

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

116-18-CA

KEITH BOUCHER

KEITH BOUCHER

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Boucher v. R., 2021 NBCA 36

Boucher c. R., 2021 NBCA 36

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
October 10, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 10 octobre 2018

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2018 NBQB 264

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 264

Preliminary or incidental proceedings:
2015 NBPC 6

Procédures préliminaires ou accessoires :
2015 NBCP 6

Appeal heard:
March 10, 2021

Appel entendu :
le 10 mars 2021

Judgment rendered:
March 10, 2021

Jugement rendu :
le 10 mars 2021

Reasons delivered:
August 5, 2021

Motifs déposés :
le 5 août 2021

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Quigg

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LeBlond

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

Keith Boucher on his own behalf

For the respondent:
William B. Richards

Avocats à l'audience :

Keith Boucher en son propre nom

Pour l'intimée :
William B. Richards

THE COURT

On March 10, 2021, the Court allowed the motion for the introduction of fresh evidence, the application for leave to appeal, and the appeal. The conviction was set aside, and an acquittal was entered with reasons to follow. These reasons are set out in the accompanying text.

LA COUR

Le 10 mars 2021, la Cour a accueilli la motion en présentation d'une nouvelle preuve, la demande d'autorisation d'appel et l'appel. La déclaration de culpabilité a été annulée, l'acquittement a été inscrit et la Cour a indiqué que les motifs suivraient. Ces motifs sont exposés dans le texte qui suit.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal is about correcting an injustice resulting from the failure of two lawyers to provide a defendant with effective counsel in advancing a defence of Aboriginal right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (UK)*.

[2] In defending Keith Boucher against a charge of illegal possession of a moose carcass, the first lawyer failed to understand the significance of certain documents and neglected to adduce evidence at trial that would have provided the trial judge with a basis to conclude Mr. Boucher was entitled to possess the carcass. Representing Mr. Boucher in his appeal to the summary conviction appeal court, the second lawyer also failed to understand the importance of these documents. As a result, he failed to raise the ineffectiveness of the first lawyer, which, had he done so, would have necessarily led to a successful appeal.

[3] Mr. Boucher's further appeal to the Court of Appeal alleges ineffectiveness of counsel at both previous levels of court. In support of this allegation, Mr. Boucher tendered for consideration the evidence he claims should have been adduced at trial. On March 10, 2021, we received and considered this evidence, together with affidavits filed in support of the claim of ineffective counsel. We concluded both the performance and prejudice components of the ineffectiveness test had been met. While this would have normally resulted in a new trial, it appeared to us that the new trial would necessarily arrive at a conclusion we were quite able to reach on the basis of the record supplemented by the new evidence. As a result, we granted leave to appeal and admitted the new evidence not only to establish the ineffectiveness claim but also as evidence to be considered on the merits of the appeal. In our view, consideration of this evidence

inescapably leads to Mr. Boucher's acquittal, which is why we allowed the appeal, set aside the conviction and acquitted Mr. Boucher. At the time, we stated reasons for our decision would follow. These are my reasons for joining my colleagues in that disposition.

II. Background

[4] This case has been ongoing for more than a decade. Mr. Boucher was born and raised in the Bathurst area and, from the age of six, has lived a traditional Mi'kmaq lifestyle. Mr. Boucher is extremely knowledgeable about Mi'kmaq spirituality, ceremonies, traditions, and hunting practices. His expertise has been called upon by multiple First Nations communities, and he instructs Mi'kmaq children in the ways of the traditional Mi'kmaq lifestyle in New Brunswick.

[5] On October 26, 2010, Mr. Boucher phoned the Executive Director of the Department of Natural Resources for the Province and informed him he had a moose carcass in his home without possessing a permit or licence. Mr. Boucher had hunted the moose to use its meat and hide as part of a traditional Mi'kmaq wedding for one of his friends. He made the phone call after a local butcher refused to dress the moose. The butcher had been advised moose meat was only to be dressed for individuals carrying a status card, or for Gerald Lavigne, Mr. Boucher's first cousin. Gerald Lavigne had previously been identified as being "a Mi'kmaq Indian entitled to the protection of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" in *R. v. Lavigne*, 2007 NBQB 171, 319 N.B.R. (2d) 261 (para. 51).

[6] Having unlawful possession of a moose carcass is a violation of s. 58 of the *Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c F-14.1. Section 58 states:

Every person who at any time has in his possession the carcass of a bear, moose or deer or any part thereof, except in accordance with this Act and the regulations, commits an offence.

Commet une infraction quiconque, en tout temps, est en possession de tout ou partie du cadavre d'un ours, d'un orignal ou d'un chevreuil, si ce n'est conformément à la présente loi et aux règlements.

[7] Mr. Boucher was charged with having violated s. 58. At trial, he argued he was entitled to possess the moose carcass as an Aboriginal right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Crown conceded that, if it were determined that Mr. Boucher is First Nations, he would have had the right to harvest the moose and therefore would not be guilty of the offence. As a result, since Mr. Boucher admitted at trial that all essential elements of the offence had been established, the only remaining issue was whether Mr. Boucher is First Nations, specifically Mi'kmaq.

