

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

12-16-CA

STEPHEN CHARLES BERNARD

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

Bernard v. R., 2017 NBCA 48

CORAM:

The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
January 27, 2016

History of case:

Decision under appeal:  
2016 NBQB 21, 444 N.B.R. (2d) 319

Preliminary or incidental proceedings:  
2010 NBPC 30

Appeal heard:  
November 28, 2016

Judgment rendered:  
October 26, 2017

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard

Concurred by:  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Quigg

STEPHEN CHARLES BERNARD

APPELANT

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

Bernard c. R., 2017 NBCA 48

CORAM :

l'honorable juge Larlee  
l'honorable juge Richard  
l'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 27 janvier 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2016 NBBR 21, 444 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 319

Procédures préliminaires ou accessoires :  
2010 NBPC 30

Appel entendu :  
le 28 novembre 2016

Jugement rendu :  
le 26 octobre 2017

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Larlee  
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Naiomi Metallic, Rosalie M. Francis and  
Roy Stewart

For the respondent:  
William Richards

THE COURT

Leave to appeal is granted but the appeal is  
dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Naiomi Metallic, Rosalie M. Francis et  
Roy Stewart

Pour l'intimée :  
William Richards

LA COUR

La demande d'autorisation d'appel est  
accueillie mais l'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] On August 10, 2010, a judge of the Provincial Court found Stephen Charles Bernard guilty of having hunted deer without a valid licence: 2010 NBPC 30, 365 N.B.R. (2d) 207. A few months later, the judge sentenced Mr. Bernard to the minimum penalty prescribed by law: seven days in jail and a \$2,000 fine. That same day, the sentence was stayed pending Mr. Bernard’s appeal to the Summary Conviction Appeal Court. On January 27, 2016, a judge of that Court dismissed the appeal: 2016 NBQB 21, 444 N.B.R. (2d) 319. However, exercising what he described as his “inherent jurisdiction”, the Summary Conviction Appeal Court judge permanently stayed execution of the sentence. Mr. Bernard now seeks leave to appeal the dismissal of his summary conviction appeal. No one has challenged the judge’s decision to stay the sentence.

[2] The sole issue at trial was whether Mr. Bernard, a Mi’kmaq member of the Sipekne’katik First Nation, was exercising an Aboriginal right protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, when he hunted without a licence in the northern part of the City of Saint John. This issue turns on the application of the test elaborated by the Supreme Court of Canada for such claims. Mr. Bernard submits the trial judge, and by extension the Summary Conviction Appeal Court judge, for the most part, properly applied the governing analytical framework. Most of the trial judge’s findings, upheld on appeal, favoured Mr. Bernard. However, Mr. Bernard claims the trial judge erred in one critical respect. The trial judge held that, for Mr. Bernard to exercise an Aboriginal right to hunt at the location in question, he had to show he was exercising the communal right of a contemporary Mi’kmaq community (of which he was a member) with links to the historic community that had once used the area as its hunting grounds. The evidence disclosed no such contemporary community of which Mr. Bernard was a member. The

question of law on appeal is whether this criterion forms part of the analytical framework. In my view, the Supreme Court held that it does.

## II. Factual background

[3] The relevant facts are drawn from the trial judge's reasons for decision, portions of which are borrowed verbatim and others paraphrased.

[4] Mr. Bernard's grandfather was a registered Indian under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. He grew up on the Indian Brook reserve, located in Shubenacadie, Nova Scotia. However, as a young man, he relocated to Saint John, New Brunswick.

[5] Stephen Charles Bernard was born in Saint John and has been a lifelong resident of that city. He is a status Mi'kmaq Indian and a member the Sipekne'katik First Nation community, formerly known as the Indian Brook band.

[6] In 1996, a conservation officer of New Brunswick's Department of Natural Resources encountered Mr. Bernard and two others on the western side of the St. John River. Mr. Bernard had been hunting. He produced a "band card" showing him to be a Mi'kmaq from the Shubenacadie band in Nova Scotia. The officer issued Mr. Bernard a written warning after informing him he could not hunt at that location without a licence, because the area was part of the Maliseet's traditional hunting grounds.

[7] Following this encounter, Mr. Bernard communicated with a conservation officer to inquire where he, as a Mi'kmaq, could hunt. He was told he could hunt east of the "St. John River system" but no particular location was specified. Mr. Bernard disagreed with the officer's view and subsequently hunted within the St. John River system.

[8] On several occasions between 1997 and 2004, at various locations, members of the Department of Natural Resources encountered Mr. Bernard while he was

hunting. On each occasion, he produced his band card and no further action was taken. In 2000, staff at the Department of Natural Resources issued Mr. Bernard a permit to transfer moose meat to another person without taking issue with his Mi'kmaq status.

[9] On November 16, 2004, Mr. Bernard and another were hunting in the Highland Road area in the northern part of the City of Saint John when they encountered a conservation officer. When asked to produce a hunting licence, Mr. Bernard showed the officer his native status card. This time, Mr. Bernard was charged under the *Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c F-14.1, for hunting without a licence.

[10] The charge was laid on March 16, 2005, and trial began on October 5 that same year. Over the next few years, there were numerous adjournments. These are explained in the trial judge's decision at paras. 11-12. On August 16, 2010, Mr. Bernard was convicted.

[11] The trial judge concluded the prosecution had proven – as the defence had readily admitted – that Mr. Bernard had been hunting without a licence as alleged. Initially, the prosecution framed the issues as: (1) whether the Aboriginal group of which Mr. Bernard was a member had the right to hunt at the location where he was apprehended; and (2) whether the excuse of officially induced error was available to Mr. Bernard. However, Mr. Bernard rejected any claim of induced error. In a subsequent submission, the prosecution amended its statement of the issues. Thus, the trial judge's decision proceeded by determining: (1) whether Mr. Bernard was an Aboriginal person entitled to rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*; and (2) if so, whether Mr. Bernard was entitled to exercise Aboriginal rights in the St. John River Valley.

[12] The trial judge began his analysis by addressing the onus of proof. Following the decision in *Sockabasin et al. v. R.*, 2003 NBCA 60, 261 N.B.R. (2d) 177, per Robertson J.A., the trial judge concluded the onus was on Mr. Bernard to establish the Aboriginal right and its infringement.

[13] The judge then reviewed the law relating to Aboriginal rights. He set out the analytical framework for determining these rights under the following headings:

1. Characterization of the claim;
2. The integral to a distinct culture test;
3. Continuity of the claimed right with the pre-contact practice;
4. The site-specific requirement.

[14] Under the first of those headings, the trial judge notes that Mr. Bernard claims an Aboriginal right to hunt for food and relies on the pre-contact practice of hunting for food to establish his right notwithstanding the prohibition, in the *Fish and Wildlife Act*, of hunting without a licence. The judge found the probability was high that large animals, such as moose or deer, were hunted for food as part of the way of life of the Mi'kmaq people in the pre-contact period. He also found, under the second heading, the practice of hunting for food made the Mi'kmaq community distinctive.

[15] Regarding the continuity of the right claimed with pre-contact practice, the judge asked: “has the nature of the right continued from pre-contact to modern day such that it can be recognized as such?” (para. 42). He found: “there is evidence of continuity of the nature of the practice that the Mi'kmaq continued the same practice of hunting these animals for food post-contact, the practice remained communal and continues in an evolved form” (para. 47). Under this heading, the judge examined whether there was a contemporary community for which the right was sought to be protected. Drawing on *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, [1996] S.C.J. No. 77 (QL); *R. v. Sappier*; *R. v. Gray*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; and *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, the judge concluded that “[a]n aboriginal right is not lost by abandonment or cessation of exercise if a traditional connection with the land has been substantially maintained by observance of the custom tradition or practice, including a link to the resource in question” (para. 53).

[16] The judge then turned to the Crown's argument there was no evidence of "either an historic community or contemporary community of Mi'kmaq in the subject area and with which [Mr. Bernard] can identify" (para. 54) and to their invitation that the judge apply the test set out in *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, to assess this. However, the judge opined that "the issue of the existence of an historic community is more appropriately dealt with under the site specific requirement" as is "the issue of contemporary community" (para. 55). With regard to the *Powley* test, the judge noted Mr. Bernard is a status Indian and held that "membership in an Indian band as a status Indian is a significant indication and verification of a right-claimant's membership in the aboriginal community" (para. 65). He distinguished several cases where the *Powley* test had been used in assessing rights claimed by non-status Indians.

[17] The judge then acknowledged he would have to examine the site-specific requirement, because "simply being a status Indian does not afford universal rights in all areas of the country" (para. 74). He acknowledged having to consider "the issues of specificity as to community and site as well as whether there was any disappearance, abandonment or extinguishment of that practice" (para. 75).

[18] The analysis under the site-specific heading began with a review of the governing principles of law. The trial judge noted the Supreme Court, in *Sappier; Gray*, acknowledged it had imposed a site-specific requirement on the Aboriginal hunting and fishing rights it recognized in other cases. He continued:

Lamer C.J. explained in *Adams* [*R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, [1996] S.C.J. No. 87 (QL)] as follows (para. 30)

"... if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to, the right to hunt on the specific tract of land. A site-specific hunting or fishing right does not, simply because it is independent of aboriginal

title to the land on which it took place, become an abstract fishing or hunting right exercisable anywhere; it continues to be a right to hunt or fish on the tract of land in question.”

As noted above, the Court in *Van der Peet* emphasized specificity of the claimed right, that is a court must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the right and the specific history of the group claiming the right. The Court stated at para. 69:

Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case by case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community”. [paras. 78-79]

[19] At this point, the judge turned to the evidentiary record to determine whether Mr. Bernard had proven, on a balance of probabilities, that the mouth of the St. John River was traditional territory of the Mi’kmaq people pre-contact. He undertook an extensive review of the evidence adduced by both sides, and in particular, the testimonies of two expert witnesses. The judge noted some of the documentary evidence were but expressions of the opinion of the author, and that historians “can only work with what evidence they have and from such must at times take informed and logical leaps from the evidence” (para. 100). Nevertheless, he concluded there was “compelling evidence that there was a Mi’kmaq (Souriquois) presence in the mouth of the St. John River, a coastal region and in all probability it existed at the time of contact” (para. 101).

[20] The trial judge phrased the next question he would address as follows:

[...] As a member of the Mi’kmaq people recognized under the “Indian Act” does the Defendant have an aboriginal right to hunt for food in this territory? [para. 102]

[21] In addressing that question, the judge examined a similar case from Nova Scotia. In *R. v. Walker*, 2005 NSPC 1, [2005] N.S.J. No. 30 (QL), the defendant, a status Indian and a member of the Eel Ground band in New Brunswick, was charged with hunting wildlife in Nova Scotia without a licence. He was a Mi'kmaq born in New Brunswick and lived in Nova Scotia most of his life. He had shot a deer in a traditional Mi'kmaq hunting area in Nova Scotia. Judge Curran convicted him of the offence charged. Though finding there was an Aboriginal right to hunt for food in the area where he had been hunting, Mr. Walker was not part of the community entitled to exercise that Aboriginal right.

