COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

193/05/CA

RICHARD HOPPER

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Hopper v. R., 2008 NBCA 42

CORAM:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
November 10, 2005

History of Case:

Decision under appeal:
2005 NBQB 399

Preliminary or incidental proceedings:

Provincial Court of New Brunswick
[2004] N.B.J. No. 107

Appeal heard:
October 23, 2007

Judgment rendered:
May 29, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

RICHARD HOPPER

APPELANT

-et-

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Hopper c. R., 2008 NBCA 42

CORAM :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 10 novembre 2005

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2005 NBBR 399

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour provinciale du Nouveau-Brunswick
[2004] A.N.-B. n° 107

Appel entendu :
Le 23 octobre 2007

Jugement rendu :
Le 29 mai 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Ronald E. Gaffney, Q.C.

Pour l'appelante :
Ronald E. Gaffney, c.r.

For the respondent:
Pierre R. Castonguay

Pour l'intimé :
Pierre R. Castonguay

THE COURT

Leave to appeal is granted; however, the appeal is dismissed.

LA COUR

L'autorisation d'interjeter appel est accordée; toutefois, l'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

BELL J.A.

I. Introduction

[1] Mr. Richard Hopper is a direct descendant of Chief Madockawando, one of the signatories to the *Treaty of 1693 with the Tribes of Massachusetts Bay and Rivers Area* ("the Treaty"), which was entered into by the British Crown and various native tribes of Massachusetts Bay and the Rivers area in Boston, Massachusetts on August 11, 1693. According to the genealogical chart admitted into evidence, Mr. Hopper is between the tenth and twelfth generation removed from Chief Madockawando. At trial, the judge concluded the "percentage of his aboriginal ancestry would amount to very little of his entire ascendance". It should be noted that Mr. Hopper is not an Indian for purposes of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. He first learned about his aboriginal ancestry in approximately 1996 at 32 years of age.

[2] On March 5, 2004, a judge of the Provincial Court found Mr. Hopper guilty of unlawful possession of a deer carcass, contrary to s. 58 of the *Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c. F-14.1. The trial judge's decision is reported at (2004), 275 N.B.R. (2d) 251 (Prov. Ct.), [2004] N.B.J. No. 107 (QL). On November 10, 2005, a judge of the Court of Queen's Bench dismissed Mr. Hopper's summary conviction appeal, upholding the trial judge's decision and confirming Mr. Hopper's conviction. The summary conviction appeal court judge's decision is reported at (2005), 295 N.B.R. (2d) 21, [2005] N.B.J. No. 477 (QL), 2005 NBQB 399. Mr. Hopper now seeks leave to appeal to this Court pursuant to s. 116(1) of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1, which incorporates, *inter alia*, s. 839 of the *Criminal Code*, which limits such appeals to "a question of law alone." Indeed, there is no dispute of fact; Mr. Hopper admits all of the elements of the offence. However, he says he is exempt from the application of the *Fish and Wildlife Act* by reason of his treaty rights, which are affirmed in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* being Schedule B to the *Canada Act 1982*,

(U.K.), 1982, c.11. Mr. Hopper claims he is entitled to those rights because he is a direct descendant of a treaty signatory. For the reasons set out below, I would reject Mr. Hopper's claim that he is entitled to a treaty exemption.

II. Issues

[3] While six grounds of appeal have been argued by the appellant, this appeal raises essentially two questions:

> 1. Presuming the Treaty applies to the geographic area in which Mr. Hopper had possession of the deer carcass, is he within the class of persons entitled to claim a treaty exemption by application of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*?
>
> 2. Does the treaty signed by Chief Madockawando apply to the geographic area in which Mr. Hopper had possession of the deer carcass?

III. Analysis

A. *Presuming the Treaty applies to the geographic area in which Mr. Hopper had possession of the deer carcass, is he within the class of persons entitled to claim a treaty exemption by application of s. 35(1) of the Constitution Act, 1982?*

[4] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* provides as follows:

> 35(1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.
>
> 35(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada

[5] Mr. Hopper does not claim any treaty entitlement based upon status as a registered Indian under the *Indian Act*, as an Inuit or as a Métis. He maintains he is an

aboriginal person entitled to treaty rights by reason of the fact he is a direct descendant of a treaty signatory. He relies upon the decision of the Supreme Court in *R. v. Simon*, [1985] 2 S.C.R. 387, [1985] S.C.J. No. 67 (QL), to support his position that proof of descendancy from a treaty signatory is all that is required to engage his section 35(1) rights.