[8] Although Mr. Boucher carries a New Brunswick Aboriginal Peoples Council ("NBAPC") card, he does not have "Indian" status under the *Indian Act, R.C.S. 1985, c. I-5*. The trial judge resolved the relevant framework for determining whether Mr. Boucher was First Nations is the test articulated in *R. v. Powley, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207*. This Court adopted the *Powley* test in *Hopper v. R., 2008 NBCA 42, [2008] N.B.J. No. 192*, to determine Aboriginal status of non-status Aboriginal persons for the purpose of s. 35(1) Aboriginal right claims. The *Powley* test includes: (1) self-identification; (2) ancestral connection; and (3) community acceptance. The trial judge readily accepted Mr. Boucher self-identified as First Nations. He also concluded Mr. Boucher had been accepted by the Nepisiguit First Nations community. However, the trial judge found Mr. Boucher failed to meet the "ancestral connection" component of the *Powley* test because he failed to demonstrate an ancestral connection with the historic First Nations community living in the Nepisiguit area. The judge stated this was due to a lack of "credible, trustworthy evidence." This conclusion was motivated by the trial judge's preference of genealogist Stephen White, the Crown's expert, over that of Donald Morrison, the expert for Mr. Boucher, on matters of ancestry. The judge found Mr. Morrison's work contained errors and oversights that affected its credibility, especially the evidence concerning a marriage certificate obtained from a local church in 1999.

[9] The principal piece of evidence that appears to have persuaded the trial judge that Mr. Boucher did not have an ancestral connection was a marriage certificate of individuals named Joseph Athanase Young, a First Nations man, and Marie Chamberlain.

They married in 1827 and had a daughter named Marie Young. Mr. Boucher's position is Marie Young married a Peter Boucher in 1863. According to Mr. Boucher, Peter Boucher and Marie Young were his great-great-grandparents, and thus he can trace a line of First Nations ancestry and a connection to the Nepisiguit community. However, given the lack of credibility attributed by the trial judge to Mr. Boucher's evidence, he determined this connection was not made out. According to the trial judge, no convincing evidence was presented linking Mr. Boucher to First Nations ancestors in the Nepisiguit area.

[10] The trial judge concluded there was insufficient evidence to establish Mr. Boucher's ancestral connection to the Nepisiguit community. For this reason, Mr. Boucher's claim of constitutionally protected Aboriginal rights was rejected, and he was convicted of unlawfully possessing a moose carcass on June 30, 2017. He was ordered to serve seven days in jail, pay a \$1,000 fine, and a \$200 surcharge.

[11] Mr. Boucher appealed to the summary conviction appeal court, but his appeal was dismissed on the basis no error of law or palpable and overriding error of fact had been demonstrated. Effectively, as had the trial judge, the summary conviction appeal court judge concluded Mr. Boucher had not proven a historic ancestral connection to the First Nation's Nepisiguit area.

[12] Mr. Boucher now appeals against that decision. On February 1, 2021, he filed a motion seeking to add a ground of appeal (ineffective counsel) and to introduce new evidence.

III. Grounds of Appeal

[13] While Mr. Boucher raises several grounds of appeal, it is only necessary to address the matters of counsel ineffectiveness and the effect of the evidence Mr. Boucher tendered on appeal.

IV. Analysis

[14] In *Gardiner v. R.*, 2010 NBCA 46, [2010] N.B.J. No. 289 (QL), Richard J.A., as he then was, discussed the principle of effective counsel. He wrote:

It is incontestable that, in the modern Canadian criminal justice system, a person who chooses to be represented by a lawyer has the right to the “effective assistance” of that counsel. This proposition goes to the very heart of the adversarial system upon which our criminal justice system is founded. It is a principle the Supreme Court of Canada recognized in *R. v. G.D.B.*, 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, as a principle of fundamental justice that is “derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada, and ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (para. 24). It follows, therefore, that in some circumstances, the ineffective assistance of counsel at trial may form the basis for appellate intervention. However, the standard is high.

To be successful in an appeal based on an ineffectiveness claim, an appellant must establish that his counsel’s “acts or omissions constituted incompetence” (the performance component) and that “a miscarriage of justice resulted” (the prejudice component). Appellate interference is only justified when both components have been established. [...]
[paras. 1-2]

[15] To establish both components of the test, Mr. Boucher asked the Court to receive certain evidence.

[16] Generally, there are two types of situations where a party would seek to adduce “fresh” evidence on appeal. The first is the classic example where truly “fresh” evidence has come to light, which may or may not have existed at the time of trial, is exculpatory and goes directly to the guilt of the accused. The accused seeks to adduce this evidence on appeal in the hopes of securing a new trial on the basis the verdict is now in question. The orthodox position is that any such evidence, which was not before the trier of fact, can only be introduced on appeal where it meets the criteria set out in *Palmer*

v. *The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, 1979 S.C.J. No. 126 (QL). The Supreme Court affirmed those criteria in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, [1998] S.C.J. No. 91 (QL):

(1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases [...]

(2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.

(3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and

(4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. [para. 50]

[17] Once the evidence is accepted, courts will generally order a new trial.

[18] The second scenario occurs when an accused seeks to adduce evidence that the trial process was flawed or unfair in some way. Often this evidence is to support a claim of ineffective counsel. In these circumstances, the *Palmer* criteria are not relevant. The first criterion, that of due diligence, is obviously inapplicable since the “fresh” evidence relates to the trial process itself, and thus could not have been adduced during that trial. The second criterion is inapplicable for the same reason, as it does not relate to a decisive issue at trial. The third is only relevant insofar as any evidence accepted by a court must be sufficiently credible. The fourth criterion is also obviously inapplicable. As Hoyt C.J.N.B. said: “The *Palmer* test does not [...] apply where, as in this case, the new evidence seeks to challenge the validity of the trial process. In such a case, where the purpose of the new evidence is to establish a ground of appeal, the trial process itself is put in question” (see *R. v. Connors (C.)* (1997), 194 N.B.R. (2d) 91, [1997] N.B.J. No. 469 (QL) (C.A.), at para. 3).