[22] Returning to the facts of the present case, the trial judge repeated that Mr. Bernard was born in Saint John, is a lifelong resident of that city, and is a status Indian and a member of the Shubenacadie/Indian Brook band in Nova Scotia. The judge found “[t]here is no Mi'kmaq reserve in or near Saint John and no organized Mi'kmaq group here” (para. 109). He stated Mr. Bernard “identifies with a Mi'kmaq nation, not a particular band” and that Mr. Bernard claims “the Mi'kmaq nation is the community as that term is referred to in *Sappier: Gray et al.*” (para. 110).

[23] Rather than accepting the conclusion in *Walker*, where this same argument had been rejected, the trial judge undertook his own analysis. Thus, the judge proceeded to answer the following question: “Can the Mi'kmaq nation qualify as the community” (para. 112)?

[24] The trial judge recognized no direct evidence had been adduced on the question of what became of those Mi'kmaq who had hunted in the St. John River area in the pre-contact period. The evidence established Mi'kmaq “were nomadic people to begin with, who underwent the significant impact of the coming of the Europeans and moved accordingly, who were involved in their own struggles and war alliances, and then subject to compulsory type territorial moves by colonial and government authorities” (para. 116). The judge notes the inherent difficulties of proving events such as this. Nevertheless, there was “evidence to the effect that the Mi'kmaq people did retain some

geographical limitations” (para. 121) and, accepting the testimony of the prosecution’s expert witness, the trial judge concluded as follows:

[...] I accept that the Mi’kmaq at least in the period post control, did identify and group themselves into bands, voluntarily maintaining those distinctions in their dealings with the authorities. The treaty evidence is a prime example thereof. Notwithstanding what I consider to be the valid concerns of modern academic historians, namely the problem of applying European constructs and thinking in interpreting aboriginal matters, it appears that there were recognizable administrations by the Mi’kmaq of distinct hunting areas for members of bands. [para. 125]

[25]

In sum, the judge made the following critical findings:

In essence I accept the evidence of Dr. Marquis and find that on a balance of probabilities the Mi’kmaq occupied the locus in quo at the time of contact with the Europeans and at the time of first encounter with the French in Saint John area.

Further, I accept the evidence of Dr. Patterson and find that on a balance of probabilities the Mi’kmaq, for whatever reason, excluding treaty or extinguishment, left the locus in quo and surrounding hunting territory. There are opinions cited, based upon facts not specifically recorded, that they left for Nova Scotia (Webster). There are cases cited herein which refer to this movement (*Walker*). There is not compelling evidence to support the position that for 250-300 years thereafter that there was a community of Mi’kmaq in the area exercising the aboriginal right to hunt for food. It may exist, but it is not before me.

[para. 126-127]

[26]

The trial judge continued by pointing out there was no evidence adduced “with respect to any modern day community of Mi’kmaq in [the Saint John] area[, n]or is there any evidence that [Mr. Bernard’s] father or grandfather had any connection to the land by substantially maintaining observance of the practice of hunting for food” (para. 132).

[27] The judge then turned to the approach McLachlin C.J. took in *Van der Peet*, namely that “[a]n aboriginal right is not lost by abandonment or cessation of exercise if a traditional connection with the land has been substantially maintained by observance of the custom, tradition or practice including a link to the resource in question”, noting that it was obvious that the Chief Justice “was referring to a group or community of aboriginals” (para. 134). The judge stated there is “a point in time where abandonment can cause the loss of an aboriginal right” but hastened to add that it was not for him to decide. He was prepared to accept that a community that left the area can resume the exercise of its Aboriginal right, but added: “in order to resume something one must have had exercised the right in the first place” (para. 137). In the case of Mr. Bernard, he had “neither shown the existence of nor his belonging to that community of Mi’kmaq in whom the right to resume the practice still rests” (para. 138).

[28] In light of the above, the judge concluded as follows:

The Defendant has satisfied me, on the balance of probabilities, that Mi’kmaq peoples inhabited the area of the locus in quo at the time of European contact and enjoyed the aboriginal right to hunt for food in that site for the years they inhabited such territory.

However the Defendant has failed to satisfy me that he is a member of that original right-bearing Mi’kmaq community. As such he has failed to establish that he had a right to hunt in the locus in quo on the date in question.

In these circumstances a finding of guilty will have to be registered. [paras. 142-144]

[29] Mr. Bernard’s appeal to the Summary Conviction Appeal Court was not successful. The decision of that court covered subjects that were not raised in the arguments presented in the application for leave to appeal before our Court, such as freedom of association rights and equality rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Be this as it may, the Summary Conviction Appeal Court judge reviewed Supreme Court cases holding that hunting rights are site-specific and, in the end, stated he was not persuaded the trial judge had erred in finding Mr. Bernard guilty.

III. Issues on appeal

[30] As Mr. Bernard correctly points out, since there has been no cross-appeal, the following findings are not in issue:

- there were Mi'kmaq in the area of Saint John pre-contact who hunted;
- the practice of hunting was integral and distinctive to the Mi'kmaq;
- Mi'kmaq continue to hunt to this day;
- Mr. Bernard's status as a registered Indian under the *Indian Act* is sufficient proof of his Aboriginality as a Mi'kmaq man, and he need not further prove the three-part test set out in *R. v. Powley*.

[31] While Mr. Bernard's application for leave to appeal sets out three grounds, his written submission succinctly states the issues to be argued as follows:

- (1) Did the lower court judges err in requiring "community continuity" as part of the Aboriginal rights test?
- (2) Does the Mi'kmaq right to hunt include the right to decide who can participate in the right to hunt?

[32] Mr. Bernard attributes to the trial judge a motivation for the approach taken. He submits the judge was concerned about opening a floodgate if the Aboriginal right to hunt was not found to be site-specific. He says such concern was misguided, first because Mr. Bernard is a New Brunswicker and second because it ignores the Mi'kmaq right to regulate their own hunting rights. He argues that, to date, the Mi'kmaq have been prevented from exercising this right by the Province's unilateral policy determination of the issue.

[33] I do not agree with this characterization of the trial judge's decision. The trial judge simply applied the law as he understood it in *Van der Peet* and other cases to

the facts as established by the evidence and determined that, in this case, Mr. Bernard had not satisfied the onus of proving he could exercise s. 35(1) constitutional rights at the location in question.

[34] While Mr. Bernard invites us to grant him leave to appeal and to consider broader questions, such as self-determination, these questions were not addressed by either the trial court or the Summary Conviction Appeal Court and lack a proper evidentiary foundation.

[35] In the end, I would grant leave to appeal but only in regard to the following question: Did the Summary Conviction Appeal Court err in law in failing to overturn the trial judge's decision, which held that, in order to benefit from an s. 35(1) Aboriginal right to hunt deer at the mouth of the St. John River, Mr. Bernard had to show there existed a community of Mi'kmaq who could exercise that right and to which he belonged?

#### IV. Analysis

[36] Mr. Bernard never disputed he was hunting without a licence in contravention of the requirement set out in the *Fish and Wildlife Act*. His defence was simple: the *Act* did not apply to him because he had an Aboriginal right to hunt at that location. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, provides that "[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed".

[37] In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, [1990] S.C.J. No. 49 (QL), the Court made it clear the s. 35(1) protection was not limited to Aboriginal rights recognized by treaties. The right asserted in the present case is one of those that was not claimed to be recognized in a treaty.

[38] Mr. Bernard acknowledges the test for establishing an Aboriginal right, such as the one in question, involves a three-stage analysis. This was established in *Van der Peet* and more recently reaffirmed in *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 46.

[39] The first stage involves characterizing the right guided by the three-part test the trial judge applied in this case, that is to consider: 1) the nature of the action which Mr. Bernard claimed was done pursuant to an Aboriginal right; 2) the nature of the governmental legislation or action alleged to infringe the right; and 3) the pre-contact practice, custom, or tradition being relied upon to establish the right. No issue is taken with that portion of the trial judge's analysis. The right in question is the right to hunt for food without government prohibition, a practice that existed pre-contact.

[40] As for the second stage of the analysis, Lamer C.J., for the majority in *Van der Peet*, states "in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right" (para. 46). He sets out a number of factors to be considered in the application of that test and analyzes them under the following headings:

- Courts must take into account the perspective of aboriginal peoples themselves;
- Courts must identify precisely the nature of the claim being made in determining whether an aboriginal claimant has demonstrated the existence of an aboriginal right;
- In order to be integral a practice, custom or tradition must be of central significance to the aboriginal society in question;
- The practices, customs and traditions which constitute aboriginal rights are those which have continuity with the practices, customs and traditions that existed prior to contact;

- Courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims;
- Claims to aboriginal rights must be adjudicated on a specific rather than general basis;
- For a practice, custom or tradition to constitute an aboriginal right it must be of independent significance to the aboriginal culture in which it exists;
- The integral to a distinctive culture test requires that a practice, custom or tradition be distinctive; it does not require that that practice, custom or tradition be distinct;
- The influence of European culture will only be relevant to the inquiry if it is demonstrated that the practice, custom or tradition is only integral because of that influence; and
- Courts must take into account both the relationship of aboriginal peoples to the land and the distinctive societies and cultures of aboriginal peoples;

[41] Mr. Bernard states the trial judge had no difficulty in concluding this stage of the analysis was met in the present case. He is right. The trial judge stated “there appears to be no dispute but that for the Mi’kmaq, hunting was such a significant practice as to constitute a way of life”, adding that “[i]t was a traditional means of survival of an aboriginal community” and “was part of what made the pre-contact and post-contact Mi’kmaq community distinctive” (para. 36). The judge also found, with respect to this part of the test, the site-specific requirement was met since he accepted there was a Mi’kmaq presence at the mouth of the St. John River at the time of contact.

[42] Mr. Bernard submits the judge erred at the final stage of the Aboriginal rights analysis. This stage requires the judge to “determine whether the claimed modern right has a reasonable degree of continuity with the ‘integral’ pre-contact practice”: *Lax Kw’alaams*, at para. 46. Mr. Bernard says the trial judge identified two separate continuity tests; one relating to the “continuity of the nature of the practice” (para 47) and

the other relating to the need to “show continuity of the ‘contemporary community’ and its practices with the historic community and its practices” (para. 48). The trial judge found the first test was met but not the second. It is in this regard Mr. Bernard claims the trial judge erred. He submits this second test has no application to him.