[6] In *Simon*, the appellant was a registered Indian under the *Indian Act* and a member of the Shubenacadie-Indian Brook Band of Micmac Indians, otherwise known as Shubenacadie Band Number 02. The Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, had concluded in a decision reported at (1982), 49 N.S.R. (2d) 566, [1982] N.S.J. No. 319 (QL), that Mr. Simon had not established any connection "by descent or otherwise" with the original group of Micmac Indians "inhabiting the eastern part of […] Nova Scotia […] in or about the Shubenacadie area". The Supreme Court, however, concluded the appellate division had erred on that point. Chief Justice Dickson, writing for the court, held that because Mr. Simon was a Shubenacadie-Micmac Indian who lived in the same area as the original Tribe that was party to the treaty of 1752, he had established a connection to that tribe. The Chief Justice opined that while such evidence is not conclusive proof the appellant was a direct descendant of the Micmac Indians covered by the relevant treaty, it must be sufficient, since "otherwise no Micmac Indian would be able to establish descendancy". He elaborated on this point at para. 44:

> 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.

[7] Mr. Hopper argues the above excerpt demonstrates that proof of descendancy is sufficient to invoke treaty rights. With respect, I disagree. It is my view Chief Justice Dickson's observations must be considered in the context within which they were made. That context included the fact Mr. Simon was a registered Indian and a member of the Shubenacadie-Indian Brook Band, and also the fact he lived in the same

area as the original Micmac tribe that had signed the treaty in question. In the present matter, Mr. Hopper is not a registered Indian, nor does he live in the same area as the original tribe that was party to the Treaty.

[8] It is my view the Supreme Court of Canada established a three-part test in *Simon* for proving entitlement to a treaty right. The first part relates to the establishment of one's status as an aboriginal person, the second to the validity and geographical reach of the treaty, and the third to the devolution of those treaty rights to the person claiming the exemption. Chief Justice Dickson concludes that where the first two prongs of the test are satisfied, the third prong, descendancy, is automatically proven. The decision in *Simon* is mute with respect to the means by which a non-status Indian, Inuit or Métis can establish his or her aboriginal status. That is, *Simon* does *not* state that satisfying the third prong automatically proves the first. Therefore, I am of the view *Simon* does not support the appellant's position that descendancy is sufficient to prove aboriginal status. Subsequent jurisprudence emanating from the Supreme Court supports this conclusion.

[9] In *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, [1996] S.C.J. No. 77 (QL) and *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, [2003] S.C.J. No. 43 (QL), 2003 SCC 43, the Supreme Court set out ten factors to be considered in determining entitlement to a s. 35 exemption from the application of a general law. Although Mrs. Van der Peet was a status Indian and the Powleys were Métis, the *Powley* test has been adopted in New Brunswick in order to determine aboriginal status for non-status Indians, such as that claimed by Mr. Hopper. The accused in *R. v. Acker* (2004), 281 N.B.R. (2d) 275, [2004] N.B.J. No. 525 (QL), 2004 NBPC 24, and *R. v. Lavigne* (2007), 319 N.B.R. (2d) 261, [2007] N.B.J. No. 169 (QL), 2007 NBQB 171, both considered themselves to be non-status Indians to whom a treaty right had been vested. They each claimed a s. 35(1) treaty exemption from the application of the *Fish and Wildlife Act*. In each case, the court applied the *Powley* test to determine aboriginal status for non-status Indians. I agree this is the appropriate approach when dealing with such claims. It was also the approach adopted by this Court in response to claims of Métis status in *R. v. Castonguay (R.) et al.* (2006), 298 N.B.R. (2d) 31, [2006] N.B.J. No. 183 (QL), 2006 NBCA 43.

[10] Only three of the ten factors for s. 35 exemptions need be addressed in order to dispose of the present appeal: (1) identification of the historic rights-bearing community; (2) identification of the contemporary rights-bearing community; and (3) verification of the claimant's membership in the relevant contemporary community.

(1) Historic Rights-Bearing Community

[11] With respect to the identification of the historic rights-bearing community, the trial judge concluded as follows at para. 21:

> The Defendant failed to meet the burden of proof required of him of establishing that his ancestors belonged to a distinctive community of aboriginals or Métis, who over the years, have continuously lived as distinctive people with their distinctive customs, traditions or way of life.

I am of the view the trial judge made no palpable and overriding error in making those findings of fact (see *Van der Peet,* at pages 564-566 and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, [1996] S.C.J. No. 78 (QL), at p. 689).

(2) Contemporary Rights-Bearing Community

[12] If there is no historic rights-bearing community, there can be no contemporary rights-bearing community. Regardless, even presuming the existence of an historic rights-bearing community (as did the trial judge), the evidence of Dr. John Williams, called on behalf of Mr. Hopper, supports the conclusion there is no contemporary rights-bearing community.