[19] More recently, in *R. v. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL), Richards C.J.S. made a similar observation and suggested an approach, which I adopt:

[...] Mr. Dreaver's submission on this wing of his appeal is about whether the trial process itself involved a miscarriage of justice. The test for determining whether fresh evidence of this kind should be admitted is not the familiar one set out in *R. v. Palmer*, [1980] 1 SCR 759. Rather, the governing authorities indicate that evidence of the sort in issue here should be admitted if it is (a) relevant to an issue before the Court, (b) credible, and (c) sufficient (if uncontradicted) to warrant the making of the order sought. See: *United States of America v Shulman*, 2001 SCC 21 at para 45, [2001] 1 SCR 616; *R v S.G.T.*, 2011 SKCA 4 at paras 39-40, 265 CCC (3d) 550. [paras. 33-34]

[Emphasis added.]

[20] In this case, Mr. Boucher's claim of ineffective counsel rests on a failure to adduce certain evidence at trial, that is, the evidence he sought to adduce on appeal. He alleged successive lawyers failed to properly review and adduce this evidence, which he had in his possession throughout, to show he was First Nations and thus was not guilty of the charged offence. Mr. Boucher argued this failure amounted to ineffective counsel. To establish his ground of counsel ineffectiveness, Mr. Boucher asked us to receive the evidence he claims his lawyers should have adduced in the lower courts. At the hearing of the appeal, we received the evidence for that purpose, since we found it to be relevant to the issue of counsel ineffectiveness, credible and sufficient for us to warrant allowing the appeal.

[21] Mr. Boucher deposed he had gathered documents that proved the ancestral connection component of the *Powley* test, and brought these with him to each meeting with his counsel. He claims to have beseeched counsel to review the documents with him and requested they be entered into evidence, only to be told he already had enough evidence, and the documents were not necessary. Mr. Boucher claims his trial lawyer failed to adduce the evidence; a new lawyer, who represented him after the trial lawyer was removed as solicitor of record after having retired, refused to make a motion to

reopen the case in order to adduce the evidence; and the lawyer who represented him before the summary conviction appeal court would not seek to have the evidence received as “fresh” evidence.

[22] To his credit, in an affidavit filed before us in response to Mr. Boucher’s ineffectiveness claim, the trial lawyer admits his representation of Mr. Boucher was ineffective. As a result, setting out the details of counsel ineffectiveness would serve no useful purpose. In our view, the ineffectiveness of counsel who represented Mr. Boucher on appeal flows from the obvious and admitted ineffectiveness of the first lawyer. The appeal counsel should have raised the ineffectiveness of trial counsel as a ground of appeal.

[23] The documents Mr. Boucher wanted his counsel to adduce into evidence, were relevant and material to his defence. The respective failure of each lawyer to adduce these did not meet the standard expected of counsel and deprived Mr. Boucher of a fair trial. Thus, Mr. Boucher’s ineffectiveness claim has merit, and this appeal must be allowed on that ground.

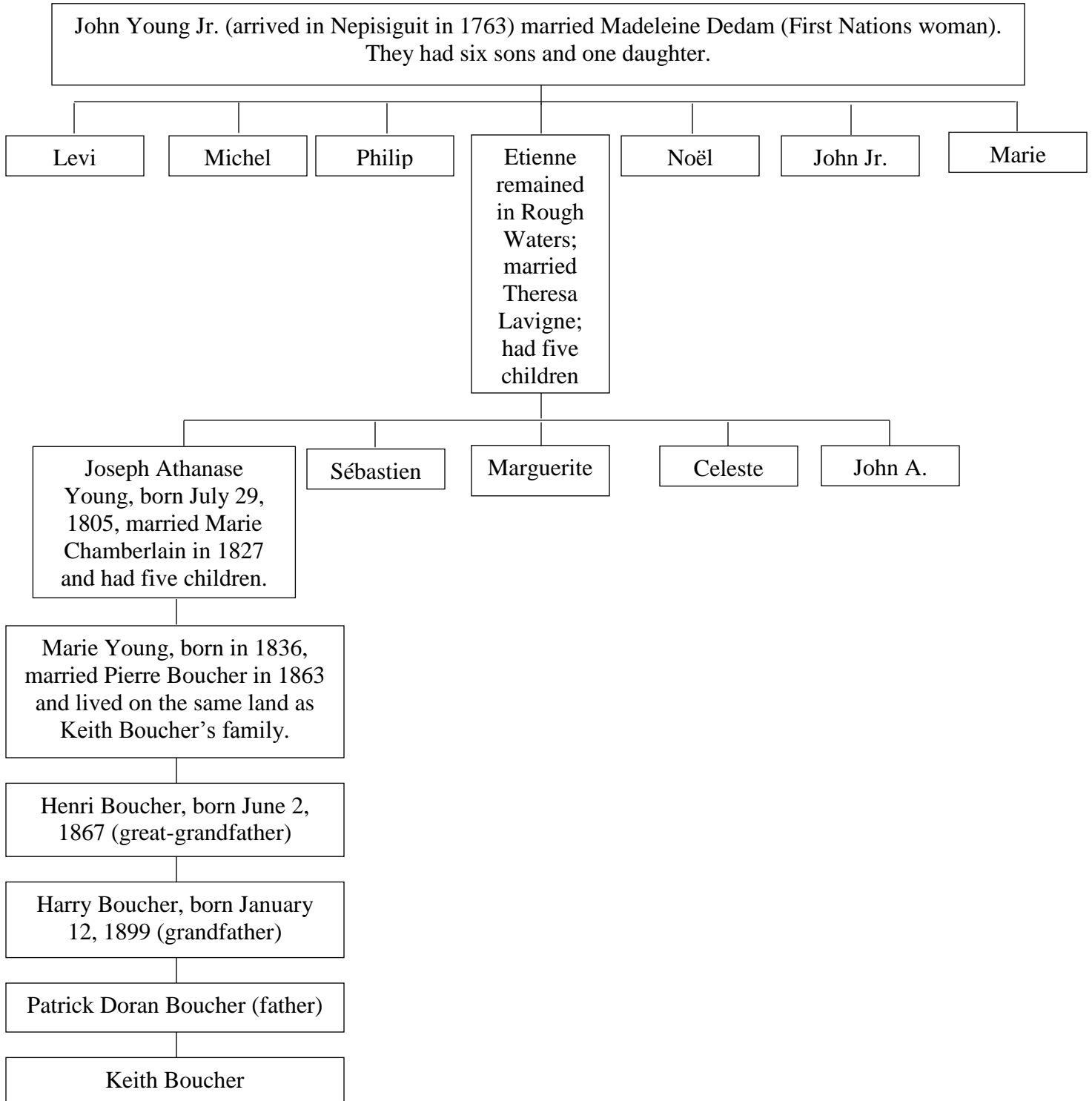
[24] Typically, allowing an appeal on grounds of counsel ineffectiveness will result in a new trial. In this case, we did not order such a remedy because of the trial judge’s following statement:

It is entirely possible that a more robust and meticulous research into his genealogy might result in different findings in another court setting. That will have to be determined another day. In this case, however, based on the evidence presented to me, with the findings I have made relative to his claim, I must find that he has failed to satisfy me that he enjoys an ancestrally based membership in the present community of Nepisiguit. [para. 84]

[25] In our view, the evidence Mr. Boucher sought to have his lawyers adduce provided this additional information. As a result, we subjected the “fresh” evidence to

the *Palmer* criteria and concluded the evidence ought to be admitted not only to establish the ineffectiveness claim but also for consideration on the merits.

[26] When reviewing the documents pertaining to Mr. Boucher's family tree, it became clear he has First Nations ancestry. From the documents, we extrapolated the following:



[27] This family tree, combined with census documents, church records, grant maps, and deeds proved Mr. Boucher has First Nations ancestry. The evidence also showed he had other Aboriginal ancestry.

[28] Reviewing the documents submitted by Mr. Boucher (listed in Mr. Boucher's "Legend"), and considering his explanations, led me to conclude they were decisive of the case. As a result, I was of the view that ordering a new trial was not the best remedy and that this was a case where an acquittal could be entered by the Court of Appeal.

V. Conclusion

[29] In sum, Mr. Boucher satisfied me that (1) his counsel were ineffective in their representation of him; (2) the evidence he adduced to demonstrate counsel ineffectiveness also met the criteria of the *Palmer* test and ought to be received as new evidence on appeal; (3) this evidence, when taken with the other evidence received at trial, demonstrated he met the *Powley* test. This is why, pursuant to s. 686(2)(a) of the *Criminal Code*, applicable by virtue of s. 839(2) of the *Code* and s. 116(1) of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1, I joined my colleagues in allowing the appeal, vacating the conviction and entering an acquittal.

LA JUGE QUIGG

II. Introduction

- [1] Le présent appel vise à corriger une injustice occasionnée par le défaut de deux avocats d'assurer une représentation efficace à un défendeur en faisant valoir comme moyen de défense un droit ancestral garanti par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.).
- [2] Lorsqu'il a assuré la défense de Keith Boucher contre une accusation de possession illégale de cadavre d'original, le premier avocat n'a pas compris l'importance de certains documents et il a négligé de présenter au procès une preuve qui aurait permis au juge du procès de conclure que M. Boucher avait le droit de posséder le cadavre. Lorsqu'il a représenté M. Boucher en appel devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires, le deuxième avocat n'a pas compris lui non plus l'importance de ces documents. Il n'a donc pas fait valoir la représentation inefficace du premier avocat, alors que, s'il l'avait fait, son client aurait nécessairement eu gain de cause en appel.
- [3] En appel devant la Cour d'appel, M. Boucher soutient qu'il n'a pas obtenu une représentation efficace aux deux échelons précédents du système judiciaire. Pour étayer cette allégation, M. Boucher a offert la preuve qui, soutient-il, aurait dû être présentée au procès. Le 10 mars 2021, nous avons reçu et examiné cette preuve, ainsi que les affidavits déposés à l'appui de l'allégation de représentation inefficace. Nous avons conclu qu'avaient été établis tant le volet de l'examen du travail de l'avocat que celui de l'appréciation du préjudice du critère de la représentation inefficace. Cela aurait normalement conduit à la tenue d'un nouveau procès, mais il nous a semblé qu'on en serait nécessairement arrivé, au nouveau procès, à une conclusion que nous étions fort en mesure de tirer sur la foi du dossier complété par la nouvelle preuve. Nous avons donc

accordé l'autorisation d'interjeter appel et admis la nouvelle preuve, pour qu'elle serve non seulement à étayer l'allégation de représentation inefficace, mais aussi à décider du bien-fondé de l'appel. L'examen de cette preuve conduit inévitablement à l'acquiescement de M. Boucher, à notre avis, et, pour ce motif, nous avons accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et acquitté M. Boucher. Nous avons déclaré à ce moment que les motifs de notre décision allaient suivre. Voici les motifs pour lesquels je me suis associée à mes collègues pour trancher l'appel comme nous l'avons fait.

