



**Commission canadienne
des droits de la personne**

**Canadian Human
Rights Commission**



L'ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS INDIVIDUELS ET LES DROITS COLLECTIFS:

LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 1.2 DE LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE

Mars 2010

Par :

Bradford W. Morse
Robert Groves
D'Arcy Vermette

Rédigé par :

Ruth Bradley-St-Cyr

Les opinions exprimées dans ce rapport n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas nécessairement les vues de la Commission canadienne des droits de la personne. Ce document peut être reproduit sans frais pourvu que la source soit dûment mentionnée.

DOCUMENT ARCHIVÉ

La mention « Document archivé » signifie que la Commission conserve cette information à des fins de référence seulement. Ce document n'est plus soumis aux normes de publication de la Commission et n'a pas été mis à jour depuis son archivage. Par conséquent, le document peut contenir des termes désuets ou vieilliss ainsi que des renseignements qui ne sont plus à jour sur la législation et autres enjeux concernant les droits de la personne.

Introduction	1
Partie I : La mise en œuvre de l'article 1.2 : Aperçu et évaluation des aspects juridiques.....	3
Partie II : L'évaluation fondée sur l'histoire et les sciences sociales.....	24
Partie III : Les répercussions du régime de la <i>Loi</i> <i>sur les Indiens</i>	48
Conclusion : Cadres de référence pour la mise en équilibre	71
Annexe 1 : Projet de loi C-21, chapitre 30	90
Annexe 2 : Étude des éléments constitutifs de l'article 1.2.....	93
Annexe 3 : Pour information rapide – principales questions et conclusions	102
Annexe 4 : Études de cas	105

INTRODUCTION

En 1977, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) a été adoptée, ainsi qu'une exemption qui a été décrite à l'époque comme une mesure « provisoire ». Cette exemption, qui était énoncée à l'article 67, avait pour effet de soustraire les mesures découlant de la *Loi sur les Indiens* à l'application de la procédure d'examen prévue dans la LCDP. Selon cette disposition « échappatoire », la seule du genre que la LCDP comportait, « La présente loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette Loi ». Ce statut « provisoire » était important, étant donné que la *Loi sur les Indiens* était perçue comme une loi établissant des distinctions fondées, notamment, sur le sexe. En raison de cette discrimination sexuelle (et d'autres formes de discrimination explicite, indirecte ou latente) découlant de la *Loi sur les Indiens*, on s'attendait à ce que certaines dispositions de celle-ci soient jugées contraires aux principaux objectifs de la LCDP. Dans des décisions postérieures, la LCDP a été considérée comme une loi de nature « quasi constitutionnelle » qui avait donc préséance sur la *Loi sur les Indiens* et sur d'autres textes législatifs « ordinaires », ce qui aurait pu donner lieu à des demandes visant à suspendre l'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui étaient perçues comme des dispositions discriminatoires pour des motifs liés à la race ou au sexe. En 2008, trente et un ans plus tard, le projet de loi C-21 abrogeant de façon définitive l'article 67 « provisoire » a été adopté.

Le présent rapport traite de la meilleure façon de mettre en oeuvre le projet de loi C-21, notamment l'article 1.2, qui est ainsi libellé :

Dans le cas d'une plainte déposée au titre de la Loi canadienne sur les droits de la personne à l'encontre du gouvernement d'une première nation, y compris un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes et des services sous le régime de la Loi sur les Indiens, la présente loi doit être interprétée et appliquée de manière à tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations et, en particulier, de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs, dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes.¹

De façon plus précise, le présent rapport vise à explorer le concept de la conciliation des droits individuels et collectifs avec les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations. Nous y abordons des questions liées à l'égalité entre les sexes, sans toutefois nous y attarder. Nous examinons aussi la façon dont les collectivités et organisations de Premières nations mettront en oeuvre le texte législatif et nous proposons des mesures que la Commission, le Tribunal, les Premières nations, le gouvernement fédéral et le législateur pourraient prendre pour faciliter cette mise en oeuvre. Notre mandat ne couvre pas les questions complexes entourant l'application immédiate du projet de loi C-21 aux ministères et organismes gouvernementaux et aux entités autres que des Premières nations dont les activités sont désormais visées par la LCDP.

Notre étude vise également à favoriser la mise en oeuvre pratique du projet de loi C-21, notamment de l'article 1.2, et à reconnaître les failles et lacunes possibles ainsi que les sujets pour lesquels d'autres recherches seraient souhaitables.

Sur le plan pratique, l'article 1.2 comporte deux incidences majeures. D'abord, à l'exception des gouvernements de Premières nations (définis dans l'exercice des pouvoirs auparavant

¹ Voir l'Annexe 1 pour le texte complet du projet de loi C-21 qui modifie la LCDP.

soustraits à l'application de la LCDP), tout organisme de réglementation fédéral est immédiatement visé par la LCDP et doit donc défendre ses mesures au même titre que toute autre organisation assujettie à la LCDP depuis 1977. En deuxième lieu, ce qui a une pertinence majeure pour le présent rapport, les gouvernements de Premières nations bénéficient d'un délai de grâce (art. 3) de trois ans au terme duquel le projet de loi C-21 s'appliquera, le 18 juin 2011, aux mesures auparavant protégées par l'article 67. Au cours de ce délai de grâce, le gouvernement fédéral doit, selon l'article 4, entreprendre une étude visant à définir l'ampleur des préparatifs, des capacités et des ressources fiscales et humaines nécessaires pour que les collectivités et les organisations de Premières nations se conforment à la LCDP modifiée. Cette étude doit être présentée aux deux Chambres du Parlement avant l'expiration de la période de transition de trois ans. Le législateur reconnaît ainsi dans le projet de loi C-21 la nécessité de préciser, dans le cadre d'un processus de consultation et d'une étude menée conjointement par le gouvernement fédéral et les Premières nations, la façon dont l'article 1.2 doit être interprété et appliqué.

Le rapport comporte quatre grandes parties et quatre Annexes. La partie un porte sur le fondement juridique et législatif du nouveau projet de loi et sur les décisions pertinentes qui ont été rendues au Canada comme ailleurs et qui donnent des indications de la façon d'interpréter et d'appliquer les nouvelles exigences. Dans la partie deux, les auteurs examinent la littérature en sociologie, en anthropologie, en histoire et en sciences politiques pour trouver d'autres indices. Dans la partie trois, la *Loi sur les Indiens* elle-même est explorée, notamment la façon dont elle a été mise en oeuvre et les conséquences qu'entraînera le projet de loi C-21 sur le régime de cette Loi. Dans la partie quatre, certaines conclusions sont tirées et des solutions sont proposées à la Commission canadienne des droits de la personne.

Le texte du projet de loi lui-même figure à l'Annexe 1, tandis qu'une interprétation juridique des mots et expressions clés est présentée à l'Annexe 2. L'Annexe 3 comporte un sommaire des questions et conclusions clés et l'Annexe 4, des exemples de situations pouvant découler de l'application du nouveau texte législatif.

PARTIE I : LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 1.2 : APERÇU ET EVALUATION DES ASPECTS JURIDIQUES

INTRODUCTION

Bien que le projet de loi C-21 comporte peu de dispositions, son application pose plusieurs défis de taille pour la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) et pour le Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP) ainsi que pour tous les plaignants et défendeurs éventuels, notamment les autorités dirigeantes des Premières nations qu'il vise. Cette situation s'explique en partie par le vaste éventail d'attentes, de préoccupations et de problèmes d'interprétation qui sont encore en jeu dans les débats sur la façon de concilier les droits individuels que prône la LCDP avec les droits et intérêts collectifs plus larges qui se rattachent explicitement aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier des Premières nations. De plus, peu d'indices sont donnés dans les politiques ou dans la jurisprudence quant à la manière de concilier ces droits et intérêts parfois contradictoires.

Dans cette partie de l'étude, qui est fondée sur les principes d'interprétation législative, nous exposons les cadres d'analyse juridique pouvant servir à interpréter l'article 1.2. Nous explorons les principes, concepts et idées gravitant autour des droits individuels et collectifs à la lumière de la jurisprudence canadienne concernant les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations, en particulier à ce qui a trait à « l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs, dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes ». Certaines décisions pertinentes qui ont été rendues à l'étranger sont également examinées.

Le paysage canadien des droits de la personne est façonné par des principes législatifs et constitutionnels. L'article 1.2 (qui fait maintenant partie de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*) n'est pas une disposition constitutionnelle, mais il est fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*², qui énonce un ensemble de principes devant guider l'interprétation des lois. Cependant, en raison de l'ajout des « traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations », il se pourrait que l'article 1.2 intègre également les principes constitutionnels (énoncés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) qui protègent les droits ancestraux ou issus de traités³. Nous explorons donc les cadres conceptuels de la Charte, des droits ancestraux ou issus de traités ainsi que des droits de la personne de façon à déterminer les approches pouvant servir à l'interprétation de l'article 1.2. Ces dispositions, et celles de lois connexes, font partie du contexte législatif. En adoptant le « principe d'interprétation qui présume l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant du même sujet »⁴, nous pouvons déterminer la façon dont le texte législatif actuel s'intègre dans le paysage législatif général.

² *Charte canadienne des droits et libertés, Annexe B, Loi constitutionnelle de 1982.*

³ L'expression « peuples autochtones du Canada » est définie au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui est ainsi libellé : « Dans la présente loi, 'peuples autochtones du Canada' s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada ».

⁴ *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867 (CSC) (Q.L.), par. 52.

Les principes d'interprétation constitutionnelle sont différents des règles d'interprétation législative habituelles. Il est difficile de modifier les dispositions de nature constitutionnelle. Cependant, en soi, l'interprétation de la Constitution ne repose pas sur des règles aussi strictes que celle des textes législatifs habituels. À l'instar des constitutions de nombreux pays, la Constitution canadienne est considérée comme un « arbre vivant » qui doit être en mesure de s'adapter aux situations nouvelles⁵. Ainsi, bien qu'il soit essentiel de connaître les approches en matière d'interprétation constitutionnelle afin de comprendre les concepts autour desquels l'article 1.2 est articulé, une analyse plus pointue s'impose pour déterminer le sens précis de cette disposition.

Dans cette optique, il convient d'examiner l'évolution législative et l'intention du législateur⁶ ainsi que le régime de la LCDP, notamment les objets généraux qu'elle vise et les méthodes qu'elle préconise. La façon la plus directe de déterminer la signification d'un texte législatif consiste à examiner le sens grammatical et ordinaire de la loi en question. À cette étape, il s'agit d'interpréter les mots apparaissant dans le texte de loi selon leur sens courant, à moins qu'il n'y ait une raison, au vu du texte en question, de choisir un sens technique ou un sens spécialisé de préférence à celui qui découle des définitions du dictionnaire et des règles de grammaire usuelles.

Cette partie du rapport débute donc par un examen du fondement de l'article 1.2 en vue de déterminer l'intention sous-jacente du législateur. La deuxième section est consacrée à l'examen des trois cadres analytiques, soit ceux de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des droits ancestraux ou issus de traités et des droits de la personne, qui constituent le fondement de l'interprétation de l'article 1.2. Dans la troisième section, la jurisprudence pertinente quant aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier est résumée. Les interprétations large et restrictive du libellé de l'article 1.2 sont décrites dans la quatrième section, qui devrait être lue de concert avec l'Annexe 2 du présent rapport, où le lecteur trouvera une analyse détaillée des termes employés dans cette disposition.

1. LA PORTÉE ET L'OBJET DE L'ARTICLE 1.2

1.2. L'EXEMPTION ET LES DEMANDES D'ABROGATION

L'origine du projet de loi C-21 est unique. En 1977, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) a été adoptée, ainsi que ce qui a été décrit à l'époque comme une mesure « provisoire » ayant pour effet de soustraire (à l'art. 67) la *Loi sur les Indiens* à la procédure d'examen prévue dans la LCDP. Cette mesure était importante car, de façon générale, la *Loi sur les Indiens* était perçue en 1977 comme une loi établissant des distinctions fondées, notamment, sur le sexe. On estimait que les décisions reposant sur la *Loi sur les Indiens* ne résisteraient probablement pas à une contestation fondée sur la nouvelle LCDP.

Effectivement, la contestation de Sandra Lovelace à l'égard de l'annulation par la *Loi sur les Indiens* des droits des Indiennes ayant contracté un mariage à l'extérieur de la bande a permis de comprendre à quel point cette *Loi* était discriminatoire. Dans cette affaire, le Comité des

⁵ Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* 2nd ed. (Toronto, Irwin Law, 2007), p. 100 et 101.

⁶ Dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867 (C.S.C.) (Q.L.), au par. 33, la Cour s'exprime comme suit : « Pour comprendre la portée [d'une disposition législative], il est utile d'examiner son évolution sur le plan législatif. Les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant ».

droits de l'homme des Nations Unies⁷ a déclaré que l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens* allait à l'encontre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

Au soutien de l'exemption prévue à l'article 67, il a été fait mention, lors des débats législatifs, des discussions en cours avec la Fraternité nationale des Indiens (FNI) (aujourd'hui l'Assemblée des Premières nations) et avec des groupes de femmes autochtones au sujet de la mise à jour des dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les droits. La FNI a vivement appuyé l'exemption, mais à titre de mesure « provisoire » seulement.

En 1985, le projet de loi C-31, qui visait à éliminer toutes les formes de discrimination sexuelle que comportait la *Loi sur les Indiens*, a été promulgué, mais il a été contesté avec succès pour cause de discrimination fondée sur le sexe et sur la situation de famille⁸. Depuis l'édiction de la LCDP en 1977, trente et un ans se sont écoulés avant l'adoption du projet de loi C-21 en 2008 et l'abrogation de la mesure « provisoire ».

1.2. LES DÉBATS LÉGISLATIFS CONCERNANT LES PROJETS DE LOI C-44 ET C-21.

L'examen du contexte législatif entourant la mise en oeuvre de l'article 1.2 permettra peut-être de trouver des indices au sujet de l'intention du législateur; cependant, étant donné que cette disposition elle-même n'a pas été longuement débattue, ces indices pourraient être d'une utilité restreinte.

La position du gouvernement

Le projet de loi C-44 et son successeur, le projet de loi C-21⁹, qui ont été déposés étaient laconiques et ont été vivement critiqués pour cette raison. L'examen et le rapport quinquennaux exigés se limitaient à une étude par une chambre ou un comité mixte et une disposition transitoire avait pour effet de suspendre pour une période de six mois les plaintes visant les actes ou omissions de toute autorité autochtone *qui sont accomplis dans l'exercice des attributions prévues par la Loi sur les Indiens ou sous son régime* »¹⁰.

Le gouvernement n'a pas inclus de disposition interprétative dans les projets de loi C-44 et C-21. Cependant, les deux projets de loi précédents (projets de loi C-7 et S-45) comportaient une disposition de cette nature. Il est donc souhaitable d'examiner ces projets de loi antérieurs avant de s'attarder au contexte du projet de loi C-44.

⁷ *Lovelace c. Canada*, [1983] *Annuaire canadien des droits de la personne* 305 (CDHNU), où le Comité des droits de l'homme a rejeté l'argument du Canada quant à l'omission d'épuiser les recours nationaux et confirmé l'admissibilité de la plainte, en se fondant sur le jugement que la Cour suprême avait rendu en 1973 sur la même question dans l'arrêt *Lavell (Procureur général du Canada c. Lavell; Isaac c. Bédard*, [1974] R.C.S. 1349), et sur la décision que lui-même a rendue en 1981 sur le fond de la plainte.

⁸ *McIvor c. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, *CanLII* B.C.C.A. (2009) 153. Le 1^{er} juin 2009, le gouvernement du Canada a annoncé qu'il ne porterait pas cette décision en appel et qu'il apporterait plutôt des modifications à la *Loi sur les Indiens* afin de donner suite aux directives de la Cour (voir <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/mr/nr/m-a2009/nr000000339-fra.asp>). M^{me} McIvor et son fils n'ont pas obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la décision devant la Cour suprême du Canada.

⁹ Le projet de loi C-44 a été déposé au cours d'une session du Parlement, mais il est mort au feuillet. Il a été rétabli au cours de la session suivante sous le numéro C-21.

¹⁰ Ce texte figurait dans la version du projet de loi C-44 qui a été présentée en première lecture et a été intégré dans la version du projet de loi C-21 qui a été adoptée.

Projet de loi C-7 : En 2002, le gouvernement a inclus une disposition d'abrogation dans la *Loi sur la gouvernance des Premières nations* (projet de loi C-7), dont la portée était beaucoup plus large et qui ne comportait qu'une seule disposition interprétative à l'égard de la LCDP :

Dans toute question pouvant faire, en vertu de la présente loi, l'objet d'une plainte contre une organisation gouvernementale autochtone, les besoins et les aspirations de la collectivité autochtone concernée qui sont compatibles avec les principes de l'égalité entre les sexes doivent être pris en considération pour l'interprétation et l'application des dispositions de la présente loi¹¹.

Étant donné que le projet de loi C-7 mettait l'accent sur la gouvernance, sur les élections et sur la responsabilité financière, peu de discussions ont eu lieu au sujet de l'abrogation proposée de l'exemption prévue à l'article 67. Tant l'Association des femmes autochtones du Canada que la National Aboriginal Women's Association ont appuyé l'application de la LCDP à tous les aspects du régime de la *Loi sur les Indiens*. Les autres témoins membres des Premières nations n'ont pas fait mention de la disposition d'abrogation proposée et cette question n'a à peu près pas été débattue au sein du Comité parlementaire. Le projet de loi est mort au feuillet en 2003.

Projet de loi S-45 : Le projet de loi S-45, qui était un projet de loi privé du Sénat, a été déposé en novembre 2005 et visait simplement à révoquer l'article 67; il ne prévoyait aucun examen ou délai de transition, mais comportait la même disposition interprétative que celle du projet de loi C-7. Ce projet de loi est également mort au feuillet.

Projet de loi C-44

C'est en 2006 que le ministre des Affaires indiennes et du Nord a présenté la première tentative du nouveau gouvernement en vue d'abroger l'article 67. Lorsqu'il a comparu le 22 mars 2007 devant le Comité permanent de la Chambre des communes sur le projet de loi C-44, le ministre a fourni des explications détaillées au sujet de l'absence de disposition interprétative qui caractérisait ce nouveau projet de loi :

Je partage l'avis que la Loi canadienne sur les droits de la personne devrait être appliquée de façon à tenir compte de la situation particulière des collectivités autochtones, mais la vérité est que trois raisons expliquent l'inutilité d'une clause d'interprétation dans la loi. Tout d'abord, il existe déjà des lois assurant l'équilibre entre droits collectifs et droits individuels. Je signale en particulier l'article 35 de la Loi constitutionnelle qui reconnaît les droits autochtones collectifs et les droits issus de traités et qui représente l'autorité suprême dans notre système judiciaire.

Compte tenu de ces protections, les membres du Tribunal canadien des droits de la personne... sont légalement tenus de prendre en compte les considérations humaines en rapport avec les droits ancestraux et issus de traités. On peut s'attendre également à ce qu'ils interprètent dans cette perspective les défenses offertes par la loi. Étant

¹¹ Art. 16.1, *Loi sur la gouvernance des Premières nations*, (projet de loi C-7), 2002.

donné la présence de toutes ces mesures de protection qui orientent l'application de la Loi [...], il n'est pas nécessaire d'ajouter une disposition interprétative au projet de loi C-44. Dans la pratique, la Loi constitutionnelle fournit elle-même ce cadre d'interprétation général.

La deuxième raison a trait au rôle déterminant de la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission est responsable de l'application de la Loi [...], ce qui veut dire qu'en plus de statuer sur les plaintes, elle entreprend des activités de sensibilisation à la loi [...].

[...] la Loi canadienne sur les droits de la personne confère déjà à la Commission le pouvoir de formuler des directives ou des règles sur la façon d'appliquer la loi à une catégorie particulière de plaintes. [...] Je ne doute pas que, de par son mandat, son expérience et son dialogue avec les Premières nations, la Commission canadienne des droits de la personne soit l'organisation la mieux placée pour donner des avis au fil du temps sur l'application de la loi [...].

Troisièmement, nous avons fait l'expérience au moment du projet de loi C-7, [...] de la difficulté extrême à trouver une formulation qui saisisse dans une seule disposition toutes les considérations concurrentes applicables à une plainte [...] dans le contexte autochtone. [...] En outre, une disposition interprétative [...] devra elle-même être interprétée par la Commission et le Tribunal [...] dans le cadre de causes spécifiques et n'acquerra de clarté qu'une fois que de nombreuses plaintes auront été jugées et des contentieux résolus, dont certains mettront en jeu sans aucun doute la Charte¹².

Bien que ce curieux raisonnement touche de nombreux aspects, il fait ressortir avant tout la justification suivante : le gouvernement estimait que, compte tenu de la jurisprudence concernant l'article 35 et la *Charte* et de la capacité de la Commission de formuler des directives et des règles pour interpréter les violations de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il n'était pas nécessaire d'adopter une disposition interprétative précise. Effectivement, certains craignaient qu'une disposition de cette nature donne lieu à des interprétations trop spécifiques ou trop générales.