[13] Dr. Williams testified that Mr. Hopper is a "spiritual leader who's been authorized by West-Coast Europeans to – he runs sweat lodges, he's a pipe carrier. Well, … he's in constant contact with people in the East Coast – on the West Coast for native spirituality". Based on this evidence, the trial judge then concluded at para. 20 that "this

spiritual practice was borrowed from the west coast as opposed to being distinctive to the defendant's ancestors." That conclusion demonstrates a failure to establish a contemporary rights-bearing community in the East Coast even if there once existed an historic rights-bearing community.

(3) Verification of the Claimant's Membership in the Relevant Contemporary Community

[14] *Powley* sets out three broad factors as indicia of Métis identity for purposes of claiming Métis rights. As was done in *Acker* and *Lavigne*, I would adopt those same three indicia for the purposes of determining aboriginal status for a non-status Indian: (1) self-identification, (2) ancestral connection, and (3) community acceptance.

[15] The self-identification must be as a member of a specific aboriginal community. The Powleys, for example, identified with the Métis community of Sault Ste. Marie. In the present case, Mr. Hopper does not self-identify with any specific aboriginal community. The Supreme Court in *Powley* also concluded that self-identification should not be of recent vintage. I am of the opinion Mr. Hopper's claim to aboriginal status at age 32 is of recent vintage. It follows he does not meet the test required for self-identification as an aboriginal person.

[16] In *Powley*, the Court concluded ancestral connection could be established by some proof the claimant's ancestors belonged to the historic Métis community by birth, adoption or other means. I am satisfied Mr. Hopper has proven, by birth, a connection to an historic Indian community. However, given my opinion regarding the territorial reach of the Treaty, *infra*, and the conclusions of the trial judge concerning the lack of connection to an historic rights-bearing community, this observation of connection by birth to an Indian community is of no assistance to Mr. Hopper in his effort to prove a treaty exemption.

[17] The third factor relating to aboriginal status is acceptance by the modern aboriginal community. The courts reached opposite conclusions in *Acker* and *Lavigne*

with respect to the aboriginal status of non-status Indians in New Brunswick. Mr. Acker's grandmother was a "full blood Indian". His father was a status Indian. Mr. Acker was not. He only became aware of his aboriginal heritage after the age of 40. In 1999, Mr. Acker became a member of the New Brunswick Aboriginal Peoples Council. Although he lived within 25 miles of the Burnt Church Indian Reserve he presented, according to the trial judge, "no evidence of any link whatsoever to any one in that community or to the community itself". The trial judge then concluded, "There is in fact no evidence Mr. Acker has any connection to any native group or community within the Province". The court rejected Mr. Acker's claim to aboriginal status. Like Mr. Acker, Mr. Lavigne was not a status Indian and was not a registered member of an Indian reserve. He also was a member of the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and he proved that he was a descendant of a known aboriginal person alive as at July 1, 1867. Between the ages of 12 and 14, he lived "off and on" on the Red Bank Indian Reserve with the Augustine family. His common law spouse was a status Indian on the Pabineau Reserve near Bathurst, N.B. He visited the Augustines at the Red Bank Reserve "almost every week". He attended Pow Wows and fishing derbies, and danced at the Red Bank and Pabineau Reserves in full Indian regalia. He is known in those communities as Grey Eagle. The court accepted Mr. Lavigne's claim to a s. 35(1) exemption from the application of the *Fish and Wildlife Act*.

[18] Mr. Hopper testified at trial. He has joined several off-reserve Métis and Aboriginal organizations, including the self-styled Canadian Métis-Indian Coalition, Wiskipkpaqtism Off-Reserve Mi'kmaq Bands, Canadian Off-Reserve Indian Nations, Inc. and the Nation of Acadian Métis Indians. While he has shown acceptance in those organizations, he demonstrates no connection to any contemporary rights-bearing community, or for that matter, to any Indian band or other aboriginal community, rights-bearing or not. Contrary to what is set out on Mr. Hopper's membership card from the Canadian Off-Reserve Indian Nations Inc., he is not an "Indian as defined under the act of Lower Canada of 1850 and of section 35 of the 1982 Canadian Constitution Act". Membership in self-styled organizations does not make one aboriginal for purposes of constitutional exemptions. Furthermore, statements such as those located on the

membership card referred to herein do nothing to advance the legitimate constitutional rights and aspirations of Canada's aboriginal peoples. Frankly, until such time as the courts pronounce upon the application of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* in any given case, it is inappropriate for an organization to announce to the world at large that its members are clothed with such significant and weighty constitutional rights. To do so constitutes an attempt to usurp the role of the courts on a fundamental issue affecting all Canadians, including those with legitimate aboriginal claims. There is no evidence the organizations in which Mr. Hopper is a member are rights-bearing communities, nor do they provide any proof that an aboriginal community has accepted Mr. Hopper. He has not shown any shared culture, customs or traditions with any aboriginal community. In my opinion, he has not established an "objective demonstration of a solid bond of past and present mutual identification and recognition of common belonging" as was the case in *Powley*.

