

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

68/05/CA

HER MAJESTY THE QUEEN

APPELLANT

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE

- and -

- et -

RICHARD POLCHES, JASON BROOKS and
JEFFREY POLCHES

RESPONDENTS

RICHARD POLCHES, JASON BROOKS et
JEFFREY POLCHES

INTIMÉS

R. v. Polches et al., 2008 NBCA 1

R. c. Polches et autres, 2008 NBCA 1

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Reconsideration of the case pursuant to a remand
order under s. 43(1.1) of the *Supreme Court Act*:
January 25, 2007

Réexamen de l'affaire conformément à une
ordonnance de renvoi rendue en vertu du
par. 43(1.1) de la *Loi sur la Cour suprême* :
Le 25 janvier 2007

History of Case:

Historique de la cause :

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Supreme Court of Canada:
[2006] S.C.C.A. No. 230

Cour suprême du Canada :
[2006] C.S.C.R. n° 230

Court of Appeal:
2006 NBCA 50
[2007] N.B.J. No. 42

Cour d'appel :
2006 NBCA 50
[2007] A.N.-B. n° 42

Court of Queen's Bench:
2005 NBQB 137

Cour du Banc de la Reine :
2005 NBBR 137

Reconsideration hearing:
September 12, 2007

Audience aux fins du réexamen :
Le 12 septembre 2007

Judgment rendered:
January 8, 2008

Jugement rendu :
Le 8 janvier 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
William Richards and
Kathryn Gregory

Pour l'appelante :
William Richards et
Kathryn Gregory

For the respondent:
Ronald E. Gaffney

Pour les intimés :
Ronald E. Gaffney

THE COURT

LA COUR

The Court affirms its decision of May 4, 2006, which allowed the Attorney General's application for leave to appeal and his appeal, and directed that a conviction be entered against each respondent for the offence charged, namely hunting with the assistance of a light (s. 33(1)(b) of the *Fish and Wildlife Act*).

La Cour confirme sa décision du 4 mai 2006 dans laquelle elle a accueilli la demande d'autorisation d'appel du Procureur général ainsi que son appel et a ordonné l'inscription d'une déclaration de culpabilité contre chacun des intimés relativement à l'infraction imputée, soit celle d'avoir chassé en s'aidant d'une lampe (al. 33(1)b) de la *Loi sur le poisson et la faune*).

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The *Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c. F-14.1 (the “*Act*”) is a “[law] of general application” within the meaning of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Accordingly, absent a pertinent treaty or *Charter*-protected right, aboriginals, such as the respondents, who are Maliseet, must abide by the *Act*’s provisions.

[2] The charge that gave rise to the present proceedings is one of “hunting” with the assistance of a light, an offence under s. 33(1)(b) of the *Act*. The respondents’ only answer is this: the right to hunt that emerges by implication from the trade clause in Exhibit “3”, the 1760 *Peace and Friendship Treaty* (the “*1760 Treaty*”) between their ancestors and the British, includes the right to search for wildlife with the assistance of a light, even if, as was the case here, observing wildlife to “pass the time” or for “amusement” is the sole purpose of the search. As the trial judge correctly noted, while conduct of that nature is unrelated to traditional hunting, it is nonetheless captured by the *Act*’s broad definition of “hunting” and constitutes a violation of s. 33(1)(b).

[3] The outcome of these proceedings turns on whether searching for wildlife with the assistance of a light for the purpose of observing it to “pass the time” or for “amusement” is an activity that is “reasonably incidental” to the right to hunt that emerges by implication from the trade clause mentioned above (see *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, [1999] S.C.J. No. 55 (QL), per McLachlin C.J.C., at para. 78). If it is, the respondents’ acquittal must be upheld. If it is not, the respondents have no defence to the charge.

II. Procedural background

[4] On May 4, 2006, the Court allowed the Attorney General's application for leave to appeal and his appeal from an April 5, 2005 decision of the Court of Queen's Bench upholding the respondents' acquittal in the Provincial Court on December 17, 2003. The Court set aside the acquittal, entered a conviction and remanded the case to the Provincial Court for sentencing purposes.

[5] That disposition flowed from the combined effect of the trial judge's unchallenged conclusion that the conduct giving rise to the charge, namely searching for wildlife with a view to observing it to "pass the time" or for "amusement", constituted "hunting" within the meaning of s. 33(1)(b) and this Court's finding that the conduct in question had nothing whatsoever to do with the right to pursue traditional hunting that is implicit in the *1760 Treaty's* trade clause (see *R. v. Polches (R.)* (2006), 298 N.B.R. (2d) 166, [2006] N.B.J. No. 189 (QL), 2006 NBCA 50). In *obiter*, the Court agreed with the trial judge's view that hunting at night with firearms is inherently dangerous. It followed in the Court's view that "if the evidence had established that the respondents were hunting in the traditional sense, no treaty or aboriginal right could have afforded them a viable defence" (see para. 31).

[6] On June 16, 2006, the respondents filed with the Supreme Court of Canada an application for leave to appeal this Court's May 4, 2006 decision.

[7] On December 21, 2006, the Supreme Court of Canada rendered its decision in *R. v. Morris*, [2006] 2 S.C.R. 915, [2006] S.C.J. No. 59 (QL), 2006 SCC 59. In that case, the defendants were engaged in hunting in the traditional or commonly understood sense. Indeed, they fired five shots, after darkness had fallen, at what they believed to be a deer. As a result, they were charged with a number of offences including a violation of s. 27(1)(e) of the *Wildlife Act* of British Columbia, which makes it an offence to hunt wildlife by the use or with the aid of a light or illuminating device. The defendants contested the charge on the ground that they were entitled to the benefit of the

North Saanich Treaty of 1852, which accorded them a right to hunt “as formerly”. In answer, the Crown argued, *inter alia*, that effect could not be given to the treaty right in question because hunting at night with firearms is inherently dangerous. The majority found that, at the time and place specified in the charge, the defendants were engaged in an activity that fell within the purview of their treaty right to hunt “as formerly” and that s. 27(1)(e)’s broad prohibition significantly impaired that right. It followed, in the majority’s view, that s. 88 of the *Indian Act* did not operate to make s. 27(1)(e) applicable to the defendants.

[8] On January 25, 2007, the Supreme Court of Canada remanded the present case to this Court pursuant to s. 43(1.1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. The remand order directs this Court to deal with the case “in accordance with” *Morris*.

[9] On February 21, 2007, the parties were directed to file written submissions addressing all pertinent issues including: (1) the scope of s. 43(1.1) of the *Supreme Court Act*; (2) the meaning and effect of the January 25, 2007 remand order; (3) whether this Court's decision on the treaty issue and the convictions arising from that decision have been vacated and whether, ultimately, this Court retains jurisdiction to allow its decision and those convictions to stand if it is of the view that they are justified; and (4) the appropriate disposition of the proceedings in this Court (see *R v. Polches*, [2007] N.B.J. No. 42 (QL)). As a result of that order, the parties filed thorough and thoughtful submissions that have proven to be most helpful.

[10] On August 1, 2007, the respondents filed a Notice of Motion requesting leave to adduce further evidence. By that evidence, the respondents seek to establish that the Maliseet engaged in hunting at night with illuminating devices before the *1760 Treaty* was signed.

[11] Finally, on September 12, 2007, the Court heard the parties in relation to the motion to adduce further evidence, the meaning and effect of the remand order and the merits of the case.

III. Analysis and Decision

[12] In the text that follows, I ascertain the implications of the Supreme Court's remand order and deal with the case in accordance with *Morris*.

A. *The implications of the remand order under s. 43(1.1) of the Supreme Court Act*

[13] Sections 43(1) and 43(1.1) provide as follows:

43. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to subsection (1.2), an application to the Supreme Court for leave to appeal shall be made to the Court in writing and the Court shall

(a) grant the application if it is clear from the written material that it does not warrant an oral hearing and that any question involved is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in the question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it;

(b) dismiss the application if it is clear from the written material that it does not warrant an oral hearing and that there is no question involved as described in paragraph (a); and

(c) order an oral hearing to determine the application, in any other case.

(1.1) Notwithstanding subsection (1), the Court may, in its discretion, remand the whole or any part of the case to the court appealed from or the court of original jurisdiction and order any further proceedings that would be just in the

43. (1) Malgré toute autre loi fédérale et sous réserve du paragraphe (1.2), la demande d'autorisation d'appel est présentée par écrit à la Cour, qui, selon le cas :

a) l'accueille, s'il ressort des conclusions écrites qu'elle ne justifie pas la tenue d'une audience et, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou de son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie;

b) la rejette, s'il ressort des conclusions écrites qu'elle ne justifie pas la tenue d'une audience et que les questions soulevées ne sont pas visées à l'alinéa a);

c) ordonne, dans les autres cas, la tenue d'une audience pour en décider.

(1.1) Malgré le paragraphe (1), la Cour peut renvoyer une affaire en tout ou en partie à la juridiction inférieure ou à celle de première instance et ordonner les mesures qui lui semblent appropriées.

circumstances.

[14] The remand order reads as follows: “Upon considering the application for leave to appeal [...] the Court orders pursuant to s. 43(1.1) of the *Supreme Court Act* that the case be and it is hereby remanded to the Court of Appeal to be dealt with in accordance with the decision of this Court in *R v. Morris*, 2006 SCC 59”.

[15] Clearly, the remand order is intended to alert this Court to the possibility that its first decision may, to some extent, be inconsistent with *Morris*. At first blush, the remand order appears open to two interpretations in relation to the scope of the required reconsideration.

[16] The first possibility is that this Court has been directed to reconsider not only its observations regarding the dangerousness of hunting at night with firearms but, as well, its core decision, namely that searching for wildlife with a view to observing it to “pass the time” or for “amusement” is not an activity incidental to the exercise of the right to pursue traditional hunting that is implied under the *1760 Treaty*’s trade clause. That view finds support in the wording of the order, which remands “the case” to this Court.

[17] The other interpretation is that the Supreme Court intended only to have this Court reconsider its views on the issue of the inherent dangerousness of hunting at night with firearms. Support for that approach would emanate from the fact that, while *Morris* has changed the law on the issue of the inherent dangerousness of hunting at night with firearms, it is debatable whether it adds much, if anything, to the body of law dealing with rights incidental to the exercise of a treaty right to hunt.

[18] After due deliberation, I have come full circle and make mine the respondents’ point of view, which is that the wording of the remand order calls for a complete reassessment of the Court’s core decision in the light of *Morris*’ teachings (see *Metzner v. Metzner* (2000), 141 B.C.A.C. 84, [2000] B.C.J. No. 1693 (QL), 2000 BCCA

474). Should upholding the respondents' acquittal be the outcome dictated by *Morris*, this Court should simply disregard its earlier decision and dismiss the appeal. However, if the conclusions reached following reconsideration in accordance with *Morris* are not at odds with the authoritative pronouncements found therein and the disposition previously ordered remains apposite, the Court need only affirm its first decision (see *Adelaide Capital Corp. v. Offshore Leasing Inc.* (1997), 160 N.S.R. (2d) 16 (C.A.), [1997] N.S.J. No. 143 (QL)).