Cette position a été maintenue tout au long du débat concernant le projet de loi C-44 et, bien que le ministre des Affaires indiennes n'ait pas commenté explicitement la question, elle est demeurée inchangée pendant tout le débat entourant le projet de loi C-21.

Principaux témoins qui ont comparu au sujet du projet de loi C-44

Voici un résumé des positions des principaux témoins qui ont comparu devant le Comité au sujet du projet de loi C-44 (aucun témoin n'a été convoqué à l'égard du projet de loi C-21, sauf devant le Sénat) :

¹² L'honorable Jim Prentice, ministre des Affaires indiennes et du Nord, devant le Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, *Hansard*, le 22 mars 2007, 1105.

L'Assemblée des Premières nations (APN)

L'APN a proposé deux principales modifications au projet de loi C-44 qui sont pertinentes quant à notre étude, soit une clause de non-dérogation et une disposition interprétative :

- Une clause de non-dérogation, fondée en grande partie sur l'article 25 de la *Charte* :

L'abrogation de l'article 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne doit pas être interprétée comme une abrogation de, ou une dérogation à, l'un des droits autochtones ancestraux ou issus de traités, y compris aux lois coutumières et traditions propres aux citoyens des Premières nations du Canada, notamment :

- a) les droits ou libertés reconnus lors de la Proclamation royale du 7 octobre 1763;*
- b) les droits ou libertés qui prévalent aujourd'hui ou pourront prévaloir en vertu d'accords sur des revendications territoriales.*

- La disposition interprétative suivante :

L'application et l'interprétation de la Loi canadienne sur les droits de la personne doivent prendre en compte

- a) le droit d'un gouvernement de Première nation de dispenser exclusivement ou sur une base préférentielle des programmes ou des services à ses citoyens;*
- b) le droit d'un gouvernement de Première nation d'accorder la préférence à ses citoyens dans le cadre de la formation et de l'embauche d'employés ou d'entrepreneurs;*
- c) le droit d'un gouvernement de Première nation d'accorder la préférence à ses citoyens sur le plan de l'attribution de terres, de ressources ou d'autres avantages économiques;*
- d) le droit d'un gouvernement de Première nation d'accorder un traitement préférentiel ou exclusif à ses citoyens en ce qui concerne l'exercice d'activités ou pratiques à caractère culturel ou spirituel, ou d'autres activités ou pratiques traditionnelles;*
- e) le droit d'un gouvernement de Première nation de recourir aux traditions juridiques et aux lois coutumières autochtones, et de les appliquer conformément aux principes d'égalité et de justice¹³.*

L'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC)

¹³ L'Assemblée des Premières nations, Points de vue des Premières nations sur le projet de loi C-44 (abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*) : mémoire au Comité permanent des Affaires autochtones, du développement du Grand Nord et des ressources naturelles de la Chambre des communes, disponible à <http://www.afn.ca/misc/C-44-fr.pdf>.

L'AFAC n'a proposé aucune disposition interprétative précise lorsqu'elle a comparu devant le comité chargé d'étudier le projet de loi C-44. Cependant, elle a demandé l'inscription d'une clause interprétative « afin d'habiliter le CCDP à soupeser convenablement les droits collectifs et individuels, par quoi le CCDP pourrait s'appuyer sur une exemption qui permettrait explicitement la discrimination où une préférence ou un avantage serait offert aux peuples autochtones et ne serait pas discriminatoire à tout autre égard ». De plus, elle a souligné que toute clause interprétative devait être élaborée sur une base de consultation entre le gouvernement, les organisations des Premières nations et l'AFAC¹⁴.

La Commission canadienne des droits de la personne (CCDP)

La présidente de la CCDP a comparu le 19 avril 2007 et a soutenu ce qui suit :

[...] il est impératif d'adopter une disposition d'interprétation pour que s'applique le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. De même, c'est un élément fondamental pour mettre sur pied un système approprié de recours en cas de violation des droits de la personne chez les premières nations. Une disposition d'interprétation permettrait de s'assurer que les demandes individuelles sont étudiées à la lumière de droits et d'intérêts collectifs légitimes¹⁵.

L'adoption de l'article 1.2

Le projet de loi C-44 est mort au feuillet sans que les modifications proposées fassent l'objet d'un examen détaillé. Il a été ramené devant le Comité sous le numéro C-21, après le début de la nouvelle session du Parlement. Suivant les formalités, aucun témoin autre que des représentants du gouvernement n'a été appelé à répondre aux questions concernant l'intention du législateur.

Les mots « traditions juridiques et règles de droit coutumier » qui figurent maintenant à l'article 1.2 ont été ajoutés par suite d'une motion que l'opposition a présentée en décembre 2007 au cours de l'examen détaillé du projet de loi. Afin d'expliquer l'intention sous-jacente, l'auteur de la motion a formulé les remarques suivantes :

Il serait simple, par exemple, d'accorder comme toujours un traitement préférentiel à nos aînés, afin qu'on s'en occupe en priorité...¹⁶.

À l'exception du soutien accordé par un autre député, il s'agit du seul exemple donné au sujet des répercussions possibles de la disposition interprétative proposée avant son adoption par le Comité, qui a consacré beaucoup plus de temps aux négociations et débats entourant les dispositions relatives à la transition et à l'examen.

Cependant, il semble que les présentations des témoins aient vivement influencé la rédaction de l'article 1.2. L'AFAC a insisté sur la nécessité d'une disposition interprétative.

¹⁴ Ellen Gabriel, Association des femmes autochtones du Québec., « Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord : témoignages », *Hansard*, le 17 avril 2007, 1115.

¹⁵ Jennifer Lynch, présidente, Commission canadienne des droits de la personne, « Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord : témoignages », *Hansard*, le 19 avril 2007, 1110.

¹⁶ Nancy Karetak-Lindell, M.P., « Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord : témoignages », (39^e Législature, 2^e session), *Hansard*, le 30 janvier 2008, 1605.

L'APN a introduit le concept des « traditions juridiques et règles de droit coutumier », à la fois dans la clause de non-dérogation et dans la disposition interprétative qu'elle a proposées. La notion d'« équilibre » entre les droits collectifs et les droits individuels pourrait bien provenir de la CCDP. C'est en grande partie grâce à la contribution de tous ces témoins que l'article 1.2 est né.

2. LES CADRES ANALYTIQUES À UTILISER POUR EXAMINER LE CONTEXTE LÉGISLATIF ET JURIDIQUE

Au cours de l'examen du contexte législatif et juridique général entourant l'adoption de l'article 1.2, il est important de tenir compte des règles de droit constitutionnel et des règles relatives aux droits de la personne. Dans les trois sous-sections qui suivent, un aperçu des aspects essentiels touchant l'interprétation de l'article 1.2 est présenté.

A. LE DROIT CONSTITUTIONNEL : LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Lorsqu'elle est saisie d'une affaire fondée sur la *Charte*, la Cour doit se demander si un droit garanti par celle-ci a été violé. Dans l'affirmative, la Cour doit ensuite chercher à savoir si la violation est justifiée au titre de l'article premier. Dans l'arrêt *Oakes*, la Cour suprême du Canada a décidé que cet exercice repose sur une « norme sévère en matière de justification », dont la norme de preuve est celle de la « prépondérance des probabilités »¹⁷.

Pour que la limitation soit autorisée, l'objectif de la loi en cause doit être important et les moyens choisis doivent être raisonnables. La disposition législative en question doit donc respecter trois critères :

1. *Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question*¹⁸.
2. *Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question*¹⁹.
3. *En troisième lieu, il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l'objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques*²⁰.

L'analyse fondée sur l'article premier représente le seul « instrument d'évaluation » prévu sous le régime de la *Charte*. Cependant, cette analyse pourrait avoir pour effet d'éliminer la protection accordée aux droits dans les cas où l'ingérence législative satisfait au critère de

¹⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (Q.L.), par. 67.

¹⁸ *Ibid.*, par. 70.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (Q.L.), par. 95.

justification²¹. Bien que cette forme d'évaluation soit plutôt limitée, elle pourrait être utile pour l'analyse des questions liées à l'égalité entre les sexes. Si cette méthode était adaptée au principe de l'égalité entre les sexes mentionné à l'article 1.2, il se pourrait qu'il soit nécessaire de soumettre à une analyse structurée de la justification tout intérêt collectif allant à l'encontre de ce principe. Cependant, dans les autres contextes, il sera peut-être souhaitable de trouver une solution mitoyenne qui assure le respect des droits individuels tout en entravant le moins possible la capacité de la collectivité d'exprimer ses propres droits et intérêts.

L'interprétation de l'article 1.2 peut également déclencher l'application de l'article 25 de la *Charte*, dont voici le libellé :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment :

a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;

b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis²².

La pertinence de l'article 25 de la *Charte* repose en grande partie, non pas sur le texte précis de l'article 1.2 (qui est bien différent), mais sur la façon dont l'objectif d'une disposition interprétative a été décrit par de nombreuses personnes qui ont témoigné devant la Chambre des communes ainsi que dans des propositions législatives antérieures de nature similaire. Cependant, l'article 25 a peu souvent été analysé par les tribunaux. Dans le cas de la Cour suprême, il n'a fait l'objet d'une analyse minutieuse que dans quelques opinions minoritaires²³.

L'examen le plus approfondi de l'article 25 a été fait dans l'arrêt *R. c. Kapp*²⁴, où le juge Bastarache a tiré plusieurs conclusions clés :

- Premièrement, l'article 25 est une disposition interprétative qui ne crée pas de nouveaux droits²⁵.

²¹ *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, par. 94, jugement (dissident) de la juge L'Heureux-Dubé : « Cette dernière (la *Charte*) ne prévoit aucune évaluation directe de droits constitutionnels l'un par rapport à l'autre. Elle vise plutôt l'ingérence gouvernementale et législative dans les droits garantis ».

²² *Charte canadienne des droits et libertés, art. 25*.

²³ Voir le jugement que la juge L'Heureux-Dubé a rendu dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1999] 2 R.C.S. 203 (Q.L.), par. 52 : « Cet article (l'article 25) s'applique lorsque des droits ancestraux ou issus de traités garantis par l'art. 35 sont en litige, ou quand la réparation demandée dans le cadre d'une contestation fondée sur la *Charte* pourrait porter atteinte à d'« autres » droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Ce passage montre que les droits visés à l'art. 25 sont plus étendus que ceux visés à l'art. 35, et qu'il peut s'agir de droits d'origine législative. Cependant, le seul fait qu'une mesure législative concerne les autochtones ne la fait pas entrer dans le champ d'application des « autres » droits ou libertés visés à l'art. 25 ».

²⁴ [2008] A.C.S. n° 42 (CSC).

- Deuxièmement, l'article 25 sert de bouclier visant à résoudre la tension entre les droits individuels reconnus par la *Charte* et les droits ancestraux ou issus de traités²⁶.
- Troisièmement, le bouclier que représente l'article 25 n'est pas absolu :

... il est restreint par l'art. 28 de la Charte, qui établit l'égalité des sexes « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte ». Deuxièmement, il est limité à son objet, les droits et libertés garantis par la Charte étant juxtaposés aux droits et libertés des peuples autochtones²⁷.

La dernière disposition de la *Charte* qui pourrait donner des indications de la façon dont l'article 1.2 sera appliqué en bout de ligne est l'article 28, qui énonce la garantie de l'égalité entre les sexes²⁸. Habituellement considérée comme une règle d'interprétation prépondérante, cette disposition pourrait avoir une influence déterminante sur la façon dont le « principe » de l'égalité entre les sexes devrait être appliqué.

Les principes de la *Charte* examinés ci-dessus représentent une des sources pouvant être utiles pour l'interprétation de l'article 1.2. Ces dispositions constituent un fondement des principes de nature constitutionnelle s'apparentant à certains éléments de l'article 1.2. Plus précisément, l'article premier de la *Charte* présente un exemple d'exercice de conciliation qui peut servir de guide. Dans la même veine, la garantie de l'égalité des droits et libertés pour les personnes des deux sexes qui est énoncée à l'article 28 de la *Charte* peut être comparée au « principe de l'égalité entre les sexes ». Enfin, l'article 25 de la *Charte* peut servir de bouclier contre toute application de l'article 1.2 qui porte atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités. La jurisprudence est plutôt silencieuse à cet égard.

B. LE DROIT CONSTITUTIONNEL : LES DROITS ANCESTRAUX OU ISSUS DE TRAITÉS ET L'ARTICLE 35

Le cadre conceptuel que la Cour suprême décrit à l'égard de l'article 35 est pertinent quant aux différentes étapes de l'analyse visant à déterminer l'existence passée et actuelle d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier, et quant aux normes de preuve connexes. Voici le texte de l'article 35 :

²⁵ *Ibid.*, par. 79 : « Pour la plupart des auteurs, l'art. 25 est une disposition interprétative qui ne crée pas de nouveaux droits ». Les commentaires suivants sont ajoutés au par. 93 : « Il a été indiqué d'une façon on ne peut plus claire que l'art. 25 ne crée pas de nouveaux droits. Il devait servir de bouclier contre les incidences de la *Charte* sur les droits et les libertés des peuples autochtones ».

²⁶ *Ibid.*, par. 82.

²⁷ *Ibid.*, par. 97 où le juge Bastarache formule également les remarques suivantes : « Cela signifie, pour l'essentiel, que seules les lois qui portent véritablement atteinte à des droits des peuples autochtones seront prises en considération, et non celles qui ont uniquement des effets accessoires sur les Autochtones ». Le juge Bastarache ajoute ce qui suit au par. 101 : « En l'espèce, ce qui importe au sujet de l'étendue de la protection établie par l'art. 25, c'est la signification des mots « droits ou libertés [...] autres ». Ces mots ont une portée « globale », selon Lysyk, p. 596 – ce qui indique qu'on voulait donner une étendue très large à la protection. Mais il est uniquement question des « droits ou libertés [...] des peuples autochtones du Canada », de ceux qui leur sont propres. En anglais, le texte parle de « *rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada* ».

²⁸ L'art. 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est ainsi libellé : « Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes ».

35. (1) *Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.*

(2) *Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.*

(3) *Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.*

(4) *Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.*

À compter de l’arrêt *Sparrow*²⁹, la Cour suprême a rendu une série de décisions, notamment les arrêts *Van der Peet*³⁰ et *Delgamuukw*³¹ (concernant le titre autochtone), afin de préciser la méthode d’interprétation qui convenait le mieux.

Résumé du cadre d’analyse des droits ancestraux issus de traités

Étape 1 : Y a-t-il un droit existant?

Il incombe au demandeur autochtone de prouver qu’il y a un droit – ancestral ou issu de traité - existant. Il s’agit d’une démarche tripartite :

- **Premièrement** : déterminer les caractéristiques précises du droit, lequel, pour être admissible, doit être axé sur une coutume, pratique ou tradition autochtone;
- **Deuxièmement** : déterminer si la coutume, pratique ou tradition constituant le fondement du droit fait partie intégrante de la culture distinctive d’une Première nation ou d’un groupe autochtone. Il s’agit ici principalement de savoir si la coutume, pratique ou tradition a une importance fondamentale pour une culture autochtone précoloniale;
- **Troisièmement** : déterminer si la coutume, pratique ou tradition remonte à la période qui a précédé le contact avec les Européens (pour les droits des Indiens et des Inuits³²), à l’époque de la souveraineté (en ce qui a trait au titre³³) ou à la date de « la mainmise effective de la Couronne » (quant aux droits des Métis³⁴). Cette exigence temporelle repose sur le principe de la continuité, selon lequel il est nécessaire de démontrer que la coutume, pratique ou tradition, originale ou modifiée, a continué à être exercée jusqu’à aujourd’hui.

Étape 2 : Y a-t-il atteinte?

²⁹ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

³⁰ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

³¹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

³² *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

³³ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

³⁴ *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207.

Le demandeur autochtone doit prouver qu'il y a atteinte à première vue au droit en question par une mesure législative ou autre autorisée de la Couronne. Les facteurs à prendre en compte pour répondre à cette question sont les suivants :

- la mesure dans laquelle le droit est reconnu;
- le caractère raisonnable de la nature de l'ingérence;
- l'existence d'un préjudice indu;
- le refus aux titulaires du droit du recours à leur moyen préféré de l'exercer³⁵.

Étape 3 : Le droit a-t-il été éteint?

Si une atteinte à un droit ancestral ou issu de traité a été établie, le défendeur soutiendra peut-être que le droit en question a été éteint avant 1982 et qu'il n'est pas protégé par l'article 35. À cette fin, il devra prouver qu'il y a eu consentement de la part des Autochtones (p. ex., au moyen d'un traité) ou que la Couronne a utilisé consciemment un texte clair et simple pour éteindre le droit en question, de sorte que celui-ci n'était plus « existant » le 17 avril 1982, lorsque l'article 35 est entré en vigueur.

Étape 4 : Y a-t-il une justification?

Quatrièmement, si la Couronne n'a pas éteint le droit, le défendeur pourra tenter de prouver que l'atteinte reprochée est justifiée, puisque, dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a intégré à l'application de l'article 35 l'analyse de la justification prévue à l'article premier qui avait été faite dans l'arrêt *Oakes*, même si l'article 35 ne figure pas dans la *Charte*.

- Premièrement, le défendeur doit démontrer que la mesure porte le moins possible atteinte aux droits et qu'elle est nécessaire à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel qui est compatible avec l'objet de l'article 35 (reconnaissance de l'occupation antérieure et conciliation avec la souveraineté de la Couronne).
- Deuxièmement, le défendeur doit établir que l'honneur de la Couronne a été préservé et que celle-ci a consulté les Autochtones et tenté de trouver des accommodements à leurs préoccupations conformément à son obligation de fiduciaire envers eux³⁶.

L'analyse fondée sur l'article 35 pourrait s'appliquer à l'article 1.2, puisque celui-ci exige la prise en compte des « traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations ». Si l'analyse des droits ancestraux ou issus de traités dont il est fait mention à l'article 35 était intégrée, il y aurait également une comparaison entre l'article 1.2 et le paragraphe 35(4), qui garantit l'égalité de ces droits pour les femmes et les hommes³⁷. L'article 1.2 doit son caractère unique en partie à l'intégration possible des principes applicables à la *Charte* et aux droits ancestraux ou issus de traités.

³⁵ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

³⁶ Voir *Nation haïda c. Colombie-Britannique* (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique* (Directeur d'évaluation de projet), [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74.

³⁷ Le paragraphe 35(4) est ainsi libellé : « Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes ».

De plus, lorsqu'elle a interprété la protection constitutionnelle accordée aux droits ancestraux ou issus de traités visés à l'article 35, la Cour suprême a également décidé, dans l'arrêt *Sparrow*, qu'il était important d'interpréter la disposition législative examinée en fonction de l'objet qu'elle vise³⁸, de manière à trancher les formulations douteuses en faveur des Indiens³⁹. Ce principe d'interprétation s'applique tant aux traités qu'aux lois visant les Indiens. Si cette règle est appliquée comme il se doit dans le cadre de l'interprétation de l'article 1.2, elle pourra influencer le processus de conciliation exigé.

C. LES DROITS DE LA PERSONNE

La présente section comporte une description sommaire du cadre d'analyse général utilisé dans le contexte des droits de la personne. Elle traite également des méthodes de conciliation ainsi que de la portée de la LCDP dans le cadre de l'examen de l'article 1.2.

La Cour suprême du Canada a établi plusieurs règles à suivre au cours de l'examen de l'interprétation qu'un tribunal a donnée à sa loi habilitante.

- Le tribunal est censé mettre à profit ses connaissances particulières au cours de l'analyse de sa loi habilitante⁴⁰.
- Lorsque le tribunal n'a pas interprété sa loi habilitante d'une manière irrationnelle ou déraisonnable, « les cours de révision ne devraient pas modifier à la légère son interprétation et son application de sa loi habilitante »⁴¹.
- Les tribunaux peuvent examiner des lois externes pour interpréter leurs lois habilitantes et devraient le faire⁴².

L'application de ces directives à l'article 1.2 soulève certaines questions. En raison du caractère unique de cette disposition, différents cadres constitutionnels pourraient être en jeu au cours de son interprétation et de son application. En conséquence, l'accent mis sur l'expertise juridique plutôt que sur les connaissances spécialisées d'un tribunal pourrait encourager les cours de justice à jouer un rôle actif dans l'interprétation de l'article 1.2 dans le cadre de leur fonction de contrôle judiciaire.

Ces principes d'interprétation législative nous éclairent un peu sur la façon d'aborder l'article 1.2; cependant, ils ne sont pas les seuls principes à prendre en compte. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* est conçue pour être interprétée de manière à « cerner l'objet de la loi et, s'il existe plus d'une interprétation qui soit compatible avec cet objet, il faut opter pour celle qui est le plus conforme à la *Charte* »⁴³. Encore là, il est difficile de savoir comment sera résolu

³⁸ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, par. 56.

³⁹ *Ibid.*, par. 57, où la Cour cite l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36 : « ...les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et [...] que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens ».

⁴⁰ *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 98.

⁴¹ *Ibid.*, par. 104.

⁴² *Ibid.*, par. 114.

⁴³ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1995] 1 R.C.S. 554, [1993] A.C.S. n° 20 (Q.L.), jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Iacobucci, au par. 36. Au par. 37, le juge en chef Lamer a également précisé

le conflit possible entre ce principe et le principe d'interprétation découlant du cadre d'analyse des droits ancestraux ou issus de traités, selon lequel toute ambiguïté doit être tranchée en faveur de la Première nation partie au litige.