B. *Does the treaty signed by Chief Madockawando apply to the geographic area in which Mr. Hopper had possession of the deer carcass?*

[19] Because much of the argument before this Court focused upon Mr. Hopper's lineage and ancestral history I chose to firstly deal with that ground of appeal. However, this case can be decided by taking a much more limited approach.

[20] The trial judge did not make any finding regarding the applicability of the Treaty. He based his conclusions on the assumption the Treaty is valid. Unlike the trial judge, the summary conviction appeal court judge dealt with that issue. He quoted extensively from the opinion of Dr. Stephen Patterson, the Crown's expert historian. Dr. Patterson opined that none of the treaties signed between 1693 and 1725 in Maine (formerly part of the Province of Massachusetts Bay) had survived to the 20th century. Alternatively, in the event he was incorrect and those treaties had legal effect, Dr. Patterson stated they would have no effect in the territory that is present-day New Brunswick.

[21] The summary conviction appeal court judge accepted Dr. Patterson's opinion in this regard. He concluded the Treaty has no effect on anyone in New Brunswick, including a status Indian, because "the British officials could not set forth binding and enforceable promises which extended or applied beyond their administrative jurisdiction". Our Court has, on three occasions, concluded the Maine treaties have no application in New Brunswick: *R. v. Paul (T.P.)* (1998), 196 N.B.R. (2d) 292 (C.A.), [1998] N.B.J. No. 126 (QL); *R. v. Paul* (1980), 30 N.B.R. (2d) 545 (C.A.), [1980] N.B.J. No. 140 (QL); and *R. v. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110 (S.C.A.D.), [1958] N.B.J. No. 3 (QL). In *R. v. Paul*, Chief Justice Hughes concluded at para. 11 that a comparable treaty "has reference only to the Indians in the province of Massachusetts Bay where the Penobscot and Naridgwalk tribes of Indians were reputed to reside".

[22] In my view, a similar observation can be made regarding the Treaty signed by Chief Madockawando. He and all other signatories signed on behalf of the Indians "belonging to the several rivers of Penobscote and Kennebeck, Amarascogin and Saco, parts of the said province of the Massachusetts Bay". It is geographic and historic fact that none of the rivers named, nor the territory of the former Province of Massachusetts Bay, is located in any part of present-day New Brunswick. It is therefore my opinion that Mr. Hopper cannot claim an entitlement to a treaty right flowing from the Treaty. It has no application to present-day New Brunswick.

III. Conclusion

[23] In conclusion, I am of the view the Treaty does not apply to the territorial jurisdiction of present-day New Brunswick. Furthermore, regardless of whether or not the treaty applies to New Brunswick, I am of the opinion s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* does not afford Mr. Hopper an exemption from the application of the *Fish and Wildlife Act* given his failure to meet the criteria set out in *Powley*. In the

result, leave to appeal is granted but the appeal is dismissed. There will be no order as to costs.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] M. Richard Hopper est un descendant direct de Madockawando, chef autochtone cosignataire du Traité de 1693 conclu avec les tribus de Massachusetts Bay et de la région des Rivières (le Traité). Il a été conclu par la Couronne britannique à Boston, au Massachusetts, le 11 août 1693 avec diverses tribus autochtones de Massachusetts Bay et de la région des Rivières. D'après l'arbre généalogique admis en preuve, M. Hopper est un descendant de dixième, de onzième ou de douzième génération de Madockawando. Le juge du procès a conclu que le pourcentage de son ascendance autochtone devait être [TRADUCTION] « très faible par rapport au reste de son ascendance ». Il est à noter que M. Hopper n'est pas un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Il a découvert son ascendance autochtone vers 1996, à l'âge de trente-deux ans.

[2] Le 5 mars 2004, un juge de la Cour provinciale a déclaré Richard Hopper coupable de possession illégale d'un cadavre de chevreuil, infraction à l'article 58 de la *Loi sur le poisson et la faune*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1. La décision du juge du procès a été publiée : (2004), 275 R.N.-B. (2e) 251 (Cour prov.), [2004] A.N.-B. no 107 (QL). Le 10 novembre 2005, un juge de la Cour du Banc de la Reine a débouté M. Hopper de l'appel qu'il interjetait de sa déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Il a confirmé le bien-fondé de la décision du juge du procès et maintenu la condamnation de M. Hopper ((2005), 295 R.N.-B. (2e) 21, [2005] A.N.-B. no 477 (QL), 2005 NBBR 399). M. Hopper sollicite maintenant l'autorisation d'interjeter appel devant notre Cour, en vertu du par. 116(1) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, c. P-22.1, qui incorpore, entre autres, l'art. 839 du *Code criminel*, lequel limite pareil appel à une question de droit seulement. En effet, les faits ne sont pas contestés. M. Hopper admet que tous les éléments de l'infraction sont établis. Il soutient cependant qu'il est soustrait à l'application de la *Loi sur le poisson et la faune* du fait de

ses droits issus de traités, droits que confirme le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (U.K.) 1982, ch. 11. M. Hopper affirme que ces droits lui sont conférés parce qu'il est un descendant direct d'un signataire de traité. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter sa revendication d'exemption découlant d'un traité.