[43] Mr. Bernard acknowledges the “community continuity” is part of the test for Aboriginal title and is part of the test developed for Métis rights, but argues it is not an accepted test for his Aboriginal rights. He argues the adoption of such a test by the courts would be highly problematic. According to him, the continuity test relates to practices not peoples. He also submits it was an error for the trial judge to hold that if a community had not remained in the vicinity of a site-specific right the community would be taken to have abandoned the right. Mr. Bernard adds that a requirement of community continuity confuses Aboriginal rights and title. In his view, to impose a requirement of community continuity at the same site where the activity was practiced at the time of contact, converts the test for a site-specific Aboriginal right to the test for Aboriginal title. He argues to require community continuity at the site is the same thing as requiring regular use and occupation, which is one of the main requirements to prove Aboriginal title. Mr. Bernard claims it was wrong for the trial judge to impose a “community continuity” requirement based on what the Supreme Court did in *Powley*. In his view, *Powley* involved proving the existence of modern Métis communities and nothing more. In Mr. Bernard’s view, there is no basis for taking a narrow approach to identifying the beneficiaries of the right in question. He submits an approach that would identify the tribe/nation as the rights holder would be more consistent with the purposes of giving constitutional protection to Aboriginal rights. Finally, Mr. Bernard maintains the approach to interpreting treaty rights should not inform the one for Aboriginal rights because each serve a different purpose. One is in the nature of a contract and engages the solemn promises made by the Crown while the other is broader and provides cultural security and continuity for the Aboriginal society claiming the right.

[44] In summary form, the Attorney General’s response to Mr. Bernard’s arguments is as follows:

- 1) There is no historical evidence of a transprovincial “Mi’kmaq Nation” as described by Mr. Bernard, through which present day Mi’kmaq could claim to exercise their Nation’s communal rights anywhere in New Brunswick;
- 2) While s. 35(1) constitutional rights are communal rights, the right to determine who may exercise those rights does not fall to what Mr. Bernard describes as “the current day Mi’kmaq Nation”;
- 3) The laws of the province of New Brunswick, including the *Fish and Wildlife Act*, do not unjustifiably infringe any Mi’kmaq community’s authority to determine its membership, or the right to exercise communal rights by members.

[45] Ultimately, as stated above, this appeal raises one question of law: whether the community claiming an Aboriginal right to hunt under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, can be broadly defined as a “tribe/nation”.

[46] In *Sparrow*, the Supreme Court held that s. 35(1) should “be construed in a purposive way”, which makes it “clear that a generous, liberal interpretation of the words in the constitutional provision is demanded” (p. 1106). The Court recognized though, “the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1)” (p. 1111). This approach was confirmed in *Van der Peet*, the majority holding the purpose underlying s. 35(1) is “the protection and reconciliation of the interests which arise from the fact that prior to the arrival of Europeans in North America aboriginal peoples lived on the land in distinctive societies, with their own practices, customs and traditions” (para. 44).

[47] In the present case, it is common ground that Aboriginal rights, protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, are communal rights. The Supreme Court made this clear in *Sparrow*, recognizing that Aboriginal rights – such as fishing rights in that case – are “not traditional property rights. They are rights held by a collective and are in keeping with the culture and existence of that group” (p. 1078). In subsequent cases, this

reality has been consistently affirmed. In *Van der Peet*, Lamer C.J., for the majority, frequently referred to Aboriginal societies or the Aboriginal group claiming the right and spoke of the Aboriginal community demonstrating that a practice, custom or tradition is an Aboriginal right. Under the heading that claims to Aboriginal rights must be adjudicated on a specific rather than general basis, he explains:

Courts considering a claim to the existence of an aboriginal right must focus specifically on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal group claiming the right. In the case of *Kruger, supra*, this Court rejected the notion that claims to aboriginal rights could be determined on a general basis. This position is correct; the existence of an aboriginal right will depend entirely on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the right. As has already been suggested, aboriginal rights are constitutional rights, but that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community.

[para. 69]

[Emphasis added]

[48] Mr. Bernard claims *Powley* is specific to the Métis people and has no application in the present case. With respect, this argument is untenable. There are statements in *Powley* that explain the extent of Aboriginal rights in general. In that case, the Supreme Court upheld the basic elements of the *Van der Peet* test, modifying certain elements to account for the fact that Métis communities emerged after contact with the Europeans. More generally, however, the Court stated that “Aboriginal hunting rights, including Métis rights, are contextual and site-specific” (para. 19) and “Aboriginal rights are communal rights: They must be grounded in the existence of a historic and present community, and they may only be exercised by virtue of an individual’s ancestrally based membership in the present community” (para. 24). The use of the broader term

“Aboriginal rights” and the specification that these include Métis rights, makes it clear the Supreme Court was elaborating principles applicable to Aboriginal rights in general.

[49] Similarly, Mr. Bernard claims treaty right and Aboriginal title cases have no value in assessing Aboriginal rights. On this basis, *Marshall; Bernard* could be distinguished because it was a case involving such rights. However, it must be noted the Supreme Court in *Van der Peet* held that “aboriginal rights and aboriginal title are related concepts; aboriginal title is a sub-category of aboriginal rights” (para. 74). Thus, cases dealing with aboriginal title certainly are relevant in aboriginal rights cases. In addition, cases dealing with treaty rights can also be relevant where the Court has made general propositions that apply to all rights asserted under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[50] In *Marshall; Bernard*, McLachlin C.J., writing for the majority, spoke of Aboriginal societies who exercised “control over their village sites and larger areas of land which they exploited for agriculture, hunting, fishing and gathering” (para. 62). While she stated this in the context of demonstrating that such possession would be equivalent to common law notions of title, the fact that Court equated Aboriginal societies with protection of their village sites indicates the communal rights to which s. 35(1) refers are specific to the smaller communities that exercised the rights at the site that is the subject of the proceeding. McLachlin C.J. stated “[m]odern-day claimants must establish a connection with the pre-sovereignty group upon whose practices they rely to assert title or claim to a more restricted aboriginal right” (para. 67), adding that “[c]ontinuity is required, in the sense of showing the group’s descent from the pre-sovereignty group whose practices are relied upon for the right” (para. 70).

[51] According to Mr. Bernard, the Supreme Court has yet to provide explicit guidance on who are the specific beneficiaries of Aboriginal rights, being either members of local aboriginal communities or the particular nation/tribe to which belongs the member who asserts the right. He notes the Supreme Court has used a variety of terms to describe beneficiaries of Aboriginal rights, including “group of aboriginal people” and “aboriginal community” (para. 69 of *Van der Peet*), “societies” and “people” (paras. 38

and 41 of *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, [1996] S.C.J. No. 93 (QL)), and “aboriginal nation” (para. 115 of *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, [1997] S.C.J. No. 108 (QL)). Mr. Bernard’s argument continues:

Cases that have spoken in terms of “peoples”, “tribes” or “nations” included *Van der Peet* (re: “the Sto:lo which is a nation made up of a collection of bands: see paras. 2, 76, 80, 84-89 and 58 BCLR (2d) 392 at para. 8), *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, (which treated two tribes of the Nuu-chah-nulth identically given there was no difference in their cultures, see para. 23 and 66), *R. v. Nikal*, (re: “the We’suwet’en people” as opposed to the Moricetown band), *Adams* (re: the “Mohawk”, as opposed to Akwesasne band, see para. 37), *Côté* (re: the “Algonquin” as opposed to the Desert River band, see para. 6), *Mitchell* (re: “the Mohawk nation” as opposed to the Akwesasne band, see para. 2), and *Sappier;Polchies* (which speaks in terms of the distinctive culture and territories of “the Maliseet” and the “the Mi’kmaq” see para. 52-53).

[52] As all agree, s. 35(1) rights are communal rights. The approach of the courts has been to recognize that an Aboriginal person is a beneficiary of his/her community’s Aboriginal or treaty rights. These rights, whatever their specific content, are exercised through the community’s consent and authority. In *Delgamuukw*, Lamer C.J. in discussing aboriginal title, which is a subset of aboriginal rights, stated as follows:

A further dimension of aboriginal title is the fact that it is held communally. Aboriginal title cannot be held by individual aboriginal persons; it is a collective right to land held by all members of an aboriginal nation. Decisions with respect to that land are also made by that community. This is another feature of aboriginal title which is *sui generis* and distinguishes it from normal property interests.

[Emphasis in original.]

[para. 115]

[53] This approach is consistent with the one used where treaty rights are involved. In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, [1999] S.C.J. No. 66, the Court made the following statement: “treaty rights do not belong to the individual, but are exercised

by authority of the local community to which the accused belongs” (para. 17). This statement was made after noting that the British had signed “a series of agreements with individual Mi’kmaq communities” on the basis that “local chiefs had no authority to promise peace and friendship on behalf of other local chiefs in other communities, or to secure treaty benefits on their behalf” (para. 17).

[54] Mr. Bernard’s argument is that an approach that identifies the tribe/nation as the rights holder is more consistent with the purpose of Aboriginal rights emphasized in *Sappier; Gray* to give “protection [to] the distinctive cultures of aboriginal peoples” (para. 22) and “provide cultural security and continuity for the particular aboriginal society” (para. 33).

[55] In some cases, it may well be that evidence will show an entire tribe/nation is entitled to exercise certain Aboriginal rights that are distinctive to their culture in all of the territory the tribe/nation occupied pre-contact, but that is not what the Supreme Court has held to date. Section 35(1) constitutional rights have been determined to be communal rights, preserved for communities whose members exercise the right within its traditional territory. Moreover, in *Sparrow* and in the cases that followed, the Supreme Court has specifically rejected a general approach to the determination of such rights, preferring instead “to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1)”, adding what follows:

Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case. [p. 1111]

[56] In the present case, the evidence accepted by the trial judge, to whom deference is owed regarding his assessment of either fact or credibility, was that the Mi’kmaq historically organized themselves as separate bands each with their own traditional hunting territories. While there was a common culture and social bonds

amongst these individual communities, each community had its own chief, and the communities governed themselves independently.

[57] On this point, the critical findings of fact of the trial judge are based on the expert evidence he accepted. None of this has been challenged on appeal:

According to the Crown expert, the Mi'kmaq were organized into specific bands or communities identified over time with distinct territory. Acknowledging that these people formed a Grand Council pre-Confederation (circa 1760), but with no grand chief, he opines that such was a cultural entity, not one of polity, and not an indication of hunting territory. He also referenced to there being 7 identified hunting districts of the Mi'kmaq, another indication of the distinctiveness of separate communities of the Mi'kmaq.

After considering the testimony of Dr. Patterson on the divisions or bands of Mi'kmaq with whom the colonial authorities, namely the British, dealt, I accept that the Mi'kmaq at least in the period post control, did identify and group themselves into bands, voluntarily maintaining those distinctions in their dealings with the authorities. The treaty evidence is a prime example thereof. Notwithstanding what I consider to be the valid concerns of modern academic historians, namely the problem of applying European constructs and thinking in interpreting aboriginal matters, it appears that there were recognizable administrations by the Mi'kmaq of distinct hunting areas for members of bands.

[paras. 124-125]

[58] I accept the Crown's argument that the nature of communal rights mandates that the community regulate, or authorize, appropriate exercise of these rights by its individual members through ensuring equitable access to the resources. This is so wherever the resources are located, provided there is a right to them. In *Sappier; Gray*, Bastarache J. for the majority explains:

The right to harvest wood for domestic uses is a communal one. Section 35 recognizes and affirms existing aboriginal and treaty rights in order to assist in ensuring the continued existence of these particular aboriginal societies. The

exercise of the aboriginal right to harvest wood for domestic uses must be tied to this purpose. The right to harvest (which is distinct from the right to make personal use of the harvested product even though they are related) is not one to be exercised by any member of the aboriginal community independently of the aboriginal society it is meant to preserve. It is a right that assists the society in maintaining its distinctive character. [para. 26]

[59] I go back to the extract from *Van der Peet* reproduced in para. 47 above and repeat the words of Lamer C.J.: “The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. The existence of the right will be specific to each aboriginal community” (para. 69).