Les règles relatives aux droits de la personne renferment également des principes pouvant guider la conciliation des facteurs divergents, laquelle démarche nécessite l'examen de deux groupes d'intérêts opposés. Dans le contexte de l'article 1.2, ces intérêts peuvent être comparés de deux façons. La première consiste à concilier les droits individuels énoncés dans la LCDP avec l'ensemble des droits collectifs d'une Première nation. Dans le cadre de cette interprétation, la prise en compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier de la Première nation concernée viserait uniquement à comprendre le droit ou l'intérêt collectif.

La deuxième façon de procéder consiste à concilier le droit ou l'intérêt individuel du plaignant avec les droits ou intérêts collectifs exprimés par le gouvernement de Première nation. Dans ce contexte, la prise en compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier servirait à comprendre à la fois les intérêts collectifs et les intérêts individuels. Les mesures que la Première nation a déjà prises pour atteindre un équilibre entre les droits et intérêts individuels et collectifs seraient prises en compte.

Bien que les exemples de « conciliation » de droits soient très rares dans la jurisprudence, il convient d'examiner quelques cas qui illustrent la façon dont la conciliation a été faite ailleurs. Dans les cas où une analyse de cette nature est menée, elle repose sur des principes établis. Ainsi, lorsqu'il a tenté de concilier le droit d'une personne d'être protégée contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle avec le droit d'une autre personne à la liberté de religion, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a invoqué les valeurs constitutionnelles et les dispositions de sa loi habilitante. Il a ensuite conclu que le droit d'être protégé contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle l'emportait sur le droit à la liberté de religion⁴⁴. Pour en arriver à cette conclusion, le Tribunal n'a pas fait lui-même la conciliation, mais il a appliqué celle qui, selon lui, était sous-entendue dans sa loi habilitante. En revanche, l'article 1.2 exige une conciliation, sans toutefois articuler le cadre à l'intérieur duquel cet exercice doit être fait.

L'article 1.2 ne donne pas à penser que les droits individuels l'emporteraient sur les droits collectifs, ou vice versa. Cependant, un critère influent est énoncé dans les décisions qui ont été rendues dans le contexte des droits reconnus par la *Charte* et dans lesquelles la Cour suprême du Canada a conclu que la liberté de religion comportait des limites internes. Dans ce contexte, l'article premier de la *Charte* a été utilisé comme instrument d'évaluation⁴⁵ qui est résumé comme suit :

que, « s'il n'y a pas de contestation fondée sur la *Charte*, celle-ci ne peut être utilisée pour interpréter une loi de façon à contrarier son objet ou à lui donner un effet que le législateur ne souhaitait pas de toute évidence ».

⁴⁴ *Heintz c. Christian Horizons*, 2008 H.R.T.O. 22 (Tribunal des droits de la personne de l'Ontario).

⁴⁵ *V.M. c. British Columbia (The Director of Child, Family and Community Services)* 2008 B.C.S.C. 449 (CanLII), au par. 88, où la Cour cite le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *B.(R.)*, p. 384 et 385 : « À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2a) pour soupeser des droits opposés ».

Il incombe aux intimés de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la violation est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour ce faire, elle doit satisfaire à deux exigences. D'abord, l'objectif législatif poursuivi doit être suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit constitutionnel. Ensuite, les moyens choisis par l'autorité étatique doivent être proportionnels à l'objectif en question⁴⁶.

La conciliation prévue à l'article premier de la *Charte* a donc pour effet de protéger un droit de l'individu qui est reconnu par la *Charte* à l'encontre de la tentative de l'État de porter atteinte à ce droit en imposant à celui-ci le fardeau de la preuve lorsqu'il cherche à maintenir sa mesure législative malgré la violation en question. Les méthodes préconisées par la *Charte* doivent être respectées, étant donné que celle-ci énonce un ensemble de principes d'interprétation prépondérants en ce qui concerne la LCDP.

Il n'existe aucun document fédéral officiel au sujet des types de décisions relatives à un programme ou service que le gouvernement fédéral ou une bande indienne aurait prises et qui auraient pu constituer à première vue des mesures discriminatoires visées par la LCDP. Il est indéniable que plusieurs autres aspects de la *Loi sur les Indiens* sont apparemment discriminatoires, mais il est loin d'être certain que la LCDP s'appliquerait aux contestations connexes. Bien que ces questions soient normalement susceptibles de contrôle direct par les cours de justice sous le régime de la *Charte*, la LCDP permet sans doute au Tribunal de freiner l'application de mesures législatives discriminatoires par les fonctionnaires fédéraux⁴⁷.

Cependant, les plaintes relatives aux restrictions touchant l'admissibilité aux programmes et aux services sont normalement visées par le mandat de la LCDP. Les mesures suivantes pourraient être touchées :

- les restrictions touchant l'admissibilité au système de soins médicaux (admissibilité limitée aux Indiens inscrits, aux membres des organisations chargées des revendications territoriales inuites et, de 1988 jusqu'à leur enregistrement en 2002, aux Innus du Labrador);
- les restrictions touchant l'admissibilité aux programmes d'aide à l'éducation postsecondaire du ministère des Affaires indiennes et du Nord du Canada (AINC) (restrictions identiques à celles de Santé Canada);
- les restrictions touchant l'accès à certains programmes et services offerts sur les réserves (notamment en matière de bien-être social et d'éducation), lequel accès était, jusqu'au début des années 2000, limité aux Indiens inscrits résidant sur la réserve.

En plus d'être relativement courte, cette liste concerne des programmes qui existaient avant la LCDP ou qui ont été instaurés après la promulgation du projet de loi C-31 en 1985.

⁴⁶ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 43.

⁴⁷ En ce qui a trait aux pouvoirs des tribunaux établis par une loi, voir *Druken c. Canada* (Commission de l'Emploi et de l'Immigration), [1989] 2 C.F. 24 (CAF), où la Cour d'appel fédérale a décidé que les pouvoirs du Tribunal comprennent celui d'ordonner au gouvernement fédéral de cesser d'appliquer une disposition discriminatoire. Le Tribunal a exercé ce pouvoir dans des affaires subséquentes concernant la législation fédérale en matière d'assurance-emploi; voir *McAllister-Windsor c. Canada*, [2001] D.C.D.P. n° 4 (T.C.D.P.).

L'article 1.2 de la LCDP est fermement ancré dans les droits de la personne. Cependant, il comporte également des éléments qui concernent les droits ancestraux. En raison de ce double fondement, il est difficile de savoir de quelle source de droit seront puisés les principes qui serviront à interpréter l'article 1.2. La nature des plaintes et le contexte de la discrimination reprochée seront sans doute des facteurs importants à cet égard.

3. LA PREUVE RELATIVE AUX TRADITIONS JURIDIQUES ET AUX RÈGLES DE DROIT COUTUMIER DES PREMIÈRES NATIONS

Dans la présente section, nous nous attardons aux aspects juridiques liés à la détermination des traditions juridiques et des règles de droit coutumier. Bien que les tribunaux coloniaux aient longtemps appliqué les règles de droit coutumier, nous en savons très peu sur la façon dont ces règles devaient être reçues, identifiées ou interprétées⁴⁸. Pour savoir s'il est nécessaire de « tenir compte » des traditions juridiques ou des règles de droit coutumier d'une Première nation, il faut d'abord examiner la jurisprudence canadienne et étrangère concernant les droits ancestraux et les droits issus de traités, notamment la série de décisions que la Cour suprême du Canada a rendues depuis l'arrêt *Sparrow* jusqu'à l'arrêt *Sappier et Gray*⁴⁹.

La façon dont la Cour suprême du Canada a abordé les questions liées aux droits ancestraux est exposée ci-dessus. Aux fins de la présente section, il est essentiel de souligner que, dans la jurisprudence concernant les droits ancestraux ou issus de traités, il a été conclu que la preuve orale relative aux traditions autochtones est admissible devant les cours de justice. La Cour suprême a décidé que les règles traditionnelles de la preuve doivent être adaptées aux récits oraux. Elle a mis l'accent sur la nécessité de s'assurer que les récits oraux sont utiles pour prouver les questions pertinentes, qu'ils sont raisonnablement fiables et que leur valeur probante l'emporte sur le préjudice que cette preuve peut causer⁵⁰. La Cour a également précisé que les points de vue des Autochtones au sujet des traités conclus avec la Couronne, de leurs sociétés et de leurs lois ont une importance vitale, de même que les documents écrits pouvant exister⁵¹.

Bien qu'il importe d'examiner la preuve présentée par les Autochtones eux-mêmes, la preuve d'experts de l'extérieur peut aussi être utile. Au moment d'évaluer la compétence des experts, il y a lieu d'examiner l'expérience locale. Cette expérience peut découler d'une formation universitaire régulière ou de la formation acquise par les [TRADUCTION] « conseillers communautaires locaux, ministres du culte et fonctionnaires

⁴⁸ Voir, de façon générale, Mark D. Walters (1999), « The 'Golden Thread' of Continuity : Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 », *McGill Law Journal* 44, p. 711 à 752; Mark D. Walters (1995), « Mohegan Indians v. Connecticut (1705–1773) and the Legal Status of Aboriginal Customary Laws and Government in British North America », *Osgoode Hall Law Journal* 33, p. 785; Peter W. Hutchins, Carol Hilling et David Schulze (1995), « The Aboriginal Right to Self-Government and the Canadian Constitution : The Ghost in the Machine », *U.B.C. Law Review* 29, p. 251, et Lucy Bell (2006), « Kwakwaka'wakw Laws and Perspectives Regarding Property », *Indigenous Law Journal* 5, p. 119 à 159.

⁴⁹ *R. c. Sappier; R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686.

⁵⁰ *Mitchell c. Canada (M.R.N.)*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 30.

⁵¹ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

gouvernementaux »⁵². Il importe également de procéder à une évaluation de manière à s'assurer que la personne qui témoigne :

- *possède des connaissances ou une expérience spéciales au sujet des règles de droit coutumier de la collectivité qui se rapportent à la question sous étude;*
- *aurait probablement possédé ces connaissances ou cette expérience si ces règles avaient existé*⁵³.

La jurisprudence de l'Afrique du Sud renferme plusieurs règles permettant de déterminer le contenu des règles de droit coutumier qui bénéficient d'une protection en vertu de la constitution adoptée après l'apartheid :

1. Il est nécessaire de déterminer la règle de droit coutumier dans le contexte de la tradition de la collectivité⁵⁴.
2. Il est nécessaire de respecter le droit de la collectivité d'élaborer ses règles de droit coutumier afin de relever les défis de la société contemporaine⁵⁵.
3. Les règles de droit coutumier régissent le mode de vie de la population, d'où l'importance de la conciliation. Les tribunaux doivent tenir compte, notamment, des éléments suivants :

[TRADUCTION] ... *la nature de la règle en question, y compris les changements qu'elle risque de provoquer à l'égard des droits, constitutionnels et autres, le processus qui conduit ou a mené au changement invoqué et la vulnérabilité des parties touchées par la règle*⁵⁶.

Dans les décisions qu'ils ont rendues au sujet du titre autochtone, les tribunaux australiens ont souligné la nécessité d'une continuité entre les règles de droit traditionnelles qui

⁵² The Law Reform Commission, Report 31, *The Recognition of Aboriginal Customary Laws*, Vol. 1, Australian Govt. Publishing Service, Canberra, 1986, p. 470.

⁵³ *Ibid.*, p. 478.

⁵⁴ *Shilubana and others c. Nwamitwa* [2008] Z.A.C.C. 9, par. 44 : [TRADUCTION] « Le droit coutumier est un ensemble de règles et de normes qui ont été élaborées au fil des siècles. Pour déterminer la règle qui prévaut selon le droit coutumier, il faut, dans tous les cas, examiner les pratiques antérieures de la collectivité. Cet examen doit porter sur l'ensemble des règles de droit coutumier en soi plutôt que par rapport aux règles de common law [...]. Les tribunaux qui entreprennent cette démarche doivent se méfier des documents historiques, en raison de la tendance antérieure à examiner les règles de droit coutumier sous l'angle de concepts juridiques étrangers à celles-ci ».

⁵⁵ *Ibid.*, par. 45 : [TRADUCTION] « Comme notre Cour et d'autres tribunaux l'ont répété à maintes reprises, les règles de droit coutumier représentent de par leur nature un régime de droit qui ne cesse d'évoluer. Sous les régimes coloniaux et le régime de l'apartheid qui ont précédé l'avènement de la démocratie, cette évolution a été freinée et les règles de droit coutumier ont stagné. Cette stagnation ne devrait pas persister et les collectivités devraient pouvoir élaborer librement leurs propres règles de droit afin de répondre aux besoins d'une société en constante ébullition ». Voir également The Law Reform Commission, Report 31, *The Recognition of Aboriginal Customary Laws*, Vol. 1, Australian Govt. Publishing Service, Canberra, 1986, p. 91.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 47.

existaient à l'époque de la souveraineté et celles qui sont actuellement invoquées. Si cette continuité n'existe plus, un lien avec le titre autochtone disparaîtra également⁵⁷.

Même s'il est peut-être essentiel de connaître la situation qui existait avant le contact avec les Européens pour déterminer le contenu de la règle de droit coutumier appliquée à l'époque, il n'en est pas forcément ainsi en ce qui concerne la teneur de la règle actuelle⁵⁸. Bien que les racines établies avant le contact avec les Européens représentent la mesure la plus fiable des origines des règles de droit coutumier, elles ne sont pas essentielles. Cependant, même si la connaissance antérieure des règles de droit coutumier est nécessaire pour établir les règles de droit coutumier : [TRADUCTION] « la continuité n'est pas essentielle lorsque l'existence préalable de celles-ci était connue », car [TRADUCTION] « aucune interruption ne peut détruire une coutume une fois qu'elle est établie »⁵⁹. Plusieurs facteurs clés mentionnés plus haut permettent de mieux comprendre comment une règle de droit coutumier peut être reçue. Il appert de la jurisprudence sud-africaine que les règles de droit coutumier visent à répondre aux besoins de la collectivité locale. En conséquence, ces règles évolueront au fur et à mesure que les besoins locaux changeront. Cette réalité offre une piste de solution au problème lié à la nécessité d'établir la continuité avec les coutumes antérieures au contact avec les Européens⁶⁰.

4. .

Nous nous sommes attardés dans le présent chapitre au fondement du cadre analytique devant servir à interpréter l'article 1.2. Nous avons exploré l'historique de cette disposition et les cadres conceptuels pouvant guider l'interprétation et nous avons donné des exemples de décisions judiciaires concernant les traditions juridiques et les règles de droit coutumier. Il importe également de consulter l'Annexe 2, où nous présentons une analyse des mots et expressions précis employés à l'article 1.2. Le caractère unique de cette disposition s'explique en partie par la possibilité de l'interpréter au regard tant des principes sous-jacents à la *Charte* que des principes constituant le fondement des droits ancestraux. De

⁵⁷ *Mabo c. Queensland*, [1992] 5 C.N.L.R. 1 (H. C. Aust.) (Q.L.), commentaires du juge Brennan à la note 127 : [TRADUCTION] « lorsque toute reconnaissance réelle des règles de droit traditionnelles et toute observation des coutumes traditionnelles ont été effacées par le passage du temps, le fondement du titre autochtone a également disparu. Il est impossible de faire renaître à des fins de reconnaissance contemporaine un titre autochtone qui a cessé d'exister lors de l'abandon des règles de droit et coutumes fondées sur la tradition ».

⁵⁸ Dans « 'According to the old customs of our nation' : Aboriginal Self-Government on the Credit River Mississauga Reserve, 1826–1847 », *Revue de droit d'Ottawa* 30(1) (Q.L.), Mark Walters (1998-1999) exprime comme suit, au par. 17, le lien entre le mode de vie d'une collectivité et les règles de droit qui la régissaient : [TRADUCTION] « En résumé, il est indéniable que les caractéristiques générales du système de droit et du gouvernement ojibway en place avant le contact avec les Européens étaient inextricablement liées aux caractéristiques générales de la société ojibway qui existait alors. Les fondements normatifs du système d'usages et de coutumes qui réglementait la vie des Ojibways découlaient, d'abord, de la façon unique dont ce peuple récoltait les ressources naturelles à l'intérieur de son territoire, c'est-à-dire la base économique de la société ojibway et, en deuxième lieu, du lien spirituel qui existait entre les Ojibways et le monde naturel qui les entourait, c'est-à-dire la base spirituelle/religieuse de la société ojibway ».

⁵⁹ Albert Peeling et Paul L.A.H. Chartrand (2004), « Sovereignty, Liberty, and the Legal Order of the 'Freemen' (Otipahemsu'uk) : Towards a Constitutional Theory of Métis Self-Government » *Saskatchewan Law Review* 67, 339 (Q.L.), par. 9.

⁶⁰ *Ibid.*, où les auteurs soulignent ce qui suit au par. 9 : [TRADUCTION] « Il n'est pas nécessaire d'établir la continuité lorsqu'il y a par ailleurs une forte preuve relative à une coutume et que l'interruption peut être expliquée par une preuve de l'impossibilité de pratiquer celle-ci ».

plus, l'historique législatif de l'article 1.2 ne révèle aucune orientation claire quant à la façon d'interpréter cette disposition. En raison de ce manque de clarté, le TCDP et les cours de justice devront imputer une intention au législateur lorsque cette intention n'est pas exprimée clairement. À cet égard, deux modèles d'interprétation, décrits ci-dessous, existent.

INCIDENCES POSSIBLES DU LIBELLÉ DE LA DISPOSITION

Les cadres conceptuels décrits ci-dessus révèlent deux méthodes permettant de comprendre et d'appliquer l'article 1.2. L'interprétation large repose sur les droits de la personne existants et sur les assises juridiques de la *Charte*, tandis que l'interprétation restrictive est fondée sur les principes de droit constitutionnel sous-jacents à la reconnaissance et à la confirmation, à l'article 35, des droits ancestraux ou issus de traités.

Interprétation large

La liste non exhaustive des éléments relevant de la compétence des gouvernements de Premières nations donne à penser que d'autres entités et leurs mesures pourraient être visées par l'article 1.2. Cette possibilité et le libellé de cette disposition militent en faveur d'une interprétation large qui permettrait à tout gouvernement de Première nation exposé à une plainte, que celle-ci soit liée ou non à un service auparavant visé par l'exemption prévue à l'article 67, d'invoquer l'obligation de tenir compte. Cette interprétation couvre tout organisme autochtone qui est assujéti à la compétence fédérale, mais qui n'exerce peut-être pas ses fonctions en vertu de la *Loi sur les Indiens* (p. ex., La Première nation de Westbank, les gouvernements qui exercent leurs fonctions en vertu de la *Loi sur les Cris et les Naskapis (du Québec)* et auxquels la LCDP s'est toujours pleinement appliquée, à moins que cette situation n'ait été explicitement modifiée par voie législative (comme dans le cas de Westbank).

Dans la même veine, une interprétation large pourrait signifier que la disposition visait à tenir compte à la fois des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations et de l'« équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs » (ce qui nécessiterait une conciliation distincte des intérêts collectifs sans égard à une règle de droit coutumier donnée).

Selon cette interprétation large, une importance prépondérante est accordée aux droits individuels et une portée restreinte est reconnue aux exemptions. Dans la mesure où il s'agit d'un intérêt individuel et eu égard au fait qu'il est explicitement mentionné à l'article 1.2, le principe de l'égalité entre les sexes l'emporterait sans doute sur les intérêts collectifs. Cette interprétation est compatible avec la perception de l'article 1.2 comme une disposition interprétative plutôt que comme une nouvelle source de droits.

Dans le cadre de cette interprétation large, l'article 1.2 pourrait être considéré comme une source de justification indépendante à peu près de la même façon que l'a été l'article 25 de la *Charte* dans les quelques décisions rendues au sujet de celui-ci. Dans ce cas-ci, l'article 1.2 constituerait un moyen de défense qu'il serait possible d'opposer à une allégation de discrimination sans qu'il soit nécessaire d'invoquer d'autres dispositions justificatives de la LCDP.

Enfin, compte tenu du texte plus précis de l'article 3, une interprétation large pourrait vouloir dire que la disposition doit s'appliquer immédiatement aux gouvernements de Premières nations relativement aux plaintes fondées sur la LCDP, sauf dans le cas des actes ou omissions « accomplis dans l'exercice des attributions prévues par cette loi ou sous son régime ». Selon cette interprétation, il serait nécessaire de tenir compte de l'article 1.2 immédiatement dans le cas d'une plainte formulée contre un gouvernement de Première nation (défini de façon large) au sujet de toutes les questions qui n'étaient pas visées auparavant par l'exemption prévue à l'article 67.

B. Interprétation restrictive

Pour sa part, l'interprétation restrictive des exemptions aux lois sur les droits de la personne favoriserait l'application des critères plus rigoureux inhérents aux droits ancestraux et issus de traités prévus à l'article 35 plutôt que des règles souples relatives à la *Charte* et aux droits de la personne.