II. Questions en litige

[3] Malgré les six moyens avancés, le présent appel soulève essentiellement deux questions :

> 1. À supposer que le Traité s'applique au territoire où il avait possession du cadavre de chevreuil, M. Hopper relève-t-il de la catégorie de personnes admises à revendiquer une exemption découlant d'un traité sur le fondement du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
>
> 2. Le traité signé par le chef Madockawando s'applique-t-il au territoire où M. Hopper avait possession du cadavre de chevreuil?

III. Analyse

A. *À supposer que le Traité s'applique au territoire où il avait possession du cadavre du chevreuil, M. Hopper relève-t-il de la catégorie de personnes admises à revendiquer une exemption découlant d'un traité sur le fondement du par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?*

[4] Article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

> 35(1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.
>
> 35(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

[5] Les revendications de M. Hopper ne s'appuient, ni sur un statut d'Indien inscrit qui serait régi par la *Loi sur les Indiens*, ni sur une appartenance aux peuples inuit ou métis. Il affirme être un autochtone à qui sont conférés des droit issus de traités du fait qu'il est un descendant direct d'un signataire de traité. Il invoque l'arrêt que la Cour suprême a rendu dans *R. c. Simon*, [1985] 2 R.C.S. 387, [1985] A.C.S. n° 67 (QL), pour soutenir que la preuve d'une descendance d'un signataire de traité est tout ce qu'il faut pour que les droits que lui garantit le par. 35(1) s'appliquent.

[6] Dans *Simon*, l'appelant était un Indien inscrit, sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, et un membre de la bande micmaque Shubenacadie Indian Brook, également connue sous le nom de bande Shubenacadie numéro 02. Dans l'arrêt publié à (1982), 49 N.S.R. (2d) 566, [1982] N.S.J. No. 319 (QL), la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse avait conclu que M. Simon n'avait pas établi de lien, par [TRADUCTION] « descendance ou autrement », avec le groupe originaire d'Indiens micmacs « qui habitait la partie orientale de […] la Nouvelle-Écosse […] dans la région de Shubenacadie ou aux environs ». Toutefois, la Cour suprême a estimé que la Division d'appel avait fait erreur sur ce point. Le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu que, parce que M. Simon était un Indien micmac Shubenacadie qui vivait dans la même région que la tribu originaire partie au traité de 1752, il avait établi un lien avec cette tribu. Le juge en chef s'est dit d'avis, au par. 44, que cet élément de preuve, s'il n'était pas une preuve concluante que l'appelant était un descendant direct des Indiens micmacs visés par le traité pertinent, devait néanmoins suffire, « sinon aucun Indien micmac ne serait en mesure d'établir sa descendance. » Il a poursuivi ainsi :

> 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.

[7] M. Hopper soutient que le passage précité établit qu'une preuve de descendance suffit pour invoquer des droits issus de traités. Je dois respectueusement

exprimer mon désaccord. Je suis d'avis qu'il faut situer les observations du juge en chef Dickson dans le contexte où il les a formulées, et ce contexte est le suivant : M. Simon était un Indien inscrit et un membre de la bande Shubenacadie Indian Brook, et il vivait, en outre, dans la région où avait vécu la tribu micmaque originaire, signataire du traité en question. M. Hopper n'est pas un Indien inscrit, et ne vit pas non plus dans la région qu'occupait la tribu originaire partie au Traité.

[8] La Cour suprême du Canada me paraît avoir instauré, dans *Simon*, une analyse en trois parties qui vise à déterminer si une personne peut prétendre à un droit issu de traité. La première partie porte sur l'établissement de l'appartenance à un peuple autochtone, la deuxième sur la validité du traité et sa portée géographique, et la troisième sur la dévolution des droits issus de traités au revendicateur d'exemption. Le juge en chef Dickson conclut que, lorsque la preuve satisfait aux deux premiers volets du critère, la descendance, troisième volet, est automatiquement prouvée. L'arrêt *Simon* ne dit rien des moyens par lesquels un Métis, un Inuit ou un Indien non inscrit peut établir qu'il est autochtone, c'est-à-dire qu'il n'est *pas* énoncé dans cet arrêt que s'il est satisfait au troisième volet, le premier est automatiquement prouvé. Je suis d'avis, par conséquent, que *Simon* ne confirme pas, contrairement à ce que prétend l'appelant, que la descendance suffit à prouver l'appartenance à un peuple autochtone. La jurisprudence postérieure de la Cour suprême appuie cette conclusion.

