

Howard Pamajewon and Roger Jones *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Assembly of Manitoba Chiefs, the Federation of Saskatchewan Indian Nations and White Bear First Nations, and Delgamuukw et al. *Interveniers*

INDEXED AS: R. v. PAMAJEWON

File No.: 24596.

Hearing and judgment: February 26, 1996.

Reasons delivered: August 22, 1996.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Howard Pamajewon et Roger Jones *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, l'Assemblée of Manitoba Chiefs, la Fédération of Saskatchewan Indian Nations et les premières nations de White Bear, et Delgamuukw et autres *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. PAMAJEWON

N^o du greffe: 24596.

Audition et jugement: 26 février 1996.

Motifs déposés: 22 août 1996.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Autonomie gouvernementale et jeux de hasard à gros enjeux — Prise par les premières nations d'un règlement administratif sur les loteries — Règlement administratif non pris conformément à l'art. 81 de la Loi sur les Indiens — Dépôt d'accusations criminelles reprochant des

Constitutional law — Aboriginal rights — Self-government and high stakes gambling — First nations passing lotteries by-laws — By-laws not passed pursuant to s. 81 of Indian Act — Criminal charges laid for alleged breach of gambling provisions — Whether an aboriginal right to gamble — Whether an aboriginal

right to self-government which includes the right to regulate gambling activities — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 201(1), 206(1)(d), 207 — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81.

The Shawanaga First Nation and the Eagle Lake First Nation both passed by-laws dealing with lotteries. Neither by-law was passed pursuant to s. 81 of the *Indian Act* and neither First Nation had a provincial licence authorizing gambling operations. The Shawanaga First Nation asserted an inherent right to self-government and the Eagle Lake First Nation asserted the right to be self-regulating in its economic activities.

The appellants Howard Pamajewon and Roger Jones, members of the Shawanaga First Nation, were charged with keeping a common gaming house contrary to s. 201(1) of the *Criminal Code*. The charges arose out of high stakes bingo and other gambling activities on the reserve. The appellants Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner, members of the Eagle Lake First Nation, were charged with conducting a scheme for the purpose of determining the winners of property, contrary to s. 206(1)(d) of the *Code*. The charges related to the band's bingo activities on the reserve. All were convicted and the convictions were upheld on appeal. At issue here was whether the regulation of high stakes gambling by the Shawanaga and Eagle Lake First Nations fell within the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The constitutional question before the Court queried whether ss. 201, 206 or 207 of the *Code*, separately or in combination, were of no force or effect with respect to the appellants by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal or treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.: Assuming without deciding that s. 35(1) includes self-government claims, the applicable legal standard is that laid out in *R. v. Van der Peet*. Claims to self-government made under

contraventions à des dispositions concernant les jeux de hasard — Existe-t-il un droit ancestral de s'adonner à des jeux de hasard? — Existe-t-il un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale qui inclut le droit de réglementer les activités de jeux de hasard? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 201(1), 206(1)(d), 207 — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81.

Les premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake ont toutes deux pris des règlements administratifs sur les loteries. Ni l'un ni l'autre des règlements administratifs n'ont été pris conformément à l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, et ni l'une ni l'autre de ces premières nations ne détenaient de permis provincial autorisant les activités de jeu. La première nation Shawanaga a invoqué un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et la première nation de Eagle Lake a invoqué son droit d'auto-réglementer ses activités économiques.

Les appelants Howard Pamajewon et Roger Jones, membres de la première nation de Shawanaga, ont été accusés d'avoir tenu une maison de jeu, contrairement au par. 201(1) du *Code criminel*. Les accusations ont été portées à la suite d'un bingo à gros enjeux et d'autres activités de jeux de hasard qui se sont déroulés dans la réserve. Les appelants Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner, membres de la première nation de Eagle Lake, ont été accusés d'avoir conduit un plan pour déterminer les gagnants d'un bien, contrairement à l'al. 206(1)(d) du *Code*. Les accusations se rapportaient aux activités de bingo de la bande dans la réserve. Tous les appelants ont été déclarés coupables et les déclarations de culpabilité ont été confirmées en appel. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la réglementation des jeux de hasard à gros enjeux par les premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake est visée par les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La question constitutionnelle examinée par la Cour est de savoir si les articles 201, 206 ou 207 du *Code criminel*, pris isolément ou ensemble, sont inopérants à l'égard des appelants, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux ou issus de traités au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: À supposer, sans toutefois en décider, que le par. 35(1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale, la norme juridique pertinente n'en

s. 35(1) are no different from other claims to the enjoyment of aboriginal rights and must be measured against the same standard.

In order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. The Court must first identify the exact nature of the activity claimed to be a right and must then go on to determine whether that activity could be said to be "a defining feature of the culture in question" prior to contact with Europeans.

The most accurate characterization of the appellants' claim is that they are asserting that s. 35(1) recognizes and affirms the rights of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations to participate in, and to regulate, gambling activities on their respective reserve lands. To characterize the appellants' claim as "a broad right to manage the use of their reserve lands" would cast the Court's inquiry at a level of excessive generality. Aboriginal rights, including any asserted right to self-government, must be looked at in light of the specific circumstances of each case and, in particular, in light of the specific history and culture of the aboriginal group claiming the right.

The evidence presented at trial did not demonstrate that gambling, or that the regulation of gambling, was an integral part of the distinctive cultures of the Shawanaga or Eagle Lake First Nations at the time of contact. The activity was therefore not protected by s. 35(1).

Per L'Heureux-Dubé J.: To characterize the appellants' claim as the existence in their bands of a broad authority, protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to make decisions regarding natives' social, economic, and cultural well-being (including the regulating of gambling activities) is overly broad. The claim, nevertheless, should not be characterized as "the rights of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations to participate in, and to regulate, gambling activities on their respective reserve lands". The proper inquiry focuses upon the activity itself and not on the specific manner in which it has been manifested. The claim must be broadly characterized: do the appellants possess an existing aboriginal right to gamble? If such a right can

demeure pas moins celle établie dans *R. c. Van der Peet*. Les revendications d'autonomie gouvernementale présentées en vertu du par. 35(1) ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux, et elles doivent être appréciées au regard de la même norme.

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. La Cour doit d'abord déterminer la nature exacte de l'activité qui, prétend-on, serait un droit, et ensuite se demander s'il est possible d'affirmer que cette activité était «une caractéristique déterminante de la culture en cause» avant le contact avec les Européens.

La façon la plus précise de caractériser la revendication des appelants est de dire qu'ils prétendent que le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit des premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités. Caractériser la revendication des appelants de «droit général de gérer l'utilisation des terres de leurs réserves» aurait pour effet d'assujettir l'examen de la Cour à un degré excessif de généralité. Les droits ancestraux, y compris toute revendication du droit à l'autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l'histoire et de la culture particulières du groupe autochtone qui revendique le droit.

La preuve présentée aux procès n'établit pas que les jeux de hasard ou la réglementation de telles activités faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la première nation de Shawanaga ou de celle de la première nation de Eagle Lake au moment du contact avec les Européens. L'activité n'est donc pas protégée par le par. 35(1).

