

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. I-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. I-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 considèrerait 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 conférerait 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 entièrement, expliqués et interprétés sont et seront de ce e 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 f 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 avertiront 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 chercherez 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'appelant 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.