[9] Dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, [1996] A.C.S. n° 77 (QL) et dans *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, [2003] A.C.S. n° 43 (QL), 2003 CSC 43, la Cour suprême a énoncé dix facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a, sur le fondement de l'art. 35, exemption d'application d'une loi d'intérêt général. Bien que Mme Van der Peet ait été une Indienne inscrite et que les Powley aient été des Métis, le critère énoncé dans l'arrêt *Powley* est appliqué par les tribunaux du Nouveau-Brunswick afin de déterminer le statut d'Autochtone des Indiens non inscrits, statut que M. Hopper revendique. Les accusés dans *R. c. Acker (K.J.)* (2004), 281 R.N.-B. (2e) 275, [2004] A.N.-B. n° 525 (QL), 2004 NBCP 24, et dans *R. c. Lavigne (G.), Jr.* (2007), 319 R.N.-B. (2e) 261, [2007] A.N.-B. n° 169 (QL), 2007 NBBR 171, se considéraient tous deux

comme des Indiens non inscrits à qui un droit issu de traité était dévolu. Tous deux affirmaient être soustraits à l'application de la *Loi sur le poisson et la faune* par une exemption découlant de traité reconnue par le par. 35(1). Dans ces deux affaires, les tribunaux ont appliqué le critère *Powley* pour déterminer si des Indiens non inscrits étaient des Autochtones. Je suis d'accord sur le bien-fondé de cette démarche dans le cadre d'une telle revendication. En fait, il s'agit également de la démarche adoptée par notre Cour afin de déterminer le statut de Métis réclamé dans l'affaire *R. c. Castonguay (R.) et al.* (2006), 298 R.N.-B. (2e) 31, [2006] A.N.-B. no 183 (QL), 2006 NBCA 43.

[10] Il suffira, pour trancher le présent appel, de nous arrêter à trois seulement des dix facteurs qui s'appliquent aux exemptions d'application de la loi sur le fondement de l'art. 35 : (1) identification de la communauté historique titulaire des droits; (2) établissement de l'existence d'une communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués; (3) vérification de l'appartenance du demandeur à la communauté actuelle concernée.

(1) Communauté historique titulaire des droits

[11] Le juge du procès a conclu que M. Hopper avait manqué à identifier une communauté historique titulaire des droits. Par. 21 de ses motifs :

> [TRADUCTION]
> Le défendeur ne s'est pas déchargé du fardeau de la preuve qui lui incombait, c'est-à-dire qu'il n'a pas établi que ses ancêtres appartenaient à une communauté autochtone ou métisse distincte, qui, au cours des années, a vécu de façon continue comme un peuple distinct ayant des coutumes, des traditions et une façon de vivre distinctes.

Je suis d'avis que le juge du procès est arrivé à ces conclusions de fait sans commettre d'erreur manifeste et dominante (voir *Van der Peet*, p. 564 à 566, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, [1996] A.C.S. no 78 (QL), p. 689).

(2) Communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués

[12] S'il n'existe pas de communauté historique titulaire des droits, il ne peut exister de communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués. De toute façon, même si l'on supposait que l'existence d'une communauté historique titulaire des droits est établie (comme l'a fait le juge du procès), la preuve venue de M. John Williams, qui a témoigné pour M. Hopper, autoriserait à conclure que l'existence d'une communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués n'est pas démontrée.

[13] Suivant le témoignage de John Williams, M. Hopper est un [TRADUCTION] « chef spirituel qui a reçu l'autorisation des Européens de la côte Ouest de – il exploite des sueries, c'est un gardien de calumet. […] [I]l est constamment en contact avec des gens sur la côte Est – sur la côte Ouest pour ce qui est de la spiritualité autochtone ». Cette preuve a amené le juge du procès à conclure, au par. 20, que [TRADUCTION] « cette pratique spirituelle a été empruntée de la côte Ouest et n'est donc pas caractéristique des ancêtres du défendeur. » Cette conclusion illustre le fait qu'une communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués n'a pas été établie sur la côte Est, même s'il existait autrefois une communauté historique titulaire des droits.

(3) Vérification de l'appartenance du demandeur à la communauté actuelle concernée

[14] La Cour suprême a retenu trois facteurs principaux, dans *Powley*, pour indices tendant à établir l'identité métisse dans le cadre d'une revendication des droits reconnus à ce peuple. Je suis d'avis d'adopter ces trois indices d'identité pour statuer sur l'appartenance d'un Indien non inscrit à la population autochtone, comme l'ont fait les tribunaux dans *Acker* et dans *Lavigne*. Ces indices sont : 1) l'auto-identification, 2) les liens ancestraux, 3) l'acceptation par la communauté.