Selon l'interprétation restrictive, l'expression « Première nation » renvoie aux gouvernements ou entités auparavant visés par l'exemption prévue à l'article 67 (c'est-à-dire uniquement ceux qui sont explicitement couverts par la *Loi sur les Indiens*). De plus, l'obligation de « tenir compte » s'appliquerait uniquement dans le contexte des activités auparavant visées par l'exemption et non de façon générale à toutes les mesures de ces gouvernements.

Une interprétation restrictive donne également à penser que le législateur voulait tenir compte, non pas à la fois des traditions et coutumes ainsi que de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs, mais uniquement de l'équilibre entre ces droits et intérêts dans le contexte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier d'une Première nation.

Par ailleurs, cette interprétation restrictive de l'article 1.2 pourrait déclencher l'application d'un critère semblable à celui qui a été formulé dans les décisions concernant l'article 35. Lorsqu'un droit contesté est reconnu, il serait possible d'utiliser les mécanismes prévus à l'article 35 pour déterminer la validité et les caractéristiques de la tradition juridique ou de la règle de droit coutumier en cause.

De plus, selon cette même interprétation restrictive, il ne serait pas nécessaire d'appliquer l'obligation de « tenir compte » avant l'expiration de la période de transition de trois ans.

CONCLUSION

Aucun élément de la jurisprudence ou des différents cadres d'analyse juridique ne précise l'interprétation qui est la bonne, soit celle qui est fondée sur les règles relatives à la *Charte* et aux droits de la personne ou celle qui repose sur les droits ancestraux et issus de traités, ou s'il y a lieu d'utiliser une combinaison des deux.

Une interprétation large du projet de loi C-21 n'est peut-être pas ce que les législateurs avaient en tête, ne serait-ce que parce que l'article 1.2 n'a pas été proposé par le gouvernement et n'a été ajouté que par suite de motions de l'opposition visant explicitement à modifier l'abrogation de l'article 67, qui ne touchait que les organismes régis par la *Loi sur*

les Indiens. Pourtant, certaines dispositions interprétatives proposées antérieurement, y compris celle du projet de loi C-7 et la version proposée par le comité de révision de la LCDP, se seraient appliquées à toutes les mesures prises par toutes les organisations gouvernementales autochtones.

Eu égard à la pérennité du débat, il serait peut-être étrange que la LCDP accorde seulement à quelques gouvernements de Premières nations, et non à l'ensemble de ceux-ci, la possibilité d'invoquer des traditions juridiques, des règles de droit coutumier et des intérêts collectifs en réponse à une allégation de discrimination, étant donné, surtout, que la plupart des groupes exclus (comme le gouvernement Nisga'a Lisims) exercent des droits à l'autonomie gouvernementale explicitement protégés à titre de droits issus de traités en vertu de l'article 35.

L'analyse qui précède montre que la littérature juridique ne représente qu'une source à consulter parmi plusieurs pour répondre aux principales questions soulevées dans la présente étude. La jurisprudence ne donne pas un aperçu complet de la situation et nous devons nous tourner vers d'autres disciplines, démarche que nous décrivons dans la partie suivante.

PARTIE II : L'ÉVALUATION FONDÉE SUR L'HISTOIRE ET LES SCIENCES SOCIALES

INTRODUCTION

Dans cette partie, nous nous penchons sur la littérature en histoire et en sciences sociales pour tenter de mieux comprendre la façon dont les concepts sous-jacents aux droits individuels et collectifs sont élaborés et la façon dont ils sont liés aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier des Premières nations. Nous nous attardons également à certaines solutions pratiques du Canada, de l'Australie et d'ailleurs et tentons de voir comment il est possible de les adapter aux cadres conceptuels plus larges utilisés pour l'examen des liens entre les droits de la personne et les traditions juridiques et règles de droit coutumier des Premières nations.

D'abord et avant tout, il importe de préciser les thèmes ou sujets sur lesquels la littérature en histoire et en sciences sociales peut fournir un éclairage utile :

- la portée et le sens des traditions juridiques et des règles de droit coutumier;
- la conciliation des droits collectifs et individuels dans le contexte des traditions juridiques ou des règles de droit coutumier;
- le choix de l'arbitre pour l'évaluation des traditions juridiques et des règles de droit coutumier contestées;
- la question cruciale de la détermination de l'appartenance et des restrictions connexes touchant la prestation de biens et de services par les gouvernements de Premières nations;
- la question émergente de l'autonomie gouvernementale et des systèmes de justice alternative.

Notre analyse s'articule autour de ces sujets ainsi que de la réalité selon laquelle les règles de droit coutumier s'entendent des règles et procédures de base régissant le mode de vie quotidien des membres d'une collectivité⁶¹. Les règles de droit coutumier sont également souvent décrites comme une forme d'impératif de niveau supérieur qui dépasse la simple pratique ou habitude et qui relève davantage de la moralité et du sens du devoir⁶².

Pourtant, dans le cadre de notre étude, nous devons d'abord explorer certaines limites, ne serait-ce que pour mettre en relief les sujets que nous avons l'intention d'aborder pour mener à bien notre analyse. À cette fin, nous devons tenter de délimiter les questions dont

⁶¹ Pour les grandes études anthropologiques traitant du sujet, voir Bronislaw Malinowski (1933), *Le crime et la coutume dans les sociétés sauvages*, Paris, Payot et Kegan Paul et Max Gluckman (1997), « Concepts in the Comparative Study of Tribal Law », dans Laura Nader (Ed.), *Law in Culture and Society*, Berkley : University of California Press, p. 349 à 373. Pour une étude sociologique, voir Stanley Diamond (1971), « The Rule of Law Versus the Order of Custom » *Social Research* 38(1), p. 42 à 72. Pour les règles de droit coutumier et leur reconnaissance judiciaire au Canada, voir Bradford W. Morse (1980), « Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System », *American Indian Law Review* 8, p. 199 à 257. Pour un point de vue autochtone sur l'histoire des Premières nations, voir l'excellent ouvrage de Georges E. Sioui intitulé *Pour une autohistoire amérindienne* (Québec, Presses de l'Université Laval, 1989).

⁶² A. L. Goodhart, cité dans Kenneth Maddock (1984), « Aboriginal Customary Law », dans Peter Hanks et B. Keon-Cohen (Eds.), *Aborigines and the Law*, North Sydney, Allen et Unwin, p. 217.

l'évaluation nous a été confiée, y compris les questions qui, en général, ne seraient peut-être pas débattues devant la Commission canadienne des droits de la personne ou le Tribunal canadien des droits de la personne.

LIMITES

Les limites extérieures des règles de droit coutumier autochtones, soit les pratiques qui semblent aller manifestement à l'encontre des normes culturelles non autochtones ou des règles de droit statutaire formelles, ont fait l'objet d'un examen approfondi non seulement dans la littérature juridique, mais également dans la littérature en sciences sociales (soit l'anthropologie, la sociologie, les sciences politiques et l'histoire). Au Canada, on s'est attardé à l'affaire Thomas, où un homme qui a été contraint de participer à une cérémonie de danse sacrée [TRADUCTION] « s'est vu privé de nourriture, a été forcé de marcher nu dans un ruisseau et a été transporté par un groupe d'hommes qui l'ont mordu et lui ont enfoncé les doigts dans l'estomac »⁶³.

Thomas a intenté des poursuites et le juge de première instance a rendu une décision en sa faveur, soulignant que, même si la danse sacrée était une tradition valable, [TRADUCTION] « les aspects qui allaient à l'encontre de la common law anglaise, comme le recours à la force, l'agression, les coups et blessures et l'emprisonnement illicite, n'ont pas survécu à l'instauration du droit en Colombie-Britannique »⁶⁴. La Cour a conclu que, même si la cérémonie de danse sacrée des Coast Salish de la Colombie-Britannique était protégée par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à titre de droit ancestral, la préhension au corps allait à l'encontre des droits de la personne protégés par la Constitution et par la loi, peut-être même par le *Code criminel*.

En Australie, les pratiques considérées par plusieurs comme des atteintes inhabituelles aux droits individuels, notamment le transpercement et le mariage de personnes mineures, ont suscité de vives préoccupations⁶⁵. Les pratiques culturelles dépassant la limite des normes généralement acceptées, qu'elles constituent ou non des règles de droit coutumier, ont également été déplorées dans la littérature internationale sur les droits de la personne, notamment dans les cas où ces pratiques causent des sévices aux femmes⁶⁶.

L'intérêt manifesté à l'égard de ces cas ne signifie pas que les traditions juridiques ou les règles de droit coutumier autochtones vont nécessairement ou même invariablement à

⁶³ Cité dans Patrick Macklem (2001), *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, p. 49.

⁶⁴ *Thomas c. Norris* CanLII 354, [1992] C.S. C.-B.

⁶⁵ Voir Megan Davis et H. McGlade (2004), « International Human rights law and the recognition of Aboriginal customary law », Background Paper #10, Law Reform Commission of Western Australia.

⁶⁶ En ce qui a trait aux violations du principe de l'égalité des sexes, notamment dans les cas de viol, de mutilation génitale féminine, etc., voir Sally E. Merry, « Human Rights and Transnational Culture: Regulating Gender Violence through Global Law » (2006) 44 *Osgoode Hall Law Journal*. En ce qui a trait à la discrimination faite aux femmes indiennes au Canada, voir Mary Ellen Turpel (1989), « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretive Monopolies, Cultural Differences », *Annuaire canadien des droits de la personne*, p. 3, et Teresa Nahanee (1993), « Danser avec les gorilles : les femmes autochtones, la justice et la Charte », *Les peuples autochtones et la justice*, Commission royale sur les peuples autochtones, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada. En ce qui concerne les Autochtones de l'Australie, dont les traditions relevant des règles de droit coutumier sont évaluées plus clairement, voir Catherine Wohlan (2005), « Aboriginal Women's interests in customary law recognition ». Background Paper #13, Law Reform Commission of Western Australia.

l'encontre des droits de la personne ou des textes législatifs non autochtones perçus comme des normes universelles. Dans la plupart des cas, les lois et traditions intègrent, sinon protègent les droits individuels et ceux de la collectivité concernée⁶⁷. Cependant, cet intérêt montre que tant la littérature juridique que celle des sciences sociales mettent souvent l'accent sur la question des limites bien davantage que sur le contenu détaillé des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Autochtones au fil des jours. Ce manque d'attention accordé au quotidien caractérise l'ensemble de la littérature en sciences sociales. Or, en raison de l'absence d'analyse systématique et comparative des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations, les cas importants risquent d'être laissés pour compte au profit des affaires notoires.

Par ailleurs, ce ne sont pas tous les aspects des traditions ou règles de droit autochtones qui nous intéressent dans la présente étude. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* porte sur la discrimination contre les personnes dans des situations définies qui relèvent de la compétence fédérale, soit la prestation de biens et de services, l'accommodement et l'emploi. Elle n'a pas une portée aussi étendue que la *Charte canadienne des droits et libertés*. Qui plus est, la LCDP ne vise pas directement à protéger ou à mettre en oeuvre les droits ancestraux ou issus de traités, ce que fait l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Bon nombre de règles de droit et de traditions des Premières nations ne toucheront pas la façon dont la LCDP est mise en oeuvre à l'endroit des gouvernements de Premières nations, eu égard à la portée plus restreinte de cette loi. Néanmoins, l'article 1.2 de la LCDP (voir l'Annexe 1 pour une version complète des modifications) introduit une exigence à l'égard d'une question qui, jusqu'à ce jour, relevait exclusivement du domaine constitutionnel, soit l'interprétation des coutumes et traditions autochtones. Comme nous l'avons souligné dans la partie I, les tribunaux se sont penchés à l'occasion sur ces questions avant 1982 en s'inspirant principalement des principes de la common law anglaise. Toutefois, la principale mention des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Autochtones se trouve maintenant à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi qu'à l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces deux dispositions, qui sont reconnues et confirmées comme « la loi suprême du pays », ont pour effet de préserver les droits ancestraux, qui englobent probablement les traditions juridiques et les règles de droit coutumier.

Aucune disposition constitutionnelle n'énonce de droits absolus ou ne sous-entend aucune conciliation avec d'autres droits bénéficiant d'une protection similaire⁶⁸. Comme nous le soulignons dans la partie I, la conciliation peut être justifiée conformément à différents principes découlant de trois cadres juridiques distincts. Cependant, ces cadres d'analyse sont eux-mêmes fondés sur la littérature en histoire et en sciences sociales. Il est donc

⁶⁷ Il s'agit de l'hypothèse générale et du constat d'universitaires spécialisés en droit comparé. Voir, par exemple, Christoph Eberhard (2001), « Towards an Intercultural Legal Theory: The Dialogical Challenge », *Social and Legal Studies* 10(2), p. 171. Pour l'opinion selon laquelle les normes appelées « universelles », comme celles de la *Charte des droits*, modifient les normes de protection des droits individuels qui existaient déjà dans les cultures indigènes, voir Menno Boldt et J. Anthony Long (1984), « Tribal Philosophies and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* », *Ethnic and Racial Studies* 74(4), p. 478 à 493.

⁶⁸ C'est ce que la Cour suprême du Canada a répété à maintes reprises, notamment dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 et, dans le contexte de la *Charte*, dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

impératif de consulter ces sources de renseignements. De plus, il est important de savoir à quel moment les « traditions juridiques et les règles de droit coutumier » évoluent, le cas échéant.

En raison de la superposition des règles de droit, politiques et institutions non autochtones, l'authenticité des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations est contestée. Il est donc nécessaire d'évaluer l'« authenticité » des droits ou intérêts collectifs invoqués. Les pratiques des Premières nations ne sont pas toujours considérées comme un fondement valable justifiant la discrimination lorsque des droits ou intérêts individuels sont touchés. Il y a donc lieu d'examiner les procédures ou techniques permettant de distinguer les aspects « traditionnels » d'avec ceux qui découlent d'éléments introduits.

En consultant la littérature en sciences sociales et en histoire dans le cadre de l'examen de la nature et du sens des traditions juridiques et des règles de droit coutumier, nous pourrions également trouver des facteurs qui ont une influence sur les droits et intérêts individuels et collectifs et savoir vers qui nous tourner pour évaluer l'authenticité des traditions et règles de droit en question.

1. LE SENS ET LA PORTÉE DES TRADITIONS JURIDIQUES ET DES RÈGLES DE DROIT COUTUMIER

Il est indéniable que les collectivités de Premières nations du Canada ont des traditions juridiques et des règles de droit coutumier qui font partie de leur milieu culturel général. Quelle que soit l'époque (période contemporaine, premiers temps du contact avec les Européens ou époque antérieure), la volonté de contrôler le comportement par différentes formes d'encouragement et de sanction est présente dans toutes les cultures des Premières nations. Le meurtre et les crimes de violence étaient et demeurent régis par différentes formes de pratiques sociales allant du meurtre en représailles au bannissement. Les règles du droit de la famille sont présentes partout et couvrent le mariage, le divorce, l'adoption et la protection de l'enfance. Dans la même veine, les biens matrimoniaux, les successions et la propriété sont assujettis à des normes juridiques dans toutes les cultures, qu'il s'agisse d'une société nomade, d'une chefferie hiérarchique ou d'un régime quasi étatique. Toutes les cultures comportent des règles concernant, notamment, la famille et les liens familiaux, l'appartenance, la résidence et la propriété foncière⁶⁹.

Dans ce contexte, quels sont les cadres d'analyse permettant de déterminer à quel moment les traditions juridiques et les règles de droit coutumier entrent en ligne de compte dans les décisions prises par les organisations de Premières nations? Avant d'explorer la façon dont les droits individuels et collectifs peuvent être conciliés entre eux, nous devons savoir quelles sont les traditions juridiques et les règles de droit coutumier dont il faut tenir compte conformément au projet de loi C-21 ou, du moins, quelles sont les méthodes à utiliser aux fins de cette détermination.

⁶⁹ Philip Drucker (1939), « Rank, Wealth and Kinship in Northwest Coast Society », *American Anthropologist*, New Series 41(1), p. 55 à 65.

1.1. EN QUOI CONSISTENT LES RÈGLES DE DROIT COUTUMIER ET LES TRADITIONS JURIDIQUES?

Les Premières nations qui ont vécu au Canada à l'époque du contact avec les Européens et après ce contact affichent une diversité incroyable sur le plan des langues, des traditions, des pratiques et des croyances spirituelles. L'ouvrage de Dickason et celui de Trigger et Washburn sont peut-être les documents les plus éclairants à ce sujet, malgré le fait que, à l'instar de bon nombre d'études historiques, ils sont moins éloquentes quant à la façon dont des traditions et coutumes précises illustrent des principes communs ou des tendances sous-jacentes⁷⁰. Les historiens se penchent davantage sur les particularités descriptives, comme ce qu'a fait Bruce Trigger dans son importante étude qu'il a consacrée aux Hurons⁷¹.

Dans ce cadre de référence global, il n'y a aucune définition de ce qui constitue des règles de droit coutumier ou traditions juridiques pour les Autochtones, que ce soit chez les avocats, les historiens ou les spécialistes des sciences sociales. Étant donné qu'il existe, selon la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), environ 80 nations autochtones ainsi largement définies, une approche souple est de mise⁷². La transmission orale des traditions relevant des règles de droit coutumier, les rituels, souvent jalousement protégés, qui sont associés à l'expression de certaines d'entre elles et les histoires, chansons et cérémonies qui leur donnent vie ajoutent encore à la confusion entourant ces descriptions générales⁷³.

Il semble indéniable que la plupart des cultures des Premières nations, du moins celles qui montrent une certaine continuité avec celles qui existaient avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur les Indiens*, comportent des règles de droit coutumier ou traditions juridiques couvrant un vaste éventail d'activités, y compris les questions d'ordre familial, religieux ou spirituel, la transmission du droit de propriété, le comportement criminel, les relations fondées sur le statut et les obligations à l'intérieur d'un clan ou d'un système tribal. Il se pourrait que différents éléments de ces traditions aient été absents de certaines cultures dans le passé, mais aucune de celles-ci n'était dépourvue de règles de droit.

Par comparaison avec la période moderne, McDonnell souligne que la tradition du bannissement n'existait pas chez les Cris du Québec, mais que ceux-ci ont commencé à explorer cette pratique à la fin des années 1940⁷⁴. Est-ce à dire que le bannissement ne peut être invoqué comme tradition juridique crie contemporaine, même s'il répond à un

⁷⁰ Olive Dickason. *Premières nations du Canada : depuis les temps les plus lointains jusqu'à nos jours*, Sillery (Québec), Septentrion, 1996. Voir également Bruce G. Trigger et Wilcomb E. Washburn (Eds.) (1996), *The Cambridge History of the Native Peoples of the Americas, Volume I : North America* - parties 1 et 2. Cambridge, Cambridge University Press.

⁷¹ Bruce Trigger. *Les Hurons : fermiers du Nord*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1969. Voir également Bruce Trigger. *Les enfants d'Aataentsic : l'histoire du peuple Huron*, Montréal, Libre expression, 1991.

⁷² Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : une relation à redéfinir*, vol. 2, 1^{ère} partie, 1996, p. 202. La Commission souligne que ces nations regrouperaient environ mille collectivités autochtones locales, y compris quelque 620 bandes assujetties à la *Loi sur les Indiens* (soit plus de 2 300 réserves), des centaines de collectivités métisses et de 50 à 60 collectivités inuites.

⁷³ Pour des commentaires généraux et accessibles sur le sujet, voir John Borrows (2005), « Indigenous Legal Traditions », exposé présenté à la table ronde sur les traditions juridiques autochtones, Ottawa, 16 février 2005, Institut sur la gouvernance, cité à www.iog.ca/publications/2005_tanaga6summary.pdf.

⁷⁴ Roger McDonnell (1992), « Contextualizing the Investigation of Customary Law in Contemporary Communities », *Revue canadienne de criminologie et de justice pénale*, 34 (3 et 4).

objectif social valable et qu'il ne va pas à l'encontre des droits de la personne fondamentaux de l'individu concerné? La réponse n'est pas claire en droit canadien, mais elle l'est peut-être selon les règles de droit crie. Dans certains cas, il se peut que la réponse soit compatible avec la tradition juridique ou la règle de droit coutumier, mais dans d'autres, aucun moyen de défense fondé sur la culture ne pourra être invoqué, si ce n'est une nécessité urgente.

Les règles de droit coutumier et les traditions juridiques se transmettent au sein des cultures et entre les générations principalement par des moyens oraux, y compris des histoires, chansons, cérémonies et récits, ainsi que par l'éducation formelle et informelle. Dans les cultures où les connaissances sont transmises par des actions plutôt que par des écrits, il est concevable que la loi [TRADUCTION] « existe séparément de l'être humain et se situe effectivement au-dessus de lui »⁷⁵. Cela signifie que les coutumes reçues sont constamment adaptées aux besoins sociaux émergents. Cependant, l'innovation quant à la façon dont une leçon transmise oralement et consignée par écrit dans un code de conduite est-elle fondamentalement répréhensible? C'est là une question qui demeure ouverte et à laquelle les sciences sociales fournissent peu de réponses.

Ainsi, les anthropologues n'ont pas manqué de consigner les coutumes et traditions comparatives de différentes cultures indiennes de l'Amérique du Nord en ce qui a trait aux liens de parenté⁷⁶. Or, les évaluations varient sensiblement même à l'intérieur d'un groupe linguistique ou entre des collectivités étroitement liées. L'adoption constitue un exemple frappant à cet égard.