[19] While chief among *Morris*' teachings is the view that hunting at night with firearms is not inherently dangerous, the decision also directs courts to apply the following two-step analytical framework in a case such as the present one: (1) the Court must determine whether s. 33(1)(b) impairs the respondents' treaty right to hunt (this first step "entails characterizing the scope of the treaty right claimed" by the respondents and "delineating any limits on that right" (*Morris*, para. 14)); and (2) the Court must then analyze whether s. 33(1)(b) is valid under the constitutional division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* and applicable under s. 88 of the *Indian Act* (*Morris*, para. 15).

[20] It should go without saying that dealing with the case "in accordance with" *Morris* cannot entail revisiting questions that *Morris* does not touch upon. Those questions, which were dealt with in this Court's first decision, include the trial judge's error in basing the verdicts of acquittal on a right that the respondents had not asserted, namely an aboriginal right to observe wildlife (see *Polches*, paras. 5-7, 23-24), and the applicable standard of review (see *Polches*, paras. 20-22).

B. *The merits of the case having regard to the current evidential record and Morris*

[21] I propose to deal with the case by answering the following questions: (1) What does the respondents' acknowledged right to hunt encompass? (2) What activity were the respondents engaged in at the time and place specified in the charge? (3) Is searching for wildlife with the assistance of a light for the purpose of observing it to

“pass the time” or for “amusement” an offence under s. 33(1)(b)? (4) Is searching for wildlife with the assistance of a light with a view to observing it to “pass the time” or for “amusement” an activity incidental to the exercise of the right to hunt implicit in the trade clause? (5) Is s. 33(1)(b)’s prohibition against that activity valid under the constitutional division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* and applicable under s. 88 of the *Indian Act*? (6) Is hunting at night with firearms in New Brunswick inherently dangerous? (7) Is this Court’s previous disposition inconsistent with *Morris*?

[22] The answers to those questions will reveal whether the pertinent part of s. 33(1)(b) impairs the respondents’ treaty right to hunt and whether it is both valid legislation under the constitutional division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* as well as applicable under s. 88 of the *Indian Act* (*Morris*, para. 15).

(1) What does the respondents’ acknowledged right to hunt encompass?

[23] The respondents are members of the Maliseet Nation at St. Mary’s and the *1760 Treaty* applied to them when they were observed, at approximately 2:00 a.m. on November 10, 1999, scanning with a light the woods and hydro lines adjacent to the Provincial Highway (Route 10) over which they were driving.

[24] At the time, the respondents were on their way to hunt moose the following morning in another location some 12 miles away.

[25] The area where the respondents were scanning the roadside is part of the Burpee Wildlife Management Area, a “game refuge”, to use the expression employed by the respondent Richard Polches in his testimony.

[26] The *1760 Treaty* features a trade clause, which required the Saint John River Indians (the Maliseet) to “Traffic and Barter and exchange commodities with the Managers of such Truckhouses as shall be established for that purpose by His Majesty’s

Governors of this Province at Fort Frederick or elsewhere within the Said Province and at no other place without permission from His Majesty's Government of the said Province".

[27] Trading in wildlife was a key feature of the Maliseet economy at the time of the execution of the *1760 Treaty* (see *Marshall*, para. 25). The trade clause was concerned with "continuing access, implicitly or explicitly, to wildlife to trade" (*Marshall*, para. 35).

[28] On the basis of *Marshall*, I conclude that a right to engage in hunting in the traditional or commonly understood sense emerges by implication from the trade clause. I also unhesitatingly accept the proposition that modern means may be used to exercise this right.

[29] That treaty right to hunt unarguably includes the right to engage in "activities reasonably incidental to the act of hunting itself" (see *R. v. Simon*, [1985] 2 S.C.R. 387, [1985] S.C.J. No. 67 (QL)). In *Simon*, Dickson C.J.C. noted, at para. 31, that "travelling with the requisite hunting equipment to the hunting grounds" would be an activity reasonably incidental to the act of hunting. In *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, [1999] S.C.J. No. 13 (QL), at para. 28, Cory J., who delivered the Court's judgment, articulates the following test: "Would a reasonable person, fully apprised of the relevant manner of hunting [...], consider the activity in question reasonably related to the act of hunting [...]?" Justice Cory identifies, at para. 29, "[carrying] the appropriate box of shotgun shells or rifle cartridges" as an example of an activity that would be reasonably incidental to the act of hunting. Ultimately, the Court concluded that shelter, in the form of a hunting cabin, was encompassed by the treaty right to hunt at issue in that case. In *Marshall*, at para. 78, McLachlin C.J.C., states that "[t]he interpreting court must update treaty rights to provide for their modern exercise. This involves determining what modern practices are reasonably incidental to the core treaty right in its modern context".

[30] At trial, the respondents described the right upon which they were relying as "a treaty right to hunt at night" (see para. 8 of Exhibit "1", the Agreed Statement of

Facts). They contend that this right encompasses “the right to take note of the presence and pattern of wildlife movement, species and reaction times, in furtherance of hunting” (Respondents’ Submission, para. 33).

- (2) What activity were the respondents engaged in at the time and place specified in the charge?

[31] The trial judge made the following findings regarding the nature of the activity that the respondents were engaged in at the time and place specified in the charge, and their intent at that juncture:

Beyond the scope of the facts agreed to, Richard Polches testified that he and the other Defendants were traveling to the area of the Anderson Road which is located some distance to the north of the Wildlife Management Area through which they were traveling, and it was their intention to spend the night in the van and hunt moose in that location the following morning. He indicated that while driving along the highway the three Defendants were in fact shining the light in question on the power line adjacent to the roadway in an attempt to see how much wildlife was in fact present. He indicated that they had no intention of shooting anything in this particular area, but were simply doing so to satisfy their curiosity, observe what was present, “pass the time” or for “amusement” as put to him by Crown Counsel during cross-examination.

[...]

I accept the evidence of Richard Polches as to the intention of the Defendants, and accordingly find that at the time alleged in the Information and testified to by the Game Wardens, the three Defendants were engaged in a common enterprise of simply observing what wildlife may have been present in the area where they were apprehended.

[...]

While the two positions can be summarized with clarity, the issue in this case is complicated by the facts as found above, particularly the fact that the Defendants were not

hunting in the traditional sense and were only observing the wildlife that may have been present.

[...]

The facts clearly support, and I have found as a fact, that the Defendants were simply driving along the highway and observing whatever wildlife may have been present with the aid of a light.

[...]

While this is not hunting in the standard or traditional sense, it is clearly “hunting” under section (1) of the *Fish and Wildlife Act* because they were “searching for” wildlife with the assistance of a light as prohibited by section 33(1)(b).

[Emphasis added.]

[32]

While those findings stand unchallenged, I have nonetheless reviewed the record to determine whether there is any compelling reason to doubt their validity. I conclude there is none. Indeed, the findings in question reflect the sworn evidence of the respondent Richard Polches. He testified as follows (Vol. I, pp. 127-129):

Q. Okay. Going back to my question, you had indicated on direct examination, you said that the officers asked you or accused you of shining the light out your window.

A. But they asked if we were.

Q. And you said you didn't deny it.

A. I didn't deny it, no.

Q. Because in fact you were doing it, correct?

A. Yes.

[...]

A. But I'm not denying that we did have a light and we had a gun, okay?

Q. And you were in fact shining the light out the window?

A. Yes.

Q. Scanning the, what would be the south side of the road?

A. No. The north.

Q. North side of the road. Excuse me. That's right. Yes. You were shining the light on that side of the road?

A. Yes.

Q. You were in fact looking for game that night, I take it?

A. No, not there. We were just – We're just spotting for the – We counted 33 deer that night.

Q. You were shining the light looking for deer, though. Is that right?

A. No.

Q. Why were you shining the light?

A. Look, a thousand times a year – there's not that many times in a year – days – we always go up there and spot and just look at them. And I can take you home and show you several hundred pictures that I've taken out Richibucto Road of deer in herds. But I don't go out there just to shoot them. I'll shoot them with a camera but not with a gun.

Q. That wasn't my suggestion. I said that you were shining the light looking for deer. I didn't say looking for them to hunt them, but you were shining the light looking for deer.

A. No, I wasn't necessarily. I was shining, yes. I'll admit that. But I wasn't looking for any deer.

Q. Why were you shining the light then?

A. Well just to see what's out there. There's bear. There's fox. There's – what do you call them cats? Bobcats.

Q. So you were shining the light looking for some type of wildlife, not necessarily deer?

A. Yes. Yes.

[Emphasis added.]

[33]

Mr. Polches also testified as follows (Vol. III, pp. 84-85):

Q. And the shining of the light that you were observed doing was for the purpose of just killing time as you're going along, is that correct?

A. Killing time and to see what – who could see the biggest deer.

Q. Right. It was an amusement sort of a thing, this – right

A. Yeah. And we did see – well, we thought it was a real deer but apparently the wardens said otherwise. They said it was a dummy.

Q. Right. And you had no intention to shoot the deer?

A. No.

Q. And you didn't in fact take any shots at the deer?

A. No. No, sir.

[Emphasis added.]

[34]

Additionally, Mr. Polches testified that: (1) he “won’t shoot a deer at night” (Vol I, p. 92); (2) he would shoot a deer with a camera, but not with a gun because of the declining deer population (Vol I, p. 129 and Vol III, p. 83); (3) he was not hunting at the time and place specified in the charge (Vol I, p. 138); (4) he and his two companions were going to hunt moose the next morning (Vol III, p. 74); (5) they had no “inclination” of shooting any deer and would be looking for moose on the Anderson

Road some 12 miles away from the area they were observed scanning the roadside with a light (Vol III, pp.73-74, 84-85 and 102); and (6) he would not have shot a moose in the area where he was observed scanning the roadside with a light because it was a game refuge (Vol III, pp. 85 and 99).

[35] In my view, the trial judge's finding that the respondents were doing nothing more than searching for wildlife for the purpose of observing it to "pass the time" or for "amusement" is unimpeachable. Plainly, the respondents were not, as they allege in their written submission to this Court, "[taking] note of the presence and pattern of wildlife movement, species and reaction times, in furtherance of hunting".

(3) Is searching for wildlife with the assistance of a light for the purpose of observing it to "pass the time" or for "amusement" an offence under s. 33(1)(b)?

[36] The respondents have never argued, at least in this Court, that the question calls for a negative answer. Nevertheless, I have researched and considered afresh the point.

[37] Under s. 33(1)(b) of the *Fish and Wildlife Act*, it is an offence to hunt "by means of or with the assistance of a light or lights, with or without the intent then or subsequently to capture, kill or wound wildlife". Section 1 defines "hunting" as including "searching for" wildlife. By making it an offence for anyone to search for wildlife with the assistance of a light even where this is done without any intent to capture, kill or wound wildlife, then or later, s. 33(1)(b) prohibits conduct wholly unrelated to hunting in the traditional or commonly understood sense. That was not always the state of the law.