Le juge L'Heureux-Dubé: Décrire la revendication des appelants comme étant l'existence pour leurs bandes d'un large pouvoir, protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de prendre des décisions concernant le bien-être social, économique et culturel des autochtones (y compris le pouvoir de réglementer les activités de jeux de hasard) est une caractérisation trop générale. Néanmoins, la revendication ne devrait pas être caractérisée comme étant le «droit des premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités». L'analyse doit porter sur l'activité elle-même et non sur la façon particulière dont elle a été exercée. Il faut caractériser la

be shown to exist it would oblige the government to justify the infringement upon that right by the *Criminal Code*, which essentially prohibits gambling.

The definition of aboriginal rights should refer to the notion of the "integral part of a distinctive aboriginal culture", and to be recognized under s. 35(1), must be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. The evidence presented did not show that gambling ever played an important role in the cultures of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations. Gambling as a practice was not connected enough to the self-identity and self-preservation of the aboriginal societies involved here to deserve the protection of s. 35(1). It was unnecessary to consider whether s. 35(1) encompasses a broad right of self-government which includes the authority to regulate gambling activities on the reservation. Even if some rights of self-government existed before 1982, there was no evidence that gambling on reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal regulation.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 15, 201(1), 206(1)(d), 207 [rep. & subs. c. 52 (1st Supp.)], s. 3].

revendication de façon générale: les appelants possèdent-ils un droit ancestral existant de s'adonner aux jeux de hasard. Si l'existence d'un tel droit peut être établie, le gouvernement est alors tenu de justifier l'atteinte portée à ce droit par le *Code criminel*, qui interdit essentiellement les jeux de hasard.

La définition des droits ancestraux doit tenir compte de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», et pour être reconnus en vertu du par. 35(1), ces droits doivent être suffisamment importants et fondamentaux pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. La preuve présentée n'a pas établi que les jeux de hasard aient jamais joué un rôle important dans la culture de la première nation de Shawanaga et celle de la première nation de Eagle Lake. Les jeux de hasard, en tant que pratique, n'ont pas un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones auxquelles les appelants appartiennent pour justifier de reconnaître à ces activités la protection du par. 35(1). Il n'est donc pas nécessaire de se demander si le par. 35(1) confère un droit général à l'autonomie gouvernementale incluant celui de réglementer les activités de jeux de hasard dans la réserve. Même si certains droits à l'autonomie gouvernementale existaient avant 1982, il n'y a aucune preuve que les jeux de hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés:** *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés:** *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 15, 201(1), 206(1)d), 207 [abr. & rempl. ch. 52 (1^{er} suppl.), art. 3].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81 [am. c. 32 (1st Supp.), s. 15].

Robinson Treaty Made in the Year 1850 with the Ojibewa Indians of Lake Huron. Reprinted from the edition of 1939. Ottawa: Queen's Printer, 1964.

Royal Proclamation of 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 21 O.R. (3d) 385, 120 D.L.R. (4th) 475, 95 C.C.C. (3d) 97, 36 C.R. (4th) 388, 77 O.A.C. 161, 25 C.R.R. (2d) 207, [1995] 2 C.N.L.R. 188, dismissing appeals by Howard Pamajewon and Roger Jones from convictions by Carr Prov. Ct. J. and by Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner from convictions by Flaherty Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Arthur C. Pape, Clayton C. Ruby and Jean Teillet, for the appellants.

Scott C. Hutchison, for the respondent.

Ivan G. Whitehall, Q.C., and *Kimberley Prost*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Pierre Lachance, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Kenneth J. Tyler and Richard A. Saull, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Margaret Unsworth, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Jack R. London, Q.C., and *Martin S. Minuk*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81 [mod. ch. 32 (1^{er} suppl.), art.15].

Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), ann. II, n^o 1.

Traité Robinson conclu en l'année 1850 avec les Ojibeways du Lac Huron. Réimpression de l'édition de 1939. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1964.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 21 O.R. (3d) 385, 120 D.L.R. (4th) 475, 95 C.C.C. (3d) 97, 36 C.R. (4th) 388, 77 O.A.C. 161, 25 C.R.R. (2d) 207, [1995] 2 C.N.L.R. 188, qui a rejeté les appels interjetés par Howard Pamajewon et Roger Jones contre les déclarations de culpabilité prononcées contre eux par le juge Carr de la Cour provinciale, ainsi que les appels interjetés par Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner contre les déclarations de culpabilité prononcées contre eux par le juge Flaherty de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Arthur C. Pape, Clayton C. Ruby et Jean Teillet, pour les appelants.

Scott C. Hutchison, pour l'intimée.

Ivan G. Whitehall, c.r., et *Kimberley Prost*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Pierre Lachance, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kenneth J. Tyler et Richard A. Saull, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Margaret Unsworth, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jack R. London, c.r., et *Martin S. Minuk*, pour l'intervenante l'Assemblée of Manitoba Chiefs.

Mary Ellen Turpel-Lafond and Lesia Ostertag,
for the interveners the Federation of Saskatchewan
Indian Nations and White Bear First Nations.

Louise Mandell and Peter W. Hutchins, for the
interveners Delgamuukw et al.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci
and Major J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

¹ This appeal raises the question of whether the
conduct of high stakes gambling by the Shawanaga
and Eagle Lake First Nations falls within the scope
of the aboriginal rights recognized and affirmed by
s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

² The appeal was heard on February 26, 1996 and
judgment was given dismissing the appeal. The
following brief reasons will explain the basis for
this decision.

II. Statement of Facts

Pamajewon and Jones

³ The appellants Pamajewon and Jones are mem-
bers of the Shawanaga First Nation. On March 29,
1993, both were found guilty of the offence of
keeping a common gaming house contrary to s.
201(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985,
c. C-46. Section 201(1) of the *Criminal Code*
reads:

201. (1) Every one who keeps a common gaming
house or common betting house is guilty of an indictable
offence and liable to imprisonment for a term not
exceeding two years.

⁴ The charges arose out of the high stakes bingo
and other gambling activities which took place on
the Shawanaga First Nation Reservation between
September 11, 1987 and October 6, 1990.
Throughout this period Jones was Chief of the

Mary Ellen Turpel-Lafond et Lesia Ostertag,
pour les intervenantes la Federation of Saskatche-
wan Indian Nations et les premières nations de
White Bear.

Louise Mandell et Peter W. Hutchins, pour les
intervenants Delgamuukw et autres.

Version française du jugement du juge en chef
Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier,
Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir
si la conduite de jeux de hasard à gros enjeux par
les premières nations de Shawanaga et de Eagle
Lake est visée par les droits ancestraux reconnus et
confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitution-
nelle de 1982*.

Le pourvoi a été entendu le 26 février 1996 et
jugement a été rendu rejetant le pourvoi. Les brefs
motifs qui suivent expliquent le fondement de cette
décision.

II. Exposé des faits

Pamajewon et Jones

Les appelants Pamajewon et Jones sont
membres de la première nation de Shawanaga. Le
29 mars 1993, ils ont tous deux été déclarés cou-
pables d'avoir tenu une maison de jeu, contrairement
au par. 201(1) du *Code criminel*, L.R.C.
(1985), ch. C-46. Cette disposition est ainsi rédi-
gée:

201. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible
d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque
tient une maison de jeu ou une maison de pari.