[60] In the specifics of the present case, the trial judge found that pre-contact, there had been a community of Mi’kmaq that hunted at the mouth of the St. John River. However, the judge found, based on expert evidence, that the Mi’kmaq community which occupied that location left the area a long time ago for some unexplained reason, and he found no evidence of a contemporary community of Mi’kmaq in the area.

[61] The judge found the following observation made by John Giokas & Paul L.A.H. Chartrand, in *Who Are Canada’s Aboriginal Peoples?*, (2002) at 111, applied:

Aboriginal rights are not inherited by individuals, like personal property; nor are they inherited as genetic traits according to racist notions. A community is a social and legal fiction maintained through generations by social institutions. A successful defence based upon an Aboriginal right requires proof of membership in the Aboriginal community in which the Aboriginal right is vested.

[para. 140]

[62] Mr. Bernard’s argument, holding that the modern day Mi’kmaq Nation has the constitutional right to make decisions that concern its membership, is not consistent with the evidentiary record. No evidence was presented at trial that would allow one to

conclude that a modern-day Nation has become the contemporary community entitled to exercise all rights that had historically been exercised by local communities. While it may be that, in some cases, the evidence might reveal that certain communal rights belong to a tribe or nation, it was simply not the case in the matter under appeal. Considering the case-by-case approach the Supreme Court mandates for these cases, the role of the trial judge was to apply the law to the facts as he found them.

[63] The law as set out in *Van der Peet* was applied in this case. For the most part, the trial judge made findings favourable to Mr. Bernard. However, *Van der Peet* has been interpreted by other cases, each of which expanded upon the various elements of the analysis. As seen earlier in these reasons, in *Powley* the Court stated “[a]boriginal rights are communal rights: They must be grounded in the existence of a historic and present community, and they may only be exercised by virtue of an individual’s ancestrally based membership in the present community” (para. 24). While Mr. Bernard urges us to disregard this statement on the basis that *Powley* dealt with Métis rights, the fact is this statement was made in respect to aboriginal rights generally. Aboriginal rights are a type of right recognized in s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*, which Métis peoples also get to enjoy. There would seem to be no rational basis for the claim the Métis peoples only get to exercise aboriginal rights that are grounded in the existence of a historic and present community, whereas other aboriginal peoples get to exercise the right regardless of whether it is so grounded. If that is to be the law, that is for the Supreme Court to determine. At present, *Powley* establishes that Aboriginal rights, as communal rights, may only be exercised by virtue of an individual’s ancestrally based membership in a present community that is linked to the historic community.

[64] The judge applied the principles set out by the Supreme Court of Canada to the facts of the case and concluded it had not been shown that Mr. Bernard had any ancestrally based membership in a present community that could exercise hunting rights at the location in question. Having made those findings, the judge was duty bound to conclude as he did. In my view, the judge correctly understood and applied the critical

legal principles. That being the case, and since his factual findings have not been challenged, it follows that the appeal must be dismissed.

V. Disposition

[65] For these reasons, I would grant Mr. Bernard leave to appeal the decision of the Summary Conviction Appeal Court but I would dismiss the appeal. Execution of the sentence having been stayed by the Summary Conviction Appeal Court and that order not having been further appealed, it follows that Mr. Bernard will not have to serve the sentence the trial judge imposed.

[66] I conclude by adding my voice to those of the trial judge and the Summary Conviction Appeal Court judge who pointed to the words of LeBel J. in *Marshall; Bernard*, at para. 142, to the effect that there has to be a more appropriate way to litigate aboriginal treaty, right and title issues than through the prosecution of summary conviction offences. In fact, this sentiment had been articulated in *Sparrow* where Dickson C.J. and La Forest J. also pointed out that “the trial for a violation of a penal prohibition may not be the most appropriate setting in which to determine the existence of an aboriginal right” (para. 30). Recently, in *R. v. Reynolds*, 2017 NBCA 36, [2017] N.B.J. No. 214 (QL), French J.A., for the Court, recognized the “obvious merit” to such observations (para. 35). I agree.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Le 10 août 2010, un juge de la Cour provinciale a déclaré Stephen Charles Bernard coupable d'avoir chassé le chevreuil sans permis valide : 2010 NBCP 30, 365 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 207. Quelques mois plus tard, le juge a condamné M. Bernard à la peine minimale prévue par la loi : sept jours d'emprisonnement et une amende de 2 000 \$. Cette même journée, la peine a été suspendue en attendant que l'appel de M. Bernard devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires soit entendu. Le 27 janvier 2016, un juge de ce tribunal a rejeté l'appel : 2016 NBBR 21, 444 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 319. Cependant, exerçant ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] « compétence inhérente », le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a ordonné la suspension définitive de l'exécution de cette peine. M. Bernard sollicite maintenant l'autorisation de porter en appel le rejet de son appel en matière de poursuites sommaires. Personne ne conteste la décision du juge de surseoir à l'exécution de la peine.

[2] Au procès, la seule question à trancher consistait à déterminer si M. Bernard, membre mi'kmaq de la Première Nation de Sipekne'katik, exerçait un droit ancestral protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* lorsqu'il chassait sans permis dans la partie nord de la ville de Saint John. Cette question dépend de l'application du critère que la Cour suprême du Canada a élaboré pour statuer sur de telles revendications. M. Bernard fait valoir que le juge du procès, et par extension le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires, pour l'essentiel, ont convenablement appliqué le cadre d'analyse qui s'impose. La plupart des conclusions du juge du procès, qui ont été confirmées en appel, favorisaient M. Bernard. Toutefois, M. Bernard prétend que le juge du procès a commis une erreur sur un élément déterminant. Le juge du procès a conclu que pour que M. Bernard puisse exercer un droit ancestral de chasser à l'endroit en question, il devait démontrer qu'il exerçait le droit

collectif d'une collectivité (ou communauté) mi'kmaq contemporaine (dont il était membre) ayant des liens avec la collectivité historique qui utilisait autrefois la région comme territoire de chasse. La preuve ne révélait pas l'existence d'une telle collectivité contemporaine dont M. Bernard était membre. La question de droit en appel consiste à déterminer si ce critère fait partie du cadre d'analyse. Selon moi, telle est la conclusion de la Cour suprême.

## II. Contexte factuel

- [3] Les faits pertinents sont tirés des motifs du juge du procès dont des extraits sont soit reproduits textuellement, soit paraphrasés.
- [4] Le grand-père de M. Bernard était un Indien inscrit au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Il a grandi dans la réserve d'Indian Brook située à Shubenacadie, en Nouvelle-Écosse. Toutefois, il était jeune lorsqu'il est venu s'établir à Saint John, au Nouveau-Brunswick.
- [5] Stephen Charles Bernard est né à Saint John où il a résidé toute sa vie. Indien mi'kmaq inscrit, il est membre de la collectivité de la Première nation de Sipekne'katik, anciennement connue sous le nom de bande d'Indian Brook.
- [6] En 1996, un agent de conservation du ministère des Ressources naturelles du Nouveau-Brunswick a rencontré M. Bernard et deux autres personnes du côté ouest de la rivière Saint-Jean. M. Bernard a admis qu'il chassait. Il a présenté un [TRADUCTION] « certificat de bande » indiquant qu'il était un Indien mi'kmaq de la bande de Shubenacadie en Nouvelle-Écosse. L'agent a remis à M. Bernard un avertissement écrit après l'avoir informé qu'il ne pouvait pas chasser sans permis à cet endroit parce qu'il faisait partie du territoire de chasse traditionnel des Malécites.
- [7] Peu après cette rencontre, M. Bernard a communiqué avec un agent de conservation pour savoir à quel endroit il pouvait chasser en tant que Mi'kmaq. On lui a

dit qu'il pouvait chasser à l'est du « réseau hydrographique de la rivière Saint-Jean » sans plus de précision. M. Bernard ne partageait pas le point de vue de l'agent et il a par la suite chassé dans les limites du réseau hydrographique de la rivière Saint-Jean.

[8] À plusieurs occasions entre 1997 et 2004, en divers endroits, des membres du ministère des Ressources naturelles ont rencontré M. Bernard pendant qu'il chassait. Chaque fois, il a présenté son certificat d'appartenance à une bande et les choses en sont restées là. En 2000, M. Bernard a obtenu du ministère des Ressources naturelles un permis l'autorisant à transférer de la viande d'orignal à une autre personne sans que l'on s'oppose à son statut d'Indien mi'kmaq.

[9] Le 16 novembre 2004, M. Bernard et une autre personne chassaient dans le secteur du chemin Highland dans la partie nord de la ville de Saint John lorsqu'ils ont rencontré un agent de conservation. Lorsqu'on lui a demandé de présenter un permis de chasse, M. Bernard a montré à l'agent son certificat de statut d'Indien. Cette fois, M. Bernard a été accusé, en vertu de la *Loi sur le poisson et la faune*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1, d'avoir illégalement chassé sans être titulaire d'un permis.

[10] L'accusation a été portée le 16 mars 2005 et le procès a commencé le 5 octobre suivant. Au cours des quelques années qui ont suivi, de nombreux ajournements se sont succédé. Le juge du procès les explique aux par. 11 et 12 de sa décision. Le 16 août 2010, M. Bernard a été déclaré coupable.

[11] Le juge du procès a conclu que le poursuivant avait prouvé – comme la défense l'a admis d'emblée – que M. Bernard chassait sans permis comme il en était accusé. Initialement, le poursuivant avait formulé comme suit les questions en litige : (1) le groupe autochtone dont M. Bernard est membre jouit-il d'un droit de chasse à l'endroit où il a été appréhendé et (2) M. Bernard est-il admis à plaider l'erreur provoquée par une personne en autorité? Cependant, M. Bernard a écarté toute prétention à l'erreur provoquée par une personne en autorité. Dans un mémoire ultérieur, le poursuivant a modifié sa formulation des questions en litige. Ainsi, dans sa décision, le juge du procès a

voulu trancher les questions suivantes : (1) M. Bernard est-il un Autochtone jouissant des droits prévus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et (2) si tel est le cas, lui est-il permis d'exercer des droits ancestraux dans la vallée de la rivière Saint-Jean?

[12] Le juge du procès a commencé son analyse en traitant de la question du fardeau de la preuve. Suivant la décision rendue par le juge d'appel Robertson dans l'arrêt *Sockabasin et al. c. R.*, 2003 NBCA 60, 261 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 177, le juge du procès a conclu qu'il incombait à M. Bernard d'établir l'existence du droit ancestral et de l'atteinte portée à ce droit.

