crown with the Indians that would be otherwise enforceable treaties, whether or not land was ceded.

Appellant's possession of a rifle and ammunition in a safe manner was referable to his treaty right to hunt and was not restricted by s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*. Section 88 of the *Indian Act*, which applies only to provincial legislation, operates to exempt Indians from legislation restricting or contravening a term of any treaty and must prevail over s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*.

It was not necessary to consider s. 35 of the *Constitution Act, 1982* since s. 88 of the *Indian Act* covered the present situation and provided the necessary protection for the appellant.

avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires. Le traité constitue une source positive de protection contre les violations des droits de chasse et le fait que ces droits existaient avant le traité en vertu du droit général autochtone ne nie ni ne diminue l'importance des droits protégés par le traité. Bien que le droit de chasse ne soit pas absolu, il doit, pour être efficace, comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires, comme se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel nécessaire et posséder une carabine de chasse et des munitions placées de manière sûre.

Le Traité de 1752 continue d'être en vigueur. Les principes du droit international qui se rapporte à la résolution des traités ne sont pas déterminants, car un traité avec les Indiens est unique et *sui generis*. En outre, rien dans la conduite britannique postérieure à la conclusion du traité ni dans les hostilités de 1753 n'indique que la Couronne considérait que le traité avait pris fin. L'extinction des droits de chasse protégés par le traité n'a pas non plus été établie. La Cour n'exprime pas d'opinion sur la question de savoir si les droits peuvent être éteints.

L'appelant est un Indien visé par le traité. C'est un Indien micmac inscrit qui vit dans la même région que la tribu originaire d'Indiens micmacs qui était partie au traité. Ceci constitue un élément de preuve suffisant pour démontrer le lien entre l'appelant et cette tribu. Compte tenu de la tradition micmaque de ne pas mettre les choses par écrit, exiger plus, comme établir la descendance directe, serait impossible et aurait pour effet de rendre sans valeur tout droit de chasse qu'un Indien micmac d'aujourd'hui aurait par ailleurs.

Le Traité de 1752 constitue une obligation exécutoire entre les Indiens et la Couronne et par conséquent est visé par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 88 s'applique à tous les accords conclus par la Couronne avec les Indiens qui seraient par ailleurs des traités exécutoires, qu'il y ait ou non cession de terre.

La possession par l'appelant d'une carabine et de munitions placées de manière sûre est liée à son droit de chasse issu d'un traité et n'est pas limitée par le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui ne s'applique qu'aux lois provinciales, a pour effet d'exempter les Indiens de l'application de textes législatifs qui limitent les termes d'un traité ou qui contreviennent à ceux-ci et doit prévaloir sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Il n'est pas nécessaire d'examiner l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* puisque l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* vise la présente situation et accorde la protection nécessaire à l'appelant.

Cases Cited

R. v. Isaac (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555; *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307; *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110; *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189; *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118; *R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd [1965] S.C.R. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Pawis v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. v. Polchies and Paul*; *R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449; *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267; *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145; *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360; *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50; *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569; *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45, referred to; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, distinguished.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92(13), (16).
Constitution Act, 1982, s. 35.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 88.
Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, c. 163, s. 150.

Authors Cited

MacKenzie, N. A. M. "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561, 561-568.
 Upton, L. F. S. *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1979.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1982), 49 N.S.R. (2d) 566, dismissing an appeal from a conviction by Kimball J. Appeal allowed.

Bruce H. Wildsmith and Graydon Nicholas, for the appellant.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460; *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555; *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307; *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110; *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189; *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118; *R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, confirmé par [1965] R.C.S. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Pawis c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832); *R. v. Polchies and Paul*; *R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449; *R. v. George*, [1966] R.C.S. 267; *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145; *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360; *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50; *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569; *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45; distinction d'avec l'arrêt *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89.

Lois et règlements cités

Lands and Forests Act, R.S.N.S. 1967, chap. 163, art. 150.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92(13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 88.

Doctrine citée

MacKenzie, N. A. M. «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561, 561-568.
 Upton, L. F. S. *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1982), 49 N.S.R. (2d) 566, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité par le juge Kimball. Pourvoi accueilli.

Bruce H. Wildsmith et Graydon Nicholas, pour l'appelant.

Robert E. Lutes and Brian Norton, for the respondent.

Graydon Nicholas, for the intervener the Union of New Brunswick Indians, Inc.

J. P. Merrick, Q.C., and *Bruce Clarke*, for the intervener the Native Council of Nova Scotia.

John Rook and Martin Freeman, for the intervener the Attorney General of Canada.

J. T. S. McCabe, for the intervener the Attorney General for Ontario.

J. T. Keith McCormick, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This case raises the important question of the interplay between the treaty rights of native peoples and provincial legislation. The right to hunt, which remains important to the livelihood and way of life of the Micmac people, has come into conflict with game preservation legislation in effect in the Province of Nova Scotia. The main question before this Court is whether, pursuant to a Treaty of 1752 between the British Crown and the Micmac, and to s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, the appellant, James Matthew Simon, enjoys hunting rights which preclude his prosecution for offences under the *Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, c. 163.

I

Facts

The appellant is a member of the Shubenacadie Indian Brook Band (No. 2) of the Micmac people and a registered Indian under the *Indian Act*. He was charged under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act* with possession of a rifle and shotgun cartridges. The two charges read:

On the 21st day of September, 1980 at West Indian Road, Hants County, Nova Scotia (he) did unlawfully commit the offence of illegal possession of shotgun cartridge loaded with shot larger than AAA, contrary to Section 150(1) of the *Lands and Forests Act*;

Robert E. Lutes et Brian Norton, pour l'intimé.

Graydon Nicholas, pour l'intervenant l'Union of New Brunswick Indians, Inc.

J. P. Merrick, c.r., et *Bruce Clarke*, pour l'intervenant le Native Council of Nova Scotia.

John Rook et Martin Freeman, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

J. T. S. McCabe, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

J. T. Keith McCormick, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La présente affaire soulève la question importante de l'interaction entre les droits des peuples autochtones découlant des traités et la loi provinciale. Le droit de chasse, qui demeure important pour la subsistance et le mode de vie du peuple micmac, est entré en conflit avec la loi sur la protection de la faune en vigueur dans la province de la Nouvelle-Écosse. La question principale dont est saisie cette Cour est de savoir si, en vertu d'un traité, conclu en 1752 entre la Couronne britannique et les Micmacs, et de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, l'appelant, James Matthew Simon, jouit de droits de chasse qui font en sorte qu'il ne peut être poursuivi pour des infractions à la *Lands and Forests Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 163.

I

Les faits

L'appelant est membre de la bande Shubenacadie Indian Brook (n° 2) du peuple micmac et est un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il a été accusé, en vertu du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, de possession d'une carabine et de cartouches. Voici le texte des deux accusations:

[TRADUCTION] Le 21 septembre 1980 sur la route West Indian, dans le comté de Hants en Nouvelle-Écosse, (il) a commis l'infraction de possession illégale d'une cartouche chargée de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA, contrairement au paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act*;

and that:

On the 21st day of September, 1980 at West Indian Road, Hants County, Nova Scotia (he) did unlawfully commit the offence of illegal possession of a rifle during closed season contrary to Section 150(1) of the *Lands and Forests Act*.

Section 150(1) of the *Lands and Forests Act* provides:

150 (1) Except as provided in this Section, no person shall take, carry or have in his possession any shot gun [shot-gun] cartridges loaded with ball or with shot larger than AAA or any rifle,

(a) in or upon any forest, wood or other resort of moose or deer; or

(b) upon any road passing through or by any such forest, wood or other resort; or

(c) in any tent or camp or other shelter (except his usual and ordinary permanent place of abode) in any forest, wood or other resort.

At trial before Judge R. E. Kimball, the following principal facts were admitted by the appellant:

1. The appellant James Matthew Simon is a registered Indian under the *Indian Act* and an adult member of the Shubenacadie – Indian Brook Band of Micmac Indians. He is a member of the Shubenacadie Band Number 02.

2. On September 21st, 1980, at about 3:30 p.m., he was driving a Chevrolet truck on West Indian Road, a public highway in Colchester County, Nova Scotia. This road is not in an Indian Reserve, but is adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve.

3. Simon was stopped by the R.C.M.P. He was found in possession of an operable .243 calibre rifle with scope and a leather shell container with six live and two spent .243 calibre shells as well as two live twelve gauge shotgun shells loaded with shot, larger than size AAA and during closed season, all within the meaning of s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*, and the other provisions and regulations made under the Act.

4. The rifle was test fired by a firearm expert and found to be operable. All the live shells were also

et

[TRADUCTION] Le 21 septembre 1980 sur la route West Indian, dans le comté de Hants en Nouvelle-Écosse, [il] a commis l'infraction de possession illégale d'une carabine en dehors de la saison de chasse, contrairement au paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Le paragraphe 150(1) de la *Lands and Forests Act* prévoit:

[TRADUCTION] **150** (1) À l'exception de ce qui est prévu dans le présent article, nul ne doit prendre, transporter ou avoir en sa possession une cartouche de fusil chargée d'une balle ou de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA ou une carabine,

a) dans une forêt, un bois ou tout autre refuge d'original ou de cerf; ou

b) sur une route qui traverse ou longe cette forêt, ce bois ou cet autre refuge; ou

c) dans une tente, dans un camp ou tout autre abri (à l'exception de son lieu de résidence permanente habituelle) dans une forêt, un bois ou un autre refuge.

Au procès devant le juge R.E. Kimball, l'appelant a reconnu les principaux faits suivants:

1. L'appelant James Matthew Simon est un Indien inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* et un membre adulte de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie Indian Brook. Il est membre de la bande Shubenacadie numéro 02.

2. Le 21 septembre 1980 vers 15 h 30, il conduisait un camion Chevrolet sur la route West Indian, une voie publique dans le comté de Colchester en Nouvelle-Écosse. Cette route n'est pas située dans une réserve indienne mais est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie.

3. Simon a été arrêté par la G.R.C. Il a été trouvé en possession d'une carabine de calibre .243 en état de fonctionner et munie d'un télescope, et d'une cartouchière en cuir contenant six cartouches pleines et deux cartouches vides de calibre .243, ainsi que deux cartouches pour fusil de calibre 12 chargées de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA, et ce en dehors de la saison de chasse, le tout au sens du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* et des autres dispositions et règlements pris en vertu de la Loi.

4. Un spécialiste des armes à feu a essayé la carabine et a jugé qu'elle était en état de fonction-

examined and found to be operable. All shells were found to have been ejected from the rifle chamber and not its magazine. The two spent shells had been fired from the rifle.

5. Simon had no licence or other authority under the *Lands and Forests Act* permitting him to be in possession of the rifle and shells and shotgun cartridges.

6. The West Indian Road passes through or by a forest, wood, or other resource frequented by moose or deer.

Although all essential elements of the charges were admitted by Simon, it was argued on his behalf at trial that the right to hunt set out in the Treaty of 1752, in combination with s. 88 of the *Indian Act*, offered him immunity from prosecution under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*.

Section 88 of the *Indian Act* reads as follows:

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

(Emphasis added.)

The Treaty of 1752, the relevant part of which states at article 4 that the Micmacs have "free liberty of Hunting & Fishing as usual", provides:

Treaty or
Articles of Peace and Friendship Renewed
between

His Excellency Peregrine Thomas Hopson Esquire Captain General and Governor in Chief in and over His Majesty's Province of Nova Scotia or Acadie. Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's

ner. Toutes les cartouches pleines ont également été examinées et jugées en état de fonctionner. On a conclu que toutes les cartouches avaient été éjectées de la chambre de la carabine et non de son magasin. Les deux cartouches vides ont été déchargées au moyen de la carabine.

5. Simon n'avait aucun permis ni aucune autre autorisation en vertu de la *Lands and Forests Act* lui permettant d'être en possession de la carabine, des cartouches de carabine et des cartouches de fusil.

6. La route West Indian traverse ou longe une forêt, un bois ou un autre refuge fréquenté par l'orignal ou le cerf.

Bien que tous les éléments essentiels des accusations aient été admis par Simon, on a allégué pour son compte au procès que le droit de chasser, énoncé dans le Traité de 1752, combiné avec l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lui conférait l'immunité contre des poursuites fondées sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Voici le texte de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*:

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

(C'est moi qui souligne.)