Les accusations ont été portées à la suite d'un
bingo à gros enjeux et d'autres activités de jeux de
hasard qui se sont déroulés dans la réserve de la
première nation de Shawanaga entre le 11 septem-
bre 1987 et le 6 octobre 1990. Pendant toute cette

Shawanaga First Nation and Pamajewon was a member of the Shawanaga Band Council.

Gambling on the reservation took place pursuant to the authority of the Shawanaga First Nation lottery law. This lottery law, enacted by the Band Council in August 1987, was not a by-law passed pursuant to s. 81 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

The Shawanaga First Nation did not have a provincial licence authorizing its gambling activities. The band had met with the Ontario Lottery Corporation but had refused the Corporation's offer of a gambling licence on the basis that such a licence was unnecessary because the band had an inherent right of self-government.

At trial the appellants Pamajewon and Jones were convicted. Their convictions were upheld by the Ontario Court of Appeal.

Gardner, Pitchenese and Gardner

The appellants Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner are all members of the Eagle Lake First Nation. On November 19, 1993 they were found guilty of conducting a scheme for the purpose of determining the winners of property, contrary to s. 206(1)(d) of the *Code*. Section 206(1)(d) of the *Code* reads:

206. (1) Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years who

(d) conducts or manages any scheme, contrivance or operation of any kind for the purpose of determining who, or the holders of what lots, tickets, numbers or chances, are the winners of any property so proposed to be advanced, lent, given, sold or disposed of . . .

At the time they were charged Arnold Gardner was Chief of the Eagle Lake Band and chairman of the bingo committee. Jack Pitchenese managed the

période, Jones était chef de la première nation de Shawanaga et Pamajewon était membre du conseil de bande de Shawanaga.

Les jeux de hasard organisés dans la réserve se sont déroulés en vertu de la loi sur les loteries de la première nation de Shawanaga. Cette loi, édictée par le conseil de bande en août 1987, n'était pas un règlement administratif pris conformément à l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

La première nation de Shawanaga ne détenait pas de permis provincial autorisant ses activités de jeu. La bande avait rencontré la Société des loteries de l'Ontario, mais avait refusé la licence que celle-ci lui offrait pour le motif qu'elle n'en avait pas besoin, étant donné qu'elle possédait le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

À leur procès, les appelants Pamajewon et Jones ont été déclarés coupables. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ces déclarations de culpabilité.

Gardner, Pitchenese et Gardner

Les appelants Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner sont tous membres de la première nation de Eagle Lake. Le 19 novembre 1993, ils ont été déclarés coupables d'avoir conduit un plan pour déterminer les gagnants d'un bien, contrairement à l'al. 206(1)d) du *Code*, qui est ainsi rédigé:

206. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, selon le cas:

d) conduit ou administre un plan, un arrangement ou une opération de quelque genre que ce soit pour déterminer quels individus ou les porteurs de quels lots, billets, numéros ou chances sont les gagnants d'un bien qu'il est ainsi proposé de céder par avance, prêter, donner, vendre ou aliéner . . .

Au moment où les accusations ont été portées, Arnold Gardner était chef de la bande de Eagle Lake et président du comité du bingo, Jack

bingo operations. Allan Gardner was the chief bingo caller.

Pitchenese administrait les activités du bingo et Allan Gardner était le meneur de jeu en chef du bingo.

10 The gambling activities on the Eagle Lake Reserve were conducted pursuant to the Eagle Lake First Nation Band Council's lottery law, enacted in March 1985. This lottery law was not a by-law passed pursuant to s. 81 of the *Indian Act*.

Les activités de jeu conduites dans la réserve de Eagle Lake l'ont été en vertu de la loi sur les loteries du conseil de bande de la première nation de Eagle Lake, édictée en mars 1985. Cette loi sur les loteries n'était pas un règlement administratif pris conformément à l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens*.

11 The Eagle Lake First Nation did not have a provincial licence authorizing its gambling operations; the band had refused to negotiate with the Ontario Lottery Commission, even though it was approached for this purpose by the Ministry of Consumer and Commercial Relations. The band would not negotiate because it asserted the right to be self-regulating in its economic activities.

La première nation de Eagle Lake ne détenait pas de permis provincial autorisant ses activités de jeu. La bande avait refusé de négocier avec la Société des loteries de l'Ontario, même si le ministère de la Consommation et du Commerce avait fait des démarches auprès d'elle à cette fin. La bande refusait de négocier, invoquant son droit d'autoréglementer ses activités économiques.

12 The appellants Gardner, Pitchenese and Gardner were convicted at trial. Their convictions were upheld by the Ontario Court of Appeal.

Les appelants Gardner, Pitchenese et Gardner ont été déclarés coupables au terme du procès. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé les déclarations de culpabilité.

III. Judgments Below

III. Juridictions inférieures

Provincial Court

La Cour provinciale

Pamajewon and Jones

Pamajewon et Jones

13 At trial the appellants Pamajewon and Jones argued that the Crown had failed to prove the essential elements of the offence. Carr Prov. Ct. J. rejected this argument. It has not been pursued on appeal. The appellants argued further that they should not be convicted because their actions were taken pursuant to laws enacted by persons in possession of *de facto* sovereignty, as per s. 15 of the *Code*. Carr Prov. Ct. J. also rejected this argument, holding that the appellants had not demonstrated either that they were acting in "obedience" to the Shawanaga First Nation's lottery law (it did not require them to act as they did) or that the band council had *de facto* sovereignty. This argument has not been pursued on appeal.

Au procès, les appelants Pamajewon et Jones ont plaidé que le ministère public n'avait pas réussi à prouver les éléments essentiels de l'infraction. Le juge Carr de la Cour provinciale a rejeté cet argument, qui n'a pas été repris en appel. Les appelants ont aussi avancé qu'ils ne devaient pas être déclarés coupables, parce qu'ils avaient accompli les actes reprochés conformément à des lois édictées par des personnes possédant *de facto* un pouvoir souverain au sens de l'art. 15 du *Code*. Le juge Carr a également rejeté cet argument, statuant que les appelants n'avaient fait la preuve ni qu'ils avaient agi [TRADUCTION] «en exécution» de la loi sur les loteries de la première nation de Shawanaga (qui n'exigeait pas d'eux qu'ils agissent comme ils l'ont fait), ni que le conseil de bande possédait *de facto* un pouvoir souverain. Cet argument n'a pas été repris en appel.

The appellants' final argument was that the application of s. 201(1) of the *Code* was an unconstitutional violation of the Shawanaga First Nation's inherent right of self-government. Carr Prov. Ct. J. rejected this argument. Relying on the terms of the *Royal Proclamation of 1763* and the Robinson Huron Treaty of 1850, and the granting of exclusive jurisdiction over "Indians, and Lands reserved for the Indians" to the federal government under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, he held that any right of self-government which was once held by the Shawanaga First Nation had been extinguished by the clear and plain intention of the Crown, with the result that the appellants could not rely on such a right as a defence to the charges against them.

In the result, Carr Prov. Ct. J. convicted the appellants and sentenced them to a fine of \$1,500 each.