II. Contexte

[4] La présente affaire se poursuit depuis plus d'une décennie. M. Boucher est né et a grandi dans la région de Bathurst et il vit, depuis l'âge de six ans, selon le mode de vie traditionnel mi'kmaq. M. Boucher a une excellente connaissance de la spiritualité, des cérémonies, des traditions et des pratiques de chasse des mi'kmaq. De nombreuses communautés des Premières Nations ont fait appel à ses compétences, et il enseigne le mode de vie traditionnel mi'kmaq aux enfants mi'kmaq du Nouveau-Brunswick.

[5] Le 26 octobre 2010, M. Boucher a téléphoné au directeur administratif du ministère des Ressources naturelles du Nouveau-Brunswick pour l'informer que, sans disposer d'un permis ou d'une licence, il avait le cadavre d'un orignal à la maison. M. Boucher avait chassé l'orignal afin d'utiliser sa viande et sa peau lors du mariage traditionnel mi'kmaq d'un de ses amis. Il avait fait l'appel après qu'un boucher du voisinage eut refusé d'habiller l'orignal. Le boucher avait été avisé de n'habiller de la viande d'orignal que pour les détenteurs d'un certificat de statut, ou pour Gerald Lavigne, un cousin germain de M. Boucher. Précédemment, dans la décision *R. c. Lavigne*, 2007 NBBR 171, 319 R.N.-B. (2^e) 261, par. 51, Gerald Lavigne avait été reconnu être « un Indien mi'kmaq qui a droit à la protection de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ».

[6] La possession illégale d'un cadavre d'original enfreint l'art. 58, reproduit ci-après, de la *Loi sur le poisson et la faune*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1 :

Every person who at any time has in his possession the carcass of a bear, moose or deer or any part thereof, except in accordance with this Act and the regulations, commits an offence.

Commet une infraction quiconque, en tout temps, est en possession de tout ou partie du cadavre d'un ours, d'un orignal ou d'un chevreuil, si ce n'est conformément à la présente loi et aux règlements.

[7] M. Boucher a été accusé d'avoir violé l'art. 58. Au procès, il a soutenu qu'il avait le droit – un droit ancestral garanti par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* – de posséder le cadavre d'orignal. Le ministère public a concédé que, si M. Boucher était jugé être membre d'une Première Nation, il disposerait du droit à la récolte d'orignal et, ainsi, ne serait pas coupable de l'infraction reprochée. En conséquence, M. Boucher ayant admis au procès que tous les éléments essentiels de l'infraction avaient été établis, la seule question restant à trancher était de savoir s'il était membre d'une Première Nation, plus précisément un Mi'kmaq.

[8] Bien que M. Boucher soit détenteur d'un certificat du New Brunswick Aboriginal Peoples Council (le NBAPC), il n'a pas le statut d'« Indien » au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Le juge du procès a déterminé que le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, offrait le cadre pertinent pour décider si M. Boucher était membre ou non d'une Première Nation. Dans l'arrêt *Hopper c. R.*, 2008 NBCA 42, [2008] A.N.-B. n° 192, notre Cour a souscrit au critère énoncé dans l'arrêt *Powley* qui permet de déterminer le statut d'Autochtone des Autochtones non inscrits lorsqu'est revendiqué un droit ancestral garanti par le par. 35(1). Le critère de l'arrêt *Powley* comporte comme composantes : 1) l'auto-identification, 2) les liens ancestraux, et 3) l'acceptation par la communauté. Le juge du procès a convenu d'emblée que M. Boucher s'identifiait comme membre d'une Première Nation. Il a aussi conclu que M. Boucher était accepté par la communauté des Premières Nations de Nepisiguit. Le juge du procès a conclu, toutefois, que M. Boucher ne satisfaisait pas à la composante « liens ancestraux » du critère de l'arrêt *Powley*, puisqu'il n'avait pas démontré l'existence d'un lien ancestral avec la communauté historique des Premières Nations vivant dans la région de Nepisiguit. Il en était ainsi, a affirmé le juge, en raison de l'absence d'une [TRADUCTION] « preuve crédible et digne de foi ». Cette

conclusion s'expliquait par la préférence donnée par le juge du procès au témoignage du généalogiste Stephen White, l'expert du ministère public, plutôt qu'au témoignage de Donald Morrison, l'expert en matière d'origine ancestrale appelé par M. Boucher. Le juge a conclu que le travail de M. Morrison était entaché d'erreurs et d'omissions qui minaient sa crédibilité, en particulier la preuve liée au certificat de mariage obtenu d'une église locale en 1999.