Le Traité de 1752, dont la partie pertinente prévoit à l'article 4 que les Micmacs auront la [TRADUCTION] «Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume», est ainsi rédigé:

Traité ou
Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvelée
«Entre»

Son Excellence Peregrine Thomas Hopson Ecuyer Capitaine Général du Gouverneur en Chef pour le Roy de la Grande Bretagne de la Province de la Nouvelle Écosse de L'Acadie Vice Admiral de la dite Province et Colo-

Regiments of Foot, and His Majesty's Council on behalf of His Majesty.

and

Major Jean Baptiste Cope, chief Sachem of the Tribe of Mick Mack Indians Inhabiting the Eastern Coast of the said Province, and Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin & Francis Jeremiah, Members and Delegates of the said Tribe, for themselves and their said Tribe their Heirs, and the Heirs of their Heirs forever, Begun made and concluded in the manner, form and Tenor following, vizt:

1°. It is agreed that the Articles of Submission and Agreement, made at Boston in New England by the Delegates of the Penobscot Norridgwolk & St. John's Indians, in the year 1725 Ratified & Confirmed by all the Nova Scotia Tribes, at Annapolis Royal, in the month of June 1726, & lately renewed with Governor Cornwallis at Halifax, & Ratified at St. John's River, now read over, Explained and Interpreted, shall be and are hereby from this time forward Renewed, Reiterated, and forever Confirmed by them and their Tribe; and the said Indians for themselves and their Tribe and their Heirs aforesaid Do make & Renew the same Solemn Submissions and promisses for the Strickt observance of all the Articles therein contained as at any time heretofore hath been done.

2°. That all Transactions during the late War shall on both sides be buried in Oblivion with the Hatchet, and that the said Indians shall have all favour, Friendship & Protection shewn them from this His Majesty's Government.

3°. That the said Tribe shall use their utmost endeavours to bring in the other Indians to Renew and Ratify this Peace, and shall discover and make known any attempts or designs of any other Indians or any Enemy whatever against His Majestys Subjects within this Province so soon as they shall know thereof and shall also hinder and Obstruct the same to the utmost of their Power, and on the other hand if any of the Indians refusing to ratify this Peace, shall make War upon the Tribe who have now confirmed the same; they shall upon Application have such aid and Assistance from the Government for their Defence, as the case may require.

4°. It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting & Fishing as usual: and that if they shall think a Truck-

nel d'un Régiment d'Infanterie et le Conseil de sa Majesté Dans cette Province en faveur de la ditte Majesté d'une Part —

et

a Le Major Jean Baptiste Cope Chef Sachem de la Tribu des Sauvages Mick Mack habitans les Côtes de l'Est de la ditte province et Andrew Hadley Martin, Gabriel Martin et François Jeremie Membres et envoyés de la susdite Tribu pour eux mêmes et leurs héritiers et les b Héritiers de leurs Héritiers à Jamais d'une autre Part le dit Traité commencé fait et conclu dans la manière Forme et Teneur qui s'ensuivent.

1°. On Est convenu que les Articles de Soumission et d'Agrément fait à Boston dans le Nouvelle Angleterre c par les Sauvages députés de Penobscot Norridgwolk et de la Rivière de S' Jean dans l'Année 1725 ratifié et confirmé par toutes les Tribus de la Nouvelle Écosse à Annapolis Royale dans le Mois de Juin 1726 et dernière- d ment renouvelés avec le Gouverneur Cornwallis à Halifax et ratifiés de la rivière S' Jean maintenant lus e entièrement, expliqués et interprétés sont et seront de ce Jour et aux Jours à venir renouvelés réitérés et Conformés pour toujours par les susdits Sauvages et leur Tribu et que les susdits sauvages pour eux mêmes pour leur Tribu et pour leurs descendants susdits font et Renou- vellent les mêmes soumissions solemnelles et les mêmes promesses pour l'étrite Observance de tous les Articles Contenus dans ces Traités comme il a été fait jusqu'à présent.

f 2°. Que tout ce qui est passé de part et d'autre pendant la dernière guerre sera entièrement oublié des deux Cotés, et que la Hache sera enterrée et que le Gouverne- ment de sa Majesté dans cette province Accordera toute sorte d'Amitié de faveur et de Protection aux lesdits g Sauvages.

3°. Que la Tribu susdite fera tout son possible pour engager les autres sauvages à renouveler et à ratifier cette présente paix, qu'ils avertiron découvriront et feront sçavoir tous les Dessins ou les Enterprizes que h pourroient faire les autres Sauvages ou quelqu'autres Enemis que ce soit contre les Sujets de sa Majesté habitans dans cette Province et cela aussitôt qu'ils en auront connaissance. Et de plus, ils feront tous leurs Efferts pour s'y opposer D'une autre part si quelques i Sauvages refusants de ratifier cette Paix fait la Guerre à la Tribu qui vient de la Confirmer, aussitôt que cette ditte Tribu en aura porté ses plaintes elle recevra du Government telle Assistance et tel Secours que le cas pourroit le requérir.

j 4°. On est plus Convenu que la susdite Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au con- traire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher

house needful at the River Chibenaccadie or any other place of their resort, they shall have the same built and proper Merchandize lodged therein, to be Exchanged for what the Indians shall have to dispose of, and that in the mean time the said Indians shall have free liberty to bring for Sale to Halifax or any other Settlement within this Province, Skins, feathers, fowl, fish or any other thing they shall have to sell, where they shall have liberty to dispose thereof to the best Advantage.

5°. That a Quantity of Bread, Flour, & such other Provisions as can be procured, necessary for the Families, and proportionable to the number of the said Indians, shall be given them half yearly for the time to come; and the same regard shall be had to the other Tribes that shall hereafter agree to Renew and Ratify the Peace upon the Terms and Conditions now Stipulated.

6°. That to Cherish a good Harmony & mutual Correspondance between the said Indians & this Government, His Excellency Peregrine Thomas Hopson Esqr. Captain General & Governor in Chief in & over His Majesty's Province of Nova Scotia or Accadie, Vice Admiral of the same & Colonel of one of His Majesty's Regiments of Foot, hereby Promises on the Part of His Majesty, that the said Indians shall upon the first day of October Yearly, so long as they shall Continue in Friendship, Receive Presents of Blankets, Tobacco, and some Powder & Shot; and the said Indians promise once every Year, upon the first of October to come by themselves or their Delegates and Receive the said Presents and Renew their Friendship and Submissions.

7°. That the Indians shall use their best Endeavours to save the lives and goods of any People Shipwrecked on this Coast, where they resort, and shall Conduct the People saved to Halifax with their Goods, & a Reward adequate to the Salvadge shall be given them.

8°. That all Disputes whatsoever that may happen to arise between the Indians now at Peace, and others His Majesty's Subjects in this Province shall be tryed in His Majesty's Courts of Civil Judicature, where the Indians shall have the same benefit, Advantages and Priviledges, as any others of His Majesty's Subjects.

comme de coutume. Et qu'au cas que les dits Sauvages demandassent qu'il leur fut alloué un Magazin d'Echange sur la Rivière Chubenaccadie, ou dans toute autre Place de leurs Habitations, ils en aurront un de batis remplis des Marchandizes convenables pour être échangées avec celles des Sauvages, et qu'au même tems les dits Sauvages auront un entière Liberté d'apporter vendre à Halifax ou dans quelqu'autre Plantation que ce soit dans cette Province, les Pelletries, Vollailles Poissons, et toute autre Chose qu'ils auront à vendre et le tout a tel Avantage qu'ils en pourront tirer.

5°. Que l'on donnera aux susdits Sauvages chaque six Mois à venir telle Quantité de Biscuits, Fleure et telles autres Provisions qui seront Jugées nécessaires et que l'on pourra avoir dans le Temps pour leurs familles et à proportion de leurs nombre, et qu'on aura les mêmes égards pour les autres Tribus de Sauvages qui dans la Suite pourroient ou voudroient accéder renouveler et ratifier cette présente Paix dans les Termes et sous les Conditions ci mentionnées.

6°. Que pour entretenir une bonne Harmonie et une Correspondence mutuelle entre les susdits Sauvages et ce Gouvernement, Son Excellence Peregrine Thomas Hopson Ecuyer, Capitaine Général et Gouverneur en Chef pour La Majesté de la Province de la Nouvelle Écosse ou Acadie vice Admiral de la ditte Province et Colonel d'un Régiment d'Infanterie, promet, pour Sa Majesté Britannique de donner en présents audits Sauvages chaque Année au premier d'Octobre aussi longtemps que les dits Sauvages observeront les Articles susdits mentionnés et demeureront Amis, des Couvertures (c'est-à-dire) Blanquets, du Tabac, de la Poudre et du petit Plomd. Que d'autre part les susdits Sauvages promettent de venir chaque Année au premier du susdit mois d'Octobre eux mêmes ou leurs Députés recevoir les susdits Présents et renouveler leurs Amitiés et leurs Soumissions.

7°. Que les susdits Sauvages feront tout ce qui sera en leur pouvoir pour sauver la vie et les Effets de quelque personne que ce soit, dont les vaisseaux viendroient à échouer sur les Côtes qu'ils habitent, et amèneront, les peuples et les Effects, qu'ils auront sauvés à Halifax où ils seront récompensé selon la valeur de susdits Effets.

8°. Que toutes les disputes de quelque nature qu'elles soient qui pourroient arriver ou s'élever entre les Sauvages actuellement en paix et quelqu'autres Sujets de sa Majesté que se soit, seront ameneas devant la Court de Justice de sa Majesté pour les Causes Civils devant laquelle Court lesdits Sauvages Jouiront des mêmes Bénéfices, Priviledges et Advantages que toute autre Sujet de sa Majesté.

In Faith and Testimony whereof, the Great Seal of the Province is hereunto Appended, and the party's to these presents have hereunto interchangeably Set their Hands in the Council Chamber at Halifax this 22nd day of Nov. 1752, in the Twenty sixth year of His Majesty's Reign.

(Signatures deleted.)

(Emphasis added.)

II

Lower Court Judgments

Nova Scotia Provincial Court

For the purposes of his decision, Kimball J. assumed that the 1752 document was a valid treaty and that the appellant was entitled to claim its protection as a direct descendant of the original Micmac Indian Band. Nevertheless, he convicted the appellant. His conclusion, based largely upon *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460 (N.S.C.A.), is best summarized in his own words:

I am satisfied that any right which the defendant may have to hunt off the reserve is not applicable to the area where the offence took place. It is my opinion that any right which the defendant may have to hunt on that said land has been extinguished "by Crown grant to others or by occupation by the white man." There is little evidence as to the nature of the area in question, but the admitted facts establish that the defendant was at the material time the only occupant driving on the West Indian Road, a public highway in Colchester County, Province of Nova Scotia and that the road is not in an Indian Reserve but adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve. I am satisfied that the area in question is an area which has been occupied extensively by the white man for farming as a rural mixed-farming and dairy-farming area. I am prepared to take judicial notice of the fact that the area is made up of land where the right to hunt no longer exists because the land has been settled and occupied by the white man for purposes of farming and that the Crown grants have been extended to farmers for some considerable length of time so that any right which might have at one time existed to the defendant or his ancestors, to use or occupy the said lands for purposes of hunting, has long since been extinguished.

En Foi et en Témoignage de Quoi on a apposé le Grand Seau de ladite Province et les Parties y ont réciproquement souscrites et Signés dans la Chambre du Concel à Halifax le 22^{me} Novembre 1752 dans la 26^{me} Année du Règne de sa Majesté.

(Signatures supprimées.)