Gardner, Pitchenese and Gardner

The appellants Gardner, Pitchenese and Gardner argued that they should not be convicted because s. 206 of the *Code* unjustifiably interfered with the Eagle Lake First Nation's s. 35(1) right to self-government. Flaherty Prov. Ct. J. rejected this argument. He held that the appellants' argument amounted, in essence, to an attempt to base the right to self-government on the economic disadvantages suffered by the Eagle Lake First Nation. Flaherty Prov. Ct. J. held that such a claim must fail:

However one may wish to complain about ones economic disadvantage and however apparent it might be, redress needs to be found in other ways. People need to find ways of creating wealth and generating revenue that are not contrary to the Criminal law. . . . I am not persuaded that the economic disadvantages of the Eagle Lake First Nations people as evident as they have been established to be in these proceedings and of First Nations people generally can be addressed by activity which contravenes the Criminal law nor can I strike down a section of the Criminal Code which is otherwise

14
Selon le dernier argument des appelants, l'application du par. 201(1) du *Code* est une violation inconstitutionnelle du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de la première nation de Shawanaga. Le juge Carr a rejeté cet argument. S'appuyant sur le libellé de la *Proclamation royale de 1763* et du *Traité Robinson du lac Huron de 1850*, ainsi que sur le fait que le gouvernement fédéral a compétence exclusive sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a statué que tout droit à l'autonomie gouvernementale que détenait autrefois la première nation de Shawanaga avait été éteint par suite de la manifestation d'une intention claire et expresse en ce sens par l'État, et qu'en conséquence les appelants ne pouvaient invoquer ce droit comme moyen de défense à l'égard des accusations portées contre eux.

15
Finalement, le juge Carr a déclaré les appelants coupables et les a condamnés chacun à une amende de 1 500 \$.

Gardner, Pitchenese et Gardner

16
Les appelants Gardner, Pitchenese et Gardner ont prétendu qu'ils ne devraient pas être déclarés coupables parce que l'art. 206 du *Code* porte atteinte de façon injustifiée au droit à l'autonomie gouvernementale reconnu à la première nation de Eagle Lake par le par. 35(1). Le juge Flaherty de la Cour provinciale a rejeté cet argument. Il a statué que l'argument des appelants revenait essentiellement à tenter de fonder le droit à l'autonomie gouvernementale sur la situation économique défavorable de la première nation de Eagle Lake. Le juge Flaherty a conclu qu'une telle prétention ne pouvait pas être retenue:

[TRADUCTION] Si nécessaire qu'il puisse paraître à quelqu'un de se plaindre de sa situation économique défavorable et si criante que puisse être cette situation, il faut chercher d'autres moyens d'y remédier. Il faut trouver des façons de créer de la richesse et de tirer un revenu qui ne sont pas contraires au droit criminel. [. . .] [J]e ne suis pas convaincu que la situation économique défavorable de la première nation de Eagle Lake, aussi évidente qu'elle soit à la lumière de la preuve déposée en l'espèce, et que la situation économique défavorable des premières nations en général peuvent être redressées par

constitutionally valid for the reasons carefully and ably submitted in this case.

une activité qui contrevient au droit criminel, et je ne peux pas non plus annuler un article du Code criminel, par ailleurs valide sur le plan constitutionnel, pour les motifs soigneusement et habilement exposés en l'es-
pèce.

17 Flaherty Prov. Ct. J. convicted the appellants Gardner, Pitchenese and Gardner and sentenced them to a fine of \$1,500 each.

Le juge Flaherty a déclaré les appelants Gardner, Pitchenese et Gardner coupables et les a condamnés chacun à une amende de 1 500 \$.

Ontario Court of Appeal (1994), 21 O.R. (3d) 385

La Cour d'appel de l'Ontario (1994), 21 O.R. (3d) 385

18 At the Ontario Court of Appeal the appellants argued that their convictions violated their respective bands' rights to self-government. They argued that the right to self-government existed either as an incident to aboriginal title in the reserve land or as an inherent aboriginal right. The Court of Appeal rejected this argument. Osborne J.A. held that the basis of aboriginal title, as was held by Macfarlane J.A. at the British Columbia Court of Appeal in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, is the aboriginal use and occupation of the land, and that the content of such title is determined by the nature of the traditional aboriginal enjoyment of that land. Osborne J.A. held that in light of this basis and content it could not be said that aboriginal title gave rise to a broad right of self-government. Instead, the specific right of self-government claimed must be considered and a determination made as to whether that specific right arises from the traditional aboriginal culture and land use of the particular claimants. In this case the specific right of self-government claimed was the right to regulate high stakes gambling; Osborne J.A. held, at p. 400, that there "is no evidence to support a conclusion that gambling generally or high stakes gambling of the sort in issue here, were part of the First Nations' historic cultures and traditions, or an aspect of their use of their land".

Devant la Cour d'appel de l'Ontario, les appelants ont affirmé que leurs déclarations de culpabilité violaient le droit à l'autonomie gouvernementale de leur bande indienne respective. Ils ont avancé que le droit à l'autonomie gouvernementale existait soit en tant qu'accessoire du titre aborigène visant les terres de la réserve, soit en tant que droit ancestral inhérent. La Cour d'appel n'a pas retenu cet argument. Le juge Osborne a statué que le titre aborigène repose, comme a conclu le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97, sur l'occupation et l'utilisation du territoire par les autochtones, et que le contenu de ce titre est déterminé par la nature du droit de jouissance dont les autochtones ont traditionnellement profité à l'égard de ce territoire. Le juge Osborne a conclu que, à la lumière du fondement et de la teneur du titre aborigène, il est impossible d'affirmer que celui-ci a donné naissance à un droit général à l'autonomie gouvernementale. Au contraire, c'est le droit particulier à l'autonomie gouvernementale revendiqué qui doit être examiné afin de déterminer si ce droit découle de la culture autochtone traditionnelle des intéressés et de leur utilisation traditionnelle du territoire. En l'espèce, le droit particulier à l'autonomie gouvernementale revendiqué est celui de réglementer les jeux de hasard à gros enjeux. Le juge Osborne a statué, à la p. 400, qu' [TRADUCTION] «aucun élément de preuve ne permet de conclure que les jeux de hasard en général et les jeux de hasard à gros enjeux comme ceux en cause ici faisaient partie de la culture et des traditions historiques des premières nations, ou qu'ils constituaient un aspect de l'utilisation qu'elles faisaient de leur territoire».

Osborne J.A. held further that *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, is authority for the proposition that any broad inherent right to self-government held by the appellants was extinguished by the British assertion of sovereignty. The success of a claim to any more specific right of self-government will depend on the historical evidence regarding the aboriginal community of the particular claimant. In this case he held at p. 400 that the appellants' claim to self-government was not supported by the evidence: "there is no evidence that gambling on the reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal regulation. Moreover, there is no evidence of an historic involvement in anything resembling the high stake gambling in issue in these cases". Osborne J.A. went on to hold that, in any case, any regulatory right over gambling held by the appellants in these cases was extinguished by Parliament's enactment of prohibitions on gambling in the *Code*.

IV. Grounds of Appeal

Leave to appeal to this Court was granted on June 1, 1995: [1995] 2 S.C.R. viii. On July 6, 1995 the following constitutional question was stated:

Are s. 201, s. 206 or s. 207 of the *Criminal Code*, separately or in combination, of no force or effect with respect to the appellants, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in the circumstances of these proceedings, by reason of the aboriginal or treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellants?