[13] Le juge a ensuite passé en revue le droit qui régit les droits ancestraux. Il a énoncé les étapes du cadre d'analyse à utiliser pour déterminer ces droits au moyen des titres suivants :

1. Caractérisation de la revendication
2. Critère de la partie intégrante d'une culture distinctive
3. Continuité entre le droit revendiqué et la pratique antérieure au contact
4. Condition relative aux sites spécifiques

[14] Sous le premier de ces titres, le juge du procès note que, pour établir son droit ancestral de chasse de subsistance, M. Bernard invoque une pratique de chasse de subsistance antérieure au contact avec les Européens malgré l'interdiction de chasser sans permis que renferme la *Loi sur le poisson et la faune*. Le juge a conclu qu'il demeurerait hautement probable que la chasse au grand gibier, comme l'orignal ou le chevreuil, pour se nourrir était reliée au mode de vie du peuple mi'kmaq avant le contact avec les Européens. Il a également conclu, sous le deuxième titre, que la pratique que constitue la chasse de subsistance donnait à la collectivité mi'kmaq son caractère distinctif.

[15] En ce qui concerne la continuité entre le droit revendiqué et la pratique antérieure au contact, le juge s'est demandé [TRADUCTION] « s'il y a eu continuité dans la nature du droit, de la période antérieure au contact avec les Européens jusqu'à

l'ère moderne, de sorte qu'il puisse être reconnu pour tel » (par. 42). Il est arrivé à la conclusion que [TRADUCTION] « la preuve est indicative de continuité dans la nature de la pratique. La pratique des Mi'kmaq de chasser ces animaux pour se nourrir s'est poursuivie après le contact avec les Européens. Demeurée collective, elle a évolué et elle se perpétue » (par. 47). Sous ce titre, le juge a examiné s'il existait une collectivité actuelle pour laquelle la protection du droit était demandée. Invoquant les arrêts *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, [1996] A.C.S. n° 77 (QL); *R. c. Sappier*; *R. c. Gray*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; et *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, le juge a conclu qu'[TRADUCTION] « un droit ancestral n'est pas perdu par abandon ou par cessation de son exercice si des liens traditionnels avec le territoire, y compris un lien avec la ressource en question, sont maintenus de façon substantielle par l'observation de la coutume, de la tradition ou de la pratique » (par. 53).

[16] Le juge s'est ensuite penché sur l'argument du ministère public voulant que rien dans la preuve n'attestât l'existence, [TRADUCTION] « dans le secteur visé, d'une communauté mi'kmaq qui serait historique ou actuelle, et à laquelle [M. Bernard] pourrait s'identifier » (par. 54) et sur l'invitation que lui avait faite le ministère public de se reporter aux critères énoncés dans *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, pour évaluer cette situation. Toutefois, le juge s'est dit d'avis [TRADUCTION] « qu'il est plus approprié de se pencher sur la question de l'existence d'une communauté historique du point de vue de la condition de rattachement à un site spécifique » et qu'il en allait de même de « la question de l'existence d'une communauté actuelle » (par. 55). En ce qui concerne les critères de l'arrêt *Powley*, le juge a noté que M. Bernard est un Indien inscrit et a conclu que [TRADUCTION] « l'appartenance à une bande en tant qu'Indien inscrit apporte une indication et une vérification substantielles de l'appartenance d'un revendicateur de droit à la communauté autochtone » (par. 65). Il a établi une distinction entre la présente affaire et plusieurs autres dans lesquelles les critères de l'arrêt *Powley* avaient été utilisés dans l'évaluation de droits revendiqués par des Indiens non inscrits.

[17] Le juge a alors reconnu qu'il devait examiner la condition relative aux sites spécifiques puisque [TRADUCTION] « le seul fait d'être Indien inscrit ne confère pas des droits universels, qui peuvent être exercés partout au pays » (par. 74). Il a indiqué qu'il devait se pencher sur [TRADUCTION] « la question du rattachement à une communauté et à un site spécifiques, de même que sur la question de la disparition, de l'abandon ou de l'extinction de la pratique invoquée » (par. 75).

[18] L'analyse effectuée sous le titre relatif aux sites spécifiques a commencé par une revue des principes juridiques applicables. Le juge du procès a observé que, dans l'arrêt *R. c. Sappier; R. c. Gray*, la Cour suprême a reconnu qu'elle avait imposé une condition relative aux sites spécifiques sur les droits ancestraux de pêche et de chasse qu'elle avait reconnus dans d'autres causes. Il a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le juge en chef Lamer a expliqué ce qui suit, au paragraphe 30 de *Adams* [*R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, [1996] A.C.S. n° 87 (QL)] :

[...] si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l'époque, le droit de chasse ancestral – même s'il existe indépendamment du titre sur cette parcelle de terrain – est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. Un droit de chasse ou de pêche spécifique à un site ne devient pas, du seul fait qu'il existe indépendamment du titre aborigène sur le territoire où il a été exercé, un droit de chasse ou de pêche abstrait, pouvant être exercé n'importe où; il demeure un droit de chasse ou de pêche sur la parcelle de terrain en question.

Comme nous l'avons vu, la Cour, dans *Van der Peet*, a insisté sur la spécificité du droit revendiqué, c'est-à-dire que le tribunal doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions de la communauté autochtone revendiquant le droit, et à l'histoire spécifique de ce groupe. Elle a ajouté au par. 69 :

Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone. [par. 78 et 79]

[19] À ce stade, le juge s'est intéressé au dossier de preuve afin de déterminer si M. Bernard avait prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'embouchure de la rivière Saint-Jean était un territoire traditionnel du peuple mi'kmaq avant le contact avec les Européens. Il a entrepris un examen approfondi de la preuve produite par les deux parties, et notamment des témoignages de deux témoins experts. Le juge a noté qu'une partie de la preuve documentaire n'était que l'expression de l'opinion de l'auteur et que les historiens [TRADUCTION] « doivent composer avec la preuve dont ils disposent et doivent parfois extrapoler au juger, et logiquement, à partir de données connues » (par. 100). Il a néanmoins conclu qu'[TRADUCTION] « une preuve convaincante établit une présence mi'kmaq (souriquoise) à l'embouchure de la rivière, laquelle forme une région côtière. Les Mi'kmaq y étaient présents, selon toute probabilité, à l'époque du contact avec les Européens » (par. 101).

[20] Le juge du procès a formulé comme suit la question suivante dont il allait traiter :

[TRADUCTION]

[...] En tant que membre du peuple mi'kmaq, reconnu par la *Loi sur les Indiens*, le défendeur jouit-il d'un droit ancestral de chasser pour sa subsistance dans ce territoire?  
[par. 102]

[21] Pour répondre à cette question, le juge a examiné une affaire analogue de la Nouvelle-Écosse. Dans *R. c. Walker*, 2005 NSPC 1, [2005] N.S.J. No. 30 (QL), le défendeur, un Indien inscrit membre de la bande indienne d'Eel Ground au Nouveau-Brunswick, était accusé d'avoir chassé les animaux sauvages en

Nouvelle-Écosse sans permis. Il s'agissait d'un Mi'kmaq né au Nouveau-Brunswick qui avait passé l'essentiel de sa vie en Nouvelle-Écosse. Il avait abattu un chevreuil dans une zone de chasse mi'kmaq traditionnelle, en Nouvelle-Écosse. Le juge Curran l'a déclaré coupable de l'infraction dont il était accusé. En effet, bien qu'il ait conclu à l'existence d'un droit ancestral de chasse de subsistance dans la région où il chassait, M. Walker n'appartenait pas à la collectivité habilitée à exercer ce droit ancestral.

[22] Revenant aux faits en cause, le juge du procès a répété que M. Bernard était né à Saint John, y avait résidé toute sa vie et était un Indien inscrit membre de la bande de Shubenacadie/Indian Brook en Nouvelle-Écosse. Le juge a conclu que [TRADUCTION] « Saint John et ses environs n'ont pas de réserve mi'kmaq; aucun groupe mi'kmaq organisé ne se trouve ici » (par. 109). Il a déclaré que M. Bernard [TRADUCTION] « s'identifie à la nation mi'kmaq, et non à une bande donnée. Il soutient que la nation mi'kmaq est constitutive de la collectivité, ici, au sens donné à ce terme dans *R. c. Sappier*; *R. c. Gray* » (par. 110).

[23] Au lieu d'accepter la conclusion tirée dans l'arrêt *Walker*, dans lequel ce même argument avait été rejeté, le juge du procès a effectué sa propre analyse. Le juge a donc répondu à la question suivante : [TRADUCTION] « La nation mi'kmaq peut-elle être la communauté » (par. 112)?

[24] Le juge du procès a admis qu'aucune preuve directe n'avait été produite relativement à la question de savoir ce qu'il était advenu de ces Mi'kmaq qui avaient chassé dans la région de la rivière Saint-Jean au cours de la période antérieure au contact avec les Européens. La preuve avait établi que [TRADUCTION] « [o]utre que les Mi'kmaq étaient un peuple nomade, ils ont subi le lourd contrecoup de l'arrivée des Européens et dû se déplacer en conséquence; ils étaient occupés à leurs propres luttes et à leurs propres alliances guerrières et, enfin, ils ont été contraints par les autorités coloniales et gouvernementales à des mouvements territoriaux » (par. 116). Le juge a noté combien il est difficile de prouver ce genre d'événement. Néanmoins, [TRADUCTION] « [d]es éléments de preuve indiquent que des limites géographiques

subsistaient bel et bien chez les Mi'kmaq » (par. 121) et, acceptant le témoignage de l'expert du poursuivant, le juge du procès a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

[...] je conviens que, pendant la période postérieure à la mainmise européenne tout au moins, les Mi'kmaq formaient des bandes auxquelles ils s'identifiaient et maintenaient sciemment ces distinctions dans leurs rapports avec les autorités. La preuve liée aux traités en apporte un parfait exemple. Quoi qu'il en soit des sujets de crainte, que je crois légitimes par ailleurs, des historiens modernes, dont le problème de l'application d'une pensée et de concepts européens à l'interprétation de la réalité autochtone, il semble qu'aient existé des administrations mi'kmaq reconnaissables de secteurs de chasse distincts attribués aux membres de bandes. [par. 125]

[25]

En résumé, le juge a tiré les conclusions importantes suivantes :

[TRADUCTION]

Pour l'essentiel, j'accueille la preuve de M. Marquis et je conclus que, par prépondérance des probabilités, les Mi'kmaq occupaient le secteur correspondant au lieu de l'infraction à l'époque du contact avec les Européens et à l'époque de la rencontre initiale des autochtones avec les Français dans la région de Saint John.