(C'est moi qui souligne.)

b

II

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse

c

Pour les fins de sa décision, le juge Kimball a présumé que le document de 1752 était un traité valide et que l'appelant avait le droit de réclamer sa protection à titre de descendant direct de la bande d'Indiens micmacs originaire. Néanmoins, il a déclaré l'appelant coupable. La meilleure façon de résumer sa conclusion, fondée en grande partie sur l'arrêt *R. v. Isaac* (1975), 13 N.S.R. (2d) 460 (C.A.N.-É.), est de reprendre ses propres termes:

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu'aucun droit que le défendeur peut avoir de chasser en dehors de la réserve ne s'applique à l'endroit où l'infraction a été commise. À mon avis, le droit que peut avoir le défendeur de chasser sur ledit terrain a été éteint «par concession de la Couronne à d'autres ou par occupation de l'homme blanc». Il y a peu d'éléments de preuve pour établir la nature de l'endroit en question, toutefois les faits admis établissent que le défendeur était à ce moment-là le seul occupant d'un véhicule qui circulait sur la route West Indian, une voie publique dans le comté de Colchester en Nouvelle-Écosse et que la route n'est pas située dans une réserve indienne mais est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie. Je suis convaincu que l'endroit en question est une région largement occupée et cultivée par l'homme blanc en tant que région rurale d'agriculture mixte et d'industrie laitière. Je suis disposé à admettre d'office le fait que la région est constituée de terres où le droit de chasser n'existe désormais plus parce que les terres ont été colonisées et occupées par l'homme blanc à des fins d'agriculture et que les concessions de la Couronne ont été accordées aux agriculteurs depuis longtemps, de sorte que le droit d'utiliser ou d'occuper lesdites terres à des fins de chasse, qui aurait pu à une certaine époque exister au profit du défendeur ou de ses ancêtres, est depuis longtemps éteint.

Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division

An appeal by way of stated case to the Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, was dismissed (reported at (1982), 49 N.S.R. (2d) 566). The question stated by Kimball J. for opinion was the following:

Did I err in law in holding that the Treaty of 1752 did not exempt the accused Micmac Indian from the provisions of section 150(1) of the *Lands and Forests Act*?

Macdonald J.A. (Hart J.A. concurring) rejected, on three grounds, the appellant's argument that the Treaty of 1752 was a treaty within s. 88 of the *Indian Act*, thus rendering the appellant immune from the provisions of the *Lands and Forests Act*.

First, he concluded that the Treaty of 1752 provided no positive source of protection for hunting rights. On this point, Macdonald J.A. cited *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555 (N.S.C.A.), where MacKeigan C.J.N.S., at p. 564, found that the clause recognizing the liberty to hunt and fish in the Treaty of 1752 was "very far short in words and substance from being a grant by the Crown of a special franchise or privilege replacing the more nebulous aboriginal rights" and that the document could not "be considered a treaty granting or conferring new permanent rights".

Secondly, Macdonald J.A. held that even if the Treaty were valid at one time, it was effectively terminated in 1753 when the Micmac chief, Major Jean Baptiste Cope, and his band killed six Englishmen at Jeddore. Macdonald J.A. noted that the Treaty was one of peace and that the resumption of hostilities by the Indians in Nova Scotia terminated automatically, and for all time, any obligations to them under the Treaty.

Finally, Macdonald J.A. stated that even if he were wrong in his conclusion that the Treaty was terminated by the actions of the Indians, the appellant could not, in any event, claim the protection of the Treaty because he had not established

Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel

Un appel par voie d'exposé de cause à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rejeté (publié à (1982), 49 N.S.R. (2d) 566). La question posée par le juge Kimball en vue d'obtenir un avis était la suivante:

[TRADUCTION] Ai-je commis une erreur de droit en statuant que le Traité de 1752 n'exempte pas l'accusé, un Indien micmac, de l'application des dispositions du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

Le juge Macdonald (avec l'appui du juge Hart) a rejeté, pour trois motifs, l'argument de l'appellant selon lequel le Traité de 1752 était un traité au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, ce qui lui aurait accordé une immunité à l'égard des dispositions de la *Lands and Forests Act*.

D'abord, il a conclu que le Traité de 1752 n'accordait aucune source positive de protection aux droits de chasse. Sur ce point, le juge Macdonald a cité l'arrêt *R. v. Cope* (1982), 49 N.S.R. (2d) 555 (C.A.N.-É.), dans lequel le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse a conclu à la p. 564 que la clause du Traité de 1752 qui reconnaissait la liberté de chasser et de pêcher était [TRADUCTION] «par ses termes et par le fond, très loin de constituer la concession par la Couronne d'une franchise ou d'un privilège spécial remplaçant des droits autochtones plus vagues» et que le document ne pouvait [TRADUCTION] «être considéré comme un traité accordant ou conférant de nouveaux droits permanents».

Ensuite, le juge Macdonald a conclu que, même si le traité a été valide à une certaine époque, il avait effectivement pris fin en 1753, lorsque le chef micmac, Major Jean Baptiste Cope, et sa bande ont tué six Anglais à Jeddore. Le juge Macdonald a souligné qu'il s'agissait d'un traité de paix et que la reprise des hostilités par les Indiens en Nouvelle-Écosse mettait fin automatiquement et pour toujours aux obligations envers eux qui découlaient du traité.

Enfin, le juge Macdonald a déclaré que, même si sa conclusion selon laquelle le traité avait pris fin à cause des actions des Indiens était erronée, l'appellant ne pouvait de toute façon pas réclamer la protection du traité parce qu'il n'avait pas établi

any connection by “descent or otherwise” with the original group of Indians.

In a concurring judgment, Jones J.A. added that it was clear from the case law, in particular *R. v. Isaac*, *supra*, that any rights of Indians to hunt and fish under the terms of “any treaty or otherwise” had been restricted to reserve lands. Furthermore, Jones J.A. held that, in claiming the exemption from the application of the general laws of the province under s. 88 of the *Indian Act*, the burden was on the appellant to show that he was exercising a right to “hunt . . . as usual” under the Treaty. This, in his view, had not been done.

The appeal was accordingly dismissed and the convictions were affirmed.

III

The Issues

This appeal raises the following issues:

1. Was the Treaty of 1752 validly created by competent parties?
2. Does the Treaty contain a right to hunt and what is the nature and scope of this right?
3. Has the Treaty been terminated or limited?
4. Is the appellant covered by the Treaty?
5. Is the Treaty a “treaty” within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*?
6. Do the hunting rights contained in the Treaty exempt the appellant from prosecution under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*?

In addition, the following constitutional question was framed by Chief Justice Laskin:

Are the hunting rights referred to in a document entitled “Treaty or Articles of Peace and Friendship Renewed” and executed November 22, 1752, existing treaty rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

In his factum, the appellant asks this Court to dispose of the appeal on the sole basis of the effect of the Treaty of 1752 and s. 88 of the *Indian Act*.

de relation par [TRADUCTION] «descendance ou autrement» avec le groupe d’Indiens originaire.

Dans un jugement au même effet, le juge Jones a ajouté qu’il ressortait clairement de la jurisprudence, en particulier de l’arrêt *R. v. Isaac*, précité, que tous les droits de chasse et de pêche des Indiens en vertu de l’expression [TRADUCTION] «tout traité ou autrement» ont été limités aux réserves. En outre, le juge Jones a conclu qu’il incombait à l’appellant, quand il demande d’être soustrait à l’application des lois générales de la province en vertu de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, de démontrer qu’il exerçait un droit de «chasser . . . comme de coutume» en vertu du traité. À son avis, il ne s’est pas acquitté de cette obligation.

Par conséquent, l’appel a été rejeté et les déclarations de culpabilité ont été confirmées.

III

Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes:

1. Le Traité de 1752 a-t-il été valablement créé par des parties compétentes?
2. Le traité contient-il un droit de chasse et quelle est la nature et la portée de ce droit?
3. Le traité a-t-il pris fin ou a-t-il été limité?
4. L’appellant est-il visé par le traité?
5. Le traité est-il un «traité» au sens de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?
6. Les droits de chasse prévus au traité protègent-ils l’appellant contre une poursuite fondée sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

De plus, la question constitutionnelle suivante a été formulée par le juge en chef Laskin:

Les droits de chasse visés dans le document intitulé «Traité ou Articles de la Paix et de L’Amitié Renouvelée» qui a été signé le 22 novembre 1752, sont-ils des droits existants issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans son mémoire, l’appellant demande à cette Cour de disposer du pourvoi sur le seul fondement de l’effet du Traité de 1752 et de l’art. 88 de la *Loi*

Therefore, if the Treaty does not exempt the appellant from s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*, he requests that the appeal be dismissed without prejudice to the Micmac position based on other treaties and aboriginal rights. The respondent agreed with this approach. I will, therefore, restrict my remarks to the Treaty of 1752 and s. 88 of the *Indian Act*. It will be unnecessary to deal with aboriginal rights, the Royal Proclamation of 1763, or other treaty rights.

IV

Was the Treaty of 1752 Validly Created by Competent Parties?

The respondent raised the issue of the capacity of the parties for two reasons which are stated at p. 8 of the factum:

The issue of capacity is raised for the purpose of illustrating that the Treaty of 1752 was of a lesser status than an International Treaty and therefore is more easily terminated. The issue is also raised to give the document an historical legal context as this issue has been raised in previous cases.

The question of whether the Treaty of 1752 constitutes an international-type treaty is only relevant to the respondent's argument regarding the appropriate legal tests for the termination of the Treaty. I will address this issue, therefore, in relation to the question of whether the Treaty of 1752 was terminated by hostilities between the British and the Micmac in 1753.

The historical legal context provided by the respondent consists primarily of the 1929 decision of Acting Judge Patterson in *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (Co. Ct.) and the academic commentary it generated immediately following its rendering. In the *Syliboy* case Patterson J. addressed the question of the capacity of the parties to enter into a treaty at pp. 313-14:

Two considerations are involved. First, did the Indians of Nova Scotia have status to enter into a treaty? And second, did Governor Hopson have authority to enter into one with them? Both questions must I think be answered in the negative.

sur les Indiens. Par conséquent, si le traité ne soustrait pas l'appelant à l'application du par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, il demande que le pourvoi soit rejeté, sous réserve de la position des Micmacs fondée sur les autres traités et les droits autochtones. L'intimée est d'accord avec cette manière de procéder. Par conséquent, je limiterai mes observations au Traité de 1752 et à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. Il ne sera pas nécessaire de traiter des droits autochtones, de la Proclamation royale de 1763 ou des autres droits issus des traités.

IV

Le Traité de 1752 a-t-il été validement créé par des parties compétentes?

L'intimée a soulevé la question de la capacité des parties pour deux raisons qui sont indiquées à la p. 8 du mémoire:

[TRADUCTION] La question de la capacité est soulevée afin de souligner que le Traité de 1752 avait un statut inférieur à celui d'un traité international et par conséquent pouvait prendre fin plus facilement. La question est également soulevée pour donner au document un contexte juridique historique étant donné que cette question a déjà été soulevée dans des affaires antérieures.

La question de savoir si le Traité de 1752 constitue un traité de type international est pertinente seulement en ce qui a trait à l'argument de l'intimée concernant les critères juridiques applicables à l'extinction du traité. Par conséquent, j'examinerai cette question en relation avec la question de savoir si le Traité de 1752 a pris fin en raison des hostilités entre les Britanniques et les Micmacs en 1753.

Le contexte juridique historique fourni par l'intimée est principalement constitué par la décision de 1929 du juge Patterson *R. v. Syliboy*, [1929] 1 D.L.R. 307 (C. de Cté) et les commentaires doctrinaux qu'elle a entraînés immédiatement après qu'elle a été rendue. Dans l'affaire *Syliboy*, le juge Patterson a examiné la question de la capacité des parties de conclure un traité aux pp. 313 et 314:

[TRADUCTION] Deux considérations entrent en ligne de compte. Premièrement, les Indiens de la Nouvelle-Écosse avaient-ils qualité pour conclure un traité? Deuxièmement, le gouverneur Hopson avait-il le pouvoir d'en conclure un avec eux? D'après moi, il faut répondre par la négative aux deux questions.

(1) "Treaties are unconstrained Acts of independent powers." But the Indians were never regarded as an independent power. A civilized nation first discovering a country of uncivilized people or savages held such country as its own until such time as by treaty it was transferred to some other civilized nation. The savages' rights of sovereignty even of ownership were never recognized. Nova Scotia had passed to Great Britain not by gift or purchase from or even by conquest of the Indians but by treaty with France, which had acquired it by priority of discovery and ancient possession; and the Indians passed with it.

Indeed the very fact that certain Indians sought from the Governor the privilege or right to hunt in Nova Scotia as usual shows that they did not claim to be an independent nation owning or possessing their lands. If they were, why go to another nation asking this privilege or right and giving promise of good behaviour that they might obtain it? In my judgment the Treaty of 1752 is not a treaty at all and is not to be treated as such; it is at best a mere agreement made by the Governor and council with a handful of Indians giving them in return for good behaviour food, presents, and the right to hunt and fish as usual—an agreement that, as we have seen, was very shortly after broken.