Les tribunaux canadiens ont reconnu la légalité de l'adoption selon les coutumes indiennes pendant plus de 40 ans; cependant, ce n'est qu'en 1985 que cette forme d'adoption a été reconnue dans la *Loi sur les Indiens* comme fondement du statut et du droit d'appartenance à une bande. Jusqu'à maintenant, elle représente une des seules pratiques fondées sur la coutume qui est reconnue par un texte législatif fédéral. L'adoption comporte des conséquences juridiques tant à l'intérieur des collectivités (p. ex., liens familiaux, appartenance à la collectivité⁷⁷, transmission héréditaire) qu'en ce qui a trait aux relations externes avec les règles de common law et les textes législatifs canadiens (droit à l'inscription, successions, et ainsi de suite). Pourtant, peu d'efforts ont été faits pour codifier la procédure relative à l'adoption selon les coutumes ou même pour donner une description comparative générale des différentes pratiques à cet égard, précisément parce que celles-ci sont très variées.

Même si le gouvernement fédéral a précédemment inclus l'adoption selon les coutumes comme mesure légitimant les droits de succession, la réponse qu'il a d'abord donnée à la reconnaissance formelle de ce type d'adoption comme facteur à prendre en compte pour déterminer le droit à l'inscription selon la *Loi sur les Indiens* en 1985 est révélatrice. En effet,

⁷⁵ Bernard J. Hibbets (1992), « 'Coming to our Senses' : Communication and Legal Expression in Performance Culture », *Emery Law Journal* 4, 873, p. 956, cité dans Alex Frame (2002), *Grey & Jwika : A Journey into Custom - Kerei Raua to Jwika : Te Haerenga me Nga Tkanga*, Wellington, Victoria University Press.

⁷⁶ Pour une étude éclairante à ce sujet, voir Philip Drucker (1939), « Rank, Wealth and Kinship in Northwest Coast Society » *American Anthropologist*, New Series 41(1), p. 55 à 65.

⁷⁷ Ainsi, tous les traités modernes ou accords de revendications territoriales accordent les droits de bénéficiaire à part entière aux personnes adoptées selon la coutume et quelques-uns permettent à des institutions précises d'exercer une influence (ainsi, le Traité Nisga'a précise que l'adoption doit avoir lieu au sein de l'un des clans reconnus).

le gouvernement a tenté d'exiger la preuve d'une approbation locale en sommant les conseils de bande d'entériner au moyen d'une résolution formelle une adoption faite selon les coutumes. Après avoir été contestée, notamment par des organisations de clans et par des familles dont pour ainsi dire aucun membre ne faisait partie d'une bande régie par la *Loi sur les Indiens*, cette exigence a été assouplie. La reconnaissance de l'adoption selon les coutumes va désormais de pair avec les exigences en matière d'attestation des lois de la Colombie-Britannique et des Territoires du Nord-Ouest, qui sont plus simples et plus souples sur le plan social⁷⁸.

Si nous en jugeons par la situation relative à l'adoption, que les tribunaux ont acceptée depuis longtemps, même lorsqu'une coutume a été formellement reconnue, peu de mesures ont été prises pour élaborer un cadre systématique permettant de savoir si une procédure fait véritablement partie d'une tradition revendiquée. Selon la position dominante, il s'agit d'une question interne qui relève de la culture.

En cas de doute sur la question de savoir si une pratique donnée constitue vraiment une coutume, l'étendue de l'acceptation de cette pratique au sein de la collectivité est examinée de plus près⁷⁹. Néanmoins, le principal facteur pris en compte est la culture, de même que l'intégrité de la culture selon le cadre de référence de celle-ci.

Les tentatives en vue de préparer une typologie des traditions juridiques sont peu nombreuses. Cette situation s'explique en partie par le fait que chaque collectivité autochtone ou collectivité de Première nation est distincte et aucune ne peut être comparée aux autres quant à la façon dont elle applique une tradition coutumière dans des domaines comme les liens de parenté, l'adoption ou les droits de propriété. Voilà un obstacle de taille pour les organismes voués à la protection des droits de la personne, qui cherchent habituellement à comparer les différents traitements accordés aux individus.

Cependant, dans le cadre d'une étude visant à classer la jurisprudence interculturelle au regard des moyens de défense fondés sur les règles de droit coutumier, que ce soit dans le contexte civil ou criminel, Renteln⁸⁰ a proposé le test tripartite suivant au sujet de la véracité des cultures revendiquées :

- la question de savoir si la personne qui invoque un moyen de défense fondé sur la culture est véritablement membre de la collectivité concernée;
- la question de savoir si la tradition est effectivement suivie;
- la question de savoir si la personne qui invoque le moyen de défense s'intéressait à la pratique culturelle ou était motivée par des objets non authentiques, comme l'appât du gain, la revanche ou l'obtention d'un avantage social.

⁷⁸ *Tuplin c. The Registrar*, décision de 1998, Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard.

⁷⁹ Les tribunaux se sont penchés sur des questions comme celle de savoir si un parent caucasien peut adopter selon la coutume indienne (ils ont répondu par l'affirmative, mais ont exigé la preuve d'un lien avec la collectivité concernée ou de l'acceptation par celle-ci); *Re Wah-shee*, [1975] 57 D.L.R (3rd) 743. Pour un examen sommaire de différentes pratiques coutumières, voir Cindy Baldassi (2006), « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption across Canada : Comparisons, Contrasts and Convergences » *University of British Columbia Law Review* 39, p. 71 à 76.

⁸⁰ Alison Renteln (2004), *The Cultural Defense*, New York, Oxford University Press.

Les historiens et les spécialistes des sciences sociales autres que les anthropologues n'ont pas répondu à ces questions de façon claire. Peu de typologies ou de classifications des traditions juridiques ou règles de droit coutumier des Autochtones sont disponibles et celles qui existent sont très contestées.

1.2. LA CULTURE AU COEUR DU DÉBAT

Menno Boldt décrit les cultures indiennes comme

[TRADUCTION] *un ensemble de prémisses au sujet de l'objet, de la valeur et du sens de la vie. Pour les Indiens, ces prémisses découlent de pactes non écrits que le Créateur a communiqués à leurs ancêtres. Les pactes englobent un certain nombre de philosophies et principes fondamentaux qui ont donné de la cohésion et de l'unité aux valeurs, croyances, systèmes sociaux, coutumes et traditions des Indiens. Ces philosophies et principes fondamentaux mettaient l'accent sur une vision organique et holistique du monde : des relations spirituelles et harmonieuses avec la terre et toutes les formes de vie; le communalisme, les obligations et responsabilités personnelles envers la bande ou la tribu; la justice sociale et économique, l'égalité et le partage; la participation universelle et consensuelle aux décisions; l'autonomie personnelle, la dignité de la personne, et ainsi de suite*⁸¹.

Par définition, les règles de droit coutumier s'articulent autour d'une culture, d'un contexte et d'une époque. Elles représentent l'expression changeante et dynamique des normes culturelles et des interactions sociales à l'égard des pratiques considérées comme des traditions ou des coutumes acceptées dans la vie de tous les jours. Cette définition fait ressortir au moins deux aspects importants. D'abord, les traditions juridiques et les règles de droit coutumier doivent reposer sur un cadre normatif établi; il ne peut s'agir d'une invention commode récente ou entièrement politique (c'est-à-dire fondée sur le pouvoir). En deuxième lieu, les traditions juridiques et les règles de droit coutumier évoluent et s'adaptent en fonction des circonstances. Ainsi, prenons le cas du conseil d'une Première nation crie qui invoque la coutume pour annoncer l'embauche obligatoire d'un Cri comme enseignant dans un système d'éducation cri et anglais. Il est possible que les Cris aient toujours eu pour coutume de veiller à ce que leurs enfants soient éduqués par des Cris, comme leurs mères, leurs oncles ou leurs grand-mères, par exemple. Cependant, il se pourrait aussi que, compte tenu de la réalité culturelle et sociale émergente, les enfants cris grandiront sans apprendre la langue crie ou les autres composantes de la culture et du patrimoine cris, si aucune restriction n'est imposée quant aux personnes pouvant leur enseigner. Comme ce fut le cas pour la législation du Québec sur la langue (dont l'importance a incité la province à invoquer la disposition de non-participation de la *Charte*), cette exigence pourrait bien être perçue comme une dérogation valable aux normes habituelles d'égalité en matière d'emploi.

Au même moment, si nous allons trop loin, nous retournons au principe de départ, soit l'exigence relative à un fondement défendable sur le plan normatif. Une Première nation ira peut-être trop loin si elle exige que l'enseignant embauché soit un membre de la bande locale plutôt qu'un Cri ou un membre d'une autre collectivité. En pareil cas, nous nous

⁸¹ Menno Boldt (1993), *Surviving as Indians : The Challenge of Self-Government*, Toronto, University of Toronto Press, p. 182 et 183.

demandons si la restriction visait à préserver la culture crie ou à promouvoir les objets locaux ou politiques de l'employeur.

La littérature en sciences sociales nous donne un aperçu général des « traditions juridiques et règles de droit coutumier des Premières nations » dont il est fait mention dans le projet de loi C-21, ainsi que de certains moyens à utiliser pour déterminer la véracité d'une tradition ou règle invoquée. Cependant, le portrait s'embrouille lorsqu'on tente de faire entrer tous les personnages sur une même photo. Il est préférable de considérer les traditions et les règles de droit coutumier comme des instruments de la culture qui évoluent et qui ne sont figés dans le temps que conformément aux exigences législatives des régimes juridiques non autochtones.

En général, l'anthropologie, le droit et les sciences politiques sont mieux intégrés dans les sources australiennes des règles de droit coutumier que dans celles du Canada, car plusieurs commissions importantes de l'Australie se sont attardées, depuis le début des années 1980, à déterminer la meilleure façon d'atteindre ou de promouvoir la reconnaissance formelle des règles de droit coutumier des Autochtones. Une des commissions les plus polyvalentes, qui est aussi la plus récente, est la Law Reform Commission of Western Australia (LRCWA), dont le mandat était assez large et ne se limitait pas principalement au droit criminel, comme celui d'autres commissions. Comme John Toohey le souligne dans son document d'information concernant la LRCWA⁸², il est peu judicieux de tenter de définir les règles de droit coutumier : [TRADUCTION] « Il suffit de considérer le droit de la société autochtone comme un ensemble de règles que la société a acceptées et qui sont appliquées au moyen de restrictions reconnaissables »⁸³. On a donc laissé de côté les descriptions typologiques ou les classifications des règles de droit coutumier et on a plutôt cherché à recenser les cas où les coutumes invoquées devraient être prises en compte. Toohey constate également que plusieurs aspects fréquemment relevés au sujet des règles de droit coutumier des Autochtones demeurent problématiques, dont les suivants :

- l'immutabilité des règles de droit coutumier, qui soulève des questions au sujet de l'interprétation et de la validité lorsque la coutume évolue;
- la frontière entre les pratiques culturelles et les règles de droit coutumier, selon lesquelles certaines pratiques ou traditions sont perçues moralement comme des éléments faisant partie du quotidien, sans toutefois être obligatoires ou être sanctionnés d'une façon définie;
- le rôle de la violence dans les règles de droit coutumier, ce qui représente un défi particulier pour le droit criminel, et les adaptations à ces règles qui renforcent la protection traditionnelle des femmes et des enfants.

Ces trois aspects ne sont pas isolés sur le plan analytique ou opérationnel. Ils découlent d'observations et ne constituent que des pistes de recherche.

⁸² John Toohey (2005), « Aboriginal Customary Laws Reference - an Overview », Background Paper #5, Law Reform Commission of Western Australia.

⁸³ Toohey, *ibid.*, p. 177 et 178.

Il convient également de souligner les tensions latentes entre les disciplines universitaires et leurs méthodologies ainsi que l'absence de règles fermes à appliquer pour savoir si une pratique donnée est contraignante sur le plan normatif à titre de tradition juridique ou de règle de droit coutumier. Comme nous le mentionnons plus haut, deux grandes tendances divergentes se dégagent de la littérature :

1. selon une tendance, les règles de droit coutumier ou les traditions juridiques autochtones s'adaptent aux changements et ne doivent pas avoir nécessairement de liens directs avec [TRADUCTION] « des coutumes ou pratiques distinctives qui font partie intégrante d'une culture donnée » à une époque précise avant la montée de fortes pressions acculturatives (p. ex., « avant le contact avec les Européens », lors de « l'affirmation de la souveraineté » ou lors de « la mainmise effective »)⁸⁴;
2. selon l'autre tendance, les coutumes ou traditions autochtones doivent afficher une continuité du fait de leur établissement à un « temps immémorial » et doivent être intrinsèquement rattachées à une culture autochtone distinctive liée à une pratique qui n'est pas influencée ou induite par les Européens.

2 LA CONCILIATION DES INTÉRÊTS INDIVIDUELS ET COLLECTIFS AVEC LES TRADITIONS JURIDIQUES ET LES RÈGLES DE DROIT COUTUMIER

Eu égard à ce qui précède, dans quels cas et de quelle façon les traditions juridiques et règles de droit coutumier des Premières nations peuvent-elles accommoder les droits individuels? Cette question semble faire appel à deux types de conciliation : une conciliation dans le cadre des règles ou traditions concernées et une autre entre les traditions des Premières nations et les normes non autochtones en matière de droits de la personne, y compris les normes de l'État ou les normes internationales.

La littérature montre notamment :

- une profonde éthique de l'égalitarisme qui teinte la vision du monde chez les Autochtones et les valeurs sous-jacentes de la liberté personnelle et de l'autonomie dans la prise des décisions⁸⁵;
- l'attribution de droits économiques et de droits fonciers au sein des institutions communautaires, que ce soit au niveau de la famille ou de la bande, ou à des institutions transversales comme les clans et les maisons⁸⁶;

⁸⁴ La question de la date antérieure au contact avec les Européens est examinée dans le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S., p. 507, celle de la date de l'affirmation de la souveraineté, dans *Delgamuukw*, [1997] 3 R.C.S. 1010, et celle de la date postérieure au contact avec les Européens et à l'affirmation de la souveraineté, dans *Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207.

⁸⁵ L'égalitarisme est un trait commun des sociétés vivant principalement de la chasse et de la pêche et des sociétés semi-nomades, mais il caractérise également les sociétés plus hiérarchiques. Voir, par exemple, Stephen Sharp, « Asymmetric Equals : Women and Men among the Chipewyan », dans Laura Klein et Lillian Ackerman (Eds.) (1995), *Women and Power in Native North America*, Norman, University of Oklahoma Press, p. 46 à 74.

⁸⁶ Pour une analyse comparative approfondie des régimes de propriété autochtones du point de vue économique, voir Martin J. Bailey (1992), « Approximate Optimality of Aboriginal Property Rights », *Journal of Law and*

- l'absence de normes formelles qui établissent ou mettent en opposition les droits ou intérêts « individuels ou collectifs ». Le discours est davantage axé sur le devoir et la responsabilité individuels et sur les obligations des dirigeants de soutenir les individus⁸⁷;
- l'écart considérable entre les cultures des Premières nations, plus précisément entre les cultures qui sont davantage établies par opposition à celles qui sont semi-nomades, quant à la façon dont les droits rattachés aux valeurs socio-économiques et politiques sont répartis et dont les différends sont réglés⁸⁸.

La façon de concilier ou d'accommoder les droits individuels fondés sur des règles libérales tout en protégeant les intérêts collectifs des minorités nationales, notamment ceux des Autochtones, est au coeur des débats. À cet égard, Kymlicka souligne ce qui suit :

[TRADUCTION] *Certains critiques soutiennent que la conception de l'être humain et de ses besoins qui sous-tend la doctrine des droits de la personne est culturellement discriminatoire. Plus précisément, il s'agit d'une conception « eurocentrique » qui révèle un engagement européen envers l'individualisme, alors que les cultures non occidentales reposent sur une conception plus collectiviste ou communautaire de l'identité de la personne*⁸⁹.

Cette caractérisation, qui semble fondamentale aux yeux de Kymlicka, est suivie d'une contestation plus nuancée des doctrines libérales sous-jacentes aux droits individuels :

[TRADUCTION] *D'aucuns font valoir que l'idée de droits de la personne universels est acceptable en principe, mais que la liste actuelle de ces droits est loin d'être complète. Plus précisément, elle ne protège pas les cultures minoritaires de différentes formes d'injustice et il faut donc y ajouter d'autres droits parfois appelés « droits collectifs » [...]*

*Afin d'éviter ce type d'injustice, il est essentiel de garantir aux minorités nationales des droits comme le droit à l'autonomie gouvernementale, le droit à la représentation politique en tant que groupe, des droits de veto à l'égard de questions qui touchent directement la survie de leur culture, et ainsi de suite*⁹⁰.

Mises à part les remarques de Kymlicka, il est important de rappeler que bon nombre de traditions juridiques et de règles de droit coutumier des Premières nations comportent ou expriment une éthique des « droits individuels ». Ainsi, certaines portent sur les droits ou intérêts des individus relativement à des sujets comme l'adoption, y compris, dans certaines

Economics 30 (avril) : p. 183 à 198. Pour une critique du communalisme comme stratégie future viable, y compris plusieurs analyses reliant le communalisme contemporain aux régimes de propriété imposés au moyen du système de réserves, voir Thomas Flanagan, Terry Anderson et Bruce Benson (Eds.) (2006), *Self-Determination: the Other Path for Native Americans*, Paulo Alto, CA, Stanford University Press.

⁸⁷ Pour une excellente analyse qui présente ce cadre précolonial dans le contexte des débats émergents sur l'autodétermination, voir Val Napoleon (2005), « Aboriginal Self Determination: Individual Self and Collective Selves » *Atlantis* 9(2), p. 1 à 21.

⁸⁸ *Ibid.*, note 25.

⁸⁹ Will Kymlicka (2001), *Politics in the Vernacular : Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, p. 69.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 70 et 77.

traditions, le droit de l'enfant d'avoir le dernier mot sur la question. Les droits de sépulture, la succession et l'attribution des biens sont tous liés de près aux droits et intérêts des individus⁹¹.

La plupart, sinon la totalité des règles de droit coutumier sous-entendent apparemment une mise en équilibre des rôles, droits et relations de l'individu à l'intérieur de la collectivité, avec ses ancêtres et ses descendants et avec le milieu naturel ou le monde non humain. Dans la plupart des cas, il serait inhabituel de considérer les règles de droit coutumier comme des règles exprimant un point de vue axé purement sur « des droits ou intérêts collectifs »⁹².

C'est peut-être cette réalité – le rôle important que joue la promotion des droits individuels au sein des traditions des Premières nations – qui sous-tend la position de critiques autochtones selon laquelle la *Charte* ou la LCDP constitue une mesure imposée qui risque de supprimer l'éthique des droits et responsabilités individuels propre aux cultures des Premières nations⁹³.

Néanmoins, la principale critique des chercheurs autochtones ne concerne pas la prépondérance accordée aux droits individuels par rapport aux droits ou intérêts collectifs des Autochtones. Comme Williams le souligne dans l'étude qu'elle a menée au sujet de l'expérience vécue par la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick avec les plaignants autochtones, le principal reproche formulé réside apparemment dans le fait que le régime juridique général ne protège nullement les droits collectifs autochtones, surtout contre le pouvoir de l'État⁹⁴.

À la demande de plusieurs grandes commissions, de nombreuses études juridiques et anthropologiques australiennes ont été consacrées au lien entre les droits individuels et les droits collectifs. Il en est ainsi des études commandées par l'Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission (de 2001 à 2006), l'Australian Law Reform Commission, la Northern Territory Law Reform Commission et la Western Australia Law Reform Commission. Dans chacune de ces études, les auteurs rappellent qu'il faut éviter de perpétuer la perception selon laquelle les droits collectifs et les droits individuels sont liés entre eux par des liens conflictuels :

[TRADUCTION] *L'affirmation selon laquelle les droits collectifs mettent en péril les droits individuels traditionnels repose sur une compréhension erronée de l'interdépendance entre ces deux types de droits. La tension apparente qui existe entre (eux) est partiellement résolue lorsqu'il est admis que certains droits individuels ne*

⁹¹ Pour une évaluation exhaustive au sein d'une tradition de la côte ouest, voir Jo-Anne Fiske et Betty Patrick (2000) *Cis Dideen Kat, When the Plumes Rise : The Way of the Lake Babine Nation*, Vancouver, UBC Press.

⁹² Pour un examen de la façon dont des conceptions opposées des droits individuels et collectifs peuvent affaiblir sensiblement la portée des règles de droit favorables aux minorités ou aux ethnies nationales, voir Douglas Sanders (1991), « Collective Rights », *Human Rights Quarterly* 13, p. 368 à 386.

⁹³ Menno Boldt (1993), *Surviving as Indians : The Challenge of Self-Government*, Toronto, University of Toronto Press, p. 178. Voir également Ovide Mercredi et Mary Ellen Turpel (1993), *In the Rapids*, Toronto, Viking Penguin.