[15] Le revendicateur doit s'identifier à une communauté autochtone précise. Les Powley, par exemple, s'identifiaient à la communauté métisse de Sault Ste. Marie.

M. Hopper, pour sa part, ne s'identifie à aucune communauté autochtone précise. La Cour suprême, dans *Powley*, a conclu également que l'auto-identification ne devrait pas être récente. J'estime que la revendication d'appartenance à la population autochtone de M. Hopper, formée à l'âge de trente-deux ans, est récente. Il s'ensuit que M. Hopper ne satisfait pas au critère de l'auto-identification en tant qu'autochtone.

[16] Dans l'arrêt *Powley*, la Cour a conclu qu'un demandeur pouvait établir l'existence de liens ancestraux en prouvant que ses ancêtres appartenaient, par la naissance, par adoption ou autrement, à une communauté métisse historique. Je suis convaincu que M. Hopper a prouvé, par sa naissance, un lien avec une communauté indienne historique. Cependant, vu l'avis que j'ai exprimé sur la portée territoriale du Traité (ci-après), et vu les conclusions du juge du procès quant à l'absence de lien avec une communauté historique titulaire des droits, cette constatation d'un lien par la naissance avec une communauté indienne n'est d'aucun secours à M. Hopper, ici, pour ce qui est de prouver qu'une exemption découlant de traité lui est acquise.

[17] Le troisième indice d'appartenance à la population autochtone consiste en l'acceptation par la communauté autochtone actuelle. Dans *Acker* et dans *Lavigne*, les tribunaux sont arrivés à des conclusions opposées quant à l'appartenance à la population autochtone d'Indiens non inscrits qui résidaient au Nouveau-Brunswick. La grand-mère de M. Acker était une « Indienne de race pure ». Son père était Indien inscrit. M. Acker ne l'était pas. Il n'a appris son ascendance autochtone qu'après avoir atteint la quarantaine. En 1999, M. Acker était devenu membre du New Brunswick Aboriginal Peoples Council. Même s'il vivait à moins de vingt-cinq milles de la réserve indienne de Burnt Church, il n'avait présenté, de l'avis du juge du procès, [TRADUCTION] « aucune preuve de l'existence d'un lien quelconque avec un membre de cette communauté ou avec cette communauté même ». Le juge du procès a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « En réalité, il n'existe aucune preuve que M. Acker ait un lien quelconque avec un groupe ou une communauté autochtone de la province. » Il a écarté la revendication d'appartenance à la population autochtone de M. Acker. Comme M. Acker, M. Lavigne n'était pas Indien inscrit et il n'était pas un membre inscrit d'une

réserve indienne. Il était membre lui aussi du Aboriginal Peoples Council, et il avait prouvé qu'il était un descendant d'une personne autochtone connue qui était vivante le 1er juillet 1867. De l'âge de douze ans à quatorze ans, il avait habité « par intervalles » la réserve indienne de Red Bank avec la famille Augustine. Sa conjointe de fait était une Indienne inscrite qui habitait la réserve de Pabineau, près de Bathurst. Il rendait visite aux Augustine, à la réserve de Red Bank, « presque toutes les semaines ». Il assistait à des pow-wow, des tournois de pêche, et il dansait aux réserves de Red Bank et de Pabineau en costume d'apparat autochtone. Il est connu dans ces communautés sous le nom de Grey Eagle. La Cour a conclu que M. Lavigne était soustrait à l'application de la *Loi sur le poisson et la faune* du fait des droits que lui reconnaissait le par. 35(1).

[18] M. Hopper a témoigné au procès. Il est membre de plusieurs organisations métisses et autochtones hors-réserve – y compris de la Nation of Acadian Métis Indians, de la Canadian Métis-Indian Coalition, des Wiskipkpaqtism Off-Reserve Mi'kmaq Bands et de Canadian Off-Reserve Indian Nations Inc., qui se veulent métisses ou autochtones par le nom qu'elles se donnent. Bien qu'il ait établi son acceptation par ces organisations, M. Hopper n'a fait la démonstration de liens avec aucune communauté contemporaine titulaire de droits, non plus d'ailleurs qu'avec la moindre bande indienne ou collectivité autochtone, titulaire de droits ou non. Contrairement à ce qu'indique sa carte de membre de Canadian Off-Reserve Indian Nations Inc., M. Hopper n'est pas un [TRADUCTION] « Indien au sens de la loi du Bas-Canada de 1850 et de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* du Canada ». Nul n'est constitué autochtone, pour l'application d'exemptions constitutionnelles, par l'adhésion à une présumée organisation autochtone. Qui plus est, les assertions du genre de celles que porte cette carte de membre ne sont aucunement favorables aux aspirations et aux droits constitutionnels légitimes des peuples autochtones du Canada. Franchement, tant que les tribunaux n'ont pas statué sur l'application de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dans un cas précis, il est inapproprié qu'une organisation proclame au monde entier que ses membres sont revêtus de droits constitutionnels de pareil poids et de pareille importance. C'est tenter d'usurper les fonctions des tribunaux face à une question fondamentale qui touche tous les Canadiens, y compris ceux dont les revendications de droits autochtones sont légitimes.