[38] Thus, in *R. v. Prosser* (1960), 45 M.P.R. 51, 129 C.C.C. 67 (N.B.S.C.App.Div.), the defendant had used a light to search for deer out of curiosity, and with no intent to kill or capture the object of his search. He was charged under s. 22(g) of the *Game Act*, R.S.N.B. 1952, c. 95, which made it an offence to hunt "[g]ame by means of [...] any light". "Hunt" was defined in the statute as including "searching for [...]"

game [...] whether or not such game [...] is then or subsequently captured, killed or injured". In the course of delivering the Court's reasons for upholding the acquittal, Bridges J.A. made the following observations:

It is the contention of the Crown that as one of the meanings of the word "hunts" is "any searching for" a person, who uses a light to look for game, although he has no intention of capturing, killing or injuring such game, is guilty of the offence of hunting game with the assistance of a light. On behalf of the defendants it was claimed that no offence is committed unless there is an intention to capture, kill or injure game.

It is my opinion that the magistrate did not err in dismissing the informations. I think that before an accused can be found guilty of an offence under s. 22(g) there must be present in his mind an intention to capture, kill or injure game. I am strengthened in this view by the words in the definition "whether or not such game or fur bearing animal is then or subsequently captured, killed or injured". There would be no need for such words if the contention of the Crown were correct.

Section [22(d)] of the Act makes every one "guilty of an offence who hunts a deer between the 30th day of November in any year and the 1st day of October then next following". If the Crown is correct in its contention that the word "hunt" includes the words "search for" in their literal and ordinary meaning, then any person who searches for deer during a closed season for the purpose of taking photographs of wild life is guilty of an offence, which, of course, was never the intention.

[39] Within five weeks of the release of the decision in *Prosser*, the Legislature erased any doubt regarding its intention by amending the *Game Act* to make it an offence for anyone to hunt game "by means of, or with the assistance of, a light or lights, with or without intent then or subsequently to capture, kill or injure game" [emphasis added] (see S.N.B. 1960, c. 35, s. 8). Since then, the courts of this province have, without fail, found that searching for wildlife with the assistance of a light is an offence, regardless of the purpose of the search (see *R. v. Phillips and Phillips* (1980), 33 N.B.R. (2d) 50, [1980]

N.B.J. No. 308 (QL), aff'd (1981), 37 N.B.R. (2d) 72 (C.A.), [1981] N.B.J. No. 284 (QL), reversed on other grounds [1983] 2 S.C.R. 161, [1983] S.C.J. No. 69 (QL); *R. v. Collicott* (1987), 80 N.B.R. (2d) 369 (Q.B.), [1987] N.B.J. No. 241 (QL), aff'd (1990), 105 N.B.R. (2d) 355 (C.A.), [1990] N.B.J. No. 325 (QL); and *R. v. Tompkins (D.)*, [1996] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 18 (Q.B.), [1996] N.B.J. No. 448 (QL).

[40] In *Phillips*, Justice Meldrum observed, at para. 22, that “[o]n the plain meaning of the words, using a light to hunt, i.e. search for deer, is an offence under Section 24 whether the hunting is to kill, or photograph or simply to admire the beauty of the animals”.

[41] In *Tompkins*, Justice Angers referred to the *Prosser* decision after noting, at para. 9, that “the elimination of the intent to capture, kill or wound wildlife then or subsequently [extends] the prohibition beyond the traditional and historical concept of hunting. Hunting in that sense implies an intent to capture or kill game or at least an attempt to do so”.

[42] Searching for wildlife with the assistance of a light for the purpose of observing it to “pass the time” or for “amusement” is an offence under s. 33(1)(b) of the *Act*.

(4) Is searching for wildlife with the assistance of a light for the purpose of observing it to “pass the time” or for “amusement” an activity incidental to the exercise of the right to hunt implicit in the 1760 Treaty’s trade clause?

[43] I have reconsidered the views expressed in the Court’s first decision regarding the scope of the right to hunt that emerges by implication from the *1760 Treaty*’s trade clause and the question whether the respondent’s search for wildlife with the assistance of a light for the purpose of observing it to “pass the time” or for “amusement” falls under the trade clause’s umbrella.

[44] Richard Polches testified that the *1760 Treaty* gave the Maliseet “the right to go out and hunt” (Vol. III, p. 29). In his mind, hunting at night involves spotlighting an animal and shooting it and the respondents were not engaged in that activity when they were observed scanning the roadside with a light. His testimony on point bears reproducing (Vol I, pp. 130-131):

Q. And you had indicated that they [the game wardens] had said we’re arresting you or detaining you for night hunting or hunting with a light.

A. No, they never said nothing like that.

Q. I’m sorry. I thought that was your evidence on the – on direct. And then your response to that, as I recall, was, “Night hunting?” and you used – you were surprised that they were doing that.

A. No, no. They said, “what are you doing here?” No, no. I said, “What are you stopping me for?” That’s what it was. I said, “What’s this all about?” He said, “Night hunting.”

Q. I think that was the question I just asked you.

A. Yeah, yeah.

Q. So in fact he did.

A. I’m sorry. I’m sorry.

Q. And your response to him was, I think it was a surprised, what I took as surprised, you repeated his words, “Night hunting?” Is that correct?

A. That was only in response because of – okay, and I’m not sure how English would respond, but in Indian I would respond by saying, “Night hunting?” Like, surprised.

Q. Right.

A. Like, I’m surprised that he would say that because we weren’t. *To me, night hunting is, okay, you’ve got a light on an object and you’re going to shoot*

it. But we didn't have no gun to shoot it with and we certainly didn't have no intention because we could have shot 33 deer that night, counting a decoy.

[Emphasis added.]

[45] Courts should attribute to the words of a treaty the sense that they would naturally have held for the parties at the time of signing. Presumably, the same rule applies to the scope of activities implicitly authorized by those words: courts ought not to go beyond what is realistic (see *Marshall*, per McLachlin C.J.C., at para. 78).

[46] The *1760 Treaty* clause that gives rise to the right to hunt asserted by the respondents dealt with trade in commodities (see *Marshall*, para. 35). Looking at the matter realistically, I can only conclude that the parties to the *1760 Treaty* envisaged that the commodities in question would be generated through hunting in the traditional sense and that they never intended to enshrine wholly unrelated activities such as searching for wildlife for the purpose of observing it to “pass the time” or for “amusement”, including a friendly competition among the respondents to see who could spot the biggest deer (Vol III, pp. 84-85).

(5) Is s. 33(1)(b)'s prohibition against searching for wildlife with the assistance of a light for the purpose of observing it to “pass the time” or for “amusement” valid under the constitutional division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* and applicable under s. 88 of the *Indian Act*?

[47] For the reasons outlined above, I am of the view that the prohibition in question is not inconsistent with the *1760 Treaty*. Thus, the prohibition applies to the respondents “either directly, of [its] own force, as provincial law, or as incorporated federal law under s. 88 of the *Indian Act*” (see *Morris*, para. 15).

(6) Is hunting at night with firearms inherently dangerous?

[48] Paragraph 31 of this Court's first decision features the following *obiter* observations respecting the dangerousness of hunting at night with firearms:

It bears emphasizing that, if the evidence had established that the respondents were hunting in the traditional sense, no treaty or aboriginal right could have afforded them a viable defence. In that regard, I am in full agreement with the following views of the trial judge:

[...] Simply stated, aboriginal people may not hunt within the Province of New Brunswick at night with firearms and lights because to do so is inherently dangerous and the potential for harm to others is simply too great. In *R. v. Simon*, [1985] 2 S.C.R. 387, the Supreme Court of Canada clearly indicated that while licensing and seasonal hunting requirements did not apply to aboriginals who were granted Treaty rights, these Treaty rights must be exercised in a safe manner. This principle has repeatedly been applied in night hunting cases by Courts of all levels in the Province of New Brunswick. See the New Brunswick Court of Appeal decision in *R. v. Paul*, [1993] N.B.J. No. 607 and *R. v. McCoy*, [1993] N.B.J. No. 597 and the Court of Queen's Bench decisions in *R. v. Paul*, [1987] N.B.J. No. 194 and *R. v. Barlow and Polches* June 15, 2000 (F/CR/1/2000). The Nova Scotia Court of Appeal came to the same conclusion in *R. v. Bernard*, 2002 NSCA 5, as did the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Seward* (1999), 171 DLR (4th) 524.

I understand the term "hunt" in the first sentence of that quote to be employed in its traditional sense. Thus understood, the trial judge's views meet with the respondents' approval.

[49] The majority decision in *Morris* includes the following statements on point:

2 In 1852, James Douglas, Governor of the Colony of Vancouver Island, representing the British Crown, enshrined in a treaty the recognition that the Saanich Nation would be "at liberty to hunt over the unoccupied lands; and to carry on our fisheries as formerly". Ivan Morris and Carl Olsen, both members of the Tsartlip Band of the Saanich Nation, were charged, among other charges, under s. 27(1)(d) and (e) of British Columbia's *Wildlife Act*, S.B.C. 1982, c. 57, for doing what the Tsartlip have done,

as the trial judge noted, "from time immemorial": hunting for food at night with the aid of illuminating devices.

[...]

4 In this case, we conclude that the Tsartlip's right to hunt at night with the aid of illuminating devices is protected by treaty. Although the prohibition against dangerous hunting contained in s. 29 of the *Wildlife Act* is a limit that does not infringe the treaty right, the complete prohibition on hunting at night with an illuminating device set out in s. 27 is overbroad because it prohibits both safe and unsafe hunting, and, in the case of aboriginal hunters, infringes their treaty right.

[...]

14 The analytical framework in which to consider this case can be divided into two parts. The first step is to determine whether the impugned provisions of the *Wildlife Act* impair a treaty right. This entails characterizing the scope of the treaty right claimed by Morris and Olsen and delineating any limits on that right. We acknowledge at the outset that there is no treaty right to hunt dangerously. Thus s. 29 of the *Wildlife Act*, which prohibits hunting or trapping "without reasonable consideration for the lives, safety or property of other persons", is a limit that does not impair the treaty rights of aboriginal hunters and trappers. At issue are the limits imposed by s. 27(1)(d) and (e). In our view these prohibitions, presented as safety measures in relation to the Tsartlip, are overbroad and infringe the treaty right to hunt.

[...]

58 The legislative prohibition set out in s. 27(1)(d) and (e) of the *Wildlife Act* is absolute, and it applies without exception to the whole province, including the most northern regions where hours of daylight are limited in the winter months and populated areas are few and far between. The Legislature has made no attempt to prohibit only those specific aspects or geographic areas of night hunting that are unsafe by, for example, banning hunting within a specified distance from a highway or from residences. The impugned provisions are overbroad, inconsistent with the common intention of the parties to the

treaties, and completely eliminate a chosen method of exercising their treaty right.

59 We respectfully disagree with our colleagues the Chief Justice and Fish J. that nothing short of a total ban on night hunting can address safety concerns. We believe that it would be possible to identify uninhabited areas where hunting at night would not jeopardize safety. This finding is supported by the evidence in this case that the Tsartlip's practice of night hunting with illuminating devices has never been known to have resulted in an accident, and that the conservation officers, in setting up the location for their mechanical decoy, were easily able to locate an area where night hunting could be practised safely. These facts amply demonstrate how something less than an absolute prohibition on night hunting can address the concern for safety.

60 We have no difficulty concluding, therefore, that the categorical ban on night hunting and hunting with illumination constitutes a *prima facie* infringement of a treaty right. A categorical prohibition clearly constitutes more than an insignificant interference with a treaty right. Although provincial laws of general application that are inapplicable to aboriginal people can be incorporated into federal law under s. 88 of the *Indian Act*, this cannot happen where the effect would be to infringe treaty rights. Because paras. (d) and (e) of s. 27(1) of the *Wildlife Act* constitute a *prima facie* infringement, they cannot be incorporated under s. 88 of the *Indian Act*.