The appellants appealed on the basis that the Court of Appeal erred in restricting aboriginal title to rights that are activity and site specific and in concluding that self-government only extends to those matters which were governed by ancient laws or customs. The appellant argued further that the Court of Appeal erred in concluding that the *Code* extinguished self-government regarding gaming and in not addressing whether the *Code's* gaming provisions unjustifiably interfered with the

Le juge Osborne a aussi conclu que l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, permet d'affirmer que tout droit général et inhérent à l'autonomie gouvernementale que détenaient les appelants a été éteint par l'affirmation de souveraineté des Britanniques. Le succès d'une revendication d'un droit plus particulier à l'autonomie gouvernementale dépend de la preuve historique se rapportant à la collectivité autochtone de l'intéressé. Le juge Osborne a statué, à la p. 400, que la prétention des appelants à l'autonomie gouvernementale ne s'appuyait sur aucun élément de preuve: [TRADUCTION] «il n'y a aucune preuve que les jeux de hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone. Qui plus est, il n'y a aucune preuve d'une quelconque participation historique à quoi que ce soit d'analogue aux jeux de hasard à gros enjeux en cause dans les présents cas». Le juge Osborne a poursuivi en concluant que, de toute manière, tout droit de réglementer les jeux de hasard que détenaient les appelants en l'espèce avait été éteint par les interdictions visant les jeux de hasard édictées par le législateur fédéral dans le *Code*.

IV. Moyens d'appel

L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a été accordée le 1^{er} juin 1995: [1995] 2 R.C.S. viii. Le 6 juillet 1995, la question constitutionnelle suivante a été formulée:

Dans les circonstances du présent pourvoi, les articles 201, 206 ou 207 du *Code criminel*, pris isolément ou ensemble, sont-ils inopérants à l'égard des appelants, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux ou issus de traités au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par les appelants?

Dans leur pourvoi, les appelants affirment que la Cour d'appel a commis une erreur en limitant le titre aborigène aux droits touchant une activité et un site spécifiques, et en concluant que l'autonomie gouvernementale ne s'étend qu'aux questions qui étaient régies par d'anciennes lois ou coutumes. Les appelants ont aussi prétendu que la Cour d'appel avait fait erreur en statuant que le *Code* avait éteint le droit à l'autonomie gouvernementale en matière de jeux de hasard, et en ne se

rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

demandant pas si ces dispositions du *Code* sur les jeux de hasard portaient atteinte de façon injustifiée aux droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

22 The Federation of Saskatchewan Indian Nations and White Bear First Nations intervened on behalf of the appellants. The Attorney Generals of Canada, Quebec, Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta intervened on behalf of the respondent.

La Federation of Saskatchewan Indian Nations et les premières nations de White Bear sont intervenues en faveur des appelants. Les procureurs généraux du Canada, du Québec, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta sont intervenus en faveur de l'intimée.

V. Analysis

V. Analyse

23 The resolution of the appellants' claim in this case rests on the application of the test, laid out by this Court in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, for determining the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The appellants in this case are claiming that the gambling activities in which they took part, and their respective bands' regulation of those gambling activities, fell within the scope of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1). *Van der Peet, supra*, lays out the test for determining the practices, customs and traditions which fall within s. 35(1) and, as such, provides the legal standard against which the appellants' claim must be measured.

La résolution de la revendication des appelants en l'espèce repose sur l'application du critère qu'a établi notre Cour dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, pour déterminer les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le présent cas, les appelants affirment que les activités de jeux de hasard auxquelles ils ont pris part et la réglementation établie par leur bande indienne respective à l'égard de ces activités sont visées par les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1). L'arrêt *Van der Peet*, précité, énonce le critère permettant de déterminer les coutumes, pratiques et traditions visées par le par. 35(1) et, de ce fait, constitue la norme juridique au regard de laquelle la revendication des appelants doit être appréciée.

24 The appellants' claim involves the assertion that s. 35(1) encompasses the right of self-government, and that this right includes the right to regulate gambling activities on the reservation. Assuming without deciding that s. 35(1) includes self-government claims, the applicable legal standard is nonetheless that laid out in *Van der Peet, supra*. Assuming s. 35(1) encompasses claims to aboriginal self-government, such claims must be considered in light of the purposes underlying that provision and must, therefore, be considered against the test derived from consideration of those purposes. This is the test laid out in *Van der Peet, supra*. In so far as they can be made under s. 35(1), claims to self-government are no different from other claims

La revendication des appelants comporte l'affirmation que le par. 35(1) englobe le droit à l'autonomie gouvernementale, et que ce droit comprend le droit de réglementer les activités de jeux de hasard dans la réserve. À supposer, sans toutefois en décider, que le par. 35(1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale, la norme juridique pertinente n'en demeure pas moins celle établie dans *Van der Peet*, précité. À supposer que les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale autochtone sont visées par le par. 35(1), ces revendications doivent être examinées à la lumière des objets sous-jacents de cette disposition et, par conséquent, être appréciées au regard du critère tiré de l'analyse de ces objets. Il s'agit du critère établi dans *Van der Peet*, précité. Dans la mesure où elles peuvent être présentées en vertu du par. 35(1), les revendications d'autonomie gouver-

to the enjoyment of aboriginal rights and must, as such, be measured against the same standard.

In *Van der Peet, supra*, the test for identifying aboriginal rights was said to be as follows, at para. 46:

... in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right.

In applying this test the Court must first identify the exact nature of the activity claimed to be a right and must then go on to determine whether, on the evidence presented to the trial judge, and on the facts as found by the trial judge, that activity could be said to be (*Van der Peet*, at para. 59) “a defining feature of the culture in question” prior to contact with Europeans.

I now turn to the first part of the *Van der Peet* test, the characterization of the appellants’ claim. In *Van der Peet, supra*, the Court held at para. 53 that:

To characterize an applicant’s claim correctly, a court should consider such factors as the nature of the action which the applicant is claiming was done pursuant to an aboriginal right, the nature of the governmental regulation, statute or action being impugned, and the practice, custom or tradition being relied upon to establish the right.

When these factors are considered in this case it can be seen that the correct characterization of the appellants’ claim is that they are claiming the right to participate in, and to regulate, high stakes gambling activities on the reservation. The activity which the appellants organized, and which their bands regulated, was high stakes gambling. The statute which they argue violates those rights prohibits gambling subject only to a few very limited exceptions (laid out in s. 207 of the *Code*). Finally, the applicants rely in support of their claim on the fact that the “Ojibwa people . . . had a long tradition of public games and sporting events, which pre-dated the arrival of Europeans”. Thus, the

nementale ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux, et elles doivent, de ce fait, être appréciées au regard de la même norme.

Dans *Van der Peet*, précité, le critère permettant de déterminer l’existence des droits ancestraux a été énoncé ainsi, au par. 46:

... pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.

Dans l’application de ce critère, la Cour doit d’abord déterminer la nature exacte de l’activité qui, prétend-on, serait un droit, et ensuite se demander si, compte tenu de la preuve présentée au juge du procès et des conclusions de fait du juge du procès, il est possible d’affirmer que cette activité était «une caractéristique déterminante de la culture en cause» (*Van der Peet*, par. 59), avant le contact avec les Européens.