J'accueille également la preuve de M. Patterson et je conclus que, par prépondérance des probabilités, les Mi'kmaq, quel que soit le motif de leur départ – à l'exclusion des motifs de traité et d'extinction – ont quitté le secteur correspondant au lieu de l'infraction et le territoire de chasse environnant. Des opinions sont citées, sur le fondement de faits qui ne sont pas proprement attestés, selon lesquelles ils seraient partis à destination de la Nouvelle-Écosse (Webster). Des causes sont citées, en l'instance, qui font mention de ce mouvement (*Walker*). Je ne dispose pas d'une preuve convaincante de la présence dans la région, au cours des deux cent cinquante à trois cents ans qui ont suivi, d'une communauté de Mi'kmaq qui aurait exercé le droit ancestral de chasse de subsistance. Il se peut que cette preuve existe, mais elle ne m'a pas été présentée. [par. 126 et 127]

[26] Le juge du procès a poursuivi en soulignant qu'il ne disposait d'aucune preuve [TRADUCTION] « de l'existence d'une communauté mi'kmaq contemporaine, dans la région [de Saint John] [et que rien] dans la preuve n'indiqu[ait], non plus, que [le] père ou [le] grand-père [de M. Bernard] aient entretenu un lien avec le territoire par le maintien substantiel de la pratique d'une chasse de subsistance » (par. 132).

[27] Le juge s'est alors intéressé à l'analyse que la juge en chef McLachlin avait proposée dans l'arrêt *Van der Peet*, à savoir qu'[TRADUCTION] « un droit ancestral n'est pas perdu par abandon ou par cessation de son exercice si des liens traditionnels avec le territoire, y compris un lien avec la ressource en question, sont maintenus de façon substantielle par l'observation de la coutume, de la tradition ou de la pratique », en notant qu'il était évident que la juge en chef [TRADUCTION] « songeait à un groupe ou à une communauté autochtones » (par. 134). Le juge a déclaré que [TRADUCTION] « l'abandon peut [...] amener, à un certain moment, la perte d'un droit ancestral », mais il s'est empressé d'ajouter qu'il ne lui appartenait pas d'en décider. Il était disposé à accepter qu'une collectivité qui a quitté la région puisse reprendre l'exercice de son droit ancestral, mais il a ajouté que : « [p]our qu'il puisse y avoir reprise, toutefois, le droit doit d'abord avoir été exercé » (par. 137). Dans le cas de M. Bernard, il n'avait « montré, ni l'existence d'une communauté mi'kmaq qui serait investie du droit de reprendre la pratique, ni son appartenance à cette communauté » (par. 138).

[28] Compte tenu de tout ce qui précède, le juge est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Le défendeur m'a convaincu, par prépondérance des probabilités, que des Mi'kmaq habitaient le secteur correspondant au lieu de l'infraction à l'époque du contact avec les Européens et qu'ils jouissaient d'un droit ancestral de chasser pour se nourrir, dans ce territoire, au cours des années où ils l'ont habité.

Il ne m'a toutefois pas convaincu qu'il était membre de la communauté mi'kmaq originale titulaire du droit. De ce fait, il n'a pas établi qu'il jouissait du droit de chasser au lieu de l'infraction à la date en question.

Dans les circonstances, il y aura lieu d'inscrire une déclaration de culpabilité. [par. 142 à 144]

[29] L'appel que M. Bernard a interjeté devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a été rejeté. La décision de ce tribunal portait sur des sujets qui n'ont pas été abordés dans les arguments présentés dans la demande d'autorisation d'interjeter appel devant notre Cour, comme la liberté d'association et les droits à l'égalité prévus par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quoiqu'il en soit, le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a passé en revue la jurisprudence de la Cour suprême dans laquelle il avait été établi que les droits de chasse sont rattachés à un lieu précis et il a finalement indiqué qu'il n'était pas persuadé que le juge du procès avait commis une erreur en déclarant M. Bernard coupable.

### III. Questions en litige en appel

[30] Comme M. Bernard le souligne à bon droit, étant donné qu'il n'y a pas d'appel reconventionnel, les conclusions suivantes ne sont pas en cause :

- Il y avait des Mi'kmaq dans la région de Saint John avant le contact avec les Européens et ils chassaient;
- La pratique de la chasse faisait partie intégrante de la culture des Mi'kmaq et les différenciait;
- Les Mi'kmaq chassent encore aujourd'hui;
- Le statut d'Indien inscrit, au sens de la *Loi sur les Indiens*, de M. Bernard constitue une preuve suffisante de son aboriginalité en tant qu'homme mi'kmaq, et il n'a pas besoin de prouver en plus qu'il satisfait au critère à trois volets qui est énoncé dans l'arrêt *R. c. Powley*.

[31] Bien que la demande en autorisation d'appel de M. Bernard énonce trois moyens, son mémoire formule succinctement les questions à débattre en ces termes :

- a. Les juges des instances inférieures ont-ils commis une erreur en exigeant que la « continuité entre les communautés historique et actuelle » fasse partie du critère en matière de droits ancestraux?
- b. Le droit de chasse des Mi'kmaq comprend-il le droit de décider qui peut en jouir?

[32] M. Bernard attribue au juge du procès une motivation qui explique la démarche qu'il a adoptée. Il affirme que le juge craignait d'ouvrir une brèche s'il concluait que le droit ancestral de chasse n'était pas rattaché à un site spécifique. Il soutient que cette préoccupation était malavisée, d'abord parce que M. Bernard est un Néo-Brunswickois et ensuite parce qu'elle n'accorde aucune considération au droit des Mi'kmaq de régir leurs propres droits de chasse. Il prétend que, jusqu'à maintenant, la décision de principe unilatérale que la Province a prise sur cette question a empêché les Mi'kmaq d'exercer ce droit.

[33] Je ne souscris pas à cette façon de caractériser la décision du juge du procès. Il a simplement appliqué le droit, tel qu'il se dégageait selon son interprétation de l'arrêt *Van der Peet* et d'autres causes, aux faits établis par la preuve avant de conclure qu'en l'espèce, M. Bernard ne s'était pas acquitté du fardeau d'établir qu'il pouvait exercer, à l'endroit en question, les droits constitutionnels que lui confère le par. 35(1).

[34] M. Bernard nous invite à lui accorder l'autorisation d'interjeter appel et à examiner des questions plus larges, comme l'autodétermination, mais ces questions n'ont été traitées ni par le juge du procès, ni par le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires, et nous ne disposons pas d'une preuve suffisante pour les trancher.

[35] En fin de compte, je serais d'avis d'accueillir la demande d'autorisation d'interjeter appel, mais seulement en ce qui concerne la question suivante : le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a-t-il commis une erreur de droit en omettant

d'infirmer la décision du juge du procès selon laquelle M. Bernard, pour pouvoir jouir, en vertu du par. 35(1), d'un droit ancestral de chasser le chevreuil à l'embouchure de la rivière Saint-Jean, devait démontrer l'existence d'une collectivité mi'kmaq qui pouvait exercer ce droit et son appartenance à cette collectivité?

#### IV. Analyse

[36] M. Bernard n'a jamais contesté le fait qu'il chassait sans permis en violation de l'exigence énoncée dans la *Loi sur le poisson et la faune*. So moyen de défense était simple : la *Loi* ne s'appliquait pas à lui, car il jouissait d'un droit ancestral de chasser à cet endroit. En effet, le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que « [l]es droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés ».

[37] Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, [1990] A.C.S. n° 49 (QL), la Cour a clairement déclaré que la protection que confère le par. 35(1) ne se limitait pas aux droits ancestraux reconnus par des traités. Le droit invoqué en l'espèce est au nombre de ceux dont on n'a pas prétendu qu'ils étaient reconnus dans un traité.

[38] M. Bernard admet que le critère permettant d'établir l'existence d'un droit ancestral comme celui qui est en litige en l'espèce nécessite une analyse en trois étapes. Cela a été établi dans l'arrêt *Van der Peet* et réaffirmé plus récemment dans l'arrêt *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, au par. 46.

[39] La première étape consiste à caractériser le droit en se laissant guider par le critère en trois volets que le juge du procès a appliqué en l'espèce, soit prendre en considération : 1) la nature de l'acte qui, selon M. Bernard, a été accompli en vertu d'un droit ancestral, 2) la nature de la législation ou de la mesure gouvernementale qui porterait atteinte à ce droit, et 3) la pratique, la coutume ou la tradition antérieure au contact avec les Européens qui est invoquée pour établir l'existence du droit. Cette partie

de l'analyse du juge du procès n'est aucunement contestée. Le droit en cause est un droit de chasse de subsistance sans interdiction gouvernementale, une pratique qui existait avant le contact avec les Européens.

[40] Pour ce qui est de la deuxième étape de l'analyse, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité dans l'arrêt *Van der Peet*, déclare que « pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question » (par. 46). Il énumère un certain nombre de facteurs à prendre en considération dans l'application de ce critère et les analyse sous les rubriques suivantes :

- Les tribunaux doivent tenir compte du point de vue des autochtones eux-mêmes;
- Les tribunaux doivent déterminer avec précision la nature de la revendication en cause lorsqu'ils décident si le requérant autochtone a établi l'existence d'un droit ancestral;
- Pour faire partie intégrante d'une culture distinctive, une coutume, pratique ou tradition doit avoir une importance fondamentale pour la société autochtone concernée;
- Constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens;
- Dans l'application des règles de preuve, les tribunaux doivent tenir compte des difficultés inhérentes à l'examen des affaires concernant des revendications autochtones;
- Les revendications de droits ancestraux doivent être tranchées de manière spécifique et non générale;
- Pour qu'une coutume, une pratique ou une tradition constitue un droit ancestral, elle doit avoir une importance particulière pour la culture autochtone où elle existe;

- Le critère de la partie intégrante d'une culture distinctive exige qu'une coutume, pratique ou tradition soit distinctive, non pas qu'elle soit distincte;
- L'influence de la culture européenne n'est pertinente, dans le cadre de l'examen, que s'il est démontré que la coutume, la pratique ou la tradition ne fait partie intégrante de la culture qu'en raison de cette influence;
- Les tribunaux doivent tenir compte à la fois des rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire et des cultures et sociétés distinctives de ces peuples.

[41] M. Bernard affirme que le juge du procès n'a eu aucune difficulté à conclure que cette étape de l'analyse était franchie en l'espèce. Il a raison. Le juge du procès a en effet déclaré qu'[TRADUCTION] « [i]l ne semble pas contesté en l'espèce que, pour les Mi'kmaq, la chasse était une activité d'une telle importance qu'elle constituait un mode de vie », ajoutant que, [TRADUCTION] « [m]oyen traditionnel de subsistance d'une collectivité autochtone, elle figurait au nombre des caractéristiques qui, avant comme après le contact avec les Européens, donnaient à la collectivité Mi'kmaq son caractère distinctif » (par. 36). Le juge a également conclu, relativement à cette partie du critère, que la condition relative aux sites spécifiques était remplie puisqu'il acceptait l'existence d'une présence mi'kmaq à l'embouchure de la rivière Saint-Jean à l'époque du contact avec les Européens.

[42] M. Bernard prétend que le juge a commis une erreur à la dernière étape de son analyse des droits ancestraux. Cette étape impose au juge l'obligation de « déterminer s'il y a une continuité raisonnable entre le droit contemporain revendiqué et la pratique précontact qui “faisait partie intégrante” de la société »: *Lax Kw'alaams*, au par. 46. Selon M. Bernard, le juge du procès a identifié deux critères de continuité distincts, l'un ayant trait à la [TRADUCTION] « continuité dans la nature de la pratique » (par. 47) et l'autre à la nécessité de [TRADUCTION] « faire la preuve d'une continuité entre la communauté historique et ses pratiques, d'une part, et la [TRADUCTION] “communauté

actuelle” et ses pratiques, d’autre part » (par. 48). Le juge du procès a conclu que le premier critère avait été rempli, mais pas le second. C’est sur ce point que M. Bernard allègue que le juge du procès a commis une erreur. Il soutient en effet que ce second critère ne lui est pas applicable.