⁹⁴ Shannon Adair Williams (1999), « Human Rights in Theory and Practice : A Sociological Study of Aboriginal Peoples and the New Brunswick Human Rights Commission, 1967–1997 », thèse de maîtrise en sociologie, Université du Nouveau-Brunswick, p. 125 à 131.

peuvent être exercés de manière isolée par rapport à la société, notamment dans le cas des collectivités autochtones [...]»⁹⁵.

Sur le même sujet, le comité de révision de la LCDP a exploré la nécessité d'introduire dans celle-ci un processus de conciliation en même temps que la disposition abrogeant l'article 67. À son avis, il était souhaitable d'atteindre un « *équilibre entre les valeurs des peuples autochtones et la nécessité de préserver leur culture* » de façon que les arbitres entendraient « *les preuves et les représentations portant sur la question de savoir s'il y a un équilibre adéquat entre les intérêts d'une personne et ceux de la communauté* »⁹⁶. Fait important à souligner, cette disposition devait permettre de [« *rejeter une demande [...] déposée par une personne qui n'a pas de liens avec cette communauté* ».

Cet objectif est semblable à celui qui est habituellement exprimé au sujet de l'article 25 de la *Charte*. Il s'agit, en fait, d'éviter d'abroger les droits collectifs protégés par l'article 35 ou mentionnés à l'article 25 ou d'y porter atteinte tout en rejetant les allégations formulées à l'encontre de ces droits par des non-Autochtones qui se fondent sur les dispositions de la *Charte* garantissant l'égalité des droits. L'objectif formulé par le comité de révision de la LCDP pourrait bien être identique à celui que vise l'article 1.2 de la LCDP nouvellement modifié.

Cependant, qu'en est-il de la conciliation des droits individuels et collectifs au sein de la collectivité elle-même? Cette question peut être examinée sous différentes perspectives. Du point de vue anthropologique et sociologique, il y aurait lieu de se demander si la personne concernée est vraiment un membre et si la règle a véritablement été approuvée. Une bonne conciliation entre la législation relative aux droits de la personne et les traditions juridiques et règles de droit coutumier des Premières nations pourrait entraîner le rejet de l'allégation formulée par un membre de cette collectivité. Selon une autre approche proposée dans la même littérature en sciences sociales, la question serait de savoir si la collectivité concernée était suffisamment authentique pour faire valoir des traditions juridiques ou des règles de droit coutumier allant à l'encontre des droits que la LCDP reconnaît au demandeur. Selon cette approche, ce n'est qu'après l'examen de l'authenticité de la collectivité elle-même que la bonne foi de l'individu est évaluée. Dans cette perspective, la question de savoir s'il existe des traditions juridiques ou règles de droit coutumier pouvant être sanctionnées demeure sans réponse, du moins jusqu'à ce que la deuxième étape de l'exploration soit terminée.

Si ces questions méritent sans doute d'être examinées du point de vue juridique, elles soulèvent également des interrogations qui ont été abordées dans la littérature en sciences sociales. Selon une étude récemment menée pour le Centre national de la gouvernance des Premières nations, certains craignent que l'application étendue des règles de droit des Premières nations n'entraîne la violation des droits de la personne au sein des collectivités :

⁹⁵ Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner, *Submission to the Northern Territory Law Reform Committee of Inquiry into Aboriginal Customary Law in the Northern Territory*, (2003), citant une déclaration de 1995 formulée par le Sex Discrimination Commissioner : citée à www.humanrights.gov.au/social_justice/familyviolence/family_violence2006.html.

⁹⁶ Ministre de la Justice et procureur général du Canada, *Le rapport du comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne* (Rapport La Forest), (2000), p. 148, 150.

[TRADUCTION] *L'oppression interne et les déséquilibres de pouvoir représentent une autre réalité contre laquelle tous les Autochtones, à l'instar de toute autre personne, doivent se protéger. Le sexisme est bien présent, tout comme l'homophobie. L'âgisme constitue aussi une réalité (malgré la rhétorique). Bon nombre de nos collectivités ne sont pas des endroits sûrs pour les enfants et d'autres personnes vulnérables [...] Étant donné que les relations sociales sont articulées autour de la dynamique de pouvoir, nous devons nous demander quels sont les pouvoirs qui sont préservés malgré des normes culturelles, juridiques ou sociales abusives. Lorsqu'une pratique culturelle abusive est dénoncée, nous devons déterminer l'objet que vise la pratique et, dans un deuxième temps, la façon d'atteindre cet objectif sans commettre d'abus⁹⁷.*

Voilà une orientation importante. Lorsque le conflit est interne (et non axé sur des intérêts externes), il est crucial d'examiner le rôle des traditions juridiques et des règles de droit coutumier pour déterminer le cadre normatif sous-jacent ou les objectifs en jeu. Comme Val Napoleon l'explique, il faut ensuite [TRADUCTION] « déterminer [...] la façon d'atteindre cet objectif sans commettre d'abus ».

Néanmoins, McDonnell donne la mise en garde suivante :

[TRADUCTION] *...L'opinion des Autochtones sur leurs coutumes comporte probablement des éléments valables pouvant être recommandés dans certaines circonstances; cependant, aucune opinion actuelle ne conviendrait de façon universelle et intemporelle. Au même moment, personne de l'extérieur ne peut se prononcer sur la question, car il n'existe aucun critère externe permettant de trancher l'authenticité ou la pertinence de ces questions dans un sens ou dans l'autre. De plus, il n'y a aucune raison d'exclure un élément qui est important aux yeux d'un Autochtone contemporain, notamment un droit individuel. Dans ces circonstances, comment choisir entre des priorités divergentes, voire contradictoires, que préconisent différents secteurs de la même collectivité sans s'aliéner une partie de la population? Le défi semble insurmontable. Par conséquent, il faut plutôt s'orienter vers des processus de consultation qui permettent davantage d'articuler de façon créative les différentes préoccupations des collectivités autochtones d'aujourd'hui, de manière à exprimer et à façonner des coutumes contemporaines qui sont le fruit d'un dialogue entre des personnes ayant reçu un héritage distinct et qui, au même moment, offrent une solution réaliste aux préoccupations de l'heure⁹⁸.*

McDonnell souligne également le défi que représente la conciliation des droits individuels avec les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations. Comme il l'explique, [TRADUCTION] « les restrictions et règlements coutumiers des Git'ksans et Wet'suwet'en établissaient des distinctions fondées sur l'âge et le sexe et, surtout, sur le rang »⁹⁹. La législation contemporaine en matière de droits de la personne interdit généralement les distinctions fondées précisément sur ces motifs; pourtant, il semble y avoir un besoin évident de protéger les distinctions traditionnelles, notamment en ce qui a

⁹⁷ Val Napoleon (2007), « Thinking about Indigenous Legal Orders », document de recherche pour le Centre national de la gouvernance des Premières nations, p. 18 et 19.

⁹⁸ Roger McDonnell (1992), « Contextualizing the Investigation of Customary Law in Contemporary Communities », *Revue canadienne de criminologie* 34 (3-4), p. 313.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 310.

trait à la répartition des ressources restreintes, à l'encontre des droits à l'égalité individuels. Ce besoin pourrait être particulièrement aigu en ce qui a trait aux situations, souvent caractérisées par des agressions environnementales, auxquelles bon nombre de collectivités autochtones sont exposées¹⁰⁰.

En conclusion, pour concilier correctement les droits individuels et collectifs, il faut savoir que les intérêts ou « droits collectifs » ne traduisent pas toujours fidèlement l'effet réel des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations. Dans bien des cas, ces traditions et règles de droit découlent d'une mise en équilibre des droits individuels et collectifs au sein d'une collectivité culturelle et parfois à l'extérieur de cette collectivité. Envisagés sous cet angle, les droits individuels ne vont pas à l'encontre des identités, pratiques et valeurs collectives de la culture concernée, mais constituent plutôt une expression de celles-ci dans un cadre culturel plus large. De plus, il est évident que ces identités, pratiques et valeurs ne cessent d'évoluer. La Commission royale sur les peuples autochtones a sans doute voulu reconnaître cette réalité lorsqu'elle a recommandé que la *Charte* soit interprétée de façon suffisamment souple pour « faire en sorte que les peuples autochtones puissent exercer leurs droits distinctifs en conformité avec leurs conceptions philosophiques, leurs cultures et leurs traditions »¹⁰¹.

3. VERS QUI CONVIENT-IL DE SE TOURNER LORSQUE DES TRADITIONS SONT CONTESTÉES?

Qui peut trancher correctement les différends concernant les traditions juridiques ou les règles de droit coutumier des Premières nations? Des réponses à cette question sont proposées autant dans la littérature socio-historique que dans la littérature juridique et les dossiers des litiges. Ce qui est connu, c'est que l'absence d'arbitre compétent pour trancher ce type de litige peut miner sérieusement tout effort de réconciliation.

[TRADUCTION] *En général, nous devrions nous méfier des élites d'un groupe qui affirment pouvoir parler avec autorité des « traditions » de celui-ci... dans bien des cas, les débats concernant les droits de la personne portent sur la question de savoir quel membre du groupe devrait avoir l'autorité voulue pour influencer ou déterminer l'interprétation des traditions et de la culture de la collectivité concernée. Lorsque des membres du groupe invoquent leurs « droits de la personne », ils le font souvent pour pouvoir participer au processus d'interprétation des traditions de la collectivité*¹⁰².

La question de savoir vers qui les tiers peuvent se tourner pour tenter de comprendre quelles sont les traditions ou règles de droit pouvant être considérées à juste titre comme des traditions juridiques ou règles de droit de Premières nations a une importance primordiale. Ce n'est peut-être qu'en obtenant l'avis ou le point de vue d'experts chevronnés

¹⁰⁰ Pour une étude anthropologique éclairante sur l'effet des rituels et de la hiérarchie dans les sociétés isolées et analphabètes et sur le rôle qu'ils jouent dans les décisions quant au contrôle de l'accès aux ressources pendant la saison morte, voir Jonathan Hill (1984), « Social Equality and Ritual Hierarchy: The Arawakan Wakuenai of Venezuela », *American Ethnologist* 11(3), p. 528 à 544.

¹⁰¹ Commission royale sur les peuples autochtones (1996), Rapport de la commission royale sur les peuples autochtones : *Une relation à redéfinir*, 1^{re} partie, volume 2, p. 254.

¹⁰² Will Kymlicka (2001), *Politics in the Vernacular : Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, p. 83.

de la collectivité concernée qu'il est possible de déterminer de façon fiable la façon dont certains droits ou intérêts individuels ont été ou peuvent être accommodés, le cas échéant. Cependant, des complications peuvent survenir lorsque les experts sont incertains ou qu'ils sont réticents à répondre à un organisme de l'extérieur.

Certaines pistes de solution sont proposées dans la littérature en sciences sociales concernant les traditions et la culture, mais les réponses demeurent floues. La validité d'une règle de droit coutumier donnée ne dépend peut-être pas de la mesure dans laquelle cette règle est enracinée dans des pratiques qui [TRADUCTION] « existent de temps immémorial ». Il se pourrait qu'elle repose plutôt sur l'attestation d'un porte-parole reconnu au sujet des pratiques, normes, règles de droit et traditions actuelles de la collectivité en question.

3.1. DÉTERMINATION DE LA VALIDITÉ CONTEMPORAINE DES COUTUMES ET DES RÈGLES DE DROIT

Selon Napoleon et McDonnell, la démarche à suivre pour déterminer les véritables traditions et règles juridiques est essentiellement interne, même si des organismes extérieurs sont appelés à intervenir comme médiateurs¹⁰³. Cette démarche interne ne se prête pas à un processus décisionnel externe.

Plusieurs cas illustrent comment des tiers ont examiné des traditions contestées pour déterminer la coutume et la pratique juridique contemporaine par opposition à celles qui existaient précédemment. Dans une affaire, un ancien a contesté la décision par laquelle un comité électoral a confirmé l'admissibilité d'une candidate au poste de chef, soutenant que cette décision allait à l'encontre de la tradition, qui interdisait la nomination de chefs de sexe féminin¹⁰⁴. Dans cette affaire, la Cour a examiné les procédures internes du comité et, devant l'absence de manquement aux règles de procédure, elle a conclu que la décision du comité traduisait valablement une coutume changeante.

Par ailleurs, en Australie, un tribunal d'examen des titres autochtones a entendu une affaire concernant les droits fonciers autochtones d'un petit groupe familial sur un territoire ayant une importance minière. L'allégation a été contestée par l'entité affiliée régionale d'une organisation autochtone reconnue dans le Commonwealth. Le juge qui présidait l'audience s'est fondé sur l'opinion d'un ancien très connu pour trancher la question et a confirmé l'identité du demandeur à titre d'Autochtone, même si l'organisation mettait en doute le droit du groupe¹⁰⁵. Dans cette affaire, le tribunal a évité de recourir à des tiers experts ou d'appliquer des critères d'authenticité et s'en est plutôt remis à l'avis d'un membre de la collectivité qui n'avait aucun lien avec les institutions parrainées par l'État.

¹⁰³ Val Napoleon (2007), « Thinking about Indigenous Legal Orders », document de recherche pour le Centre national pour la gouvernance des Premières nations, p. 18 et 19; Roger McDonnell (1992), « Contextualizing the Investigation of Customary Law in Contemporary Communities », *Revue canadienne de criminologie* 34(3-4).

¹⁰⁴ *Harpe c. Massie and the Ta'an Kwach'an Council*, [2006] Yukon Supreme Court 1 (CanLII).

¹⁰⁵ La Haute Cour de l'Australie a conclu que l'acceptation communautaire de l'appartenance d'une personne à la collectivité devait être tranchée par [TRADUCTION] « les anciens ou d'autres individus jouissant d'une autorité traditionnelle parmi ces personnes ». Haute Cour de l'Australie, *Mabo c. Queensland* (n° 2) (1992) 175 C.L.R. 1, p. 70.

Bref, cette démarche consiste à se demander « quelle est la norme acceptée aujourd’hui au sein de la collectivité concernée »? Pour répondre à cette question, il faut demander l’avis de dirigeants ou d’anciens de la collectivité qui ne participent nullement à la vie politique.

3.2. ÉVALUATION DE L’AUTHENTICITÉ ET DU LIEN AVEC UNE TRADITION PRÉÉTABLIE

Pour déterminer l’authenticité, il convient également d’appliquer des critères semblables à ceux qu’ont adoptés les tribunaux à l’égard des droits ancestraux ou issus de traités qui sont revendiqués. Les expressions contemporaines des traditions juridiques et des règles de droit coutumier doivent être fondamentalement liées à la culture, aux coutumes ou aux traditions distinctives de la collectivité et doivent présenter une continuité avec les pratiques qui relient les coutumes actuelles à une époque où la culture n’avait subi aucune influence de l’extérieur¹⁰⁶. Dans le cadre de cette approche, un organisme de l’extérieur est appelé à évaluer le poids de la preuve relative à la validité d’une coutume ou tradition revendiquée non pas tant au regard des objectifs de celle-ci, bien que cet aspect puisse avoir une certaine importance, qu’en fonction du lien établi entre la pratique courante invoquée et un précurseur valable.

Un exemple notoire de cette approche concerne un litige survenu au milieu des années 1990 en Australie, lorsqu’une organisation féminine autochtone a soutenu que la construction proposée d’un pont irait à l’encontre des traditions secrètes sacrées, ce qu’a vigoureusement contesté une autre organisation féminine autochtone. L’affaire a déclenché la création d’une commission royale et des poursuites judiciaires et, comme Tonkinson le souligne dans l’examen qu’il fait des questions en litige, le débat risquait de miner surtout la crédibilité de l’anthropologie comme source digne de foi des visions du monde et des concepts de droit et de moralité des Autochtones et des non-Autochtones¹⁰⁷. Dans cette affaire, le gouvernement et les tribunaux s’en sont d’abord remis à ceux qu’ils percevaient comme des porte-parole tout désignés, mais n’ont pas tardé à constater que la position de ceux-ci était contestée par d’autres témoins tout aussi compétents. Il ne s’agit pas là d’un cas exceptionnel car, eu égard au degré de fragmentation des formes traditionnelles de prise de décision, il n’est pas certain que des personnes de l’extérieur puissent désigner les experts par excellence en matière de traditions ou de règles de droit d’une collectivité de Première nation.

Dans le contexte des traditions allant à l’encontre des normes relatives aux droits de la personne, Wholan relève l’affirmation d’une Autochtone, selon laquelle il existe [TRADUCTION] « *désormais trois types de violence dans la société autochtone : la violence alcoolique, la violence traditionnelle et la violence traditionnelle illégitime* »¹⁰⁸. Par extension, cette allégation sous-entend qu’il est possible qu’une pratique coutumière d’une collectivité, qu’elle s’apparente ou non à une règle de droit, soit fondamentalement opposée

¹⁰⁶ La Cour suprême du Canada a préconisé très clairement cette interprétation lorsqu’elle a appliqué les critères relatifs aux « droits existants - ancestraux ou issus de traités » dans les décisions qu’elle a rendues en 1996 dans la ‘trilogie Van der Peet’. Pour une analyse, voir Mark D. Walters (1999), « The ‘Golden Thread’ of Continuity : Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 », *McGill Law Journal* 44, p. 711 à 752.

¹⁰⁷ Robert Tonkinson (1997), « Anthropology and Aboriginal Tradition: The Hindmarsh Island Bridge Affair and the Politics of Interpretation », *Oceania* 68(1).

¹⁰⁸ Catherine Wholan (2005), « Aboriginal Women’s Interests in Customary Law Recognition » Background Paper #13, Law Reform Commission of Western Australia, p. 525.

aux normes générales des droits de la personne. La réconciliation communautaire dirigée par des autorités acceptées de la collectivité n'est peut-être pas une démarche qui convient dans ce contexte.

McDonnell mentionne un autre défi susceptible de provoquer des tensions au sein d'une collectivité autochtone ou d'une collectivité de Première nation, soit la décision de codifier les règles de droit coutumier et les traditions. Que cette démarche ait pour but d'éliminer les influences non traditionnelles ou de régulariser les relations de pouvoir au sein de la collectivité de manière à écarter l'application du droit canadien externe, l'article 1.2 offre aux parties la possibilité de renforcer leurs propres expressions des éléments valides des traditions culturelles et des règles de droit coutumier. La question de savoir si ces codifications devraient être considérées comme des adaptations valables de traditions préétablies a été contestée; cependant, à moins que des violations manifestes de droits ou intérêts individuels également préétablis ne soient en cause, ces expressions ne devraient pas être rejetées automatiquement pour la simple raison qu'elles ont été soumises à la codification¹⁰⁹.

4. L'APPARTENANCE

Les affaires concernant l'exclusion de l'accès aux programmes, services et droits qui repose sur l'appartenance à une Première nation font ressortir les deux principales approches proposées pour déterminer l'authenticité ou la validité d'une tradition ou règle de droit coutumier revendiquée. Il en est ainsi, notamment en ce qui a trait à l'influence du régime de la *Loi sur les Indiens*. Bien que ce sujet soit commenté de façon plus détaillée dans la partie III du présent document, il convient de l'aborder brièvement ici. Précisément en raison des intrusions de la *Loi sur les Indiens*, dont les dispositions sont généralement considérées comme des mesures allant à l'encontre des règles de droit coutumier et traditions préexistantes, toute affirmation d'une autorité constituée sous le régime de la *Loi sur les Indiens* quant à son droit de contrôler le contenu et le sens des règles de droit coutumier pourrait fort bien être contestée. Il est probable que les règles régissant l'appartenance et les droits relatifs à la résidence seront évalués sous cet angle, de même que les traditions ou règles de droit coutumier qui s'appliqueraient à la dévolution de la propriété, à l'adoption et à la gouvernance locale, y compris les règles électorales selon la disposition de la *Loi sur les Indiens* renvoyant à « la coutume de la bande »¹¹⁰.

Lorsque l'appartenance d'un demandeur à une Première nation est contestée, la réponse à la question doit viser à atteindre un équilibre entre les droits collectifs et individuels, sans toutefois modifier les traditions juridiques ou règles de droit coutumier réelles. Comme l'a expliqué Napoleon, une démarche axée sur la réconciliation et sur le dialogue interne nécessitera peut-être une évaluation fondée sur les buts visés. Dans ce contexte, il y a lieu

¹⁰⁹ Pour un examen américain des questions liées à la codification et à l'authenticité culturelle, voir Matthew L. M. Fletcher (2007), « A Perfect Copy': Indian Culture and Tribal Law », *Yellow Medicine Review* 2, Michigan State Legal Studies Research Paper No. 05-02, disponible à http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1004311.

¹¹⁰ Depuis son entrée en vigueur, la *Loi sur les Indiens* a reconnu que les bandes indiennes choisissent leurs dirigeants conformément à leurs coutumes ou à leurs pratiques traditionnelles, lequel choix ne peut être modifié que par un ordre émanant du gouvernement, qu'il provienne du gouverneur en conseil (jusqu'en 1951) ou du ministre (de 1951 à ce jour). Pour un examen de la question, voir Robert Groves (2007), « The Curious Instance of the Irregular Band: Canada's Missing Recognition Policy », *Saskatchewan Law Review* 70(1), p. 153 à 182.

de consulter les participants concernés de la collectivité pour déterminer les règles ou traditions qui sont considérées comme des traditions ou règles de droit coutumier valables et pour trouver la meilleure façon de les exprimer sans supprimer des droits ou intérêts fondés sur des pratiques non traditionnelles¹¹¹.