(2) Did Governor Hopson have authority to make a treaty? I think not. "Treaties can be made only by the constituted authorities of nations or by persons specially deputed by them for that purpose." Clearly our treaty was not made with the constituted authorities of Great Britain. But was Governor Hopson specially deputed by them? Cornwallis' commission is the manual not only for himself but for his successors and you will search it in vain for any power to sign treaties.

It should be noted that the language used by Patterson J., illustrated in this passage, reflects the biases and prejudices of another era in our history. Such language is no longer acceptable in Canadian law and indeed is inconsistent with a growing sensitivity to native rights in Canada. With regard to the substance of Patterson J.'s words, leaving aside for the moment the question of whether treaties are international-type documents, his conclusions on capacity are not convincing.

1) «Les traités sont des actes libres de puissances indépendantes». Toutefois les Indiens n'ont jamais été considérés comme une puissance indépendante. Une nation civilisée qui découvre la première un pays peuplé de gens non civilisés ou de sauvages considère ce pays comme le sien jusqu'à ce qu'il soit cédé par traité à une autre nation civilisée. Les droits de souveraineté et même de propriété des sauvages n'ont jamais été reconnus. La Nouvelle-Écosse est passée à la Grande-Bretagne non pas par cadeau ou par achat aux Indiens ni même par leur conquête, mais par traité avec la France qui l'avait acquise par priorité de découverte et possession ancienne; et les Indiens sont passés avec elle.

En réalité, le simple fait que certains Indiens ont cherché à obtenir du gouverneur le privilège ou le droit de chasser comme de coutume en Nouvelle-Écosse indique qu'ils ne prétendaient pas constituer une nation indépendante qui possédait des terres ou qui en était propriétaire. S'ils l'étaient, pourquoi demander ce privilège ou ce droit à une autre nation et promettre de bien se conduire s'ils l'obtiennent? À mon avis, le Traité de 1752 n'est absolument pas un traité et il ne doit pas être considéré comme tel; il s'agit tout au plus d'un simple accord conclu entre le gouverneur et le conseil et une poignée d'Indiens leur donnant, en échange de leur bonne conduite, de la nourriture, des présents et le droit de chasser et de pêcher comme de coutume — un accord qui, comme nous l'avons vu, a été rompu peu après.

2) Le gouverneur Hopson avait-il le pouvoir de conclure un traité? Je ne le crois pas. «Les traités ne peuvent être conclus que par les autorités constituées des nations ou par des personnes spécialement désignées par elles à cette fin». De toute évidence, notre traité n'a pas été conclu avec les autorités constituées de la Grande-Bretagne. Toutefois, le gouverneur Hopson était-il spécialement désigné par celles-ci? La commission de Cornwallis constitue le mandat confié non seulement à lui-même, mais à ses successeurs et vous y cherchez en vain le pouvoir de signer des traités.

Il convient de remarquer que le langage utilisé par le juge Patterson, illustré dans ce passage, traduit les préjugés d'une autre époque de notre histoire. Un tel langage n'est désormais plus acceptable en droit canadien et est en effet incompatible avec une sensibilité grandissante à l'égard des droits des autochtones au Canada. En ce qui a trait au fond de l'exposé du juge Patterson, si on laisse de côté pour le moment la question de savoir si les traités sont des documents de type international, ses conclusions à l'égard de la capacité ne sont pas convaincantes.

No court, with the exception of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in the present case, has agreed explicitly with the conclusion of Patterson J. that the Indians and Governor Hopson lacked capacity to enter into an enforceable treaty. The Treaty of 1752 was implicitly assumed to have been validly created in *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 100 (N.B.C.A.); *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189 (N.B.C.A.); *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545 (C.A.); *R. v. Cope*, *supra*; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99 (N.B. Prov. Ct.); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.); *R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297 (Prov. Ct.) In *R. v. Isaac, supra*, Cooper J.A., after noting Patterson J.'s conclusions on the validity of the Treaty of 1752, expressed doubt as to their correctness, at p. 496:

The *Treaty of 1752* was considered in *Rex v. Syliboy* . . . It was there held by Patterson, Acting C.C.J., that it did not extend to Cape Breton Indians and further that it was not in reality a treaty. I have doubt as to the second finding and express no opinion on it, but I have no doubt as to the correctness of the first finding.

N. A. M. MacKenzie, in "Indians and Treaties in Law" (1929), 7 *Can. Bar Rev.* 561, disagreed with Patterson J.'s ruling that the Indians did not have the capacity, nor the Governor the authority, to conclude a valid treaty. MacKenzie stated at p. 565:

As to the capacity of the Indians to contract and the authority of Governor Hopson to enter into such an agreement, with all deference to His Honour, both seem to have been present. Innumerable treaties and agreements of a similar character were made by Great Britain, France, the United States of America and Canada with the Indian tribes inhabiting this continent, and these treaties and agreements have been and still are held to be binding. Nor would Governor Hopson require special "powers" to enter into such an agreement. Ordinarily "full powers" specially conferred are essential to the proper negotiating of a treaty, but the Indians were not on a par with a sovereign state and fewer formalities were required in their case. Governor Hopson was the

Aucun tribunal, à l'exception de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en l'espèce, n'a souscrit de façon explicite à la conclusion du juge Patterson selon laquelle les Indiens et le gouverneur Hopson n'avaient pas la capacité nécessaire pour conclure un traité exécutoire. On a implicitement présumé que le Traité de 1752 avait validement été créé dans *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110 (C.A.N.-B.); *R. v. Francis* (1969), 10 D.L.R. (3d) 189 (C.A.N.-B.); *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545 (C.A.); *R. v. Cope*, précité; *R. v. Atwin and Sacobie*, [1981] 2 C.N.L.R. 99 (C.P.N.-B.); *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.); *R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297 (C. Prov.) Dans *R. v. Isaac*, précité, le juge Cooper, après avoir souligné les conclusions du juge Patterson sur la validité du Traité de 1752, a exprimé un doute sur leur justesse à la p. 496:

[TRADUCTION] Le *Traité de 1752* a été examiné dans *Rex v. Syliboy* . . . Dans cette affaire, le juge suppléant Patterson de la Cour de comté a conclu qu'il ne s'étendait pas aux Indiens du Cap Breton et en outre qu'il ne s'agissait pas vraiment d'un traité. J'ai certains doutes quant à la seconde conclusion et je n'exprime aucune opinion à ce sujet, toutefois je n'ai aucun doute quant à la justesse de la première conclusion.

N. A. M. MacKenzie dans «Indians and Treaties in Law» (1929), 7 *R. du B. can.* 561, a exprimé son désaccord avec la décision du juge Patterson selon laquelle les Indiens n'avaient pas la capacité et le gouverneur, le pouvoir, de conclure un traité valide. MacKenzie dit à la p. 565:

[TRADUCTION] Quant à la capacité des Indiens de contracter et au pouvoir du gouverneur Hopson de conclure un tel accord, avec tout le respect à l'égard de son honneur, il semble que les deux aient été présents. De nombreux traités et accords d'un caractère semblable ont été conclus par la Grande-Bretagne, la France, les États-Unis d'Amérique et le Canada avec des tribus indiennes habitant ce continent et ces traités et accords ont été et sont toujours considérés comme exécutoires. Le gouverneur Hopson n'avait pas non plus besoin de «pouvoirs» spéciaux pour conclure un tel accord. D'habitude, les «pouvoirs complets» qui sont conférés spécialement sont essentiels pour négocier de façon appropriée un traité, toutefois les Indiens n'étaient pas sur un pied

representative of His Majesty and as such had sufficient authority to make an agreement with the Indian tribes.

The Treaty was entered into for the benefit of both the British Crown and the Micmac people, to maintain peace and order as well as to recognize and confirm the existing hunting and fishing rights of the Micmac. In my opinion, both the Governor and the Micmac entered into the Treaty with the intention of creating mutually binding obligations which would be solemnly respected. It also provided a mechanism for dispute resolution. The Micmac Chief and the three other Micmac signatories, as delegates of the Micmac people, would have possessed full capacity to enter into a binding treaty on behalf of the Micmac. Governor Hopson was the delegate and legal representative of His Majesty The King. It is fair to assume that the Micmac would have believed that Governor Hopson, acting on behalf of His Majesty The King, had the necessary authority to enter into a valid treaty with them. I would hold that the Treaty of 1752 was validly created by competent parties.

V

Does the Treaty Contain a Right to Hunt and What is the Nature and Scope of this Right?

Article 4 of the Treaty of 1752 states, "It is agreed that the said Tribe of Indians shall not be hindered from, but have free liberty of Hunting & Fishing as usual . . ." What is the nature and scope of the "liberty of Hunting & Fishing" contained in the Treaty?

The majority of the Nova Scotia Court of Appeal seemed to imply that the Treaty contained merely a general acknowledgement of pre-existing non-treaty aboriginal rights and not an independent source of protection of hunting rights upon which the appellant could rely. In my opinion, the Treaty, by providing that the Micmac should not be hindered from but should have free liberty of hunting and fishing as usual, constitutes a positive source of protection against infringements on

d'égalité avec un état souverain et moins de formalités étaient nécessaires dans leur cas. Le gouverneur Hopson était le représentant de Sa Majesté et, à ce titre, il avait le pouvoir nécessaire pour conclure un accord avec les tribus indiennes.

Le traité a été conclu dans l'intérêt de la Couronne britannique et du peuple micmac, pour maintenir la paix et l'ordre ainsi que pour reconnaître et confirmer les droits de chasse et de pêche existants des Micmacs. À mon avis, le gouverneur et les Micmacs ont conclu le traité avec l'intention de créer des obligations mutuellement exécutoires qui seraient solennellement respectées. Il prévoyait également un mécanisme pour régler les litiges. Le chef micmac et les trois autres signataires micmacs, à titre de délégués du peuple micmac, possédaient l'entière capacité de conclure un traité exécutoire pour le compte des Micmacs. Le gouverneur Hopson était le délégué et le représentant légal de Sa Majesté Le Roi. Il est juste de présumer que les Micmacs ont cru que le gouverneur Hopson, agissant pour le compte de Sa Majesté Le Roi, avait le pouvoir nécessaire pour conclure un traité valide avec eux. Je suis d'avis de conclure que le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes.

V

Le traité contient-il un droit de chasse et quelle est la nature et la portée de ce droit?

L'article 4 du Traité de 1752 prévoit, «On est plus Convenu que la susditte Tribu des Sauvages, ne sera aucunement empêchée mais au contraire, aura une entière Liberté de chasser et de pêcher comme de coutume.» Quelle est la nature et la portée de la «Liberté de chasser et de pêcher» contenue dans le traité?

Les juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à la majorité ont semblé estimer que le traité contenait simplement une reconnaissance générale de droits autochtones préexistants non issus des traités et ne constituait pas une source indépendante de protection des droits de chasse sur lesquels l'appellant pourrait se fonder. À mon avis, le traité, en prévoyant que les Micmacs ne seraient pas empêchés de chasser et de pêcher mais auraient la liberté de le faire comme de coutume,

hunting rights. The fact that the right to hunt already existed at the time the Treaty was entered into by virtue of the Micmac's general aboriginal right to hunt does not negate or minimize the significance of the protection of hunting rights expressly included in the Treaty.

Such an interpretation accords with the generally accepted view that Indian treaties should be given a fair, large and liberal construction in favour of the Indians. This principle of interpretation was most recently affirmed by this Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29. I had occasion to say the following at p. 36:

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians . . . In *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), it was held that Indian treaties "must . . . be construed, not according to the technical meaning of [their] words . . . but in the sense in which they would naturally be understood by the Indians".

Having determined that the Treaty embodies a right to hunt, it is necessary to consider the respondent's contention that the right to hunt is limited to hunting for purposes and by methods usual in 1752 because of the inclusion of the modifier "as usual" after the right to hunt.

First of all, I do not read the phrase "as usual" as referring to the types of weapons to be used by the Micmac and limiting them to those used in 1752. Any such construction would place upon the ability of the Micmac to hunt an unnecessary and artificial constraint out of keeping with the principle that Indian treaties should be liberally construed. Indeed, the inclusion of the phrase "as usual" appears to reflect a concern that the right to hunt be interpreted in a flexible way that is sensitive to the evolution of changes in normal hunting practices. The phrase thereby ensures that the Treaty will be an effective source of protection of hunting rights.

constitue une source positive de protection contre les violations des droits de chasse. Le fait que le droit de chasse existait déjà au moment où le traité a été conclu en vertu du droit général autochtone des Micmacs de chasser ne nie ni ne diminue l'importance de la protection des droits de chasse expressément compris dans le traité.