[Emphasis added]

[50] I unhesitatingly accept the proposition that the views expressed at paragraph 31 of our first decision regarding the inherent dangerousness of hunting at night with firearms do not accurately reflect the current state of the law. Those *obiter* views, although apparently in synch with the minority judgment in *Morris*, are no longer authoritative, if they ever were, in light of the majority decision in *Morris*.

(7) Is this Court's previous disposition inconsistent with *Morris*?

[51] In my respectful judgment, it is not.

[52] *Morris* is clearly distinguishable. In that case, the Supreme Court of Canada found that the Treaty at issue, the *North Saanich Treaty* of 1852, was intended to include all hunting practices employed by the Tsartlip prior to its signing, including night hunting. Most importantly for our present purposes, it also found that the defendants, all members of the Tsartlip Band of the Saanich First Nation, were engaged, at all times material, in an activity that was protected under the *North Saanich Treaty* of 1852.

[53] In the case at bar, the respondents were not engaged in an activity covered by the *1760 Treaty*'s trade clause. The part of s. 33(1)(b) that prohibits the recreational conduct in which they were engaged at the time and place specified in the charge does not impair the right to hunt that arises by implication from the trade clause in the *1760 Treaty*.

[54] That said, I am alive to the fact that, as a result of the combined operation of *Morris* and this Court's decision, beneficiaries under the *1760 Treaty* might have a defence to a charge under s. 33(1)(b) when pursuing traditional hunting that would not be available to them in other circumstances that also qualify as "hunting" within the meaning of that provision.

[55] In the first scenario, beneficiaries under the *1760 Treaty* will stand before the court with an arsenal of defences superior to the one at the disposal of non-beneficiaries.

[56] In the second scenario, there will be no difference between beneficiaries and non-beneficiaries.

[57] In my respectful view, it is for the elected members of the legislative assembly, not judges, to decide whether that state of affairs is unsatisfactory and needs to be refashioned.

C. *The motion to adduce further evidence*

[58] As mentioned, the respondents have applied for leave to adduce further evidence relating to “the historic and pre-historic night hunting practices of the Maliseet people and related tribes of aboriginal peoples inhabiting Northeastern America”. The evidence in question consists of an affidavit of the respondent Richard Polches and an affidavit of William C. Wicken, an associate professor and historian at York University in Ontario. The proffered evidence seeks to establish that the respondents’ ancestors hunted at night with illumination devices for trade and sustenance purposes before the *1760 Treaty* was negotiated and signed.

[59] Richard Polches testified at trial on January 24, 2001 and, again, on November 21, 2001. Professor Wicken was also available to give evidence. Obviously, the proffered evidence is far from “fresh” or “new”.

[60] But, more importantly, it fails to address the core issue, which is whether searching for wildlife with the assistance of a light solely for the purpose of observing it to “pass the time” or for “amusement” is an activity incidental to the exercise of the right to pursue traditional hunting that emerges by implication from the *1760 Treaty*’s trade clause. Since the proffered evidence does not bear upon that key issue, its admission would serve no useful purpose and I would dismiss the respondents’ motion on that basis.

IV. Conclusion and Disposition

[61] Having once again reviewed the record and considered the parties’ submissions in light of *Morris*, I conclude as follows: (1) the right to hunt implicitly recognized in the *1760 Treaty*’s trade clause is a right to pursue traditional hunting in its modern form, an activity whose objective remains killing or capturing wildlife; (2) while searching for wildlife in connection with and for the purposes of hunting in that manner would be covered by the *1760 Treaty*’s trade clause, what the respondents were doing at the time and place specified in the charge had nothing to do with hunting in the

traditional or commonly understood sense; (3) the prohibition in s. 33(1)(b) of the *Fish and Wildlife Act* against searching for wildlife with the assistance of a light with a view to observing it to “pass the time” or for “amusement” does not impair the respondents’ treaty right to hunt and is valid provincial legislation that applies to the respondents; (4) the further evidence proffered by the respondents lacks relevance since it does not deal with that question but pertains to a moot issue, namely whether a right to pursue traditional hunting at night is implicit in the *1760 Treaty*’s trade clause, and that evidence is, therefore, inadmissible; and (5) the respondents have failed to establish any defence to the charge.

[62] In the result, I would affirm this Court’s decision of May 4, 2006 allowing the Attorney General’s application for leave to appeal and his appeal, and entering a conviction against each respondent for the offence charged, namely “hunting” with the assistance of a light (s. 33(1)(b) of the *Fish and Wildlife Act*).

[63] I would wrap up the proceedings at this level by noting that the sentence imposed in the Provincial Court stands unless and until it is properly stayed, varied or set aside.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

- [1] La *Loi sur le poisson et la faune*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1 (la « *Loi* ») est une « loi [...] d'application générale » au sens de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Par conséquent, en l'absence d'un traité pertinent ou d'un droit protégé par la *Charte*, les autochtones, comme les intimés, qui sont des Malécites, doivent respecter les dispositions de la *Loi*.
- [2] L'accusation qui a donné lieu à la présente instance est une accusation d'avoir « chassé » en s'aidant d'une lampe, infraction prévue à l'al. 33(1)*b* de la *Loi*. La seule réponse des intimés est la suivante : le droit de chasser qui se dégage implicitement de la clause relative au commerce énoncée dans la pièce n^o « 3 », le *Traité de paix et d'amitié* de 1760 (le « *Traité* de 1760 ») conclu entre leurs ancêtres et les Britanniques, comprend le droit de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe, même si, comme c'était le cas en l'espèce, cette recherche a pour unique but d'observer des animaux de la faune pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir ». Comme l'a souligné à juste titre le juge du procès, bien qu'une conduite de cette nature n'ait aucun rapport avec la chasse traditionnelle, elle est néanmoins visée par la définition générale que donne la *Loi* du mot « chasser » et constitue une violation de l'alinéa 33(1)*b*).
- [3] L'issue de la présente instance dépend de la question de savoir si le fait de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans le but de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir » est une activité qui est « raisonnablement accessoire » à l'exercice du droit de chasser qui se dégage implicitement de la clause relative au commerce susmentionnée (voir l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, [1999] A.C.S. n^o 55 (QL), la juge en chef McLachlin, au

par. 78). Dans l'affirmative, l'acquittement des intimés doit être confirmé. Dans la négative, les intimés n'ont aucun moyen de défense à opposer à l'accusation.

II. Les procédures antérieures

[4] Le 4 mai 2006, notre Cour a accueilli la demande du Procureur général en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel, ainsi que son appel, d'une décision datée du 5 avril 2005 dans laquelle la Cour du Banc de la Reine a confirmé l'acquittement des intimés devant la Cour provinciale le 17 décembre 2003. Notre Cour a annulé l'acquittement, inscrit une déclaration de culpabilité et renvoyé l'affaire à la Cour provinciale aux fins de la détermination de la peine.

[5] Cette décision a découlé de l'effet combiné de la conclusion incontestée du juge du procès selon laquelle la conduite qui a donné lieu à l'accusation, savoir le fait d'avoir cherché des animaux de la faune dans l'intention de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir », a constitué de la « chasse » au sens de l'al. 33(1)b) et de la conclusion de notre Cour selon laquelle la conduite en question n'avait absolument rien à voir avec le droit de poursuivre les activités traditionnelles de chasse qui se dégage implicitement de la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760 (voir l'arrêt *R. c. Polches (R.)* (2006), 298 R.N.-B. (2^e) 166, [2006] A.N.-B. n^o 189 (QL), 2006 NBCA 50). Dans le cadre d'une remarque incidente, notre Cour a souscrit à l'opinion du juge du procès selon laquelle le fait de chasser la nuit au moyen d'armes à feu est en soi dangereux. Il s'ensuivait, de l'avis de la Cour, que « si la preuve avait établi que les intimés chassaient au sens traditionnel du terme, aucun droit issu de traité ni aucun droit ancestral ne leur auraient permis d'opposer une défense valable » (voir le par. 31).

[6] Le 16 juin 2006, les intimés ont déposé devant la Cour suprême du Canada une demande d'autorisation de se pourvoir contre la décision de notre Cour datée du 4 mai 2006.

[7] Le 21 décembre 2006, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, [2006] A.C.S. n° 59 (QL), 2006 CSC 59. Dans cette affaire, les défendeurs étaient en train de chasser au sens traditionnel ou communément admis de ce terme. D'ailleurs, ils avaient tiré cinq coups de feu, après la tombée de la nuit, en direction de ce qu'ils croyaient être un cerf. Ils avaient donc été accusés d'un certain nombre d'infractions dont une violation de l'al. 27(1)e) de la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique, laquelle dispose que quiconque chasse un animal sauvage à l'aide d'une lampe ou d'une autre source lumineuse commet une infraction. Les défendeurs ont contesté l'accusation pour le motif qu'ils avaient droit à la protection du *Traité de Saanich nord* de 1852, lequel leur accordait le droit de chasser [TRADUCTION] « comme autrefois ». Le ministère public a notamment répliqué que l'on ne pouvait pas donner effet à ce droit issu de traité parce que la chasse nocturne au moyen d'armes à feu est intrinsèquement dangereuse. La majorité a conclu qu'au moment et à l'endroit précisés dans l'acte d'accusation, les défendeurs étaient en train de s'adonner à une activité qui relevait du droit que leur confère ce traité de chasser « comme autrefois » et que l'interdiction générale énoncée à l'al. 27(1)e) portait considérablement atteinte à ce droit. Il s'ensuivait, de l'avis de la majorité, que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* n'avait pas pour effet de rendre l'al. 27(1)e) applicable aux défendeurs.

[8] Le 25 janvier 2007, la Cour suprême a renvoyé la présente affaire à notre Cour conformément au par. 43(1.1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26. L'ordonnance de renvoi enjoint à notre Cour de statuer sur l'affaire [TRADUCTION] « en conformité » avec l'arrêt *Morris*.

[9] Le 21 février 2007, les parties ont reçu comme directive de déposer des mémoires faisant état de toutes les questions pertinentes, savoir notamment : (1) la portée du par. 43(1.1) de la *Loi sur la Cour suprême*; (2) le sens et l'effet de l'ordonnance de renvoi du 25 janvier 2007; (3) la question de savoir si la décision de notre Cour sur la question du *Traité* et les déclarations de culpabilité qui en ont résulté ont été infirmées et si, au bout du compte, notre Cour conserve la compétence de confirmer sa décision et ces

déclarations de culpabilité pour le cas où elle estimerait qu'elles sont justifiées et enfin, (4) la façon dont il convient de trancher l'instance dont notre Cour est saisie (voir *R. c. Polches*, [2007] A.N.-B. n° 42 (QL)). Par suite de cette ordonnance, les parties ont déposé des mémoires exhaustifs et réfléchis qui se sont révélés des plus utiles.

[10] Le 1^{er} août 2007, les intimés ont déposé un avis de motion dans lequel ils sollicitaient la permission de présenter de nouvelles preuves. Au moyen de ces éléments de preuve, les intimés entendent établir que les Malécites chassaient la nuit à l'aide d'une source lumineuse avant la signature du *Traité* de 1760.