Je vais maintenant examiner la première partie du critère établi dans *Van der Peet*, soit la caractérisation de la revendication des appelants. Dans *Van der Peet*, la Cour a statué, au par. 53, que:

Pour bien caractériser la revendication du demandeur, le tribunal doit tenir compte de facteurs tels que la nature de l’acte qui, d’affirmer le demandeur, a été accompli en vertu d’un droit ancestral, la nature du règlement, de la loi ou de l’autre mesure gouvernementale contestée, ainsi que la coutume, pratique ou tradition invoquée pour établir l’existence du droit.

La prise en considération de ces facteurs en l’espèce permet de constater que la bonne façon de caractériser la revendication des appelants est de dire qu’ils revendiquent le droit de participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de réglementer ces activités. Ce que les appelants ont organisé, et que leurs bandes indiennes ont réglementé, ce sont des jeux de hasard à gros enjeux. Le texte de loi qui, selon eux, viole ces droits interdit les jeux de hasard, sous réserve de quelques exceptions de portée limitée (énoncées à l’art. 207 du *Code*). Enfin, les appelants invoquent, au soutien de leur revendication, le fait que le [TRADUCTION] «peuple ojibway [. . .]

25

26

activity in which the appellants were engaged and which their bands regulated, the statute they are impugning, and the historical evidence on which they rely, all relate to the conduct and regulation of gambling. As such, the most accurate characterization of the appellants' claim is that they are asserting that s. 35(1) recognizes and affirms the rights of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations to participate in, and to regulate, gambling activities on their respective reserve lands.

a une longue tradition d'organisation de jeux et d'événements sportifs publics, qui remonte à l'époque antérieure à l'arrivée des Européens». Par conséquent, tant l'activité organisée par les appelants et réglementée par leur bande indienne respective, que le texte de loi qu'ils contestent et la preuve historique sur laquelle ils s'appuient se rapportent à la tenue et à la réglementation de jeux de hasard. En conséquence, la façon la plus précise de caractériser la revendication des appelants est de dire qu'ils prétendent que le par. 35(1) reconnaît et confirme le droit des premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités.

27

The appellants themselves would have this Court characterize their claim as to "a broad right to manage the use of their reserve lands". To so characterize the appellants' claim would be to cast the Court's inquiry at a level of excessive generality. Aboriginal rights, including any asserted right to self-government, must be looked at in light of the specific circumstances of each case and, in particular, in light of the specific history and culture of the aboriginal group claiming the right. The factors laid out in *Van der Peet*, and applied, *supra*, allow the Court to consider the appellants' claim at the appropriate level of specificity; the characterization put forward by the appellants would not allow the Court to do so.

Les appelants eux-mêmes demandent à notre Cour de caractériser leur revendication de [TRANSDUCTION] «droit général de gérer l'utilisation des terres de leurs réserves». Caractériser ainsi la revendication des appelants aurait pour effet d'assujettir l'examen de la Cour à un degré excessif de généralité. Les droits ancestraux, y compris toute revendication du droit à l'autonomie gouvernementale, doivent être examinés à la lumière des circonstances propres à chaque affaire et, plus particulièrement, à la lumière de l'histoire et de la culture particulières du groupe autochtone qui revendique le droit. Les facteurs énoncés dans *Van der Peet*, et appliqués plus tôt en l'espèce, permettent à la Cour d'examiner la revendication des appelants suivant le degré de spécificité approprié, ce que ne permettrait pas la caractérisation proposée par les appelants.

28

I now turn to the second branch of the *Van der Peet* test, the consideration of whether the participation in, and regulation of, gambling on the reserve lands was an integral part of the distinctive cultures of the Shawanaga or Eagle Lake First Nations. The evidence presented at both the Pamajewon and Gardner trials does not demonstrate that gambling, or that the regulation of gambling, was an integral part of the distinctive cultures of the Shawanaga or Eagle Lake First Nations. In fact, the only evidence presented at either trial dealing with the question of the importance of gambling was that of James Morrison,

J'aborde maintenant le second volet du critère établi dans *Van der Peet*, soit l'examen visant à déterminer si la participation à des activités de jeux de hasard et la réglementation de telles activités sur les terres des réserves faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la première nation de Shawanaga ou de celle de la première nation de Eagle Lake. La preuve présentée aux procès de Pamajewon et de Gardner n'établit pas que les jeux de hasard ou la réglementation de telles activités faisaient partie intégrante de la culture distinctive de la première nation de Shawanaga ou de celle de la première nation de Eagle

who testified at the Pamajewon trial with regards to the importance and prevalence of gaming in Ojibwa culture. While Mr. Morrison's evidence does demonstrate that the Ojibwa gambled, it does not demonstrate that gambling was of central significance to the Ojibwa people. Moreover, his evidence in no way addresses the extent to which this gambling was the subject of regulation by the Ojibwa community. His account is of informal gambling activities taking place on a small-scale; he does not describe large-scale activities, subject to community regulation, of the sort at issue in this appeal.

I would note that neither of the trial judges in these cases relied upon findings of fact regarding the importance of gambling to the Ojibwa; however, upon review of the evidence I find myself in agreement with the conclusion arrived at by Osborne J.A. when he said first, at p. 400, that there "is no evidence to support a conclusion that gambling generally or high stakes gambling of the sort in issue here, were part of the First Nations' historic cultures and traditions, or an aspect of their use of their land" and, second, at p. 400, that "there is no evidence that gambling on the reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal regulation". I also agree with the observation made by Flaherty Prov. Ct. J. in the Gardner trial when he said that

commercial lotteries such as bingo are a twentieth century phenomena and nothing of the kind existed amongst aboriginal peoples and was never part of the means by which those societies were traditionally sustained or socialized.

Given this evidentiary record, it is clear that the appellants have failed to demonstrate that the gambling activities in which they were engaged, and their respective bands' regulation of those

Lake. De fait, le seul élément de preuve présenté à ces procès en ce qui concerne l'importance des jeux de hasard a été le témoignage de James Morrison, au procès de Pamajewon, relativement à l'importance et à la popularité du jeu dans la culture ojibway. Bien que le témoignage de M. Morrison démontre effectivement que les Ojibways s'adonnaient à des jeux de hasard, il n'établit pas que ces jeux avaient une importance fondamentale pour ce peuple. Qui plus est, il n'est aucunement question dans son témoignage de la mesure dans laquelle ces jeux de hasard étaient réglementés par la collectivité ojibway. Le témoin a fait état d'activités de jeux informelles sur une petite échelle. Il n'a pas décrit d'activités menées sur grande échelle, réglementées par la collectivité et du genre de celles en cause dans le présent pourvoi.

Je ferais remarquer que ni l'un ni l'autre des juges qui ont entendu les procès en l'espèce ne sont appuyés sur des conclusions de fait concernant l'importance des jeux de hasard pour les Ojibways. Toutefois, après examen de la preuve, je souscris à la conclusion tirée par le juge Osborne lorsqu'il a déclaré, premièrement, à la p. 400, qu'«aucun élément de preuve ne permet de conclure que les jeux de hasard en général et les jeux de hasard à gros enjeux comme ceux en cause ici faisaient partie de la culture et des traditions historiques des premières nations, ou qu'ils constituaient un aspect de l'utilisation qu'elles faisaient de leur territoire» et, deuxièmement, à la p. 400, qu'«il n'y a aucune preuve que les jeux de hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone». Je suis également en accord avec l'observation suivante, faite par le juge Flaherty de la Cour provinciale, dans le cadre du procès Gardner:

[TRADUCTION] ... les loteries commerciales telles que les bingos sont des phénomènes du XX^e siècle, et rien de tel n'existait chez les peuples autochtones ni ne faisait partie des moyens traditionnels de socialisation et de subsistance de ces sociétés.