Subsidiairement, les questions d'authenticité liées à des concepts comme l'appartenance pourraient être examinées de la même façon que les allégations fondées sur les droits reconnus à l'article 35 (soulevées le plus souvent dans des litiges opposant la compétence de l'État sur les intérêts collectifs et les droits collectifs des Autochtones sur les terres et les ressources). Cette deuxième démarche fait appel à un exercice de conciliation différent et plus difficile, dans le cadre duquel il est nécessaire d'élaborer des critères de preuve, notamment en ce qui a trait au fardeau de la preuve (prépondérance des probabilités). Des justifications devraient être établies, que ce soit pour l'ingérence d'une coutume dans les droits individuels bénéficiant d'une protection ou, à l'inverse, pour l'immixtion de ceux-ci dans les droits ancestraux protégés par la Constitution. Cette démarche est problématique du fait, évidemment, qu'elle repose sur un processus d'évaluation externe à l'égard d'une question que bon nombre d'autorités et bon nombre de dirigeants de Première nation considèrent comme une question interne.

Les Premières nations ont un long et riche passé en matière d'adoption et d'application de règles de droit relatives aux liens de parenté et à l'appartenance, mais ces règles ont le plus souvent été adoptées et appliquées par voie orale, dans un contexte où la détermination de ce qui est légitime, moral ou convenable repose entre les mains des agents de transmission du savoir, comme les anciens, les gardiens de la foi et les guérisseurs. Dans certains cas, les anciens qui sont des Autochtones traditionnels représentent les arbitres tout désignés, encore qu'il faille s'assurer que la décision qu'ils s'approprient à prendre traduise la coutume ou tradition pertinente (soit la compétence) et ne suscite aucune question liée à la partialité¹¹².

5. L'AUTONOMIE GOUVERNEMENTALE ET LES SYSTÈMES DE JUSTICE ALTERNATIVE

L'intégration des règles de droit coutumier autochtones dans la disposition d'interprétation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soulève nécessairement la question de l'autonomie gouvernementale en ce qui a trait à la mise en oeuvre, à l'interprétation et à l'application de ces règles. Même si, depuis l'arrêt *Pamajewon*¹¹³, les droits à l'autonomie gouvernementale sont considérés comme des droits spécifiques, il a été décidé, dans l'arrêt *Delamuukw*, que l'autonomie gouvernementale à l'égard de questions qui ne sont pas visées

¹¹¹ Val Napoleon (2007), « Thinking about Indigenous Legal Orders », document de recherche pour le Centre national pour la gouvernance des Premières nations, p. 18 et 19.

¹¹² Par suite de l'affaire « Hindmarsh » susmentionnée, voir James Weinter (1997), « 'Bad Aboriginal' Anthropology : A Reply to Ron Brunton », *Anthropology Today* 13(4), p. 5.

¹¹³ Dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, la Cour suprême a rejeté l'argument selon lequel, comme droit protégé par l'article 35, l'autonomie gouvernementale pouvait exister dans l'abstrait ou à titre de droit général. Elle a décidé que tout pareil droit devait être établi conformément aux critères énoncés dans *R. c. Van der Peet* et commentés plus haut dans la partie I.

par une loi fédérale ou provinciale et qui touchent la préservation de l'identité sociale, culturelle, spirituelle ou politique des Autochtones appelle le respect¹¹⁴.

La littérature en histoire et en sciences sociales ne nous éclaire pas vraiment sur la meilleure façon de respecter ces droits, notamment sur l'interaction d'un droit spécifique à l'autonomie gouvernementale avec l'interprétation de l'obligation de tenir compte énoncée au projet de loi C-21. Dans la majorité des cas concernant les conseils de bande assujettis à la *Loi sur les Indiens* ou leurs institutions déléguées, la question du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ne sera peut-être pas soulevée. Cependant, dans certains cas, les conseils traditionnels ou organismes d'origine non législative pourraient revendiquer un pouvoir se rapportant à des traditions juridiques ou pratiques coutumières particulières. Lorsque les plaignants ne sont pas membres d'une Première nation, la question de l'autonomie gouvernementale ne sera peut-être pas en litige. Cependant, lorsqu'un plaignant est lié à la collectivité, mais qu'il ne bénéficie pas de droits égaux en raison de l'application de la *Loi sur les Indiens* ou des règles d'appartenance de la bande ou du fait qu'il est victime de discrimination, il se pourrait que la question des droits protégés par l'article 35 et de l'autonomie gouvernementale soit soulevée, que ce soit par le gouvernement de Première nation concerné ou par un conseil ou organisme traditionnel se fondant sur l'existence d'une tradition ou coutume.

Jusqu'à maintenant, peu d'autorités de Premières nations ont invoqué des droits à l'autonomie gouvernementale pour affirmer la présence d'une tradition juridique ou règle de droit coutumier particulière sur un droit ou intérêt individuel opposé, que cette règle ou tradition soit codifiée ou qu'elle ait simplement été assujettie à une procédure d'interprétation précise (par exemple, à une procédure d'un comité d'appel des anciens). Cependant, il est probable que des affirmations de cette nature seront formulées, notamment par suite de l'entrée en vigueur de l'article 1.2. Bien entendu, certaines autorités de Premières nations nouvellement reconnues possèdent également, en vertu de traités modernes, un droit indéniable à l'autonomie gouvernementale, par exemple, le gouvernement Nisga'a Lisims et le gouvernement tlicho, et chacune de ces autorités pourra exercer des pouvoirs liés à la protection et au développement de pratiques culturelles qui pourraient l'emporter sur une disposition législative interdisant la discrimination¹¹⁵.

Il convient également d'étudier plus à fond, comme le propose la Cour suprême du Canada, les mécanismes alternatifs de résolution des différends pour concilier les lois et pouvoirs de l'État avec les droits ancestraux et pour mener les consultations connexes afin de minimiser les atteintes aux droits¹¹⁶. De plus, il serait possible d'utiliser les innovations autochtones apportées au processus de détermination de la peine en matière criminelle pour concilier les droits individuels avec les droits ou intérêts collectifs opposés. Inspirés des méthodes traditionnelles visant à restaurer l'harmonie sociale, les cercles de conciliation et de détermination de la peine font appel à la participation de la collectivité de Première nation

¹¹⁴ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 1010.

¹¹⁵ Ainsi, la *Nisga'a Final Agreement Act*, S.B.C., [1999], c.2, prévoit, à l'article 41 du chapitre 11, que les lois du gouvernement Lisims visant à préserver, à promouvoir et à développer la culture (et la langue) Nisga'a l'emportent dans la mesure de toute incompatibilité avec les lois provinciales ou fédérales.

¹¹⁶ Dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, la Cour suprême a mentionné l'approche du gouvernement de la Nouvelle-Zélande à titre d'exemple de mode alternatif de règlement des différends.

concernée dans le processus formel de détermination de la peine¹¹⁷. Des tribunaux semblables (appelés les Koori Courts, les Murri Courts et les Nunga Courts) ont été créés en Australie aux fins de la détermination de la peine¹¹⁸. Certains craindront peut-être qu'on destine les procédures et pouvoirs traditionnels et coutumiers à des objectifs qui leur sont étrangers (c.-à-d. la mise en oeuvre de la LCDP). Néanmoins, il serait souhaitable d'approfondir cette question, notamment dans le cas des collectivités plus éloignées et traditionnelles.

Nos derniers commentaires sur le choix des arbitres pour les différends touchant les coutumes ou traditions concernent le rôle que pourraient jouer les sources institutionnelles contemporaines des traditions juridiques et règles de droit coutumier des Premières nations. Dans certaines cultures, nous assistons en effet à la renaissance et à l'adaptation d'institutions spécialisées (y compris des institutions judiciaires) auxquelles des fonctions de nature législative (adoption de lois ou de règles) et des fonctions liées à l'arbitrage des différends sont confiées¹¹⁹. Étant donné qu'aucune pratique véritablement coutumière ne demeure statique ou stagnante, aucune solution passe-partout ne peut être proposée à l'égard de ce nouveau défi.

Les suggestions suivantes ressortent de la littérature :

- la détermination d'une règle de droit coutumier et son application devraient être respectées le plus possible, parce qu'elles représentent le fruit d'un dialogue communautaire¹²⁰;
- lorsque des traditions sont contestées, il est inévitable que des experts, même des anciens et des Autochtones connaissant les usages traditionnels, présenteront des opinions opposées. La détermination de l'authenticité et l'exercice de conciliation connexe risquent de donner lieu à des conflits;
- il serait possible d'utiliser des procédures pertinentes sur le plan culturel (p. ex., cercles de discussion) pour obtenir un consensus au sujet de la nature et de l'importance d'une tradition ou règle de droit donnée¹²¹;
- Il sera peut-être nécessaire de consulter des anthropologues, historiens ou autres spécialistes en sciences sociales connaissant bien la culture concernée. Au même moment, il faudra pondérer le recours à cette expertise au sein de la collectivité elle-

¹¹⁷ Pour une analyse approfondie des cercles de conciliation dans le contexte canadien, voir Barry Stuart (1999), « Peacemaking Circles : Principles for Introduction and Design of Peacemaking Circles », thèse de maîtrise en droit, Osgoode Hall Law School, York University.

¹¹⁸ Voir le *Report of the Law Reform Commission of Western Australia* (2006), partie V : Aboriginal Customary Law and the Criminal Justice System, disponible à www.lre.justice.wa.gov.au/2publications/reports/ACL/DP/Part_05D.pdf.

¹¹⁹ James Zion (1988), « Searching for Indian Common Law », dans Bradford Morse et Gordon Woodman (Eds.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht (Pays-Bas) : Foris Publications.

¹²⁰ Voir Val Napoleon (2007), « Thinking about Indigenous Legal Orders », document de recherche pour le Centre national pour la gouvernance des Premières nations, p. 18 et 19, et Roger McDonnell (1992), « Contextualizing the Investigation of Customary Law in Contemporary Communities », *Revue canadienne de criminologie* 34 (3-4).

¹²¹ En ce qui concerne les litiges portant sur les liens entre les droits reconnus par l'article 35 et la *Loi sur les Indiens*, voir *La Bande de Sawridge c. Canada* [(2009) C.A.F. 123 (CANLII)].

même afin d'éviter d'interpréter l'expression d'une coutume ou tradition d'une culture donnée de façon trop artificielle, abstraite ou formaliste¹²².

CONCLUSION

Dans la littérature en sciences sociales, les traditions juridiques et les règles de droit coutumier sont considérées comme des concepts plutôt élastiques. Les traditions et les coutumes évoluent et s'adaptent, parfois assez rapidement, aux changements sociaux, environnementaux et politiques. Bien que l'expression « tradition juridique » semble sous-entendre nécessairement un lien historique avec les traditions d'une Première nation, ce lien ne fait pas partie intégrante des règles de droit coutumier, que ce soit du point de vue juridique ou du point de vue des sciences sociales. Il est indéniable que les règles de droit coutumier doivent, par définition, être « coutumières » pour la collectivité concernée. Cependant, cela ne signifie pas qu'une pratique qui est coutumière et légitime (c'est-à-dire qu'elle est obligatoire et approuvée) doit remonter à une époque lointaine ou à une tradition établie avant le contact avec les Européens.

L'importance des traditions juridiques et règles de droit coutumier non écrites diminue dans bon nombre de collectivités autochtones, en raison de la création de structures de gouvernance locale, comme les conseils de bande, les résolutions formelles et les règlements administratifs. Néanmoins, il est possible que des traditions juridiques et des règles de droit coutumier, au sens reconnu formellement dans le projet de loi C-21, existent dans bon nombre de collectivités, que ce soit au sein des Premières nations agissant comme bandes visées par la *Loi sur les Indiens* ou dans d'autres contextes (par exemple, en vertu de traités ou d'accords modernes sur l'autonomie gouvernementale)¹²³. Ce qu'il faut savoir dans le contexte du projet de loi C-21, c'est comment ces règles de droit et traditions s'appliquent de façon que les droits individuels soient protégés comme il se doit en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

À cet égard, l'emploi des qualificatifs « juridiques » et « coutumières » pour décrire les traditions et règles de droit à prendre en compte a beaucoup d'importance. Ces mots ont pour effet d'introduire une série de questions de délimitation et de questions analytiques qui concernent l'interprétation de l'objet du projet de loi C-21 et dont certaines sont contestées. Aux yeux de certains analystes, l'emploi de l'expression « règle de droit » en liaison avec des pratiques culturelles ou des traditions peut déformer la réalité qui s'y rattache. Pour d'autres, le fait d'exprimer les pratiques culturelles contemporaines sous forme de règles de droit a pour effet de modifier en profondeur les structures sociales au sein desquelles ces pratiques se manifestent. Enfin, d'autres personnes estiment qu'il est

¹²² Voir Peter R. Grant, « The Tenth Anniversary of *Delgamuukw c. the Queen* : Two Legacies » (référence non précisée) à www.grantnativelaw.com/pdf/Delgamuukw_Ten.pdf.

¹²³ Ainsi, les collectivités qui forment la Nation niska'a et la Nation tlicho ne sont plus des bandes indiennes visées par la *Loi sur les Indiens*. Les deux douzaines de collectivités qui forment la Fédération des Indiens de Terre-Neuve (qui pourrait bien devenir une bande indienne) et plusieurs autres collectivités du pays n'ont jamais été des bandes indiennes visées par la *Loi sur les Indiens*, mais elles possèdent probablement des traditions juridiques et des règles de droit coutumier relativement à un vaste éventail de questions. Voir Robert Groves (2007), « The Curious Instance of the Irregular Band: Canada's Missing Recognition Policy », *Saskatchewan Law Review* 70(1), p. 153 à 182.

essentiel de définir de façon stricte les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Autochtones afin d'éviter d'opprimer sans raison valable les droits individuels¹²⁴.

Dans la présente partie, nous avons exploré la question de la conciliation qu'exige le projet de loi C-21 dans le contexte de la littérature en histoire et en sciences sociales. L'évaluation qui a porté sur trois sujets permet de dégager les grandes conclusions suivantes :

1. La portée et le sens des traditions juridiques et des règles de droit coutumier

- De façon générale, les traditions juridiques doivent être enracinées dans l'histoire d'une première nation donnée et non constituer simplement une « tradition inventée ».
- Pour leur part, les règles de droit coutumier peuvent découler des pressions contemporaines et des besoins de la collectivité et représentent essentiellement les pratiques qui sont considérées au sein de celle-ci comme des pratiques légitimes et obligatoires, malgré l'absence de mécanisme d'application formel.
- Peu de mesures externes ou de critères objectifs permettent de déterminer la validité d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier; il s'agit essentiellement d'une question interne qui concerne la collectivité elle-même.

2. La conciliation des droits et intérêts collectifs dans le contexte des traditions et coutumes

- Les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations expriment généralement un équilibre entre les droits et intérêts individuels et les normes de comportement sociales qui traduisent des droits et intérêts collectifs. De plus, elles représentent habituellement un instrument important de protection des droits et intérêts individuels au sein de la collectivité.
- Des rapports de force, parfois dissimulés derrière le paravent des coutumes ou traditions, existent au sein des collectivités.
- Pour concilier les droits individuels et les droits collectifs touchés par les traditions et les coutumes, il importe de déterminer l'objet sous-jacent de celles-ci et de s'attarder ensuite à la meilleure façon de réaliser cet objet en entravant le moins possible les droits à l'égalité individuels.

3. Les arbitres vers lesquels il convient de se tourner

- Les traditions et coutumes peuvent être vivement contestées, notamment par des plaignants qui ont des liens très étroits avec la collectivité concernée.

¹²⁴ David Howes (2005), « Introduction: Culture in the Dominions of Law », *La revue canadienne droit et société*, 20(1). Howes présente un survol utile de la judiciarisation émergente de la culture et évalue l'orientation des tribunaux canadiens vers l'emploi du concept de la « culture distinctive », ainsi que la nécessité d'établir un lien entre des pratiques contemporaines et une époque précédant le contact avec les Européens afin de pouvoir les considérer à la fois comme des pratiques faisant partie de la culture autochtone distinctive et des pratiques protégées par les règles de droit.

- Des spécialistes de l'extérieur, comme des anthropologues, peuvent favoriser une meilleure compréhension de certaines coutumes ou traditions, mais ne seront peut-être pas en mesure d'expliquer la pertinence, la signification ou l'importance contemporaine de celles-ci.
- Les Autochtones qui connaissent bien les traditions des Premières nations peuvent jouer un rôle crucial dans la détermination non seulement des règles de droit et coutumes en jeu et des objets qu'elles visent, mais également de la façon dont les droits individuels sont protégés ou devraient l'être.
- En raison de la nature essentiellement interne ou spécifique des traditions juridiques et des règles de droit coutumier, la recherche d'un équilibre adéquat entre des droits et intérêts apparemment opposés passe nécessairement par le dialogue avec la collectivité et par la consultation auprès de celle-ci.

PARTIE III : LES RÉPERCUSSIONS DU RÉGIME DE LA LOI SUR LES INDIENS

INTRODUCTION

Dans cette partie de l'étude, nous explorons le régime de la *Loi sur les Indiens* sous l'angle des dispositions du projet de loi C-21 qui énoncent l'obligation de tenir compte. Nous passons en revue un éventail de documents concernant les répercussions de la *Loi sur les Indiens* sur les Premières nations, les perceptions gouvernementales des droits individuels et collectifs ainsi que la façon dont ceux-ci sont conciliés à l'heure actuelle et dont ils pourraient l'être à l'avenir. Certaines des sources sont universitaires, bien que, curieusement, une attention minimale ait été accordée à ces questions dans la littérature en sciences sociales¹²⁵. En revanche, des organisations de Premières nations, des organismes gouvernementaux et des commissions royales ont évalué, notamment dans le cadre d'activités de promotion et de défense des droits et celles issues de politique, la façon dont les concepts de la « collectivité » et des « droits individuels » ont évolué.

En conséquence, dans la présente partie, nous décrivons un contexte général permettant de cerner les répercussions prouvées et possibles de la *Loi sur les Indiens* et des politiques et programmes connexes sur les institutions sociales ainsi que les interactions les plus pertinentes quant à l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* aux Premières nations. Au cours de l'examen de ces répercussions, nous devons comprendre l'interaction d'un ensemble relativement rigide de politiques et règles de droit nationales qui ont renforcé, éliminé ou modifié, au cours des 150 dernières années au moins, les expressions très élastiques, localisées et mouvantes des cultures des Premières nations.

1. LE RÉGIME DE LA LOI SUR LES INDIENS

L'expression « régime de la *Loi sur les Indiens* » englobe non seulement la *Loi sur les Indiens* elle-même, mais également les nombreux programmes, politiques, règles et lignes directrices qui y sont associés. Fait important à souligner, la *Loi sur les Indiens* accorde au gouverneur en conseil et au ministre des Affaires indiennes un large pouvoir discrétionnaire. Au fil des années, ce pouvoir a été exercé de différentes façons, y compris la prise de règlements formels assujettis à la surveillance du Parlement et de décrets ministériels, l'adoption de politiques par le ministère et l'élaboration d'une foule de lignes directrices et de critères d'accès aux programmes et services connexes, dont certains sont entérinés par le gouvernement (par exemple, dans les décisions du Conseil du Trésor). Cependant, d'autres lignes directrices relatives aux programmes et aux services se résument ni plus ni moins à des documents administratifs qui ont été produits sans avoir fait l'objet d'une surveillance à un niveau supérieur et sans avoir été portés à l'attention du public.

Un grand nombre de mesures qui ont été considérées comme des mesures relevant de la politique fédérale concernant les Indiens n'ont aucune source législative directe. Ainsi, les

¹²⁵ Comme nous le mentionnons plus loin dans la section 2, la littérature universitaire traitant de la *Loi sur les Indiens* a porté principalement sur la discrimination passée et actuelle à l'endroit des Indiennes et sur les institutions sociales liées à la filiation matrilineaire.

annuités prévues dans les traités ne sont habituellement versées qu'aux personnes qui sont des Indiens inscrits; pourtant, aucune disposition des traités ou de la *Loi sur les Indiens* n'exige cette restriction. Dans la même veine, les politiques relatives à la réinstallation et au placement forcé des enfants autochtones dans des pensionnats n'ont pas été entérinées de façon spéciale par le législateur et reposent simplement sur les dispositions générales de la *Loi sur les Indiens* concernant les objectifs sociaux et l'éducation.

En fait, la plupart des programmes et services ne sont pas fondés sur des mesures législatives et peuvent ou non comporter des critères d'admissibilité liés à la Loi, comme le statut d'Indien inscrit ou l'appartenance à une bande indienne. Ces critères peuvent aussi être considérés localement comme des règles de droit, en raison de leur caractère impératif. C'est pourquoi ils font tous partie du régime de la *Loi sur les Indiens*.

Pour bien comprendre le contexte dans lequel la LCDP s'appliquera désormais, il est nécessaire de s'attarder à l'héritage de la *Loi sur les Indiens* et à l'influence de cette Loi à titre de régime législatif.