[11] Finalement, le 12 septembre 2007, la Cour a entendu les parties relativement à la motion en présentation de preuves nouvelles, au sens et à l'effet de l'ordonnance de renvoi et au fond de la cause.

III. Analyse et décision

[12] Dans le texte qui suit, je détermine les conséquences de l'ordonnance de renvoi de la Cour suprême et je statue sur l'affaire en conformité avec l'arrêt *Morris*.

A. *Les conséquences de l'ordonnance de renvoi rendue en vertu du par. 43(1.1) de la Loi sur la Cour suprême*

[13] Les par. 43(1) et 43(1.1) sont ainsi rédigés :

43. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to subsection (1.2), an application to the Supreme Court for leave to appeal shall be made to the Court in writing and the Court shall	43. (1) Malgré toute autre loi fédérale et sous réserve du paragraphe (1.2), la demande d'autorisation d'appel est présentée par écrit à la Cour, qui, selon le cas :
--	---

(a) grant the application if it is clear from the written material that it does not warrant an oral hearing and that any question involved is, by reason of its public importance or the importance of

a) l'accueille, s'il ressort des conclusions écrites qu'elle ne justifie pas la tenue d'une audience et, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des

any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in the question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it;

(b) dismiss the application if it is clear from the written material that it does not warrant an oral hearing and that there is no question involved as described in paragraph (a); and

(c) order an oral hearing to determine the application, in any other case.

(1.1) Notwithstanding subsection (1), the Court may, in its discretion, remand the whole or any part of the case to the court appealed from or the court of original jurisdiction and order any further proceedings that would be just in the circumstances.

questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou de son importance à tout autre égard, qu'elle devrait en être saisie;

b) la rejette, s'il ressort des conclusions écrites qu'elle ne justifie pas la tenue d'une audience et que les questions soulevées ne sont pas visées à l'alinéa a);

c) ordonne, dans les autres cas, la tenue d'une audience pour en décider.

(1.1) Malgré le paragraphe (1), la Cour peut renvoyer une affaire en tout ou en partie à la juridiction inférieure ou à celle de première instance et ordonner les mesures qui lui semblent appropriées.

[14] L'ordonnance de renvoi est ainsi rédigée : [TRADUCTION] « Après avoir examiné la demande d'autorisation d'appel [...], la Cour, conformément au par. 43(1.1) de la *Loi sur la Cour suprême*, renvoie par les présentes l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle statue en conformité avec l'arrêt *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, rendu par notre Cour ».

[15] Il est manifeste que l'ordonnance de renvoi vise à éveiller l'attention de notre Cour sur le fait qu'il est possible que sa première décision soit, dans une certaine mesure, incompatible avec l'arrêt *Morris*. À première vue, l'ordonnance de renvoi semble se prêter à deux interprétations en ce qui concerne l'étendue du nouvel examen qui est requis.

[16] Selon la première possibilité, notre Cour a reçu comme directive de revenir non seulement sur ses observations concernant le caractère dangereux de la chasse nocturne à l'aide d'armes à feu mais aussi sur sa décision fondamentale, savoir

que la recherche d'animaux de la faune dans l'intention de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir » n'est pas une activité accessoire à l'exercice du droit de poursuivre les activités traditionnelles de chasse qui se dégagent implicitement de la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760. Cette opinion trouve appui dans le libellé de l'ordonnance, laquelle renvoie [TRADUCTION] « l'affaire » à notre Cour.

[17] Selon l'autre interprétation possible, la Cour suprême a seulement voulu que notre Cour revienne sur son opinion concernant la question du caractère intrinsèquement dangereux de la chasse nocturne à l'aide d'armes à feu. Cette interprétation trouve appui dans le fait que bien que l'arrêt *Morris* ait modifié le droit sur la question de la nature intrinsèquement dangereuse de la chasse nocturne à l'aide d'armes à feu, il est permis de se demander s'il ajoute vraiment quelque chose, si tant est qu'il ajoute quoi que ce soit, à la jurisprudence traitant des droits accessoires à l'exercice d'un droit de chasse issu d'un traité.

[18] Après mûre réflexion, je reviens au point de départ et j'adopte le point de vue des intimés, savoir que le libellé de l'ordonnance de renvoi prescrit un réexamen complet de la décision de fond de notre Cour à la lumière des enseignements dispensés dans l'arrêt *Morris* (voir l'arrêt *Metzner c. Metzner* (2000), 141 B.C.A.C. 84, [2000] B.C.J. No. 1693 (QL), 2000 BCCA 474). Pour le cas où la confirmation de l'acquittement des intimés serait l'issue prescrite par l'arrêt *Morris*, notre Cour n'aurait qu'à ne pas tenir compte de sa décision précédente et à rejeter l'appel. Toutefois, si les conclusions tirées à la suite du réexamen effectué en conformité avec l'arrêt *Morris* ne sont pas incompatibles avec les prises de position qu'on y trouve et qui font autorité et si la décision précédemment rendue demeure juste, la Cour n'a qu'à confirmer sa première décision (voir l'arrêt *Adelaide Capital Corp. c. Offshore Leasing Inc.* (1997), 160 N.S.R. (2d) 16 (C.A.), [1997] N.S.J. No. 143 (QL)).

[19] Bien que le principal enseignement dispensé dans l'arrêt *Morris* soit l'opinion voulant que la chasse nocturne à l'aide d'armes à feu ne soit pas

intrinsèquement dangereuse, cette décision enjoint également aux tribunaux d'appliquer le cadre d'analyse suivant, qui comporte deux étapes, aux instances comme celle qui nous occupe en l'espèce : (1) la Cour doit décider si l'al. 33(1)*b* porte atteinte au droit de chasse conféré par traité aux intimés (aux fins de la première étape, « il faut définir la portée du droit issu d'un traité invoqué » par les intimés ainsi que « les limites de ce droit » (*Morris*, au par. 14)) et (2) la Cour doit ensuite déterminer la validité de l'alinéa 33(1)*b* selon le partage constitutionnel des compétences prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et son applicabilité selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* (*Morris*, au par. 15).

[20] Il devrait aller de soi que pour statuer sur l'affaire [TRADUCTION] « en conformité avec » l'arrêt *Morris*, il ne saurait être nécessaire de réexaminer des questions qui ne sont pas abordées dans cet arrêt. Ces questions, qui ont été tranchées dans la première décision de notre Cour, consistent notamment dans l'erreur que le juge du procès a commise en fondant les verdicts d'acquiescement sur un droit que les intimés n'avaient pas invoqué, savoir un droit ancestral d'observer les animaux de la faune (voir l'arrêt *Polches*, aux par. 5 à 7, 23 et 24), et dans la norme de révision applicable (voir l'arrêt *Polches*, aux par. 20 à 22).

B. *Le fond du litige compte tenu de la preuve versée au dossier et de l'arrêt Morris*

[21] J'ai l'intention de statuer sur la présente instance en répondant aux questions suivantes : (1) Le droit de chasse reconnu aux intimés englobe quoi, au juste? (2) À quelle activité les intimés se livraient-ils au moment et à l'endroit précisés dans l'acte d'accusation? (3) Le fait de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans le but de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir » constitue-t-il une infraction prévue à l'al. 33(1)*b*? (4) Le fait de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans l'intention de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir » constitue-t-il une activité accessoire à l'exercice du droit de chasse qui se dégage implicitement de la clause relative au commerce? (5) L'interdiction de cette

activité qui est énoncée à l'al. 33(1)*b*) est-elle valide selon le partage constitutionnel des pouvoirs prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et applicable selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*? (6) Est-il intrinsèquement dangereux de chasser la nuit à l'aide d'armes à feu au Nouveau-Brunswick? (7) La décision antérieure de notre Cour est-elle incompatible avec l'arrêt *Morris*?

[22] La réponse à ces questions permettra de déterminer si la partie pertinente de l'al. 33(1)*b*) porte atteinte au droit de chasse conféré par traité aux intimés et s'il s'agit d'une disposition qui est à la fois valide selon le partage constitutionnel des pouvoirs prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et applicable selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* (*Morris*, au par. 15).

(1) Le droit de chasse reconnu aux intimés englobe quoi, au juste?

[23] Les intimés sont membres de la Nation malécite St. Mary's et le *Traité* de 1760 s'appliquait à eux au moment où ils ont été aperçus, vers deux heures du matin, le 10 novembre 1999, en train de balayer, à l'aide du faisceau d'une lampe, les bois et les lignes de transport d'électricité qui longent la route provinciale (la route 10) sur laquelle ils circulaient.

[24] À ce moment-là, les intimés étaient en chemin pour aller chasser l'orignal, le lendemain matin, à un autre endroit situé à quelque douze milles de là.

[25] Le secteur où les intimés balayaient les côtés de la route fait partie de l'Unité d'aménagement de la faune Burpee, une [TRADUCTION] « réserve pour le gibier » pour reprendre l'expression qu'a employée l'intimé Richard Polches dans son témoignage.

[26] Le *Traité* de 1760 comprend une clause relative au commerce dans laquelle on peut lire que les Indiens de la rivière Saint-Jean (les Malécites) [TRADUCTION] « trafiquerons, troquerons et échangerons des marchandises avec les

gérants des maisons de troc qui seront établies à cette fin à Fort Frederick ou ailleurs dans ladite province par les gouverneurs de la province nommés par Sa Majesté, et à aucun autre endroit sans l'autorisation du gouvernement de Sa Majesté dans ladite province ».

[27] Le commerce des ressources de la faune était une des caractéristiques clés de l'économie des Malécites à l'époque de la signature du *Traité* de 1760 (voir l'arrêt *Marshall*, au par. 25). La clause relative au commerce visait à assurer « implicitement ou explicitement, [...] un accès continu aux ressources de la faune pour en faire le commerce » (*Marshall*, au par. 35).

[28] En m'appuyant sur l'arrêt *Marshall*, je conclus que le droit de chasser au sens traditionnel ou communément admis du terme se dégage implicitement de la clause relative au commerce. De plus, je souscris sans réserve à la proposition voulant que l'on puisse utiliser des moyens modernes pour exercer ce droit.

[29] Ce droit de chasse issu de traité comprend sans conteste le droit de s'adonner à des « activités qui sont raisonnablement accessoires à l'acte de chasser lui-même » (voir l'arrêt *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, [1985] A.C.S. n° 67 (QL)). Dans l'arrêt *Simon*, le juge en chef Dickson a souligné, au par. 31, que le fait de « se déplacer jusqu'au terrain de chasse avec le matériel de chasse nécessaire » constituerait une activité raisonnablement accessoire à l'acte de chasser. Dans l'arrêt *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, [1999] A.C.S. n° 13 (QL), au par. 28, le juge Cory, qui rendait le jugement de la Cour, a énoncé le critère suivant : « Est-ce qu'une personne raisonnable, bien informée des méthodes de chasse [...] pertinentes, jugerait l'activité en question raisonnablement liée à l'acte de chasser [...]? ». Au par. 29, le juge Cory mentionne le fait de « transporter une boîte contenant des cartouches de fusil de chasse ou de carabine appropriées » comme un exemple d'activité qui serait raisonnablement accessoire à l'acte de chasser. Finalement, la Cour a conclu que le droit à un abri, consistant en une cabane de chasse, était compris dans le droit de chasse issu d'un traité dont il était question dans cette affaire. Au par. 78 de l'arrêt *Marshall*, le juge en chef McLachlin a dit que « [l]es tribunaux doivent les interpréter [les droits issus de traités] de

manière à permettre leur exercice dans le monde moderne. Il faut pour cela déterminer quelles sont les pratiques modernes qui sont raisonnablement accessoires à l'exercice du droit fondamental issu de traité dans son contexte moderne ».