[9] Le principal élément de preuve qui semble avoir convaincu le juge du procès que M. Boucher n'avait pas de lien ancestral était un certificat attestant du mariage entre des personnes nommées Joseph Athanase Young, un membre de Première Nation, et Marie Chamberlain. Ces derniers s'étaient mariés en 1827 et avaient eu une fille, nommée Marie Young. M. Boucher affirme que Marie Young a épousé Peter Boucher en 1863. Il ajoute que Peter Boucher et Marie Young étaient ses arrière-arrière-grands-parents et qu'ainsi, il peut établir son ascendance de Première Nation et démontrer un lien avec la communauté de Nepisiguit. Toutefois, le juge du procès ayant estimé la preuve de M. Boucher peu crédible, il a conclu que ce lien n'avait pas été démontré. D'après le juge du procès, aucune preuve convaincante n'avait été présentée montrant un lien entre M. Boucher et des ancêtres des Premières Nations dans la région de Nepisiguit.

[10] Le juge du procès a conclu que la preuve présentée ne suffisait pas pour établir un lien ancestral entre M. Boucher et la communauté de Nepisiguit. Pour ce motif, la revendication de droits ancestraux garantis par la Constitution a été rejetée et, le 30 juin 2017, M. Boucher a été reconnu coupable de possession illégale d'un cadavre d'original. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de sept jours et au paiement d'une amende de 1 000 \$ et d'une suramende compensatoire de 200 \$.

[11] M. Boucher a interjeté appel auprès de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires, mais son appel a été rejeté au motif qu'il n'avait pas été démontré qu'une erreur de droit ou une erreur de fait manifeste et dominante avait été commise. Effectivement, comme le juge du procès, le juge de la cour d'appel en matière de

poursuites sommaires a conclu que M. Boucher n'avait pas prouvé l'existence d'un lien ancestral historique avec la Première Nation de la région de Nepisiguit.

[12] M. Boucher interjette maintenant appel de cette décision. Le 1^{er} février 2021, il a déposé une motion en vue d'ajouter un moyen d'appel (la représentation inefficace) et de présenter une nouvelle preuve.

III. Moyens d'appel

[13] Bien que M. Boucher soulève plusieurs moyens d'appel, il ne sera nécessaire d'aborder que les questions de la représentation inefficace et de l'effet de la preuve offerte par M. Boucher en appel.

IV. Analyse

[14] Dans l'arrêt *Gardiner c. R.*, 2010 NBCA 46, [2010] A.N.-B. n° 289 (QL), le juge Richard (tel était alors son titre), a traité du principe de la représentation efficace et écrit ce qui suit :

Il est incontestable que, dans le système canadien moderne de justice pénale, une personne qui choisit d'être représentée par un avocat a droit à l'« assistance effective » de cet avocat. Ce principe est au cœur même du système accusatoire sur lequel repose notre système de justice pénale. C'est un principe que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520, a reconnu comme un principe de justice fondamentale qui « découle de l'évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 24). Il s'ensuit donc que, dans certaines circonstances, l'aide inefficace de l'avocat au procès peut constituer le motif d'une intervention en appel. Toutefois, la norme est élevée.

Pour avoir gain de cause dans un appel fondé sur une allégation de représentation inefficace, l'appelant doit établir que « les actes ou les omissions » de l'avocat

« relevaient de l'incompétence » (volet examen du travail de l'avocat) et qu'« une erreur judiciaire en a résulté » (volet appréciation du préjudice). Une intervention en appel est justifiée seulement si les deux volets ont été établis. [...] [par. 1 et 2]

[15] Afin d'établir les deux volets du critère, M. Boucher a demandé à la Cour de recevoir certains éléments de preuve.

[16] Généralement, deux types de situations conduisent une partie à demander à présenter une « nouvelle » preuve en appel. Premièrement, il y a la situation classique où une preuve véritablement « nouvelle » – qui existait ou non au moment du procès – a été découverte, preuve qui est disculpatoire et touche directement la culpabilité de l'accusé. L'accusé veut produire cette preuve en appel dans l'espoir d'obtenir un nouveau procès, le verdict étant maintenant remis en cause. Selon le point de vue orthodoxe, une telle preuve, dont le juge des faits ne disposait pas, ne peut être produite en appel que si elle répond aux critères énoncés dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, 1979 A.C.S. n° 126 (QL). La Cour suprême a réaffirmé ces critères dans *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, [1998] A.C.S. n° 91 (QL) :

(1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles [...]

(2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.

(3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et

(4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. [par. 50]

[17] Une fois la preuve admise, les tribunaux ordonneront généralement la tenue d'un nouveau procès.

[18] Le deuxième scénario survient lorsque l'accusé veut produire une preuve montrant que le procès même était vicié ou inéquitable d'une manière ou d'une autre. Une telle preuve, bien souvent, vise à étayer une allégation de représentation inefficace. Dans un tel cas, les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer* ne sont pas pertinents. Le premier critère, celui de la diligence raisonnable, est manifestement inapplicable puisque la « nouvelle » preuve a trait au procès même et, ainsi, n'aurait pu être produite au procès. Le deuxième critère est inapplicable pour la même raison, la preuve ne portant pas sur une question décisive au procès. Le troisième critère n'est pertinent que dans la mesure où toute preuve admise par un tribunal doit être suffisamment plausible. Le quatrième critère est manifestement inapplicable lui aussi. Tel que le juge Hoyt, juge en chef du Nouveau-Brunswick, l'a déclaré : « [...] le critère de l'arrêt *Palmer* ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, la preuve nouvelle vise à contester la validité du procès même. Dans un cas semblable, lorsque l'objet de la preuve nouvelle est de déterminer un moyen d'appel, le procès lui-même est remis en cause » (voir *R. c. Connors (C.)* (1997), 194 R.N.-B. (2^e) 91, [1997] A.N.-B. n^o 469 (QL) (C.A.), par. 3).