[43] M. Bernard reconnaît que la « continuité entre les communautés » est un élément du critère permettant d’établir un titre ancestral et fait partie du critère élaboré pour les droits des Métis, mais il fait valoir que ce critère n’est pas accepté pour ce qui concerne ses droits ancestraux. Il affirme que l’adoption d’un tel critère par les tribunaux serait très problématique. Selon lui, le critère de continuité vise les pratiques et non les peuples. Il fait également valoir que c’est à tort que le juge du procès a conclu que si une collectivité n’était pas restée à proximité d’un site sur lequel la collectivité jouissait d’un droit spécifique, elle serait considérée comme ayant abandonné ce droit. M. Bernard ajoute que l’exigence de la continuité entre les collectivités confond les droits ancestraux avec le titre ancestral. Selon lui, imposer l’exigence de la continuité entre les collectivités à l’endroit même où l’activité était exercée à l’époque du contact avec les Européens a pour effet de transformer le critère du droit ancestral spécifique à un site en critère relatif au titre aborigène. Il prétend qu’exiger une continuité entre les collectivités au site en cause revient à exiger une utilisation et une occupation régulières, l’une des principales conditions requises pour prouver l’existence d’un titre aborigène. M. Bernard affirme que le juge du procès a eu tort d’imposer une exigence de « continuité entre les communautés » en se fondant sur la décision que la Cour suprême a rendue dans l’affaire *Powley*. À son avis, dans cet arrêt, il s’agissait de prouver l’existence de collectivités métisses modernes et rien de plus. Selon M. Bernard, rien ne justifie l’adoption d’une démarche restrictive pour identifier les bénéficiaires du droit en question. Il soutient qu’une démarche qui identifierait la tribu ou la nation comme la titulaire des droits serait plus cohérente avec l’objectif consistant à accorder une protection constitutionnelle aux droits ancestraux. Finalement, M. Bernard affirme que la démarche adoptée pour l’interprétation des droits issus de traités ne devrait pas inspirer celle qui vise l’interprétation des droits ancestraux parce que chacune d’elles sert un objectif différent. La première est en effet de nature contractuelle et engage les promesses solennelles de la

Couronne tandis que la seconde est plus large et assure la sécurité et la continuité culturelles de la société autochtone qui revendique le droit.

[44] En résumé, la réponse du Procureur général aux arguments de M. Bernard est la suivante :

- 1) Il n'existe aucune preuve historique de l'existence de la « Nation mi'kmaq » transprovinciale décrite par M. Bernard par l'entremise de laquelle les Mi'kmaq d'aujourd'hui pourraient revendiquer l'exercice des droits collectifs de leur Nation partout au Nouveau-Brunswick;
- 2) Bien que les droits constitutionnels garantis par le par. 35(1) soient des droits collectifs, le droit de déterminer qui peut exercer ces droits n'appartient pas à ce que M. Bernard qualifie de [TRADUCTION] « Nation Mi'kmaq d'aujourd'hui »;
- 3) Les lois de la province du Nouveau-Brunswick, dont la *Loi sur le poisson et la faune*, ne constituent pas une atteinte injustifiée au pouvoir dont est investie toute collectivité mi'kmaq de déterminer qui sont ses membres ou au droit d'exercer des droits collectifs dont jouissent ses membres.

[45] En fin de compte, comme je l'ai indiqué plus haut, le présent appel soulève une question de droit : est-il possible de qualifier, de manière très large, de « tribu/nation » la collectivité qui revendique un droit de chasse ancestral en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

[46] Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a déterminé qu'il y a lieu « [d]'interpréter [le par. 35(1)] en fonction de l'objet qu'il vise », de sorte qu'il est « évident qu'une interprétation généreuse et libérale du texte de cette disposition constitutionnelle s'impose » (p. 1106). La Cour a toutefois reconnu « relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas » (p. 1111). Cette démarche a été confirmée dans l'arrêt *Van der Peet*, la majorité concluant que l'objet qui sous-tend le par. 35(1) est « la protection et la conciliation des intérêts découlant du fait

que, avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, les peuples autochtones vivaient en sociétés distinctives, possédant leurs propres coutumes, pratiques et traditions » (par. 44).

[47] Dans la présente instance, il est communément admis que les droits ancestraux que protège le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont des droits collectifs. La Cour suprême l'a clairement énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, reconnaissant que les droits ancestraux – comme les droits de pêche dans cette cause – ne « sont pas des droits de propriété au sens traditionnel. Il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe » (p. 1078). Dans des affaires ultérieures, les tribunaux ont toujours maintenu cette réalité. Dans l'arrêt *Van der Peet*, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, fait souvent référence aux sociétés autochtones ou au groupe autochtone revendiquant le droit et précise que la collectivité autochtone doit démontrer qu'une pratique, coutume ou tradition constitue un droit ancestral. Sous la rubrique dans laquelle il déclare que les revendications de droits ancestraux doivent être tranchées de manière spécifique et non générale, il explique ce qui suit :

Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur l'existence d'un droit ancestral doit s'attacher spécifiquement à l'examen des coutumes, pratiques et traditions du groupe autochtone qui revendique ce droit. Dans *Kruger*, précité, notre Cour a rejeté l'idée que les revendications de droits ancestraux pouvaient être tranchées de manière générale. Cette position est bien fondée. L'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité autochtone qui revendique le droit. Comme il a été dit plus tôt, même si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence

du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone. [par. 69]

[C'est moi qui souligne.]

[48] M. Bernard prétend que l'arrêt *Powley* vise spécifiquement le peuple métis et ne s'applique aucunement en l'espèce. En toute déférence, cet argument est indéfendable. Il y a dans l'arrêt *Powley* des énoncés qui expliquent de manière générale la portée des droits ancestraux. Dans cette affaire, la Cour suprême a confirmé les éléments de base du critère de l'arrêt *Van der Peet* tout en modifiant certains éléments pour tenir compte du fait que les collectivités métisses étaient apparues après le contact avec les Européens. Plus généralement, toutefois, la Cour a déclaré que « [l]es droits de chasse des Autochtones, y compris ceux des Métis, sont contextuels et se rattachent à un lieu en particulier » (par. 19) et que « [l]es droits ancestraux sont des droits collectifs : ils doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales » (par. 24). L'emploi de l'expression plus large « droits ancestraux » et la précision qu'ils comprennent les droits des Métis indiquent clairement que la Cour suprême élaborait des principes applicables aux droits ancestraux en général.

[49] De la même manière, M. Bernard affirme que la jurisprudence portant sur les droits issus de traités et sur les titres aborigènes n'est aucunement valable pour évaluer des droits ancestraux. Sur ce fondement, on pourrait établir une distinction entre *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard* et la présente espèce parce que de tels droits étaient en cause dans cette affaire. Cependant, il convient de noter que dans *Van der Peet*, la Cour suprême a conclu que « les droits ancestraux et le titre aborigène sont des notions connexes. En effet, le titre aborigène est une sous-catégorie de droits ancestraux » (par. 74). Il en découle que les affaires traitant du titre aborigène ont certainement leur pertinence dans les affaires portant sur les droits ancestraux. De plus, les causes traitant de droits issus de traités peuvent également être pertinentes lorsque la Cour a formulé des principes généraux applicables à l'ensemble des droits revendiqués en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[50] Dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, la juge en chef McLachlin, au nom de la majorité, a parlé des sociétés autochtones qui exerçaient « un [...] contrôle à l'égard de l'emplacement de leurs villages et d'aires plus larges qu'elles exploitaient pour l'agriculture, la chasse, la pêche ou la cueillette » (par. 62). Bien qu'elle ait tenu ces propos alors qu'elle était en train de faire la démonstration que la notion de possession serait équivalente aux notions de titre en common law, le fait que la Cour ait mis en adéquation les sociétés autochtones avec la protection de l'emplacement de leurs villages indique bien que les droits collectifs auxquels se réfère le par. 35(1) sont propres aux petites collectivités qui exerçaient les droits à l'emplacement qui fait l'objet de l'instance. La juge en chef McLachlin a déclaré que « [les revendicateurs actuels] doivent démontrer l'existence d'un lien avec le groupe antérieur à l'affirmation de la souveraineté dont ils invoquent les pratiques pour revendiquer le titre ou un droit ancestral plus restreint » (par. 67), ajoutant que « [l]a continuité est nécessaire, en ce sens que le groupe doit démontrer qu'il descend, depuis la période précédant l'affirmation de la souveraineté, du groupe sur les pratiques duquel repose la revendication du droit » (par. 70).

[51] Selon M. Bernard, la Cour suprême n'a toujours pas formulé de directives expresses au sujet des bénéficiaires précis des droits ancestraux, qu'il s'agisse soit des membres des collectivités autochtones locales, soit de la nation/tribu particulière à laquelle appartient le membre qui revendique le droit. Il fait observer que la Cour suprême a employé différents termes et expressions pour décrire les bénéficiaires de droits ancestraux, dont « groupe autochtone » et « collectivité autochtone » (par. 69 de *Van der Peet*), « sociétés » et « peuple » (par. 38 et 41 de *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, [1996] A.C.S. n° 93 (QL)), et « nation autochtone » (par. 115 de *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, [1997] A.C.S. n° 108 (QL)). M. Bernard poursuit son argumentation en ces termes :

[TRADUCTION]

Les causes dans lesquelles on a employé les termes « peuples », « tribus » ou « nations » comprenaient *Van der Peet* (objet : « les Sto:lo qui sont une nation constituée d'un regroupement de bandes : voir les par. 2, 76, 80, 84 à 89, et

58 B.C.L.R. (2d) 392, au par. 8), *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672 (qui traitait deux tribus Nuu-chah-nulth de façon identique du fait que leurs cultures ne présentaient aucune différence, voir les par. 23 et 66), *R. c. Nikal* (objet : « le peuple Wet'suwet'en » par opposition à la bande de Moricetown), *Adams* (objet : le « Mohawk », par opposition à la bande d'Akwesasne, voir par. 37), *Côté* (objet : l'« Algonquin » par opposition à la bande de la rivière Désert, voir le par. 6), *Mitchell* (objet : « la nation Mohawk » par opposition à la bande d'Akwesasne, voir par. 2) et *R. c. Sappier et Polchies* (qui fait état de la culture et des territoires distinctifs des « Malécites » et des « Mi'kmaq » voir par. 52-53).