[30] Selon la description que les intimés en ont donnée au procès, le droit qu'ils invoquaient était [TRADUCTION] « le droit issu de traité de chasser la nuit » (voir le par. 8 de la pièce « 1 », savoir l'exposé conjoint des faits). Ils prétendent que ce droit comprend [TRADUCTION] « le droit de noter la présence d'animaux de la faune, leurs habitudes migratoires, les espèces présentes et la vitesse de réaction pour les fins de la chasse » (par. 33 du mémoire des intimés).

(2) À quelle activité les intimés se livraient-ils au moment et à l'endroit précisés dans l'acte d'accusation?

[31] Le juge du procès a tiré les conclusions suivantes en ce qui concerne la nature des activités auxquelles les intimés s'adonnaient au moment et à l'endroit précisés dans l'acte d'accusation ainsi que leur intention à ce moment-là :

[TRADUCTION]

Au-delà de la portée de l'exposé conjoint des faits, Richard Polches a témoigné que les autres défendeurs et lui se dirigeaient vers le secteur du chemin Anderson, qui est situé un peu au nord de la zone d'aménagement pour la faune qu'ils étaient en train de traverser, et qu'ils avaient l'intention de passer la nuit dans la fourgonnette et de chasser l'orignal à cet endroit le lendemain matin. Il a dit que pendant qu'ils circulaient sur la route, les trois défendeurs braquaient en fait la lumière en question sur les lignes de transport d'énergie qui longeaient la route pour essayer de voir combien il y avait d'animaux de la faune. Il a dit qu'ils n'avaient pas l'intention de tirer sur quoi que ce soit dans ce secteur précis, mais qu'ils s'adonnaient simplement à cette activité pour satisfaire leur curiosité, observer ce qui se passait, « passer le temps » ou « se divertir » selon la formule employée par le substitut du procureur général pendant le contre-interrogatoire.

[...]

J'accepte le témoignage de Richard Polches en ce qui a trait à l'intention des défendeurs, et je conclus par conséquent qu'au moment dont il est question dans la dénonciation et au sujet duquel les gardes-chasse ont témoigné les trois défendeurs s'adonnaient à une activité commune qui consistait simplement à observer les animaux de la faune qui se trouvaient dans le secteur où ils ont été arrêtés.

[...]

Bien que les deux positions puissent être résumées clairement, la question à trancher en l'espèce est compliquée par les faits auxquels j'ai conclu ci-dessus, tout particulièrement le fait que les défendeurs n'étaient pas en train de chasser au sens traditionnel de ce terme, mais étaient simplement en train d'observer les animaux de la faune qui se trouvaient là.

[...]

Les faits appuient clairement la conclusion, que j'ai effectivement tirée, selon laquelle les défendeurs étaient tout simplement en train de circuler sur la route et d'observer les animaux de la faune susceptibles de se trouver dans le secteur en s'aidant d'une lampe.

[...]

Bien que cela ne constitue pas de la chasse au sens habituel ou traditionnel de ce terme, il s'agit clairement du fait de « chasser » au sens du paragraphe 1(1) de la *Loi sur le poisson et la faune* parce qu'ils étaient en train de « chercher » des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe, ce qui est interdit par l'al. 33(1)b).

[C'est moi qui souligne.]

[32] Bien que ces conclusions demeurent incontestées, j'ai néanmoins examiné le dossier pour déterminer s'il existe des raisons impérieuses de douter de leur validité. Je conclus qu'il n'y en a aucune. D'ailleurs, les conclusions en question correspondent au témoignage que l'intimé Richard Polches a rendu sous serment. Voici ce qu'il a dit (Vol. I, p. 127 à 129):

[TRADUCTION]

Q. Bien. Pour en revenir à ma question, vous aviez dit, pendant l'interrogatoire principal, vous avez dit que les agents vous ont demandé si vous aviez braqué la lumière dans la vitre, ou vous ont accusé de l'avoir fait.

R. Mais ils ont demandé si nous étions en train de faire cela.

Q. Et vous avez répondu que vous ne le niez pas.

R. Je ne l'ai pas nié, non.

Q. Parce qu'en fait vous étiez en train de le faire, est-ce exact?

R. Oui.

[...]

R. Mais je ne nie pas que nous ayons eu une lampe et que nous ayons eu un fusil, d'accord?

Q. Et, en fait, cette lumière était braquée dans la vitre, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Elle balayait le, ce qui serait le côté sud du chemin?

R. Non. Le nord.

Q. Le côté nord du chemin. Je vous demande pardon. C'est exact. Oui. Vous illuminez ce côté du chemin?

R. Oui.

Q. Vous étiez en fait en train de chercher du gibier cette nuit-là, si j'ai bien compris?

R. Non, pas à cet endroit. Nous étions simplement en train de – nous étions simplement en train de faire du repérage – nous avons compté 33 chevreuils cette nuit-là.

Q. Vous braquiez la lumière pour chercher des chevreuils, toutefois. Est-ce exact?

R. Non.

Q. Pourquoi éclairiez-vous les environs avec cette lampe?

R. Écoutez, mille fois par année – il n’y a pas autant de fois – de jours – dans une année – nous allons toujours dans ce secteur, nous les repérons, nous ne faisons que les regarder. Et je pourrais vous amener chez moi et vous montrer plusieurs centaines de photos de hardes de chevreuils que j’ai prises sur le chemin Richibucto. Toutefois, je ne vais pas là juste pour leur tirer dessus. C’est un appareil photo que je braque sur eux, pas un fusil.

Q. Ce n’est pas ce que je voulais laisser entendre. J’ai dit que vous éclairiez les environs avec la lampe pour chercher des chevreuils. Je n’ai pas dit que vous les cherchiez pour les chasser, mais que vous éclairiez les environs parce que vous cherchiez des chevreuils.

R. Non, pas nécessairement. J’illuminais les environs, c’est vrai. Je le reconnais. Mais je ne cherchais pas de chevreuils.

Q. Pourquoi vous serviez-vous de cette lampe, alors?

R. Eh bien, seulement pour voir ce qu’il y avait dans les environs. Il y a des ours, des renards. Il y a – comment appelle-t-on, ces félins? Des lynx.

Q. Donc, vous éclairiez les environs avec la lampe pour chercher n’importe quels animaux, pas nécessairement des chevreuils?

R. Oui. Oui.

[C’est moi qui souligne.]

[33]

85) :

M. Polches a également rendu le témoignage suivant (Vol. III, p. 84 et

- Q. Et si vous éclairiez les environs, comme on vous a vu le faire, c'était à seule fin de passer le temps pendant que vous rouliez, est-ce exact?
- R. Pour passer le temps et pour voir ce qui – celui qui pourrait apercevoir le plus gros chevreuil.
- Q. Bien. C'était en quelque sorte pour vous divertir, ce – n'est-ce pas?
- R. Ouais. Et nous avons vu – eh bien, nous avons pensé qu'il s'agissait d'un vrai chevreuil, mais il semble que les gardes-chasse ont dit le contraire. Ils ont dit que c'était un leurre.
- Q. Bien. Et vous n'aviez pas l'intention de tirer sur le chevreuil?
- R. Non.
- Q. Et vous n'avez pas, en fait, tiré un seul coup en direction du chevreuil?
- R. Non. Non, monsieur.
- [C'est moi qui souligne.]

[34] De plus, M. Polches a témoigné qu'il 1) [TRADUCTION] « ne tire pas sur un chevreuil la nuit » (Vol. I, p. 92), 2) braque volontiers un appareil photo sur un chevreuil, mais pas un fusil en raison du déclin de la population de chevreuils (Vol. I, p. 129 et Vol. III, p. 83), 3) n'était pas en train de chasser au moment et à l'endroit précisés dans l'acte d'accusation (Vol. I, p. 138), 4) allait, avec ses deux compagnons, chasser l'original le lendemain matin (Vol. III, p. 74), 5) n'avait aucune [TRADUCTION] « envie », non plus que ses compagnons, de tirer sur un chevreuil, plutôt, ils allaient chercher des originaux sur le chemin Anderson à quelque douze milles de l'endroit où ils ont été aperçus en train de balayer le côté de la route avec le faisceau d'une lampe (Vol. III, p. 73, 74, 84, 85 et 102), 6) n'aurait pas tiré sur un original dans le secteur où il a été aperçu en train de balayer le côté de la route avec le faisceau d'une lampe parce qu'il s'agissait d'une réserve pour le gibier (Vol. III, p. 85 et 99).

[35] À mon avis, la conclusion du juge du procès selon laquelle les intimés ne faisaient rien de plus que chercher des animaux de la faune afin de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou [TRADUCTION] « se divertir » est inattaquable. Il est évident que les intimés n'étaient pas, contrairement à ce qu'ils prétendent dans le mémoire présenté à notre Cour, « [en train de] noter la présence d'animaux de la faune, leurs habitudes migratoires, les espèces présentes et la vitesse de réaction pour les fins de la chasse ».

(3) Le fait de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans le but de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir » constitue-t-il une infraction prévue à l'al. 33(1)b)?

[36] Les intimés n'ont jamais prétendu, du moins devant notre Cour, que cette question doit nécessairement recevoir une réponse négative. J'ai néanmoins approfondi et examiné de nouveau ce point.

[37] En vertu de l'al. 33(1)b) de la *Loi sur le poisson et la faune*, commet une infraction quiconque chasse « au moyen ou en s'aidant d'une ou de plusieurs lampes, que ce soit avec ou sans l'intention de capturer, de tuer ou de blesser [d]es animaux de la faune ». Selon la définition qu'en donne l'article 1, le verbe « chasser » désigne notamment « l'action [...] de chercher » des animaux de la faune. En précisant que quiconque cherche des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe, même sans intention de les capturer, de les tuer ou de les blesser, à ce moment-là ou par la suite, commet une infraction, l'al. 33(1)b) interdit une conduite qui n'a absolument aucun rapport avec la chasse au sens traditionnel ou communément admis. L'état du droit n'a pas toujours été ainsi.