Aucun élément de preuve ne démontre que les organisations dont M. Hopper est membre sont des communautés titulaires de droits. Qu'il y soit admis n'est pas, non plus, une preuve que M. Hopper a été accepté par une communauté autochtone. M. Hopper n'a pas fait la démonstration d'une culture, de coutumes ou de traditions partagées avec une communauté autochtone. En l'espèce, je suis d'avis que, contrairement au demandeur dans l'affaire *Powley*, M. Hopper a manqué à « démontrer objectivement l'existence […] d'un lien solide formé d'une identification mutuelle présente et passée et d'un sentiment commun d'appartenance ».

B. *Le traité signé par le chef Madockawando s'applique-t-il au territoire où M. Hopper avait possession du cadavre de chevreuil?*

[19] Puisque la plupart des arguments présentés devant notre Cour étaient axés sur l'ascendance et l'histoire des ancêtres de M. Hopper, j'ai choisi de traiter ce moyen d'appel en premier. Toutefois, le présent appel peut être tranché en optant pour une approche beaucoup plus restreinte.

[20] Le juge du procès ne s'est pas prononcé sur l'applicabilité du Traité. Il a supposé la validité du Traité pour formuler ses conclusions. À l'inverse, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a abordé cette question. Il s'est reporté abondamment à l'opinion qu'avait donnée M. Stephen Patterson, historien expert du ministère public. M. Patterson s'est dit d'avis qu'aucun des traités signés de 1693 à 1725 au Maine (qui faisait partie à l'époque de la province de Massachusetts Bay) n'avait survécu jusqu'au XXe siècle. Il a ajouté, pour le cas où il aurait fait erreur et où ces traités seraient demeurés exécutoires, qu'ils étaient sans effet dans le territoire formé par le Nouveau-Brunswick actuel.

[21] Le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a souscrit à l'opinion de M. Patterson à cet égard. Il a conclu que le Traité ne régissait personne au Nouveau-Brunswick, qu'il soit Indien inscrit ou non, pour la raison que [TRADUCTION] « les dirigeants britanniques ne pouvaient pas offrir de promesses exécutoires outrepassant leur compétence administrative ». Notre Cour a conclu par trois

fois à l'inapplicabilité des traités du Maine au Nouveau-Brunswick : (*R. c. Paul (T.P.)* (1998), 196 R.N.-B. (2e) 292, [1998] A.N.-B. no 126 (QL); *R. c. Paul* (1980), 30 R.N.-B. (2e) 545 (C.A.), [1980] A.N.-B. no 140 (QL); *R. c. Simon* (1958), 124 C.C.C. 110 (C.S.N.-B., Div. d'appel), [1958] A.N.-B. no 3 (QL). Au par. 11 de *R. c. Paul*, le juge en chef Hugues a conclu qu'un traité comparable [TRADUCTION] « ne s'applique qu'aux Indiens de la province de Massachusetts Bay dans laquelle les tribus indiennes de Penobscot et de Naridgwalk étaient censées résider ».

[22] À mon avis, une observation semblable peut être faite à propos du traité signé par Madockawando. Lui et tous les autres signataires ont conclu le Traité au nom des Indiens [TRADUCTION] « des rivières Penobscot et Kennebec, Amarascogin et Saco, parties de ladite province de Massachusetts Bay ». Le fait, tant géographique qu'historique, est que le territoire du Nouveau-Brunswick actuel n'est traversé par aucune de ces rivières et ne coïncide en aucun point avec le territoire de l'ancienne province de Massachusetts Bay. J'estime donc que M. Hopper ne peut revendiquer aucun droit issu du Traité. Le Traité de 1693 ne saurait s'appliquer au Nouveau-Brunswick actuel.

III. Conclusion

[23] En conclusion, je suis d'avis que le Traité ne s'applique pas au territoire qui ressortit au Nouveau-Brunswick actuel. De plus, peu importe si le Traité s'applique au Nouveau-Brunswick ou non, à mon avis, le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne soustrait pas M. Hopper à l'application de la *Loi sur le poisson et la faune*, étant donné que son cas ne satisfait pas au critère énoncé dans l'arrêt *Powley*. Par conséquent, l'autorisation d'interjeter appel est accordée, mais l'appel est rejeté. Aucune ordonnance n'est rendue au chapitre des dépens.