Une telle interprétation est conforme à l'opinion généralement acceptée selon laquelle les traités avec les Indiens doivent être interprétés en faveur de ceux-ci de façon juste, large et libérale. Ce principe d'interprétation a été très récemment confirmé par cette Cour dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29. Voici ce que j'ai eu l'occasion de dire à la p. 36:

Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens . . . Dans l'affaire *Jones v. Meehan*, 175 U.S. 1 (1899), on a conclu que les traités avec les Indiens [TRANSDUCTION] «doivent . . . être interprétés non pas selon le sens strict de [leur] langage . . . mais selon ce qui serait, pour les Indiens, le sens naturel de ce langage».

Ayant déterminé que le traité contient le droit de chasse, il est nécessaire d'examiner l'argument de l'intimée que le droit de chasse est limité à la chasse pour les fins habituelles en 1752 et au moyen des méthodes habituelles à cette époque à cause de l'inclusion de l'expression modificative «comme de coutume» après le droit de chasse.

Premièrement, je ne vois pas dans l'expression «comme de coutume» une référence aux types d'armes qui doivent être utilisées par les Micmacs ni une restriction à celles utilisées en 1752. Une telle interprétation imposerait une contrainte inutile et artificielle à la capacité des Micmacs de chasser qui ne correspondrait pas au principe que les traités avec les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale. En effet, l'inclusion de l'expression «comme de coutume» paraît traduire la préoccupation de voir le droit de chasse interprété d'une manière souple qui puisse évoluer avec les pratiques normales de chasse. L'expression assure ainsi que le traité constituera une source efficace de protection à l'égard des droits de chasse.

Secondly, the respondent maintained that "as usual" should be interpreted to limit the treaty protection to hunting for non-commercial purposes. It is difficult to see the basis for this argument in the absence of evidence regarding the purpose for which the appellant was hunting. In any event, article 4 of the Treaty appears to contemplate hunting for commercial purposes when it refers to the construction of a truck house as a place of exchange and mentions the liberty of the Micmac to bring game to sale: see *R. v. Paul*, *supra*, at p. 563 *per* Ryan J.A., dissenting in part.

It should be clarified at this point that the right to hunt to be effective must embody those activities reasonably incidental to the act of hunting itself, an example of which is travelling with the requisite hunting equipment to the hunting grounds. In this case, the appellant was not charged with hunting in a manner contrary to public safety in violation of the *Lands and Forests Act* but with illegal possession of a rifle and ammunition upon a road passing through or by a forest, wood or resort of moose or deer contrary to s. 150(1) of the same Act. The appellant was simply travelling in his truck along a road with a gun and some ammunition. He maintained that he was going to hunt in the vicinity. In my opinion, it is implicit in the right granted under article 4 of the Treaty of 1752 that the appellant has the right to possess a gun and ammunition in a safe manner in order to be able to exercise the right to hunt. Accordingly, I conclude that the appellant was exercising his right to hunt under the Treaty.

VI

Has the Treaty Been Terminated or Limited?

(a) Termination by Hostilities

In accordance with the finding of the Nova Scotia Court of Appeal, the Crown argued that the Treaty of 1752 was terminated and rendered unenforceable when hostilities broke out between the Micmac and the British in 1753. The appellant maintained that the alleged hostilities were sporadic and minor in nature and did not, therefore, nullify or terminate the Treaty. It was further

Deuxièmement, l'intimée a soutenu que l'expression «comme de coutume» devrait être interprétée de manière à limiter la protection du traité à la chasse pour des fins non commerciales. Il est difficile de voir le fondement de cet argument en l'absence de preuve quant à la fin pour laquelle l'appellant chassait. De toute façon, l'article 4 du traité paraît viser la chasse pour des fins commerciales lorsqu'il mentionne la construction d'un poste de traite en tant que lieu d'échange et mentionne la liberté des Micmacs d'apporter du gibier pour le vendre: voir *R. v. Paul*, précité, à la p. 563, le juge Ryan, dissident en partie.

Il faudrait préciser à ce stade que, pour être réel, le droit de chasser doit comprendre les activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même, par exemple, se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel de chasse nécessaire. En l'espèce, l'appellant n'a pas été accusé de chasser d'une manière contraire à la sécurité du public en violation de la *Lands and Forests Act*, mais de possession illégale d'une carabine et de munitions alors qu'il se trouvait sur une route qui traverse ou longe une forêt, un bois ou un refuge d'original ou de cerf contrairement au par. 150(1) de la Loi. L'appellant circulait simplement dans son camion sur une route avec une arme et des munitions. Il a soutenu qu'il allait chasser dans les environs. À mon avis, il ressort implicitement du droit accordé par l'article 4 du Traité de 1752 que l'appellant a le droit de posséder une arme et des munitions placées en sécurité pour lui permettre d'exercer son droit de chasse. Par conséquent, je conclus que l'appellant exerçait son droit de chasser en vertu du traité.

VI

Le traité a-t-il pris fin ou a-t-il été limité?

a) Résolution due aux hostilités

Conformément à la conclusion de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, le ministère public a soutenu que le Traité de 1752 avait pris fin et avait été rendu inapplicable lors de la reprise des hostilités entre les Micmacs et les Britanniques en 1753. L'appellant soutient que les hostilités alléguées avaient été isolées et mineures et n'avaient par conséquent pas annulé le traité ou mis fin à

argued by the appellant, relying on L. F. S. Upton, *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867* (1979), that the English initiated the hostilities and that, therefore, the Crown should not be permitted to rely on them to support the termination of the Treaty. Finally, the appellant submitted that, even if the Court finds that there were sufficient hostilities to affect the Treaty, at most it was merely suspended and not terminated.

In considering the impact of subsequent hostilities on the peace Treaty of 1752, the parties looked to international law on treaty termination. While it may be helpful in some instances to analogize the principles of international treaty law to Indian treaties, these principles are not determinative. An Indian treaty is unique; it is an agreement *sui generis* which is neither created nor terminated according to the rules of international law. *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at pp. 617-18, aff'd [1965] S.C.R. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 631; *Pawis v. The Queen*, [1980] 2 F.C. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602, at p. 607.

It may be that under certain circumstances a treaty could be terminated by the breach of one of its fundamental provisions. It is not necessary to decide this issue in the case at bar since the evidentiary requirements for proving such a termination have not been met. Once it has been established that a valid treaty has been entered into, the party arguing for its termination bears the burden of proving the circumstances and events justifying termination. The inconclusive and conflicting evidence presented by the parties makes it impossible for this Court to say with any certainty what happened on the eastern coast of Nova Scotia 233 years ago. As a result, the Court is unable to resolve this historical question. The Crown has failed to prove that the Treaty of 1752 was terminated by subsequent hostilities.

I would note that there is nothing in the British conduct subsequent to the conclusion of the Treaty

celui-ci. L'appelant a en outre soutenu, en se fondant sur l'ouvrage de L. F. S. Upton, *Micmac and Colonists: Indian - White Relations in the Maritimes 1713-1867* (1979), que les Anglais avaient commencé les hostilités et que, par conséquent, il ne devrait pas être permis au ministère public de se fonder sur celles-ci pour justifier l'extinction du traité. Finalement, l'appelant a soutenu que, même si la Cour conclut qu'il y avait eu des hostilités suffisantes pour avoir un effet sur le traité, il était tout au plus suspendu et non éteint.

Dans l'étude de l'effet des hostilités subséquentes sur le Traité de paix de 1752, les parties ont examiné le droit international applicable à l'extinction des traités. Bien qu'il puisse être utile dans certains cas de faire une analogie entre les principes du droit international des traités et les traités avec les Indiens, ces principes ne sont pas déterminants. Un traité avec les Indiens est unique; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international. *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), aux pp. 617 et 618, confirmé par [1965] R.C.S. vi, 52 D.L.R. (2d) 481; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 631; *Pawis c. La Reine* [1980] 2 C.F. 18, (1979), 102 D.L.R. (3d) 602, à la p. 607.

Il se peut que dans certaines circonstances un traité puisse être éteint par la violation de l'une de ses clauses fondamentales. Il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce puisque les exigences en matière de preuve pour établir une telle extinction n'ont pas été remplies. Lorsqu'il a été établi qu'un traité valide a été conclu, la partie qui soutient qu'il a pris fin a le fardeau de démontrer les circonstances et les événements qui justifient son extinction. Les éléments de preuve contradictoires et non concluants présentés par les parties ne permettent pas à cette Cour de dire avec certitude ce qui s'est produit sur la côte est de la Nouvelle-Écosse il y a 233 ans. Par conséquent, la Cour n'est pas en mesure de trancher cette question historique. Le ministère public n'a pas réussi à démontrer que, à cause des hostilités subséquentes au Traité de 1752, celui-ci avait pris fin.

Il convient de souligner que rien dans la conduite britannique postérieure à la conclusion du

of 1752 and the alleged hostilities to indicate that the Crown considered the terms of the Treaty at an end. Indeed, His Majesty's Royal Instructions of December 9, 1761, addressed *inter alia* to the Governor of Nova Scotia, declared that the Crown "was determined upon all occasions to support and protect the . . . Indians in their just rights and possessions and to keep inviolable the treaties and compacts which have been entered into with them . . ." These Royal Instructions formed the basis of the Proclamation issued by Jonathan Belcher, Lieutenant Governor of Nova Scotia on May 4, 1762 which also repeated the above words.

I conclude from the foregoing that the Treaty of 1752 was not terminated by subsequent hostilities in 1753. The Treaty is of as much force and effect today as it was at the time it was concluded.

(b) Termination by Extinguishment

The respondent's argument that the Treaty of 1752 has been extinguished is based on *R. v. Isaac*, *supra*, at pp. 476, 479; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 321; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941), at p. 347; *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), at pp. 586-88, and *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). The respondent submits that absolute title in the land covered by the Treaty lies with the Crown and, therefore, the Crown has the right to extinguish any Indian rights in such lands. The respondent further submits, based on *Isaac*, that the Crown, through occupancy by the white man under Crown grant or lease, has, in effect, extinguished native rights in Nova Scotia in territory situated outside of reserve lands. As the appellant was stopped on a highway outside the Shubenacadie Reserve, the respondent argues that the Treaty of 1752 affords no defence to the appellant regardless of whether the treaty is itself valid.

In my opinion, it is not necessary to come to a final decision on the respondent's argument. Given the serious and far-reaching consequences of a finding that a treaty right has been extinguished, it

Traité de 1752 et dans les hostilités alléguées n'indiquent que la Couronne considérait que le Traité avait pris fin. En effet, les directives royales de Sa Majesté du 9 décembre 1761 adressées notamment au gouverneur de la Nouvelle-Écosse, déclaraient que la Couronne [TRADUCTION] «était déterminée dans toutes les occasions à appuyer et à protéger les . . . Indiens en ce qui a trait à leurs justes droits . . . et possessions et à assurer l'inviolabilité des traités et des pactes qui ont été conclus avec eux . . . » Ces directives royales constituaient le fondement de la proclamation publiée le 4 mai 1762 par Jonathan Belcher, lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Écosse, qui reprenait également les termes qui précèdent.

Je conclus de ce qui précède que le Traité de 1752 n'a pas pris fin à cause des hostilités de 1753. Le traité est tout aussi en vigueur aujourd'hui qu'il l'était au moment où il a été conclu.

b) Résolution par extinction

L'intimée fonde son argument que le Traité de 1752 s'est éteint sur les arrêts *R. v. Isaac*, précité, aux pp. 476 et 479, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 321; *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, 314 U.S. 339 (1941), à la p. 347; *Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), aux pp. 586 à 588 et *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). L'intimée allègue que la Couronne détient la propriété absolue des terres visées par le traité et qu'elle a donc le droit d'éteindre tous droits des Indiens sur ces terres. Se fondant sur l'arrêt *Isaac*, l'intimée allègue en outre qu'en octroyant des concessions ou des baux entraînant l'occupation par l'homme blanc, la Couronne a effectivement éteint les droits autochtones en Nouvelle-Écosse sur le territoire situé hors des réserves. L'intimée fait valoir que, comme l'appellant a été arrêté sur la route en dehors de la réserve Shubenacadie, le Traité de 1752 ne lui offre aucune défense, indépendamment de la validité du traité en soi.