[38] Dans l'affaire *R. c. Prosser; R. c. Wilson* (1960), 45 M.P.R. 51, 129 C.C.C. 67 (C.S.N.-B., Div. d'appel), par exemple, le défendeur s'était servi d'une lampe pour chercher des chevreuils, par curiosité, sans avoir l'intention de tuer ou de capturer l'objet de sa recherche. Il avait été accusé sous le régime de l'alinéa 22g) de la *Game Act*,

R.S.N.B. 1952, ch. 95, qui prescrivait que quiconque chassait [TRADUCTION] « du gibier au moyen d'une [...] lampe » commettait une infraction. Selon la définition qu'en donnait cette loi, le verbe anglais *hunt* [TRADUCTION] « chasser » désignait notamment [TRADUCTION] « l'action [...] de chercher [...] du gibier, que ce gibier [...] soit ou non capturé, tué ou blessé, à ce moment-là ou par la suite ». Dans le cadre de son exposé des motifs pour lesquels la Cour confirmait l'acquittement, le juge d'appel Bridges a fait les observations suivantes :

[TRADUCTION]

Le ministère public prétend que puisque le verbe « chasser » a notamment comme sens toute action consistant à « chercher », la personne qui se sert d'une lampe pour chercher du gibier, même sans avoir l'intention de le capturer, de le tuer ou de le blesser, est coupable de l'infraction consistant à avoir chassé du gibier en s'aidant d'une lampe. On a prétendu, au nom des défendeurs, qu'aucune infraction n'est commise à moins qu'il n'existe une intention de capturer, de tuer ou de blesser du gibier.

J'estime que le magistrat n'a pas commis d'erreur en rejetant les dénonciations. Je pense que pour qu'un accusé puisse être déclaré coupable d'une infraction visée à l'al. 22g), il faut qu'il ait eu l'intention de capturer, de tuer ou de blesser du gibier. Je suis renforcé dans cette opinion par la présence, dans la définition, des mots « que ce gibier ou cet animal à fourrure soit ou non capturé, tué ou blessé, à ce moment-là ou par la suite ». Ces mots seraient inutiles si la prétention du ministère public était exacte.

Aux termes de l'al. [22d)] de la *Loi*, [TRADUCTION] « est coupable d'une infraction, quiconque chasse un chevreuil entre le 30 novembre d'une année et le 1^{er} octobre de l'année suivante ». Si la prétention du ministère public selon laquelle le mot « chasser » comprend le mot « chercher », au sens littéral et ordinaire de ces termes, était fondée, quiconque chercherait des chevreuils pendant la période de fermeture de la chasse dans le but de prendre des animaux de la faune en photo serait coupable d'une infraction, ce qui, bien entendu, n'a jamais été l'intention du législateur.

[39] Moins de cinq semaines après que la décision a été rendue dans l'affaire *Prosser*, l'Assemblée législative a dissipé tout doute concernant son intention en modifiant la *Game Act* pour préciser que commettait une infraction quiconque chassait du gibier [TRADUCTION] « au moyen ou à l'aide d'une ou de plusieurs lampes, que ce soit avec ou sans l'intention de capturer, de tuer ou de blesser ce gibier à ce moment-là ou par la suite » [c'est moi qui souligne] (voir L.N.-B. 1960, ch. 35, art. 8). Depuis lors, les tribunaux de notre province ont systématiquement conclu que le fait de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe constitue une infraction, quel que soit le but de cette recherche (voir les décisions *R. c. Phillips and Phillips* (1980), 33 R.N.-B. (2^e) 50, [1980] A.N.-B. n^o 308 (QL), conf. (1981), 37 R.N.-B. (2^e) 72 (C.A.), [1981] A.N.-B. n^o 284 (QL), infirmée pour d'autres motifs [1983] 2 R.C.S. 161, [1983] A.C.S. n^o 69 (QL); *R. c. Collicott* (1987), 80 R.N.-B. (2^e) 369 (C.B.R.), [1987] A.N.-B. n^o 241 (QL), conf. (1990), 105 R.N.-B. (2^e) 355 (C.A.), [1990] A.N.-B. n^o 325 (QL) et *R. c. Tompkins (D.)*, [1996] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 18 (C.B.R.), [1996] A.N.-B. n^o 448 (QL).

[40] Dans la décision *Phillips*, le juge Meldrum a fait observer, au par. 22, que [TRADUCTION] « [s]i on s'en tient au sens ordinaire des termes, quiconque se sert d'une lampe pour chasser, à savoir pour chercher du chevreuil, commet l'infraction prévue à l'art. 24, qu'il chasse pour tuer ou photographier un animal, ou tout simplement pour admirer la beauté des animaux ».

[41] Dans l'arrêt *Tompkins*, le juge Angers a mentionné la décision *Prosser* après avoir souligné, au par. 9, que [TRADUCTION] « l'élimination de l'intention de capturer, de tuer ou de blesser un animal de la faune à ce moment-là ou par la suite, [étend] l'interdiction au-delà de la conception traditionnelle et historique de la chasse. La chasse, au sens traditionnel et historique, suppose une intention de capturer ou de tuer du gibier ou à tout le moins une tentative de tuer ou de capturer du gibier ».

[42] Le fait de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans le but de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou [TRADUCTION] pour « se divertir » constitue une infraction sous le régime de l'al. 33(1)b) de la *Loi*.

- (4) Le fait de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans l'intention de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir » constitue-t-il une activité accessoire à l'exercice du droit de chasse qui se dégage implicitement de la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760?

[43] J'ai examiné de nouveau les opinions exprimées dans la première décision de notre Cour concernant l'étendue du droit de chasse qui se dégage implicitement de la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760 et la question de savoir si le fait que les intimés aient cherché des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans l'intention de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou [TRADUCTION] « se divertir » relève de cette clause relative au commerce.

[44] Richard Polches a témoigné que le *Traité* de 1760 a donné aux Malécites [TRADUCTION] « le droit d'aller chasser » (Vol. III, p. 29). À ses yeux, la chasse nocturne suppose le fait de braquer un projecteur sur un animal et de tirer sur cet animal. Or, les intimés n'étaient pas en train de se livrer à cette activité lorsqu'ils ont été aperçus en train de balayer le côté de la route avec le faisceau d'une lampe. Il vaut la peine de reproduire son témoignage à cet égard (Vol. I, p. 130 et 131) :

[TRADUCTION]

Q. Et vous avez dit qu'ils [les gardes-chasse] avaient dit qu'ils vous arrêtaient ou vous détenaient pour chasse nocturne ou pour avoir chassé au moyen d'une lampe.

R. Non, ils n'ont jamais rien dit de la sorte.

Q. Je suis désolé. Je pensais que c'était ce que vous aviez dit pendant le – l'interrogatoire principal. Et ensuite, en réponse à cela vous avez dit, d'après mon souvenir, « chasse nocturne? » et vous avez employé – vous étiez étonné qu'ils fassent cela.

R. Non, non. Ils ont dit [TRADUCTION] « que faites-vous ici? ». Non, non. J'ai dit [TRADUCTION] « pour quelle raison m'interpellez-vous? ». C'est ce qui s'est passé. J'ai

dit « quelle est la raison de tout ceci? ». Il a dit « chasse nocturne ».

Q. Je pense que c'est là la question que je viens de vous poser.

R. Ouais, ouais.

Q. Donc, c'est bien ce qu'il a dit.

R. Je vous demande pardon.

Q. Et la réponse que vous lui avez donnée, je pense que vous étiez étonné, ce que j'ai pris pour de l'étonnement, vous avez répété ses paroles « chasse nocturne? ». Est-ce exact?

R. C'était seulement en guise de réponse parce que – bien, je ne sais pas très bien comment on répondrait en anglais mais en langue indienne, je répondrais en disant « chasse nocturne? », comme si j'étais étonné.

Q. Bien.

R. Comme si, j'étais étonné qu'il dise cela parce que nous n'étions pas en train de chasser. À mes yeux, la chasse nocturne, consiste à, bon, vous braquez une lumière sur un objet et vous allez tirer sur cet objet. Mais nous n'avons pas de fusil avec lequel tirer sur ce chevreuil et nous n'en avons certainement pas l'intention parce que nous aurions pu faire feu sur trente-trois chevreuils cette nuit-là, en comptant un leurre.

[C'est moi qui souligne.]

[45] Les tribunaux doivent donner au texte du traité le sens que lui auraient naturellement donné les parties à l'époque de sa signature. Il est vraisemblable que la même règle s'applique aux genres d'activités qui sont implicitement autorisés par le texte du traité : les tribunaux ne doivent pas aller au-delà de ce qui est réaliste (voir l'arrêt *Marshall*, la juge en chef McLachlin, au par. 78).

[46] La clause énoncée dans le *Traité* de 1760 qui donne naissance au droit de chasse invoqué par les intimés concernait le commerce des marchandises (voir l'arrêt *Marshall*, au par. 35). Si j'examine la question d'une façon réaliste, je ne puis que conclure que les parties au *Traité* de 1760 ont envisagé que les marchandises en question proviendraient de la chasse au sens traditionnel de ce terme et qu'elles n'ont jamais eu l'intention de consacrer dans ce *Traité* des activités n'ayant absolument aucun rapport avec la chasse comme le fait de chercher des animaux de la faune dans le but de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir », y compris un concours amical entre les intimés pour voir qui apercevrait le plus gros chevreuil (Vol. III, p. 84 et 85).

(6) L'interdiction de l'action qui consiste à chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans le but de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou pour [TRADUCTION] « se divertir » qui est énoncée à l'al. 33(1)b) est-elle valide selon le partage constitutionnel des pouvoirs prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et applicable selon l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

[47] Pour les motifs dont j'ai fait état ci-dessus, je suis d'avis que l'interdiction en question n'est pas incompatible avec le *Traité* de 1760. Par conséquent, l'interdiction s'applique aux intimés, « que ce soit directement [d'elle-même] comme règle [...] de droit provinciale [...], ou encore comme règle [...] de droit fédérale [...] incorporée [...] par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* » (voir l'arrêt *Morris*, au par. 15).

(6) Est-il intrinsèquement dangereux de chasser la nuit à l'aide d'armes à feu?

[48] On trouve, au par. 31 de la première décision de notre Cour, les remarques incidentes suivantes à propos du caractère dangereux de la chasse nocturne au moyen d'armes à feu :

Il convient de souligner que, si la preuve avait établi que les intimés chassaient au sens traditionnel du terme, aucun droit issu de traité ni aucun droit ancestral ne leur auraient permis d'opposer une défense valable. À cet égard, je souscris totalement à l'opinion suivante du juge du procès :

[Traduction] [...] Pour dire les choses simplement, les autochtones n'ont pas le droit de chasser la nuit au moyen d'armes et de lampes dans la province du Nouveau-Brunswick parce que cette activité est dangereuse par nature et que le risque de blesser quelqu'un est simplement trop élevé. Dans *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que, si les exigences en matière de permis et les restrictions saisonnières ne s'appliquent pas aux autochtones qui jouissent de droits découlant d'un traité, ces droits doivent être exercés de façon sécuritaire. Les différentes juridictions de la province du Nouveau-Brunswick ont appliqué maintes et maintes fois ce principe dans des affaires de chasse pendant la nuit. Voir les décisions que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rendues dans *R. c. Paul (C.A.N.-B.)*, [1993] A.N.-B. n° 607 et *R. c. McCoy (C.A.N.-B.)*, [1993] A.N.-B. n° 597 et les décisions de la Cour du Banc de la Reine dans *R. c. Paul*, [1987] A.N.-B. n° 194 et *R. c. Barlow and Polches*, juin 2000 (F/CR/1/2000). La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse est arrivée à la même conclusion dans *R. c. Bernard*, 2002 NSCA 5, tout comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Seward* (1999), 171 D.L.R.(4th) 524.

Selon mon interprétation, le terme [TRADUCTION] « chasser » dans la première phrase de cette citation est employé dans son sens habituel. Si l'on se base sur cette interprétation, les conclusions du juge du procès emportent l'adhésion des intimés.