[19] Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Dreaver*, 2014 SKCA 133, [2014] S.J. No. 729 (QL), le juge Richards, juge en chef de la Saskatchewan, a fait une observation semblable et a proposé une démarche à laquelle je souscris :

[TRADUCTION]

[...] Dans ce volet de son appel, M. Dreaver soulève la question de savoir si le procès lui-même était entaché d'erreur judiciaire. Le critère permettant de déterminer l'admissibilité de ce type de preuve nouvelle n'est pas celui, bien connu, énoncé dans l'arrêt *R. c. Palmer*, [1980] 1 R.C.S. 759. D'après la jurisprudence applicable, plutôt, une preuve telle que celle en l'espèce devrait être admise si a) elle est pertinente quant à une question dont la cour est saisie, b) elle est plausible, et c) elle suffit (si elle n'est pas contredite) pour justifier l'octroi de l'ordonnance sollicitée. Voir *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, 2001 CSC 21,

[2001] 1 R.C.S. 616, par. 45; *R c. S.G.T.*, 2011 SKCA 4,
265 C.C.C. (3d) 550, par. 39 et 40. [par. 33 et 34]
[C'est moi qui souligne.]

[20] En l'espèce, l'allégation de représentation inefficace portée par M. Boucher repose sur le défaut de présenter certains éléments de preuve au procès, soit ceux qu'il a demandé à produire en appel. M. Boucher a soutenu que ses avocats, à la suite l'un de l'autre, avaient omis de dûment examiner et présenter cette preuve – qu'il avait en sa possession pendant toute la période pertinente – montrant qu'il était membre d'une Première Nation et ainsi non coupable de l'infraction reprochée. M. Boucher a affirmé que cette omission équivalait à une représentation inefficace. Pour établir son moyen fondé sur la représentation inefficace, M. Boucher nous a demandé de recevoir la preuve que, selon lui, ses avocats auraient dû produire devant les tribunaux inférieurs. Lors de l'audition de l'appel, nous avons reçu la preuve à cette fin, ayant conclu qu'elle était pertinente quant à la question de la représentation inefficace, plausible et suffisante pour justifier que nous accueillions l'appel.

[21] M. Boucher a déclaré qu'il avait réuni des documents établissant la composante liens ancestraux du critère de l'arrêt *Powley* et qu'il les avait eus avec lui chaque fois qu'il avait rencontré ses avocats. Il affirme qu'il a imploré les avocats d'examiner les documents avec lui et qu'il leur a demandé de les produire en preuve, et qu'on lui a répondu que la preuve était déjà suffisante et que ces documents n'étaient pas nécessaires. M. Boucher soutient que l'avocat chargé de le représenter au procès a omis de produire la preuve. Le nouvel avocat qui a représenté M. Boucher après que le premier a été radié en tant qu'avocat commis au dossier, ayant pris sa retraite, a refusé de présenter une motion en vue de faire rouvrir la preuve pour produire cette preuve, et l'avocat qui a représenté M. Boucher devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires n'a pas voulu demander que la preuve soit reçue en tant que « nouvelle » preuve.

[22] Dans un affidavit qui a été déposé auprès de notre Cour en réponse à l'allégation de représentation inefficace de M. Boucher, l'avocat de ce dernier au procès a

admis, et c'est tout à son honneur, qu'il avait représenté son client de manière inefficace. Par conséquent, il ne serait pas utile de détailler en quoi la représentation de l'avocat était inefficace. À notre avis, la représentation inefficace de l'avocat de M. Boucher en appel découle de l'inefficacité manifeste et admise du premier avocat. La représentation inefficace de ce dernier aurait dû être soulevée, comme moyen d'appel, par l'avocat de M. Boucher en appel.

[23] Les documents que M. Boucher voulait faire produire en preuve par ses avocats étaient pertinents et importants pour sa défense. Le défaut de chacun des avocats de les produire ne satisfaisait pas aux normes auxquelles les avocats sont tenus et a privé M. Boucher d'un procès équitable. L'allégation de représentation inefficace de M. Boucher est donc fondée, et le présent appel doit être accueilli pour ce motif.