À mon avis, il n'est pas nécessaire de trancher de façon définitive l'argument de l'intimée. Vu la portée et la gravité des conséquences d'une conclusion selon laquelle le droit issu du traité a été

seems appropriate to demand strict proof of the fact of extinguishment in each case where the issue arises. As Douglas J. said in *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, *supra*, at p. 354, "extinguishment cannot be lightly implied".

In the present appeal the appellant was charged with the offence of possession of a rifle and ammunition on a road passing through or by a forest, wood or other resort. The agreed statement of facts does not disclose whether or where the appellant had hunted or was intending to hunt. In particular, there is no evidence to sustain the conclusion that the appellant had hunted, or intended to hunt, on the highway which might well raise different considerations. Hence this Court's decision in *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.C.R. 89, is not relevant.

It seems clear that, at a minimum, the Treaty recognizes some hunting rights in Nova Scotia on the Shubenacadie Reserve and that any Micmac Indian who enjoys those rights has an incidental right to transport a gun and ammunition to places where he could legally exercise them. In this vein, it is worth noting that both parties agree that the highway on which the appellant was stopped "is adjacent to the Shubenacadie Indian Reserve" and "passes through or by a forest, wood, or other resource frequented by moose or deer".

The respondent tries to meet the apparent right of the appellant to transport a gun and ammunition by asserting that the treaty hunting rights have been extinguished. In order to succeed on this argument it is absolutely essential, it seems to me, that the respondent lead evidence as to where the appellant hunted or intended to hunt and what use has been and is currently made of those lands. It is impossible for this Court to consider the doctrine of extinguishment "in the air"; the respondent must anchor that argument in the bedrock of specific lands. That has not happened in this case. In the absence of evidence as to where the hunting occurred or was intended to occur, and the use of the lands in question, it would be impossible to determine whether the appellant's treaty hunting rights have been extinguished. Moreover, it is un-

étéint, il semble approprié d'exiger une preuve absolue du fait qu'il y a eu extinction dans chaque cas où la question se pose. Comme le juge Douglas l'a dit dans l'arrêt *United States v. Santa Fe Pacific R. Co.*, précité, à la p. 354 [TRADUCTION] «une extinction ne s'infère pas à la légère».

En l'espèce, l'appelant est accusé de possession d'une carabine et de munitions sur une route qui traverse ou longe un^e forêt, un bois ou un autre refuge. L'exposé conjoint des faits ne révèle pas si l'appelant avait chassé ou allait le faire, ni à quel endroit le cas échéant. Il n'y a notamment pas d'élément de preuve pour appuyer la conclusion que l'appelant avait chassé ou allait le faire sur la route, ce qui pourrait bien soulever des considérations différentes. Ainsi, l'arrêt de cette Cour *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89, n'est pas pertinent.

Il semble clair qu'à tout le moins, le traité reconnaît certains droits de chasse en Nouvelle-Écosse dans la réserve Shubenacadie et que tout Indien micmac qui en bénéficie a le droit accéssoire de transporter un fusil et des munitions vers les endroits où il peut légalement les exercer. Dans cette optique, il importe de noter que les deux parties ont convenu que la route sur laquelle l'appelant a été arrêté «est contiguë à la réserve indienne Shubenacadie» et «traverse ou longe une forêt, un bois ou un autre refuge fréquenté par l'original ou le cerf».

L'intimée essaie de réfuter le droit apparent de l'appelant de transporter un fusil et des munitions en affirmant que les droits de chasse issus du traité ont été éteints. Pour que cet argument l'emporte, il est absolument essentiel, à mon avis, que l'intimée fasse la preuve de l'endroit où l'appelant chassait ou voulait chasser et de l'utilisation passée et actuelle de ces terres. Cette Cour ne peut pas examiner la doctrine d'extinction «en l'air»; l'intimée doit ancrer cet argument dans des terres déterminées. Ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'absence de preuves relatives à l'endroit où la chasse a eu lieu ou devait avoir lieu et à l'utilisation des terres en question, il est impossible de déterminer s'il y a eu extinction des droits de chasse de l'appelant découlant du traité. De plus, il n'est pas nécessaire que cette Cour détermine si

necessary for this Court to determine whether those rights have been extinguished because, at the very least, these rights extended to the adjacent Shubenacadie reserve. I do not wish to be taken as expressing any view on whether, as a matter of law, treaty rights may be extinguished.

VII

Is the Appellant an Indian Covered by the Treaty

The respondent argues that the appellant has not shown that he is a direct descendant of a member of the original Micmac Indian Band covered by the Treaty of 1752. The trial judge assumed that the appellant was a direct descendant of the Micmac Indians, parties to the Treaty. The Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, on the other hand, relied on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Simon, supra*, and held that the appellant had not established any connection by "descent or otherwise" with the original group of Micmac Indians inhabiting the eastern part of Nova Scotia in the Shubenacadie area.

With respect, I do not agree with the Appellate Division on this point. In my view, the appellant has established a sufficient connection with the Indian band, signatories to the Treaty of 1752. As noted earlier, this Treaty was signed by Major Jean Baptiste Cope, Chief of the Shubenacadie Micmac tribe, and three other members and delegates of the tribe. The Micmac signatories were described as inhabiting the eastern coast of Nova Scotia. The appellant admitted at trial that he was a registered Indian under the *Indian Act*, and was an "adult member of the Shubenacadie-Indian Brook Band of Micmac Indians and was a member of the Shubenacadie Band Number 02". The appellant is, therefore, a Shubenacadie-Micmac Indian, living in the same area as the original Micmac Indian tribe, party to the Treaty of 1752.

This evidence alone, in my view, is sufficient to prove the appellant's connection to the tribe originally covered by the Treaty. True, this evidence is not conclusive proof that the appellant is a direct descendant of the Micmac Indians covered by the Treaty of 1752. It must, however, be sufficient, for

ces droits ont été éteints parce que, à tout le moins, ils s'appliquaient à la réserve Shubenacadie voisine. Je ne veux pas que l'on considère que j'ai exprimé une opinion sur la question de savoir si, en droit, il peut y avoir eu extinction des droits issus du traité.

VII

L'appellant est-il un Indien visé par le traité?

L'intimée soutient que l'appellant n'a pas démontré qu'il est un descendant direct d'un membre de la bande d'Indiens micmacs originaire visée par le Traité de 1752. Le juge du procès a présumé que l'appellant était un descendant direct des Indiens micmacs qui étaient parties au traité. Par ailleurs, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse s'est fondée sur la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *R. v. Simon*, précité et a conclu que l'appellant n'avait pas établi de liens par «descendance ou autrement» avec le groupe originaire d'Indiens micmacs qui habitait la partie orientale de la Nouvelle-Écosse dans la région de Shubenacadie.

Avec égards, je ne suis pas d'accord sur ce point avec la Division d'appel. À mon avis, l'appellant a établi un lien suffisant avec la bande indienne signataire du Traité de 1752. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce traité a été signé par Major Jean Baptiste Cope, chef de la tribu micmac de Shubenacadie et trois autres membres et délégués de la tribu. Les signataires micmacs ont été décrits comme habitant la côte est de la Nouvelle-Écosse. L'appellant a admis au procès qu'il était un Indien inscrit aux termes de la *Loi sur les Indiens* et qu'il était un «membre adulte de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie-Indian Brook ... [et était] membre de la bande Shubenacadie numéro 02». Par conséquent l'appellant est un Indien micmac Shubenacadie vivant dans la même région que la tribu originaire d'Indiens micmacs partie au Traité de 1752.

À mon avis, cet élément de preuve en lui-même est suffisant pour démontrer le lien existant entre l'appellant et la tribu visée à l'origine par le traité. Il est vrai que cet élément de preuve ne constitue pas une preuve concluante que l'appellant est un descendant direct des Indiens micmacs visés par le

otherwise no Micmac Indian would be able to establish descendancy. The Micmacs did not keep written records. Micmac traditions are largely oral in nature. To impose an impossible burden of proof would, in effect, render nugatory any right to hunt that a present day Shubenacadie Micmac Indian would otherwise be entitled to invoke based on this Treaty.

The appellant, Simon, as a member of the Shubenacadie Indian Brook Band of Micmac Indians, residing in Eastern Nova Scotia, the area covered by the Treaty of 1752, can therefore raise the Treaty in his defence.

VIII

Is the Treaty a "Treaty" Within the Meaning of s. 88 of the *Indian Act*?

Section 88 of the *Indian Act* stipulates that, "Subject to the terms of any treaty . . . all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province . . ."

The majority of the Appellate Division held that it was extremely doubtful whether the Treaty of 1752 was a "treaty" within the meaning of s. 88, primarily because it was merely a general confirmation of aboriginal rights and did not grant or confer "new permanent rights". Macdonald J.A. also concluded that the 1752 document could not be considered a "treaty" under s. 88 because it was made by only a small portion of the Micmac Nation and it did not define any land or area where the rights were to be exercised. The respondent urges these views upon this Court. The respondent further submits that the word "treaty" in s. 88 of the *Indian Act* does not include the Treaty of 1752 even under the extended definition of "treaty" enunciated in *R. v. White and Bob*, *supra*, because the Treaty did not deal with the ceding of land or delineation of boundaries.

Most of these arguments have already been addressed in this judgment and can be dealt with

Traité de 1752. Toutefois, il doit être suffisant, sinon aucun Indien micmac ne serait en mesure d'établir sa descendance. Les Micmacs ne tenaient aucun registre. Les traditions micmaques sont en grande partie de nature orale. L'imposition d'un fardeau de preuve impossible enlèverait effectivement toute valeur au droit de chasse qu'un Indien micmac Shubenacadie d'aujourd'hui aurait par ailleurs le droit d'invoquer en se fondant sur ce traité.

L'appelant, Simon, à titre de membre de la bande d'Indiens micmacs Shubenacadie-Indian Brook résidant dans l'est de la Nouvelle-Écosse, la région visée par le Traité de 1752, peut par conséquent invoquer le traité dans sa défense.

VIII

Le traité est-il un «traité» au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* prévoit: «Sous réserve des dispositions de quelque traité . . . toutes lois d'application générale et en vigueur, à l'occasion, dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard . . .»

La Division d'appel à la majorité a jugé qu'il était extrêmement douteux que le Traité de 1752 soit un «traité» au sens de l'art. 88, principalement parce qu'il constituait simplement une confirmation générale des droits autochtones et n'accordait ni ne conférait de [TRADUCTION] «nouveaux droits permanents». De plus, le juge Macdonald a conclu que le document de 1752 ne pouvait être considéré comme un «traité» au sens de l'art. 88 parce qu'il n'avait été conclu que par une petite partie de la nation micmaque et qu'il ne définissait aucun territoire ni aucune région où les droits devaient être exercés. L'intimée avance cette opinion devant cette Cour. L'intimée soutient en outre que le mot «traité» à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* ne comprend pas le Traité de 1752 même au sens de la définition étendue du terme «traité» énoncée dans l'affaire *R. v. White and Bob*, précitée, parce que le traité ne porte pas sur la cession de terres ou la délimitation de frontières.

La plupart de ces arguments ont déjà été examinés dans ce jugement et peuvent être traités briève-

briefly at this point. To begin, the fact that the Treaty did not create new hunting or fishing rights but merely recognized pre-existing rights does not render s. 88 inapplicable. On this point, Davey J.A. stated in *R. v. White and Bob*, *supra*, at p. 616:

The force of the first argument seems to depend upon the assumption that s. 87 [now s. 88] should be read as if it were subject only to rights created by the Treaty; that would remove from the saving clause rights already in being and excepted from or confirmed by a Treaty. That argument fails to accord full meaning to the words, "subject to the *terms* of any treaty . . ." In my opinion an exception, reservation, or confirmation is as much a term of a Treaty as a grant. (I observe parenthetically that a reservation may be a grant), and the operative words of the section will not extend general laws in force in any Province to Indians in derogation of rights so excepted, reserved or confirmed.

(Emphasis added.)

This holding was followed by the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Paul*, *supra*. See also *R. v. Polchies and Paul*; *R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449 (C.A.), at p. 453. As I concluded earlier, the Treaty was validly created by representatives of the Micmac people and it covers the territory of concern in this appeal.