Compte tenu de la preuve au dossier, il est clair que les appelants n'ont pas réussi à démontrer que les activités de jeux de hasard auxquelles ils ont participé et la réglementation de ces activités par

activities, took place pursuant to an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

VI. Conclusion

31 These are my reasons for dismissing the appeal and for affirming the decision of the Court of Appeal upholding the trial judge's conviction of the various appellants for violating ss. 201 and 206 of the *Code*. There will be no order as to costs.

32 For the reasons given above, the constitutional question must be answered as follows:

Question: Are s. 201, s. 206 or s. 207 of the *Criminal Code*, separately or in combination, of no force or effect with respect to the appellants, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in the circumstances of these proceedings, by reason of the aboriginal or treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellants?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

33 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal, as well as the appeals considered contemporaneously in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, concern aboriginal rights as constitutionally protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

34 The broad issue of the nature and extent of constitutionally protected aboriginal rights was dealt with in the companion case of *Van der Peet*, *supra*. In this case, the particular question is whether the Shawanaga and Eagle Lake First Nations, of which the appellants are members, possess an existing aboriginal right to conduct and regulate high stakes gambling operations which take place on their reserves.

35 The Chief Justice has set out the facts and judgments and there is no need to restate them here. On

leur bande respective reposent sur un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

VI. Conclusion

Voilà les motifs pour lesquels je rejette le pourvoi et confirme l'arrêt de la Cour d'appel maintenant les déclarations de culpabilité prononcées par les juges contre les divers appelants à leur procès pour violation des art. 201 et 206 du *Code*. Il n'y aura pas d'ordonnance concernant les dépens.

Pour les motifs qui précèdent, la question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante:

Question: Dans les circonstances du présent pourvoi, les articles 201, 206 ou 207 du *Code criminel*, pris isolément ou ensemble, sont-ils inopérants à l'égard des appelants, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux ou issus de traités au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par les appelants?

Réponse: Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi, ainsi que les pourvois *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, entendus à la même époque, portent sur les droits ancestraux garantis par la Constitution au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La question générale de la nature et de l'étendue des droits ancestraux garantis par la Constitution est analysée dans l'arrêt connexe *R. c. Van der Peet*, précité. En l'espèce, la question particulière qui se pose est de savoir si les premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake, dont les appelants sont membres, possèdent un droit ancestral existant de conduire et de réglementer des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans leurs réserves.

Le Juge en chef a exposé les faits et les jugements, et il n'est pas nécessaire de les reprendre.

July 6, 1995, he formulated the following constitutional question:

Are s. 201, s. 206 or s. 207 of the *Criminal Code*, separately or in combination, of no force or effect with respect to the appellants, by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982* in the circumstances of these proceedings, by reason of the aboriginal or treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* invoked by the appellants?

The Court is unanimously of the view that the above-noted question should be answered in the negative, and the appeal was dismissed from the bench. The Chief Justice has applied the test he set out in *Van der Peet, supra*, and finds as a result that the gambling activities, and the bands' regulation of those activities do not fall within the scope of the aboriginal rights protected under s. 35(1). I have come to the same conclusion as the Chief Justice; however, I do so by a different route.

The appellants have asserted that a broad authority exists in their bands to make decisions regarding natives' social, economic, and cultural well-being which includes regulating gambling activities. In their view, this authority is protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

I agree with the Chief Justice that to characterize the claim in such a way is overly broad. I would not, however, as he has (at para. 26), characterize the nature of the claimed right as "the rights of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations to participate in, and to regulate, gambling activities on their respective reserve lands". In my view, the proper inquiry focuses broadly upon the activity itself and not on the specific manner in which it has been manifested. As well, the purpose for which the aboriginal activity in question is undertaken will often help characterize the right in question. Here, in order to assess the scope of the right properly we must characterize the claim broadly and determine whether, in this case, the Shawanaga First Nation, of which the appellants Jones and Pamajewon are members, and the Eagle Lake First Nation, of which the appellants Gardner, Pitchenese and Gardner are members,

Le 6 juillet 1995, il a formulé la question constitutionnelle suivante:

Dans les circonstances du présent pourvoi, les articles 201, 206 ou 207 du *Code criminel*, pris isolément ou ensemble, sont-ils inopérants à l'égard des appelants, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux ou issus de traités au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* invoqués par les appelants?

La Cour est à l'unanimité d'avis qu'il faut répondre par la négative à cette question, et le pourvoi a été rejeté à l'audience. Le Juge en chef a appliqué le test qu'il a énoncé dans *Van der Peet*, précité, et il a conclu que les activités de jeux de hasard et la réglementation de telles activités par les bandes ne sont pas visées par les droits ancestraux garantis au par. 35(1). J'arrive à la même conclusion que le Juge en chef, mais par un cheminement différent.

Les appelants ont fait valoir que les bandes auxquelles ils appartiennent ont un large pouvoir de prendre des décisions concernant le bien-être social, économique et culturel des autochtones, y compris le pouvoir de réglementer les activités de jeux de hasard. De l'avis des appelants, ce pouvoir est protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je suis d'accord avec le Juge en chef qu'une telle caractérisation de la revendication est trop générale. Cependant, je ne caractériserais pas, comme il l'a fait (au par. 26), le droit revendiqué comme étant le «droit des premières nations de Shawanaga et de Eagle Lake de participer à des activités de jeux de hasard dans leur réserve respective et de réglementer ces activités». Selon moi, l'analyse doit porter de façon générale sur l'activité elle-même et non sur la façon particulière dont elle a été exercée. De même, la fin pour laquelle l'activité autochtone visée est exercée permet souvent de caractériser le droit revendiqué. En l'espèce, afin d'apprécier correctement la portée du droit, nous devons caractériser la revendication de façon générale, puis déterminer si, en l'occurrence, la première nation de Shawanaga, dont les appelants Jones et Pamajewon sont membres, et la première nation de Eagle Lake, dont les appelants

36

37

38

possess an existing aboriginal right to gamble. If such a right can be shown to exist it would oblige the government to justify the infringement upon that right by the *Criminal Code*, which essentially prohibits gambling.

39

In *Van der Peet*, I concluded at para. 180 that the definition of aboriginal rights should refer to the notion of the “integral part of a distinctive aboriginal culture” and set out the following guidelines:

In the end, the proposed general guidelines for the interpretation of the nature and extent of aboriginal rights constitutionally protected under s. 35(1) can be summarized as follows. The characterization of aboriginal rights should refer to the rationale of the doctrine of aboriginal rights, i.e., the historic occupation and use of ancestral lands by the natives. Accordingly, aboriginal practices, traditions and customs would be recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* if they are sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people. Furthermore, the period of time relevant to the assessment of aboriginal activities should not involve a specific date, such as British sovereignty, which would crystallize aboriginal's distinctive culture in time. Rather, as aboriginal practices, traditions and customs change and evolve, they will be protected in s. 35(1) provided that they have formed an integral part of the distinctive aboriginal culture for a substantial continuous period of time. [Emphasis added.]