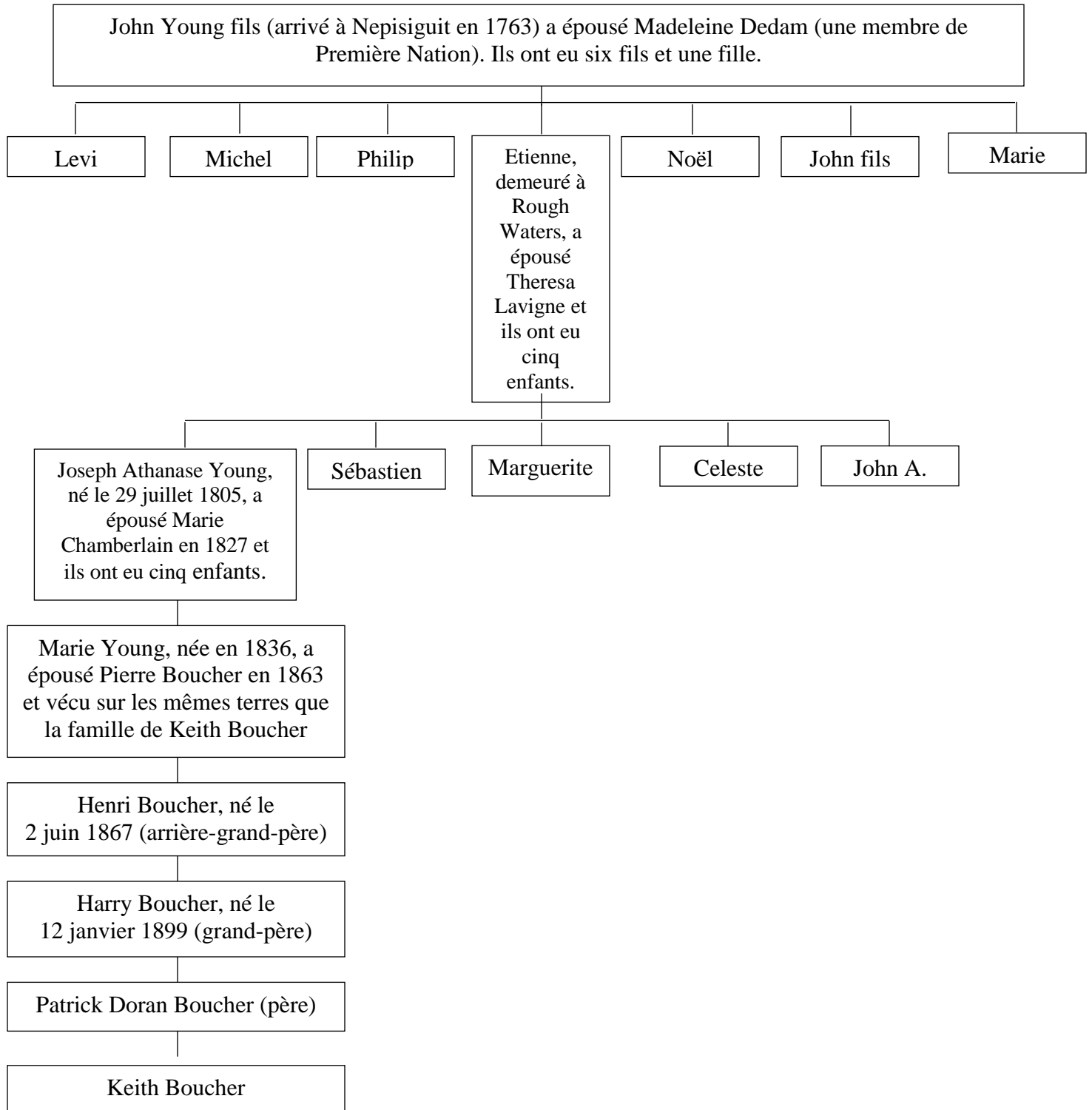
[24] Lorsqu'un appel est accueilli pour motif de représentation inefficace, cela entraîne, habituellement, la tenue d'un nouveau procès. En l'espèce, nous n'avons pas ordonné une telle réparation en raison de la déclaration suivante du juge du procès :

[TRADUCTION]

Il est parfaitement possible qu'une recherche généalogique plus poussée et méticuleuse puisse, devant un autre tribunal, donner lieu à des conclusions différentes. On pourra en décider un autre jour. En l'espèce, toutefois, compte tenu de la preuve dont je dispose et des conclusions que j'ai tirées relativement à son allégation, je dois conclure qu'il ne m'a pas convaincu de son appartenance, en raison d'un lien ancestral, à la communauté actuelle de Nepisiguit. [par. 84]

[25] À notre avis, la preuve que M. Boucher demandait à ses avocats de produire fournissait une telle information additionnelle. Par conséquent, nous avons soumis la « nouvelle » preuve aux critères énoncés dans l'arrêt *Palmer* et conclu qu'il fallait l'admettre, pour qu'elle serve non seulement à étayer l'allégation de représentation inefficace, mais aussi à décider du bien-fondé de l'appel.

[26] L'examen des documents concernant son arbre généalogique a rendu manifeste que M. Boucher était issu d'une Première Nation. Ces documents nous permettent de faire les extrapolations suivantes :



[27] Cet arbre généalogique, ainsi que des documents de recensement, des registres paroissiaux, des cartes de concessions et divers actes de transfert ont prouvé que M. Boucher était issu d'une Première Nation. La preuve a aussi révélé d'autres ascendances autochtones de M. Boucher.

[28] J'ai passé en revue les documents soumis par M. Boucher (énumérés dans sa [TRADUCTION] « légende ») et pris en compte ses explications, et j'en suis venue à la conclusion que les documents étaient décisifs quant à l'issue de l'affaire. Par conséquent, j'ai estimé que la meilleure mesure réparatoire ne consistait pas à ordonner la tenue d'un nouveau procès et qu'il s'agissait d'une affaire où la Cour d'appel pouvait inscrire l'acquittement.

V. Conclusion

[29] En résumé, M. Boucher m'a convaincue 1) que ses avocats ne lui ont pas assuré une représentation efficace; 2) que la preuve qu'il a produite pour démontrer la représentation inefficace répondait aussi aux critères énoncés dans l'arrêt *Palmer* et devait être reçue en tant que nouvelle preuve en appel; 3) que cette preuve démontrait, avec les autres éléments de preuve reçus au procès, qu'il satisfaisait au critère énoncé dans l'arrêt *Powley*. C'est pour ce motif que, au titre de l'al. 686(2)a) du *Code criminel*, applicable en vertu du par. 839(2) du *Code* et du par. 116(1) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, je me suis associée à mes collègues pour accueillir l'appel, annuler la déclaration de culpabilité et inscrire l'acquittement.