With respect to the respondent's submission that some form of land cession is necessary before an agreement can be described as a treaty under s. 88, I can see no principled basis for interpreting s. 88 in this manner. I would adopt the useful comment of Norris J.A. of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. White and Bob*, *supra*, affirmed on appeal to this Court. In a concurring judgment, he stated at pp. 648-49:

The question is, in my respectful opinion, to be resolved not by the application of rigid rules of construction without regard to the circumstances existing when the document was completed nor by the tests of modern day draftsmanship. In determining what the intention of

ment à ce stade-ci. En premier lieu, le fait que le traité ne crée aucun droit de chasse ou de pêche mais reconnaisse des droits préexistants ne rend pas l'art. 88 inapplicable. À ce sujet, le juge Davey a déclaré dans l'affaire *R. v. White and Bob*, précitée, à la p. 616:

[TRADUCTION] La force du premier argument semble reposer sur l'hypothèse que l'art. 87 [maintenant art. 88] devrait être interprété comme s'il visait seulement les droits créés par un traité; cela aurait pour effet de retrancher de la clause restrictive des droits qui sont déjà en vigueur et qui ont été exclus par un traité ou confirmés par celui-ci. Cet argument n'accorde pas à l'expression «sous réserve des *dispositions* de quelque traité . . . » tout le sens qui lui revient. À mon avis, une exception, une réserve ou une confirmation sont tout autant une condition d'un traité qu'une concession, (je fais remarquer entre parenthèse qu'une réserve peut être une concession), et le dispositif de l'article n'étend pas aux Indiens des lois d'application générale en vigueur dans une province au détriment des droits qui font l'objet d'une exception, d'une réserve ou d'une confirmation.

e (C'est moi qui souligne.)

Cette décision a été suivie par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *R. v. Paul*, précité. Voir également *R. v. Polchies and Paul*; *R. v. Paul and Paul* (1982), 43 N.B.R. (2d) 449 (C.A.), à la p. 453. Comme je l'ai conclu précédemment, le traité a été créé validement par des représentants du peuple micmac et il couvre le territoire visé dans le présent pourvoi.

En ce qui a trait à l'argument de l'intimée qu'une certaine forme de cession de terres est nécessaire avant qu'un accord puisse être qualifié de traité en vertu de l'art. 88, je ne vois aucun fondement de principe qui permettrait d'interpréter l'art. 88 de cette manière. J'adopterais le commentaire utile du juge Norris de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. White and Bob*, précité, confirmé en appel à cette Cour. Dans un jugement au même effet, il a déclaré aux pp. 648 et 649:

[TRADUCTION] La question ne doit pas, à mon humble avis, être tranchée par l'application de règles d'interprétation rigides, sans tenir compte des circonstances qui existaient lorsque le document a été rédigé, ni selon les critères des rédacteurs modernes. Afin de déterminer

Parliament was at the time of the enactment of s. 87 [now s. 88] of the *Indian Act*, Parliament is to be taken to have had in mind the common understanding of the parties to the document at the time it was executed. In the section "Treaty" is not a word of art and in my respectful opinion, it embraces all such engagements made by persons in authority as may be brought within the term "the word of the white man" the sanctity of which was, at the time of British exploration and settlement, the most important means of obtaining the goodwill and co-operation of the native tribes and ensuring that the colonists would be protected from death and destruction. On such assurance the Indians relied.

In my view, Parliament intended to include within the operation of s. 88 all agreements concluded by the Crown with the Indians that would otherwise be enforceable treaties, whether land was ceded or not. None of the Maritime treaties of the eighteenth century cedes land. To find that s. 88 applies only to land cession treaties would be to limit severely its scope and run contrary to the principle that Indian treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and uncertainties resolved in favour of the Indians.

Finally, it should be noted that several cases have considered the Treaty of 1752 to be a valid "treaty" within the meaning of s. 88 of the *Indian Act* (for example, *R. v. Paul*, *supra*; and *R. v. Atwin and Sacobie*, *supra*). The Treaty was an exchange to solemn promises between the Micmacs and the King's representative entered into to achieve and guarantee peace. It is an enforceable obligation between the Indians and the white man and, as such, falls within the meaning of the word "treaty" in s. 88 of the *Indian Act*.

IX

Do the Hunting Rights Contained in the Treaty Exempt the Appellant from Prosecution under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*?

As a result of my conclusion that the appellant was validly exercising his right to hunt under the Treaty of 1752 and the fact he has admitted that his conduct otherwise constitutes an offence under the *Lands and Forests Act*, it must now be deter-

quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'art. 87 [maintenant art. 88] de la *Loi sur les Indiens*, il faut présumer que le législateur tenait compte de la façon dont toutes les parties comprenaient le document au moment où il a été signé. Dans l'article, le mot «traité» n'est pas un mot technique et, à mon humble avis, il comprend tous les accords conclus par des personnes ayant autorité que peut englober l'expression «la parole de l'homme blanc» dont le caractère sacré était, à l'époque de l'exploration et de la colonisation britanniques, le moyen le plus important pour se concilier et obtenir la bienveillance et la collaboration des tribus autochtones et pour protéger la vie et la propriété des colons. Les Indiens se fondaient sur cette assurance.

À mon avis, le législateur a voulu appliquer l'art. 88 à tous les accords conclus par la Couronne avec les Indiens qui seraient autrement des traités exécutoires, qu'il y ait ou non cession de terres. Aucun des traités conclus au XVIII^e siècle dans les Maritimes ne portait cession de terres. Conclure que l'art. 88 ne s'applique qu'à des traités portant cession de terres restreindrait sérieusement sa portée et serait contraire au principe que les traités avec les Indiens et les lois relatives aux Indiens doivent être interprétés de façon libérale et que les ambiguïtés doivent être résolues en faveur des Indiens.

Enfin, il convient de souligner que plusieurs décisions ont considéré que le Traité de 1752 était un «traité» valide au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* (par ex., *R. v. Paul*, précité, et *R. v. Atwin and Sacobie*, précité). Le traité était un échange de promesses solennelles entre les Micmacs et le représentant du Roi conclu pour faire la paix et la garantir. Il s'agit d'une obligation exécutoire entre les Indiens et l'homme blanc et, comme telle, elle est visée par le mot «traité» à l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

IX

Les droits de chasse prévus au traité protègent-ils l'appellant contre une poursuite fondée sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*?

Vu ma conclusion que l'appellant exerçait valablement son droit de chasse en vertu du Traité de 1752 et l'admission de l'appellant que sa conduite constitue par ailleurs une infraction à la *Lands and Forests Act*, il faut maintenant déterminer ce qui

mined what the result is when a treaty right comes into conflict with provincial legislation. This question is governed by s. 88 of the *Indian Act*, which, it will be recalled, states that "Subject to the terms of any treaty . . . all laws of general application . . . in force in any province are applicable to . . . Indians".

It is now clear that the words "all laws" in s. 88 refer to provincial legislation and not federal legislation. In *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267, Martland J. stated the following with respect to s. 88, at p. 281:

This section was not intended to be a declaration of the paramountcy of treaties over federal legislation. The reference to treaties was incorporated in a section the purpose of which was to make provincial laws applicable to Indians, so as to preclude any interference with rights under treaties resulting from the impact of provincial legislation.

(Emphasis added.)

Under s. 88 of the *Indian Act*, when the terms of a treaty come into conflict with federal legislation, the latter prevails, subject to whatever may be the effect of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. It has been held to be within the exclusive power of Parliament under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, to derogate from rights recognized in a treaty agreement made with the Indians. See *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *R. v. George*, *supra*; *R. v. Cooper*, *supra*; *R. v. White and Bob*, *supra*, at p. 618.

Here, however, we are dealing with provincial legislation. The effect of s. 88 of the *Indian Act* is to exempt the Indians from provincial legislation which restricts or contravenes the terms of any treaty. In *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, the Court held, at p. 99:

The effect of this section is to make applicable to Indians, except as stated, all laws of general application from time to time in force in any province, including provincial game laws, but subject to the terms of any treaty and subject also to any other Act of the Parliament of Canada.

se produit lorsqu'un droit issu d'un traité entre en conflit avec un texte législatif provincial. Cette question est régie par l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui, on se le rappellera, déclare que «Sous réserve des dispositions de quelque traité . . . toutes lois d'application générale et en vigueur . . . dans une province sont applicables aux Indiens».

Il est maintenant évident que les termes «toutes lois» à l'art. 88 visent les lois provinciales et non les lois fédérales. Voici ce que le juge Martland a déclaré dans l'arrêt *R. v. George*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 281, en ce qui a trait à l'art. 88:

[TRANSDUCTION] Cet article ne vise pas à déclarer la suprématie des traités sur la législation fédérale. Le renvoi aux traités a été inclus dans un article dont l'objet est de rendre les lois provinciales applicables aux Indiens, de façon à empêcher tout conflit entre les droits reconnus par les traités et l'effet des lois provinciales.

(C'est moi qui souligne.)

En vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, lorsque les termes d'un traité entrent en conflit avec un texte législatif fédéral, ce dernier prévaut, sous réserve de l'effet potentiel de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On a jugé que le Parlement a le pouvoir exclusif, en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de déroger à certains droits reconnus dans un traité conclu avec les Indiens. Voir *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150; *R. v. George*, précité; *R. v. Cooper*, précité; *R. v. White and Bob*, précité, à la p. 618.

Toutefois, en l'espèce nous traitons d'un texte législatif provincial. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* a pour effet de soustraire les Indiens à l'application de lois provinciales qui limitent les termes d'un traité ou qui contreviennent à ceux-ci. Dans l'arrêt *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, la Cour a statué à la p. 99:

Cet article a pour effet de rendre applicables aux Indiens, sauf les exceptions prévues, toutes les lois d'application générale en vigueur à l'occasion dans une province, y compris les lois provinciales sur la protection de la faune, sous réserve toutefois des dispositions des traités ou de toute autre loi du Parlement du Canada

Similarly, in *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, the Court held, at pp. 111-12:

However abundant the right of Indians to hunt and to fish, there can be no doubt that such right is subject to regulation and curtailment by the appropriate legislative authority. Section 88 of the *Indian Act* appears to be plain in purpose and effect. In the absence of treaty protection or statutory protection Indians are brought within provincial regulatory legislation.

and at pp. 114-15 the Court held in reference to Indian treaties and s. 88:

The terms of the treaty are paramount; in the absence of a treaty provincial laws of general application apply.

Therefore, the question here is whether s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*, a provincial enactment of general application in Nova Scotia, restricts or contravenes the right to hunt in article 4 of the Treaty of 1752. If so, the treaty right to hunt prevails and the appellant is exempt from the operation of the provincial game legislation at issue.

Section 150(1) states that no person shall take, carry or possess a rifle or shotgun cartridges loaded with ball or with shot larger than AAA in certain areas of the province except as provided in the section. The exceptions are set out in s. 150(2) to s. 150(4) which read:

150. ...

(2) Any person may hunt with a shotgun [shot-gun] using cartridges loaded with ball or with one rifle during the big game season for which he holds a valid big game license [sic].

(3) Any person may carry or transport shotgun [shot-gun] cartridges loaded with ball or rifles that are dismantled or rendered inoperable in or upon any forest, wood or road which is in the usual way of travel to or from a hunting camp which that person is to occupy, two days before the opening and two days after the closing of the open season for any big game.

(3A) The Minister or a person authorized by him may issue a permit to a person authorizing him to take, carry or have in his possession any rifle during the period in which a rifle is prohibited for the purpose and in accordance with the conditions stated in the permit.

De même, dans l'arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, la Cour a statué aux pp. 111 et 112:

Peu importe l'ampleur du droit des Indiens de chasser et de pêcher, il ne fait aucun doute qu'il peut être réglementé et restreint par l'organe législatif compétent. Le but et l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* sont clairs. S'ils ne sont pas protégés par un traité ou par une loi, les Indiens sont assujettis à la législation et à la réglementation provinciales.

et aux pp. 114 et 115 la Cour a conclu relativement au traité avec les Indiens et à l'art. 88:

Les termes du traité prévalent; en l'absence d'un traité, les lois provinciales d'application générale s'appliquent.

Par conséquent, la question qui se pose en l'espèce est de savoir si le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*, une loi provinciale d'application générale en Nouvelle-Écosse, limite le droit de chasse prévu à l'article 4 du Traité de 1752 ou contrevient à ce droit. Dans l'affirmative, le droit de chasse issu du traité prévaut et l'appelant est soustrait de l'application de ce texte législatif provincial sur la faune.