Therefore, an inquiry is necessary to determine whether the right asserted by the natives here satisfies the criteria listed above.

40

In this regard, the Chief Justice has evaluated the evidence presented at both the Pamajewon and Gardner trials and concluded that it does not show that gambling ever played an important role in the cultures of the Shawanaga and Eagle Lake First Nations. I agree. In my view, the appellants have failed to demonstrate that the gambling activities in which they were engaged took place pursuant to

Gardner, Pitchenese et Gardner sont membres, possèdent un droit ancestral existant de s'adonner aux jeux de hasard. Si l'existence d'un tel droit peut être établie, le gouvernement est alors tenu de justifier l'atteinte portée à ce droit par le *Code criminel*, qui interdit essentiellement les jeux de hasard.

Dans *Van der Peet*, précité, au par. 180, j'ai conclu que la définition des droits ancestraux doit tenir compte de la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive», et j'ai énoncé les lignes directrices suivantes:

En définitive, les lignes directrices générales proposées pour l'interprétation de la nature et de l'étendue des droits protégés constitutionnellement par le par. 35(1) peuvent être résumées ainsi. La caractérisation des droits ancestraux devrait se faire en fonction du fondement de la doctrine des droits ancestraux, c.-à-d. l'occupation et l'utilisation historiques par les autochtones de leurs terres ancestrales. En conséquence, les coutumes, pratiques et traditions autochtones seront reconnues et confirmées en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* si elles sont suffisamment importantes et fondamentales pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones. De plus, la période pertinente pour l'appréciation des activités autochtones ne devrait pas être fonction d'une date spécifique, par exemple l'affirmation de la souveraineté britannique, car cela aurait pour effet de cristalliser dans le temps la culture autochtone distinctive. Au contraire, comme les coutumes, pratiques et traditions autochtones changent et évoluent, elles seront protégées par le par. 35(1) si elles ont fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive pendant une période considérable et ininterrompue. [Je souligne.]

Par conséquent, il est nécessaire de procéder à cette analyse afin de déterminer si le droit revendiqué par les autochtones en l'espèce satisfait aux critères susmentionnés.

À cet égard, le Juge en chef a apprécié la preuve présentée aux procès tenus dans les affaires Pamajewon et Gardner et il a conclu qu'elle n'établit pas que les jeux de hasard aient jamais joué un rôle important dans la culture de la première nation de Shawanaga et celle de la première nation de Eagle Lake. Je suis d'accord. À mon avis, les appelants n'ont pas démontré que les activités de jeux de

an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Based on the evidence adduced, it cannot be said that gambling as a practice is connected enough to the self-identity and self-preservation of the appellants' aboriginal societies to deserve the protection of s. 35(1).

The appellants have also asserted that s. 35(1) encompasses a broad right of self-government, and that this right includes the authority to regulate gambling activities on the reservation. Given the conclusion I have reached regarding gambling as a practice in these particular bands, it is unnecessary for me to even consider the question of self-government.

However, to the extent that it is necessary to deal with this issue, I merely refer to my reasons in *Van Der Peet, supra*, at para. 117, where I stated:

This brings me to the different type of lands on which aboriginal rights can exist, namely reserve lands, aboriginal title lands, and aboriginal right lands: see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" [(1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727], at pp. 743-44. The common feature of these lands is that the Canadian Parliament and, to a certain extent, provincial legislatures have a general legislative authority over the activities of aboriginal people, which is the result of the British assertion of sovereignty over Canadian territory.

In addition, I am also in general agreement with the reasons of Osborne J.A. in the Court of Appeal (1994), 21 O.R. (3d) 385, at p. 400, where he states with respect to this case:

If the Shawanaga First Nation and Eagle Lake Band had some rights of self-government which existed in 1982 (I am prepared to assume that they did), the right of governance asserted must be viewed like other claimed aboriginal rights; it must be given an historic context. Here, there is no evidence that gambling on the reserve lands generally was ever the subject matter of aboriginal

hasard auxquelles ils se sont livrés se sont déroulées en vertu d'un droit ancestral reconnu et confirmé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Compte tenu de la preuve présentée, il est impossible d'affirmer que les jeux de hasard, en tant que pratique, ont un lien suffisant avec le sentiment d'identité et le désir de préservation des sociétés autochtones auxquelles les appelants appartiennent pour justifier de reconnaître à ces activités la protection du par. 35(1).

Les appelants ont également prétendu que le par. 35(1) confère un droit général à l'autonomie gouvernementale et que ce droit inclut celui de réglementer les activités de jeux de hasard dans la réserve. Vu la conclusion que je tire concernant les jeux de hasard en tant que pratique au sein des bandes indiennes en cause, il n'est pas nécessaire que j'examine même la question de l'autonomie gouvernementale.

Toutefois, dans la mesure où il serait nécessaire que je me penche sur cette question, je renvoie tout simplement à mes motifs dans *Van der Peet*, précité, où j'ai déclaré ceci, au par. 117:

Cela m'amène aux différents types de terres auxquelles peuvent se rattacher des droits ancestraux: les terres des réserves, les terres visées par un titre aborigène et les terres visées par un droit ancestral: voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» [(1987), 66 *R. du B. can.* 727], aux pp. 743 et 744. Ces terres ont en commun le fait que le législateur fédéral et, dans une certaine mesure, les assemblées législatives provinciales possèdent un pouvoir général de légiférer à l'égard des activités des autochtones, pouvoir qui découle de l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire canadien.

De plus, je souscris de façon générale aux motifs du juge Osborne de la Cour d'appel (1994), 21 O.R. (3d) 385, à la p. 400, lorsqu'il dit ce qui suit relativement à la présente affaire:

[TRADUCTION] Si la première nation de Shawanaga et la bande de Eagle Lake avaient certains droits en matière d'autonomie gouvernementale qui existaient en 1982 (ce que je suis disposé à tenir pour acquis), le droit d'administration invoqué doit être considéré comme tout autre droit ancestral revendiqué; il faut le situer dans son contexte historique. Il n'y a aucune preuve que les jeux de

regulation. Moreover, there is no evidence of an historic involvement in anything resembling the high stakes gambling in issue in these cases.

hasard sur les terres des réserves en général aient jamais été l'objet d'une réglementation autochtone. Qui plus est, il n'y a aucune preuve d'une quelconque participation historique à quoi que ce soit d'analogue aux jeux de hasard à gros enjeux en cause dans les présents cas.

44 Accordingly, I would dispose of this appeal and answer the constitutional question in the manner proposed by the Chief Justice.

En conséquence, je trancherais le présent pourvoi et répondrais à la question constitutionnelle de la manière proposée par le Juge en chef.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Fuller & Pearlman, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Fuller & Pearlman, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Buchwald, Asper, Gallagher, Henteleff, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée of Manitoba Chiefs: Buchwald, Asper, Gallagher, Henteleff, Winnipeg.

Solicitor for the interveners the Federation of Saskatchewan Indian Nations and White Bear First Nations: Mary Ellen Turpel-Lafond, Saskatoon.

Procureur des intervenantes la Federation of Saskatchewan Indian Nations et les premières nations de White Bear: Mary Ellen Turpel-Lafond, Saskatoon.

Solicitors for the interveners Delgamuukw et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des intervenants Delgamuukw et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.