[49] La décision de la majorité dans l'affaire *Morris* comprend les énoncés pertinents suivants :

2 En 1852, James Douglas, gouverneur de la colonie de l'île de Vancouver, représentant la Couronne britannique, a garanti par traité à la Nation saanich qu'elle aurait [TRADUCTION] « toute liberté pour chasser sur les terres inoccupées et pêcher comme autrefois ». Ivan Morris et Carl Olsen, tous deux membres de la bande indienne des Tsartlip de la Nation saanich, ont été accusés, entre autres, en vertu des al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* de la

Colombie-Britannique, S.B.C. 1982, ch. 57, d'avoir pratiqué une activité que, comme l'a souligné le juge du procès, les Tsartlip pratiquent [TRADUCTION] « depuis des temps immémoriaux » : la chasse nocturne de subsistance à l'aide d'une source lumineuse.

[...]

4 Nous concluons en l'espèce que le droit des Tsartlip de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse est protégé par traité. Alors que l'interdiction de chasser dangereusement prévue à l'art. 29 de la *Wildlife Act* constitue une limite qui ne porte pas atteinte au droit issu d'un traité, l'interdiction absolue de chasser la nuit à l'aide d'une source lumineuse prévue à l'art. 27 a une portée trop générale, car elle vise à la fois la chasse dangereuse et la chasse sécuritaire et, dans le cas des chasseurs autochtones, elle porte atteinte à leur droit issu d'un traité.

[...]

14 Le cadre d'analyse de la présente espèce peut être scindé en deux parties. La première étape consiste à décider si les dispositions contestées de la *Wildlife Act* portent atteinte à un droit issu d'un traité. Pour ce faire, il faut définir la portée du droit issu d'un traité invoqué par MM. Morris et Olsen et ainsi que les limites de ce droit. Nous reconnaissons d'emblée qu'aucun traité ne confère le droit de chasser dangereusement. Ainsi, l'art. 29 de cette loi, lequel interdit de chasser ou de piéger [TRADUCTION] « sans égard raisonnable pour la vie, la sécurité ou les biens d'autrui », constitue une limite qui ne porte pas atteinte aux droits conférés par traité aux chasseurs et piégeurs autochtones. La question en litige est celle des limites imposées par les al. 27(1)d) et e). À notre avis, ces interdictions, présentées comme des mesures de sécurité pour les Tsartlip, ont une portée trop générale et portent atteinte au droit de chasse issu d'un traité.

[...]

58 L'interdiction prévue aux al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* est absolue et s'applique sans exception à l'ensemble de la province, y compris les régions les plus au nord où les heures de clarté sont limitées en hiver et où les secteurs très peuplés sont rares. Le législateur n'a pas tenté

d'interdire uniquement les aspects de la chasse nocturne qui sont dangereux ou d'interdire ce mode de chasse dans les zones où il serait dangereux, par exemple, en interdisant la chasse à une certaine distance des routes ou des habitations. Les dispositions contestées ont une portée trop générale, elles sont incompatibles avec l'intention commune des parties aux traités, et elles écartent complètement le moyen choisi pour exercer le droit issu du Traité.

59 Soit dit en tout respect, nous ne saurions souscrire à l'opinion de nos collègues la Juge en chef et le juge Fish que seule une interdiction absolue de chasser la nuit permet de répondre aux préoccupations en matière de sécurité. Nous estimons qu'il serait possible de recenser les secteurs inhabités où la chasse nocturne ne compromettrait pas la sécurité. Cette conclusion s'appuie sur la preuve fournie en l'espèce, selon laquelle la chasse nocturne à l'aide d'une source lumineuse que pratiquent les Tsartlip n'a, autant que l'on sache, provoqué aucun accident, et les agents de conservation, pour l'installation des leurres mécaniques, ont pu facilement trouver un endroit où la chasse nocturne pouvait se pratiquer sans danger. Tous ces éléments montrent bien que, sans aller jusqu'à l'interdiction absolue, il est possible de répondre aux préoccupations en matière de sécurité.

60 Par conséquent, nous n'avons aucune difficulté à conclure que l'interdiction absolue de chasser la nuit et celle de chasser à l'aide d'une source lumineuse constituent des atteintes à première vue à un droit issu d'un traité. Une interdiction absolue est manifestement davantage qu'une ingérence négligeable dans l'exercice d'un droit issu d'un traité. Certes, les lois provinciales d'application générale qui ne s'appliquent pas aux Autochtones peuvent être incorporées au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, mais ce n'est pas le cas s'il s'ensuit une atteinte à des droits issus de traités. Étant donné que les al. 27(1)d) et e) de la *Wildlife Act* constituent des atteintes à première vue, ils ne peuvent être incorporés au droit fédéral par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

[C'est moi qui souligne.]

[50] Je souscris sans hésiter à la proposition voulant que les opinions exprimées au par. 31 de notre première décision relativement au caractère intrinsèquement dangereux de la chasse nocturne au moyen d'armes à feu ne soient pas

parfaitement fidèles à l'état actuel du droit. Bien qu'elles soient apparemment conformes au jugement de la minorité dans l'affaire *Morris*, ces opinions exprimées *en obiter* ne font plus autorité, si tant est qu'elles aient jamais fait autorité, à la lumière de la décision de la majorité dans l'arrêt *Morris*.

(7) La décision antérieure de notre Cour est-elle incompatible avec l'arrêt *Morris*?

[51] J'estime, en toute déférence, qu'elle ne l'est pas.

[52] Il y a manifestement lieu d'établir une distinction entre l'affaire *Morris* et la présente instance. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a conclu que le Traité en question, le Traité de Saanich nord de 1852, devait englober toutes les pratiques de chasse auxquelles s'adonnaient les Tsartlip avant la signature du Traité, y compris la chasse nocturne. Chose plus importante encore pour les fins qui nous occupent, elle a également conclu que les défendeurs, qui étaient tous membres de la bande indienne des Tsartlip de la Première nation saanich s'étaient, pendant toute la période pertinente, livrés à une activité qui était protégée par le Traité de Saanich nord de 1852.

[53] En l'espèce, les intimés n'étaient pas en train de s'adonner à une activité visée par la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760. La partie de l'al. 33(1)*b*) qui interdit la conduite récréative à laquelle ils étaient en train de se livrer au moment et à l'endroit précisés dans l'acte d'accusation ne porte pas atteinte au droit de chasse qui se dégage implicitement de la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760.

[54] Cela dit, je suis conscient du fait que par suite de l'effet combiné de l'arrêt *Morris* et de la décision de notre Cour, les bénéficiaires du *Traité* de 1760 pourraient, lorsqu'ils se livrent à des activités traditionnelles de chasse, opposer une défense à une accusation portée en vertu de l'al. 33(1)*b*) dont ils ne pourraient se prévaloir dans d'autres circonstances qui sont aussi assimilables à des activités de « chasse » au sens de cette disposition.

[55] Dans la première hypothèse, les bénéficiaires en vertu du *Traité* de 1760 se présenteront devant la Cour avec un arsenal de moyens de défense supérieurs à celui dont disposent les personnes qui ne sont pas bénéficiaires en vertu du *Traité*.

[56] Dans la deuxième hypothèse, il n'y aura pas de différence entre les bénéficiaires et les non-bénéficiaires.

[57] Je suis respectueusement d'avis que c'est aux députés de l'Assemblée législative et non aux juges qu'il appartient de décider si cette situation est insatisfaisante et doit être rectifiée.

C. *La motion en présentation de preuves nouvelles*

[58] Comme nous l'avons vu, les intimés ont demandé l'autorisation de présenter des preuves nouvelles concernant [TRADUCTION] « les pratiques historiques et préhistoriques du peuple malécite en matière de chasse nocturne et celles des tribus apparentées membres des peuples autochtones habitant le nord-est de l'Amérique ». Les éléments de preuve en question consistent en un affidavit de l'intimé Richard Polches et en un affidavit de William C. Wicken, professeur agrégé et historien à l'Université York, en Ontario. La preuve produite vise à établir que les ancêtres des intimés chassaient la nuit à l'aide d'une source lumineuse à des fins de commerce et de subsistance avant que le *Traité* de 1760 fût négocié et signé.

[59] Richard Polches a témoigné au procès le 24 janvier 2001 puis de nouveau le 21 novembre de la même année. Le professeur Wicken était également prêt à rendre témoignage. Il est manifeste que la preuve produite est loin d'être « nouvelle ».

[60] Chose plus importante encore, toutefois, elle ne se rapporte pas à la question fondamentale, laquelle consiste à savoir si le fait de chercher des animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans l'unique but de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou [TRADUCTION] « se divertir » est une activité accessoire à

l'exercice du droit de poursuivre les activités traditionnelles de chasse qui se dégage implicitement de la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760. Puisque la preuve produite ne concerne pas cette question clef, son admission ne remplirait aucune fin utile et je suis d'avis de rejeter la motion des intimés pour ce motif.

IV. Conclusion et dispositif

[61] Après avoir étudié le dossier une fois encore et examiné les prétentions des parties à la lumière de l'arrêt *Morris*, je tire les conclusions suivantes : (1) le droit de chasse qui est implicitement reconnu dans la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760 est le droit de poursuivre les activités traditionnelles de chasse sous leur forme moderne, activités qui ont toujours comme objectif de tuer ou de capturer des animaux de la faune; (2) la recherche d'animaux de la faune dans le cadre d'une activité de chasse de ce genre et aux fins de les chasser de cette manière serait visée par la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760, mais ce que les intimés étaient en train de faire au moment et à l'endroit précisés dans l'acte d'accusation n'avait rien à voir avec la chasse au sens traditionnel ou communément admis de ce terme; (3) l'interdiction, qui est énoncée à l'al. 33(1)b) de la *Loi sur le poisson et la faune*, de chasser les animaux de la faune en s'aidant d'une lampe dans l'intention de les observer pour [TRADUCTION] « passer le temps » ou [TRADUCTION] « se divertir », ne porte pas atteinte au droit de chasse issu de traité des intimés et constitue une disposition provinciale valide qui s'applique aux intimés; (4) les preuves nouvelles que les intimés ont produites manquent de pertinence puisqu'elles ne se rapportent pas à cette question mais à une question purement théorique, celle de savoir si le droit de poursuivre les activités traditionnelles de chasse la nuit se dégage implicitement de la clause relative au commerce énoncée dans le *Traité* de 1760, de telle sorte que ces preuves ne sont pas admissibles et (5) les intimés n'ont pas établi qu'ils avaient un quelconque moyen de défense à opposer à l'accusation.

[62] Il s'ensuit que je suis d'avis de confirmer la décision du 4 mai 2006 dans laquelle notre Cour a accueilli la demande d'autorisation d'appel du Procureur général

ainsi que son appel et a inscrit une déclaration de culpabilité contre chacun des intimés relativement à l'infraction imputée, laquelle consistait à avoir « chassé » en s'aidant d'une lampe (al. 33(1)*b*) de la *Loi sur le poisson et la faune*).

[63] Je suis d'avis de mettre fin à l'instance à ce niveau en rappelant que la peine infligée par la Cour provinciale reste en vigueur tant qu'elle ne sera pas dûment suspendue, modifiée ou annulée.