Le paragraphe 150(1) prévoit que nul ne doit prendre, transporter ou posséder une carabine ou des cartouches de fusil chargées d'une balle ou de plombs d'un calibre supérieur au calibre AAA dans certaines régions de la province, sous réserve de ce qui est prévu à l'article. Les exceptions sont établies aux par. 150(2) à 150(4) que voici:

[TRADUCTION] 150. ...

(2) Toute personne peut chasser avec un fusil qui utilise des cartouches chargées d'une balle ou avec une carabine pendant la saison de chasse au gros gibier s'il est titulaire d'un permis de chasse valide au gros gibier.

(3) Toute personne peut transporter des cartouches de fusil chargées de balle ou des carabines qui sont démontées ou rendues inutilisables dans une forêt, un bois ou sur une route qui est la voie d'accès habituelle à un camp de chasse que cette personne doit occuper deux jours avant l'ouverture et deux jours après la fermeture de la saison de chasse au gros gibier.

(3A) Le Ministre ou une personne qu'il autorise peut délivrer un permis à une personne lui permettant de prendre, transporter ou avoir en sa possession une carabine au cours de la période d'interdiction pour les fins indiquées sur le permis et en conformité avec celles-ci.

(4) Any person may take, carry or have in his possession in any forest, wood or other resort of rabbits, any rifle of a .22 calibre or less that is equipped with a rim fire mechanism between the sixteenth day of November and the fifteenth day of February following both dates inclusive.

As mentioned, the appellant admitted at trial that he had no licence or other authority permitting him to be in possession of the rifle and shotgun cartridges under the *Lands and Forests Act*.

Section 150(1) of the *Lands and Forests Act* has been held to be aimed "at the prevention of hunting big game by a person without a license [sic] and out of season" (*R. v. Isaac, supra*, at p. 491). Part III of the *Lands and Forests Act*, which includes s. 150(1), has also been held to be "valid provincial legislation . . . designed basically for the protection of game within the Province . . . [coming] within s. 92(13) and (16) of the *British North America Act, . . .*" (*R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313 (N.S.C.A.), at p. 320). After examining this provincial Act, it is clear that the intent of the Nova Scotia legislature, in enacting s. 150(1), was to promote the preservation of wildlife in the province by restricting hunting to certain seasons of the year and by requiring permits.

In my opinion, s. 150 of the *Lands and Forests Act* of Nova Scotia restricts the appellant's right to hunt under the Treaty. The section clearly places seasonal limitations and licensing requirements, for the purposes of wildlife conservation, on the right to possess a rifle and ammunition for the purposes of hunting. The restrictions imposed in this case conflict, therefore, with the appellant's right to possess a firearm and ammunition in order to exercise his free liberty to hunt over the lands covered by the Treaty. As noted, it is clear that under s. 88 of the *Indian Act* provincial legislation cannot restrict native treaty rights. If conflict arises, the terms of the treaty prevail. Therefore, by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, the clear terms of article 4 of the Treaty must prevail over s.

(4) Toute personne peut prendre, transporter ou avoir en sa possession dans une forêt, un bois ou une garenne, une carabine de calibre .22 ou inférieur qui est munie d'un mécanisme à percussion annulaire du 16 novembre au 15 février suivant.

Comme je l'ai mentionné, l'appelant a admis au procès qu'il n'avait aucun permis ou autre autorisation lui permettant d'être en possession de la carabine et des cartouches en vertu de la *Lands and Forests Act*.

On a jugé que le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* visait [TRADUCTION] «à la prévention de la chasse au gros gibier par une personne sans permis et hors saison» (*R. v. Isaac*, précité, à la p. 491). On a également jugé que la Partie III de la *Lands and Forests Act*, qui comprend le par. 150(1), est une [TRADUCTION] «loi provinciale valide . . . conçue fondamentalement pour la protection de la faune dans la province . . . relevant des par. 92(13) et (16) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique . . .» (*R. v. Paul and Copage* (1977), 24 N.S.R. (2d) 313 (C.A.N.-É.), à la p. 320). Il ressort de l'examen de cette loi provinciale qu'en adoptant le par. 150(1), l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse voulait promouvoir la conservation de la faune dans la province en limitant la chasse à certaines saisons de l'année et en exigeant des permis.

À mon avis, l'art. 150 de la *Lands and Forests Act* de la Nouvelle-Écosse limite le droit de chasse de l'appelant qui découle du traité. L'article impose clairement, aux fins de la conservation de la faune, des restrictions saisonnières et des exigences en matière de permis sur le droit de posséder une carabine et des munitions pour chasser. Par conséquent, les restrictions imposées en l'espèce entrent en conflit avec le droit de l'appelant de posséder une arme à feu et des munitions afin d'exercer sa liberté de chasser sur les terres visées par le traité. Comme il a été mentionné, il est évident qu'en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, un texte législatif provincial ne peut limiter les droits autochtones issus d'un traité. S'il survient un conflit, les termes du traité prévalent. Par conséquent, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, les termes clairs de l'article 4 du traité

150(1) of the provincial *Lands and Forests Act*.

Several cases have particular relevance. These also deal with charges similar to those in the present case where Indians were accused of unlawful possession of certain objects without the permit required under provincial legislation. In each case, the accused Indians raised their treaty rights in defence and it was held that they should be acquitted because they were not bound by the terms of the provincial statutes: see *R. v. White and Bob*, *supra*; *R. v. Paul*, *supra*; *R. v. Atwin and Sacobie*, *supra*; *R. v. Paul and Polchies*, *supra*; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145 (Dist. Ct.); *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360 (Ont. C.A.); *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569 (Ont. Prov. Ct.); *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45 (Ont. Dist. Ct.)

I conclude that the appellant has a valid treaty right to hunt under the Treaty of 1752 which, by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, cannot be restricted by provincial legislation. It follows, therefore, that the appellant's possession of a rifle and ammunition in a safe manner, referable to his treaty right to hunt, cannot be restricted by s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*.

I would accordingly quash the convictions and enter verdicts of acquittal on both charges.

X

Constitutional Question: Section 35 of the *Constitution Act, 1982*

By order of Chief Justice Bora Laskin, dated May 12, 1983, the following constitutional question, repeated for convenience, was framed for consideration by this Court:

Are the hunting rights referred to in a document entitled "Treaty or Articles of Peace and Friendship Renewed" and executed November 22, 1752, existing treaty rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?

doivent prévaloir sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act* provinciale.

Plusieurs décisions sont particulièrement pertinentes. On y retrouve des accusations semblables à celles en l'espèce; des Indiens y étaient accusés de possession illégale de certains objets sans le permis exigé en vertu de lois provinciales. Dans chaque cas, les Indiens accusés ont soulevé en défense leurs droits issus de traités et on a jugé qu'ils devaient être acquittés parce qu'ils n'étaient pas liés par les conditions des lois provinciales: voir *R. v. White and Bob*, précité; *R. v. Paul*, précité; *R. v. Atwin and Sacobie*, précité; *R. v. Paul and Polchies*, précité; *R. v. Batisse* (1978), 19 O.R. (2d) 145 (C. Dist.); *R. v. Taylor and Williams* (1982), 34 O.R. (2d) 360 (C.A. Ont.); *R. v. Moses* (1969), 13 D.L.R. (3d) 50 (C. Dist. Ont.); *R. v. Penasse and McLeod* (1971), 8 C.C.C. (2d) 569 (C. Prov. Ont.); *Cheeco v. The Queen*, [1981] 3 C.N.L.R. 45 (C. Dist. Ont.)

Je conclus que l'appellant a un droit de chasser valide issu du Traité de 1752 qui, en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, ne peut être limité par un texte législatif provincial. Il en découle donc que la possession par l'appellant d'une carabine et de munitions placées en sécurité, possession liée à son droit de chasse issu d'un traité, ne peut être limitée par le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*.

Par conséquent, je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et d'enregistrer des verdicts d'acquittal à l'égard des deux accusations.

X

Question constitutionnelle: L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

En vertu d'une ordonnance du juge en chef Bora Laskin, en date du 12 mai 1983, la question constitutionnelle suivante, que je répète par souci de commodité, a été formulée afin d'être examinée par cette Cour:

Les droits de chasse visés dans le document intitulé «Traité ou Articles de la Paix et de L'Amitié Renouvelée» qui a été signé le 22 novembre 1752, sont-ils des droits existants issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* reads:

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

An affirmative answer to the constitutional question was sought by the Attorney General of Canada and the Union of New Brunswick Indians, Inc. who were granted leave to intervene in the appeal. A negative answer to the constitutional question was sought by the Attorneys General of New Brunswick and Ontario who were also granted leave to intervene. The intervener, the Native Council of Nova Scotia, took the position that this appeal did not require a substantive interpretation or application of s. 35(1) because s. 88 of the *Indian Act* provided protection to the appellant without the necessity of relying on s. 35(1).

In my view, s. 88 of the *Indian Act* covers the present situation and provides the necessary protection to the appellant, Simon. As a result, it is not necessary for the determination of this appeal to consider s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Accordingly, the constitutional question will not be answered.

Conclusions

To summarize:

1. The Treaty of 1752 was validly created by competent parties. g
2. The Treaty contains a right to hunt which covers the activities engaged in by the appellant.
3. The Treaty was not terminated by subsequent hostilities in 1753. Nor has it been demonstrated that the right to hunt protected by the Treaty has been extinguished. h
4. The appellant is a Micmac Indian covered by the Treaty. i
5. The Treaty of 1752 is a "treaty" within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*.
6. By virtue of s. 88 of the *Indian Act*, the appellant is exempt from prosecution under s. 150(1) of the *Lands and Forests Act*. j

Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

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

Le procureur général du Canada et l'Union of New Brunswick Indians, Inc., qui ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans le pourvoi, ont demandé que l'on réponde par l'affirmative. Les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario, qui ont également obtenu l'autorisation d'intervenir, ont demandé que l'on réponde par la négative. L'intervenant, le Native Council of Nova Scotia, a adopté la position selon laquelle le présent pourvoi n'exige ni une interprétation au fond ni l'application du par. 35(1) parce que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* accorde une protection à l'appellant sans qu'il soit nécessaire qu'on ait recours au par. 35(1). b

À mon avis, l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* régit la présente situation et accorde la protection nécessaire à l'appellant, Simon. Il n'est donc pas nécessaire pour trancher le présent pourvoi d'examiner le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. c

En conséquence, la question constitutionnelle ne recevra pas de réponse. f

Conclusions

Pour résumer:

1. Le Traité de 1752 a été validement créé par des parties compétentes. g
2. Le traité contient un droit de chasse qui vise les activités auxquelles s'est livré l'appellant.
3. Le traité n'a pas pris fin à cause des hostilités subséquentes de 1753. L'extinction du droit de chasser protégé par le traité n'a pas non plus été établie. h
4. L'appellant est un Indien micmac visé par le traité. i
5. Le Traité de 1752 est un «traité» au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.
6. En vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, l'appellant ne peut faire l'objet de poursuites fondées sur le par. 150(1) de la *Lands and Forests Act*. j

7. In light of these conclusions, it is not necessary to answer the constitutional question raised in this appeal.

I would, therefore, allow the appeal, quash the convictions of the appellant and enter verdicts of acquittal on both charges.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Aronson and MacDonald, Halifax.

Solicitor for the respondent: Robert E. Lutes, Halifax.

Solicitor for the intervener the Union of New Brunswick Indians, Inc.: Graydon Nicholas, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Native Council of Nova Scotia: Burchell, MacAdam, Hayman & Merrick, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: J. T. Keith McCormick, Fredericton.

7. Compte tenu de ces conclusions, il n'est pas nécessaire de répondre à la question constitutionnelle soulevée dans le présent pourvoi.

^a Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité de l'appelant et d'enregistrer des verdicts d'acquiescement à l'égard des deux accusations.

Pourvoi accueilli.

^b *Procureurs de l'appelant: Aronson et MacDonald, Halifax.*

Procureur de l'intimée: Robert E. Lutes, Halifax.

^c *Procureur de l'intervenant l'Union of New Brunswick Indians, Inc.: Graydon Nicholas, Fredericton.*

^d *Procureurs de l'intervenant le Native Council of Nova Scotia: Burchell, MacAdam, Hayman & Merrick, Halifax.*

^e *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

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

^f *Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: J. T. Keith McCormick, Fredericton.*