[52] Tous conviennent que les droits protégés par le par. 35(1) sont des droits collectifs. La démarche des tribunaux a consisté à reconnaître qu'un Autochtone est le bénéficiaire des droits ancestraux ou issus de traités de sa collectivité. Ces droits, quelle que soit leur teneur spécifique, sont exercés avec le consentement et sous l'autorité de la collectivité. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, traitant du titre aborigène qui est une sous-catégorie de droits ancestraux, le juge en chef Lamer a déclaré ce qui suit :

Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité. Il s'agit d'une autre caractéristique *sui generis* du titre aborigène, qui le différencie des intérêts de propriété ordinaires. [par. 115]

[Souligné dans l'original.]

[53] Cette démarche cadre avec celle qui est utilisée lorsque des droits issus de traités sont en cause. Dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, [1999] A.C.S. n° 66, la Cour a déclaré ce qui suit : « les droits issus de traités n'appartiennent pas personnellement à l'individu, mais ils sont exercés sous l'autorité de la communauté à laquelle ce dernier appartient » (par. 17). Cet énoncé a été fait après avoir noté que les Britanniques avaient signé « avec diverses communautés mi'kmaq une série d'ententes » parce qu'ils considéraient que « le chef d'une communauté donnée n'avait pas l'autorité

requis soit pour faire des promesses de paix et d'amitié au nom de chefs d'autres communautés, soit pour obtenir pour ceux-ci des avantages par voie de traité » (par. 17).

[54] L'argument de M. Bernard est que cette démarche qui identifie la tribu/nation comme étant titulaire des droits cadre mieux avec l'objet des droits ancestraux qui est mis en évidence dans l'arrêt *R. c. Sappier; R. c. Gray* qui est de donner une « protection [aux] cultures distinctives des peuples autochtones » (par. 22) et d'« assurer la sécurité et la continuité culturelles de la société autochtone concernée » (par. 33).

[55] Dans certains cas, il se pourrait bien que la preuve montre que toute une tribu/nation est en droit d'exercer certains droits ancestraux qui sont des caractères distinctifs de sa culture sur la totalité du territoire que la tribu/nation occupait avant le contact avec les Européens, mais la Cour suprême n'est pas encore arrivée à une telle conclusion. Il a en effet été déterminé que les droits constitutionnels protégés par le par. 35(1) sont des droits collectifs préservés au profit de collectivités dont les membres les exercent sur le territoire traditionnel de la collectivité en cause. De plus, dans l'arrêt *Sparrow* et dans les décisions qui ont suivi, la Cour suprême a expressément rejeté l'adoption d'une démarche générale pour déterminer ces droits, préférant « souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas », et elle a ajouté ce qui suit :

Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas. [p. 1111]

[56] Dans la présente instance, selon la preuve que le juge du procès a acceptée après avoir procédé à une évaluation des faits ou de la crédibilité qui commande la déférence, les Mi'kmaq s'organisaient historiquement en bandes distinctes ayant chacune leur territoire de chasse traditionnel. Même s'il existait une culture commune et des liens

sociaux entre ces différentes collectivités, chacune d'elles avait son propre chef, et les collectivités se gouvernaient de manière indépendante.

[57] Sur ce point, les conclusions de fait cruciales du juge du procès sont fondées sur une preuve d'expert qu'il a acceptée. Rien de tout cela n'a été contesté en appel :

[TRADUCTION]

L'expert du ministère public a expliqué que les Mi'kmaq étaient organisés en communautés ou en bandes, associées au fil du temps à un territoire distinct. Il a reconnu que les Mi'kmaq avaient formé un Grand conseil avant la Confédération (vers 1760), bien que sans grand chef. Il était cependant d'avis que ce conseil était une entité culturelle, et non une composante d'un régime politique, et qu'il n'était pas l'indication d'un territoire de chasse. Il a mentionné, enfin, que sept districts de chasse des Mi'kmaq avaient été recensés, autre signe du caractère distinctif des communautés séparées des Mi'kmaq.

Compte tenu du témoignage de M. Patterson sur les groupes ou bandes de Mi'kmaq avec qui les autorités coloniales, britanniques en l'occurrence, avaient des rapports, je conviens que, pendant la période postérieure à la mainmise européenne tout au moins, les Mi'kmaq formaient des bandes auxquelles ils s'identifiaient et maintenaient sciemment ces distinctions dans leurs rapports avec les autorités. La preuve liée aux traités en apporte un parfait exemple. Quoi qu'il en soit des sujets de crainte, que je crois légitimes par ailleurs, des historiens modernes, dont le problème de l'application d'une pensée et de concepts européens à l'interprétation de la réalité autochtone, il semble qu'aient existé des administrations mi'kmaq reconnaissables de secteurs de chasse distincts attribués aux membres de bandes. [par. 124 et 125]

[58] J'accepte l'argument du ministère public selon lequel la nature des droits collectifs implique que la collectivité régleme ou autorise l'exercice approprié de ces droits par ses membres pris individuellement en assurant un accès équitable aux ressources. C'est le cas indépendamment de l'endroit où se trouvent les ressources, à

condition qu'il existe un droit sur ces dernières. Dans l'arrêt *R. c. Sappier; R. c. Gray*, le juge Bastarache, au nom de la majorité, donne l'explication suivante :

La nature collective du droit comporte un deuxième volet. L'article 35 reconnaît et confirme les droits existants – ancestraux ou issus de traités – dans le but d'assurer la survie de ces sociétés autochtones particulières. L'exercice du droit ancestral de récolter du bois à des fins domestiques doit être rattaché à cet objet. En effet, le droit de récolter (distinct du droit d'utiliser à des fins personnelles le produit récolté, même si les deux sont reliés) ne doit pas être exercé par un membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver. Il s'agit d'un droit qui aide la société à conserver son caractère distinctif. [par. 26]

[59] Je reviens à l'extrait de l'arrêt *Van der Peet* qui est reproduit plus haut au par. 47 et je cite de nouveau les mots du juge en chef Lamer : « Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. L'existence du droit en question dépendra de la situation spécifique de chaque collectivité autochtone » (par. 69).

[60] Compte tenu des particularités de la présente instance, le juge du procès a conclu qu'avant le contact avec les Européens, il existait une collectivité de Mi'kmaq dont les membres chassaient à l'embouchure de la rivière Saint-Jean. Toutefois, en se fondant sur la preuve d'expert selon laquelle la collectivité mi'kmaq qui occupait cet endroit avait quitté les lieux il y a très longtemps pour une raison qui reste inexpliquée, le juge a conclu qu'il n'existait aucune preuve de la présence d'une collectivité mi'kmaq actuelle dans le secteur visé.

[61] Le juge a conclu que l'observation ci-dessous, extraite de la page 111 d'un article de John Giokas et de Paul L.A.H. Chartrand paru dans *Who Are Canada's Aboriginal Peoples?* (2002), était applicable :

[TRADUCTION]

Les droits ancestraux ne sont pas transmis en héritage aux

individus comme des biens personnels; ils ne sont pas transmis non plus comme des traits génétiques, suivant des principes raciaux. Une communauté est une fiction juridique et sociale maintenue, de génération en génération, par des institutions sociales. La défense de droit ancestral ne sera retenue que si la preuve est faite de l'appartenance à la communauté autochtone à laquelle le droit ancestral est dévolu. [par. 140]

[62] L'argument de M. Bernard selon lequel la Nation mi'kmaq actuelle jouit du droit constitutionnel de prendre des décisions concernant ses membres n'est pas compatible avec le dossier de preuve. Lors du procès, il n'a été présenté aucun élément de preuve qui permettrait de conclure qu'une nation moderne est devenue la collectivité actuelle habilitée à exercer tous les droits que les collectivités locales avaient historiquement exercés. Certes, il se pourrait que, dans certains cas, la preuve révèle que certains droits collectifs appartiennent à une tribu ou nation, mais ce n'était tout simplement pas le cas dans l'affaire faisant l'objet de l'appel. Compte tenu de la démarche au cas par cas que la Cour suprême a préconisée pour ces types d'affaires, le rôle du juge du procès était d'appliquer le droit aux faits constatés.

[63] Le droit tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Van der Peet* a été appliqué en l'espèce. Dans la plupart des cas, le juge du procès a tiré des conclusions favorables à M. Bernard. Toutefois, l'arrêt *Van der Peet* a été interprété dans d'autres causes, chacune d'elles s'intéressant à différents éléments de l'analyse. Comme nous l'avons vu plus haut, dans l'arrêt *Powley*, la Cour a déclaré que « [I]es droits ancestraux sont des droits collectifs : ils doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales » (par. 24). Même si M. Bernard nous invite à ne pas tenir compte de cet énoncé au motif que l'arrêt *Powley* portait sur les droits des Métis, il demeure que cet énoncé visait les droits ancestraux en général. Les droits ancestraux sont un type de droit reconnu par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les peuples métis peuvent également en jouir. Il semblerait irrationnel de prétendre que les peuples métis ne peuvent exercer que les droits ancestraux qui sont fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante

alors que les autres peuples autochtones sont habilités à exercer ces droits, qu'ils soient ainsi fondés ou non. Si tel doit être l'état du droit, c'est à la Cour suprême de le décider. À l'heure actuelle, l'arrêt *Powley* établit que les droits ancestraux, en leur qualité de droits collectifs, ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la collectivité actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales, collectivité qui a un lien avec la collectivité historique.

[64] Le juge a appliqué les principes énoncés par la Cour suprême aux faits de l'affaire en cause et conclu qu'il n'avait pas été démontré que M. Bernard appartenait d'une façon quelconque, sur le fondement de ses origines ancestrales, à une collectivité actuelle qui pouvait exercer des droits de chasse à l'endroit en question. Étant arrivé à ces conclusions, le juge se devait de prononcer la décision qu'il a rendue. À mon avis, le juge a compris et appliqué comme il se doit les principes de droit cruciaux. Dans ces circonstances, et puisque ses conclusions de fait n'ont pas été contestées, il s'ensuit que l'appel doit être rejeté.

#### V. Dispositif

[65] Pour ces motifs, j'accueillerais la demande dans laquelle M. Bernard sollicite l'autorisation de porter en appel la décision du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires, mais je rejeterais l'appel. L'exécution de la peine ayant été suspendue par le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires et cette ordonnance n'ayant pas elle-même été portée en appel, il s'ensuit que M. Bernard ne devra pas purger la peine imposée par le juge du procès.

[66] Je conclus en ajoutant ma voix à celles du juge du procès et du juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires qui ont repris les propos du juge LeBel dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, au par. 142, où il a déclaré qu'il doit y avoir une meilleure façon de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène que par la poursuite d'infractions punissables par voie de déclaration sommaire de culpabilité. En fait, ce sentiment avait déjà été exprimé dans

l'arrêt *Sparrow* dans lequel le juge en chef Dickson et le juge La Forest avaient eux aussi souligné que « le procès concernant la violation d'une interdiction pénale ne constitue pas le cadre idéal pour déterminer l'existence d'un droit ancestral » (par. 30). Récemment, dans l'arrêt *R. c. Reynolds*, 2017 NBCA 36, [2017] A.N.-B. n° 214 (QL), le juge d'appel French, au nom de la Cour, a reconnu le « bien-fondé manifeste » de telles observations (par. 35). J'en conviens.