1.1. LA LOI SUR LES INDIENS

La *Loi sur les Indiens*, l'un des plus anciens textes législatifs du Canada, découle de politiques et de pratiques qui remontent aux XVII^e et XVIII^e siècles (relations commerciales et militaires et proclamations impériales) ainsi que des lois coloniales et des lois postérieures à la Confédération du XIX^e siècle. La *Loi sur les Indiens* a fait l'objet de plusieurs refontes en 1876, 1886, 1906, 1921, 1927 et 1951. Or, il appert de la plupart de ces refontes et de la totalité des modifications mineures qu'aucun effort visant à accommoder les traditions juridiques et les règles de droit coutumier préexistantes des Premières nations n'a été fait.

Selon le rapport final de la Commission royale sur les peuples autochtones,

L'Acte des Sauvages de 1876 instaurait un cadre législatif pour les Indiens qui, dans sa formulation, est demeuré essentiellement inchangé jusqu'à nos jours. Le Parlement, par sa prise en charge des structures politiques, des régimes de propriété, de la mise en valeur des ressources et du développement économique des Indiens se dotait de tous les outils dont il avait apparemment besoin pour mener à leur terme les politiques inachevées héritées de ses prédécesseurs coloniaux. La politique sur les Indiens était désormais claire, et l'alternative énoncée par le ministre de l'Intérieur, David Laird, lors du dépôt du projet de loi au Parlement l'exprimait bien : « Il faut traiter les Sauvages comme des mineurs ou comme des blancs ». Il ne pouvait y avoir de solution intermédiaire¹²⁶.

Deux générations après les commentaires de Laird, le même objectif ressortait nettement des propos que le surintendant adjoint des Affaires indiennes a formulés lorsqu'il a comparu devant le Parlement pour expliquer l'objet politique de la loi qui allait devenir la *Loi sur les Indiens* de 1921 :

¹²⁶ Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : un passé, un avenir*, vol. 1, 2^e partie, « Faux postulats et échec de la relation », chap. 9, « La Loi sur les Indiens », 1996, p. 298.

*Notre but est de continuer jusqu'à ce qu'il n'y ait pas un seul Indien au Canada qui n'ait pas été absorbé par l'État, qu'il n'y ait aucune question indienne et aucun ministère des Affaires indiennes. Tel est le but de ce projet de loi*¹²⁷.

Tout comme la loi initiale de 1876 et contrairement aux premières lois fédérales et à celles qui ont été adoptées avant la Confédération, l'objectif clairement exprimé était de remplacer les traditions juridiques et les règles de droit coutumier par des idées préconçues des colonisateurs au sujet de la citoyenneté, de la gouvernance et de l'évolution socio-économique.

L'application du régime de la *Loi sur les Indiens* a eu de profondes répercussions sur les traditions juridiques et sur les règles de droit coutumier des Premières nations. De façon générale, à titre de mesure législative, la *Loi sur les Indiens* elle-même a supprimé les institutions des bandes et des tribus et les expressions des règles de droit coutumier et des traditions juridiques de celles-ci. Comme Ken Coates l'explique dans son récent résumé des répercussions de la *Loi sur les Indiens* sur la gouvernance et la culture locales :

*La dépendance, la perte de culture, la déspiritualisation et un profond sentiment d'aliénation par rapport au système politique national : ce sont là les conséquences logiques d'un système qui laissait peu de place à l'individualisme, aux mesures collectives ou à l'établissement de priorités constructives pour les Autochtones*¹²⁸.

Coates souligne également ce qui suit :

Être un Indien inscrit au Canada équivalait à être intégralement assujéti à une loi « totalitaire », qui privait principalement les Indiens de leur droit à l'autodétermination. C'est ce pouvoir absolu – exercé par une autorité politique lointaine contrôlant directement la vie quotidienne des Autochtones – qui privait les Premières Nations de leur autonomie, minait leur confiance en elles et limitait leur capacité d'être à la hauteur des autres Canadiens. Les lois « totalitaires » privent le peuple de sa dignité, de l'estime qu'il a de lui-même et d'un sentiment d'indépendance; elles sont par ailleurs à l'origine de la dépendance, de la démoralisation et de la perte de culture. Pour essayer de comprendre le véritable impact de la Loi sur les Indiens, il faut aller bien au-delà des détails de chaque article, modification ou règlement d'application, et avoir une vision plus globale de la façon dont ce texte critique, en vigueur depuis si longtemps, a envoyé un message clair aux Indiens inscrits de tout le pays : ils étaient des citoyens canadiens de seconde classe, et ne jouissaient donc pas des libertés, des possibilités et des droits les plus fondamentaux auxquels avaient accès les autres Canadiens. La Loi sur les Indiens est à la fois un symbole de domination culturelle et politique (dans un sens tout à fait

¹²⁷ Extrait du témoignage de D.C. Scott, surintendant adjoint des Affaires indiennes, devant un Comité spécial de la Chambre des communes qui a examiné les modifications à la *Loi sur les Indiens* déposées en 1921 : voir John Leslie et Ron McGuire (Eds.) (1980) *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2^e éd., Ottawa : Centre de recherches historiques et d'études des traités, Orientations générales, Affaires indiennes et du Nord, p. 163.

¹²⁸ Ken Coates. *La Loi sur les Indiens et l'avenir de la gouvernance autochtone au Canada*, papier de recherche pour Le Centre national pour la gouvernance des Premières nations, 2008, p. 4. Disponible à www.fngovernance.org/research/coates/fr.pdf.

*réel et pernicieux), la cause de bien des souffrances et de bien des découragements chez les Autochtones, ainsi que de la perte de leur culture*¹²⁹.

Il est plus difficile d'évaluer les répercussions précises pour une collectivité, une tradition ou une coutume précise. Toute allégation visant à faire valoir une coutume ou tradition sera probablement contestée au moins par quelques membres de la collectivité concernée elle-même, souvent parce qu'ils estiment que les véritables traditions ont été corrompues par la *Loi sur les Indiens*.

1.2. L'ATTAQUE DE L'IDENTITÉ PAR LA LOI

Depuis son entrée en vigueur, la *Loi sur les Indiens* s'est ingérée dans un domaine dont la gestion avait été laissée aux collectivités de Premières nations organisées de façon plus traditionnelle, soit la détermination des personnes qui seraient reconnues comme membres. Cette question de l'identité, qui a une importance vitale pour toute collectivité, est aussi l'un des principaux aspects touchés par les pouvoirs corrosifs de la *Loi sur les Indiens*.

L'époque « impériale », qui s'est étalée du début des années 1600 jusqu'à la fin des années 1700, a été marquée par des traités de paix, d'amitié et de commerce et par l'autonomie complète des Premières nations à l'égard de la gestion de leurs affaires internes. L'identité indienne n'était presque jamais mise en doute, parce qu'elle était perçue comme une question qui relevait de la régie interne. Pourtant, le début du XIX^e siècle a vu naître une époque « protectionniste », surtout dans la région de l'Atlantique du Canada et de ce qui est maintenant connu comme le sud du Québec et de l'Ontario. La demande visant « l'établissement » des Indiens et des premières réserves, avec ou sans traité de cession, découle des pressions accélérées exercées par des collectivités non autochtones qui voulaient s'installer dans ces régions¹³⁰. Par la suite, une loi coloniale ayant pour but de contrôler l'accès aux terres des réserves a été adoptée. Cette première loi ne comportait aucune définition du mot « Indien ». Les premières dispositions d'exclusion de cette nature, qui étaient énoncées dans la loi de 1869, visaient principalement à éviter que des terres de réserves ne passent entre les mains de conjoints non indiens de femmes indiennes. Peu après la Confédération, les premières descriptions législatives des Premières nations ou collectivités autochtones à titre de collectivités composées de « tous Sauvages pur sang, réputés appartenir à la tribu ou peuplade particulière de Sauvages... »¹³¹ ont été éliminées. La politique de protection a été remplacée par un nouvel accent sur la « civilisation », qui a donné lieu à un accroissement rapide des motifs d'exclusion de manière à couvrir une nouvelle catégorie d'Indiens « émancipés », c'est-à-dire les Indiens répondant aux critères sociaux de la « civilisation ».

¹²⁹ *Ibid.*, p. 30.

¹³⁰ Voir, par exemple, l'article de Bonita Lawrence (2002), « Rewriting Histories of the Land : Colonization and Indigenous Resistance in Eastern Canada », dans Sherene Razack (Ed.), *Race, Space and the Law : Unmapping a White Settler Society*, Toronto : Between the Lines, p. 21 à 46 : [TRADUCTION] « Même en 1923, malgré des tentatives visant à clarifier les frontières..., le gouvernement fédéral a compris que près de la moitié de la ville de Toronto ainsi que les villes de Whitby, d'Oshawa, de Port Hope, de Cobourg et de Trenton se trouvaient sur des terres qui n'avaient pas encore cédées » (41).

¹³¹ « L'Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada », Canada, Parlement, (1850).

L'introduction de ce motif d'exclusion dominant a entraîné l'adoption de politiques relatives aux Indiens qui relevaient d'une seule loi et l'émergence de mesures qui ont dépouillé les collectivités de Premières nations du droit de participer aux décisions concernant leur composition interne. De plus, une bonne partie des activités quotidiennes des collectivités ont été prises en charge par le gouvernement, que ce soit dans le cadre de mesures bureaucratiques directes ou d'un contrôle ministériel. Au cours de cette période, l'assimilation a représenté un objectif dominant qui était vivement renforcé et qu'il était permis de chercher à atteindre par la force, au besoin. C'est également au cours de cette période que de nouveaux pionniers ont demandé le plus de nouvelles terres à des fins d'élevage et d'exploitation agricole, minière et forestière et que les terres des réserves ont le plus diminué pour atteindre moins de 40 pour cent des niveaux antérieurs, principalement en raison de l'action des fonctionnaires fédéraux.

Par ailleurs, un certain nombre de mesures visant à restreindre le droit d'appartenance et le droit au statut d'Indien ont été adoptées, y compris une mesure renforçant la règle de la filiation patrilinéaire (selon laquelle une personne ne peut être considérée comme un Indien, à moins que son père lui-même soit un Indien inscrit) et un nouveau critère de la « capacité sociale » (précédemment appelé critère de la « civilisation »). Au plus fort de cette période, en 1951, la première règle de l'ascendance minimale comme fondement de l'exclusion du statut d'Indien a été introduite dans la *Loi sur les Indiens*. Ce nouveau critère visait les descendants de sexe masculin, puisque le mariage d'une Autochtone avec un non-Autochtone était déjà un motif d'exclusion automatique. Selon cette règle (la disposition appelée « disposition mère grand-mère »), une personne de sexe masculin était réputée ne pas être un Indien lorsque sa mère sa grand-mère paternelle n'étaient pas nées de membres d'une bande indienne ou d'Indiens inscrits, indépendamment de leur ascendance réelle. Comme elle était réputée avoir moins de 50 pour cent d'origine indienne, la personne n'était plus considérée comme un Indien en droit à l'âge de 21 ans et devait quitter la réserve. Cette conception de l'identité, y compris la présomption selon laquelle l'appartenance à un groupe est fondée sur des liens biologiques et générationnels (ou des liens sanguins), est encore très présente dans la *Loi sur les Indiens* en vigueur aujourd'hui¹³².

En résumé, l'ingérence progressive de l'État dans le contrôle de l'effectif des Premières nations, qui relevait de celles-ci à l'époque impériale, découle d'un vaste éventail d'efforts déployés pour cerner « la question indienne ». La première loi sur les Indiens codifiée de 1876 (alors intitulée Acte des Sauvages) a été modifiée 20 fois au cours des 25 premières années qui ont suivi la naissance de la Confédération, avant qu'une politique plus détaillée sur l'identité des Premières nations soit adoptée. Cette politique a à son tour été modifiée 21 fois avant l'adoption, en 1951, de la politique constituant le fondement de la détermination de l'identité selon la *Loi sur les Indiens* actuellement en vigueur. Au fil des années, le législateur a progressivement abandonné ses efforts visant à protéger les terres indiennes au profit de mesures favorisant la « civilisation » et l'« émancipation » et, enfin, d'une politique ayant pour but de promouvoir, au moyen de la loi de 1951, l'assimilation dans la population générale.

¹³² La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la règle de l'inadmissibilité de la seconde génération dans le contexte du projet de loi C-31 à titre d'objectif législatif valable. Voir *McIvor c. Canada* (Registrar of Indian and Northern Affairs), [2009] B.C.C.A. 153. La Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'interjeter appel de la demanderesse.

Les distinctions actuelles et passées découlant de la *Loi sur les Indiens* quant à l'appartenance à une bande et au statut d'Indien inscrit constituent le fondement de bon nombre de plaintes de discrimination que les Autochtones ont déposées sous le régime de la *Charte* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

1.3. LA RÉPONSE PROVISOIRE DU PROJET DE LOI C-31

Curieusement, tout comme l'exemption de la *Loi sur les Indiens* qui était prévue à l'article 67 de la LCDP a été adoptée à titre de mesure provisoire en 1977, le projet de loi C-31 a été décrit comme une mesure provisoire lorsqu'il a été adopté en 1985. La volonté de réformer la *Loi sur les Indiens*, qui a mené au projet de loi C-31, découlait principalement du fait que l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* devait entrer en vigueur le 17 avril 1985, de sorte que bon nombre des dispositions discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* de 1951 seraient probablement déclarées inconstitutionnelles. De plus, après avoir été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lavell*¹³³, l'alinéa 12(1)b) de la *Loi sur les Indiens* de 1951 (la disposition de l'exclusion par mariage) a été contesté avec succès devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies conformément au Protocole facultatif se rapportant au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹³⁴.

Le projet de loi C-31 a été promulgué le 28 juin 1985 et devait s'appliquer rétroactivement au 17 avril de la même année. En conséquence,

- les règles d'émancipation et d'assimilation qui existaient depuis longtemps et qui étaient fondées sur la filiation patrilinéaire et les critères sociaux ont été abrogées, de même que l'interdiction visant l'inscription des Métis bénéficiaires de terres ou de certificats d'argent;
- pour la première fois depuis la Confédération, la capacité des bandes indiennes d'appliquer leurs propres règles sur l'appartenance a été confirmée par voie législative; selon la seule restriction imposée, les bandes devaient respecter les droits acquis des personnes ayant un droit d'appartenance et se conformer à la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- presque toutes les personnes qui avaient déjà détenu des droits liés au statut ou à l'appartenance et qui les ont perdus ont repris automatiquement leur statut et ont obtenu à nouveau le droit d'adhérer à la bande après une période de deux ans, sous réserve des règles de celle-ci; les personnes qui avaient été victimes de discrimination fondée sur le sexe ont obtenu le droit immédiat de faire partie de la bande;
- le régime d'émancipation volontaire et involontaire a été aboli;
- le droit d'une personne de devenir « Indien inscrit » (et membre, lorsqu'une bande ne possède pas ses propres règles) a été reconnu dans une nouvelle règle de

¹³³ Dans *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, (1973) 34 D.L.R. (3rd) 145, la Cour suprême du Canada a confirmé le régime discriminatoire de la *Loi sur les Indiens* au regard de la *Déclaration canadienne des droits*.

¹³⁴ En ce qui a trait à cette importante affaire, voir Anne F. Bayefsky (1982), « The Human Rights Committee and the Case of Sandra Lovelace », *Annuaire canadien de droit international* 20, p. 244 à 265.

« l'inadmissibilité de la seconde génération » qui s'applique d'une façon non sexiste à la disposition « mère grand-mère » de la *Loi sur les Indiens* de 1951¹³⁵.

Le projet de loi C-31 prévoyait une période transitoire de deux ans au cours de laquelle les bandes pourraient adopter des codes d'appartenance de manière à élargir ou à restreindre les droits d'adhésion de certaines catégories de personnes désirant s'inscrire pour la première fois ou être réadmis. Après 1987, toutes les personnes ayant déjà droit au statut en vertu du projet de loi C-31 détiendraient des droits acquis relatifs à l'appartenance, lesquels droits devraient être respectés de manière égale dans toutes les règles d'appartenance subséquentes des bandes. En conséquence, il fallait séparer, dans le projet de loi C-31, les concepts des droits au statut ou à l'inscription du droit d'appartenance à une bande. Les bandes indiennes pouvaient désormais permettre à des personnes n'ayant pas le statut d'Indien inscrit de devenir membres, comme elles pouvaient également exclure de leurs effectifs les personnes ayant le statut.

Le ministre de l'époque a affirmé publiquement, non sans s'attirer de nombreux commentaires, que le projet de loi C-31 faisait appel à une conciliation des droits individuels, notamment ceux des femmes et de leurs enfants, avec les droits collectifs des bandes en ce qui a trait au contrôle de l'appartenance. Selon le ministre Crombie, la conciliation visait également à reconnaître les cultures et les traditions des Premières nations :

*Peut-on songer à plus grave ingérence que celle de ceux qui s'arrogent le droit de dire à un autre peuple de culture et de tradition différentes qui fait partie ou non de sa collectivité et qui peut ou non résider sur ses terres*¹³⁶?

De façon générale, le gouvernement a décrit l'exercice de conciliation comme un compromis entre des positions opposées, soit celles des collectivités de Premières nations et de leurs dirigeants, principalement des personnes de sexe masculin, et celles des Indiennes et des Indiens non inscrits sollicitant des droits d'inscription et d'appartenance à une bande. Il n'y avait certainement pas consensus quant à la

¹³⁵ Pour des évaluations des modifications apportées au projet de loi C-31, voir Gerard Hartley « The Search for Consensus : A Legislative History of Bill C-31, 1969-1985 », dans Jerry P. White, et al., (Eds.) (2006), *Aboriginal Policy Research : Moving Forward, Making A Difference*, volume V, Toronto : Thompson Educational Publishing; et Bradford W. Morse et Robert K. Groves (1987), « Forgotten Peoples : A Comparative Analysis of Métis and Non-Status Indians in Canada », *Law and Anthropology : Internationales Jahrbuch für Rechtsanthropologie*, 2. Pour des évaluations des répercussions passées et actuelles du texte législatif sur des aspects clés de l'identité collective et individuelle ainsi que des droits et intérêts dans le contexte des droits de la personne et des droits ancestraux, voir Wendy Cornet, « Indian Status, Band Membership, First Nations Citizenship, Kinship, Gender and Race : Reconsidering the Role of Federal Law », également dans White et al., et John Giokas et Robert Groves « Collective and Individual Recognition in Canada : The *Indian Act* Regime » dans Paul L. A. H. Chartrand (Ed.) (2002), *Who are Canada's Aboriginal Peoples?*, Saskatoon, Purich Publishing.

¹³⁶ Affaires indiennes et du Nord Canada, *Communiqué*, juin 1985, cité dans le texte de 2006 du Centre national pour la gouvernance des Premières nations, *Reclaiming our Identity : Band Membership, Citizenship and the Inherent Right*. Pour des commentaires sur les propos du ministre Crombie au sujet de l'exercice de conciliation qu'il envisageait, voir www.fngovernance.org/toolkit/Institutions/Transparency_and_Fairness/CitizenshipCodes/ReclaimingOurIdentity_Paper.pdf.

façon dont la *Loi sur les Indiens* devait être modifiée et différentes positions ont été exposées.

La porte-parole de l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) a rejeté le compromis et la distinction juridique entre le droit au statut et le droit d'appartenance, et a exprimé la crainte que le législateur n'utilise la *Loi sur les Indiens* comme fondement de l'autonomie gouvernementale sans chercher à poursuivre la réforme constitutionnelle nécessaire¹³⁷. Qui plus est, plusieurs associations indiennes et dirigeants des Premières nations ont rejeté le texte législatif proposé, parce qu'il avait pour effet d'imposer de nouveaux membres et ne respectait pas le droit absolu des bandes indiennes de contrôler leurs effectifs. La position de l'Assemblée des Premières nations et du Conseil national des Autochtones du Canada était toutefois plus nuancée¹³⁸.

Cet exercice de conciliation, qui est différent de celui auquel doivent maintenant se livrer la Commission canadienne des droits de la personne et le Tribunal canadien des droits de la personne, concernait la mise en équilibre entre, d'une part, l'observation de la *Charte* et l'égalité de traitement et, d'autre part, ce qui peut-être décrit uniquement comme un régime patriarcal que le législateur a imposé aux collectivités de Premières nations sans tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier préexistantes. Cependant, comme l'honorable David Crombie le souligne ci-dessus, un troisième facteur était également en jeu : les cultures et les traditions des Premières nations.

2. LES EXEMPTIONS FONDÉES SUR LA COUTUME

Pour évaluer les répercussions de la *Loi sur les Indiens* sur la façon d'appliquer les dispositions du projet de loi C-31 concernant l'obligation de tenir compte, il est important de savoir ce qui est considéré et reconnu comme une coutume dans la législation fédérale.

Dès l'adoption de l'Acte des Sauvages en 1868, le législateur a tenté d'inciter les collectivités de Premières nations à abandonner leurs propres pratiques sociales politiques au profit des conceptions « courantes » de la gouvernance municipale. Néanmoins, la *Loi sur les Indiens* a toujours comporté des dispositions reconnaissant jusqu'à un certain point les pratiques relevant de la coutume dans certains domaines, surtout en ce qui a trait à la sélection des dirigeants et à quelques aspects de l'appartenance.

2.1. LA SÉLECTION DES DIRIGEANTS

La *Loi sur les Indiens* reconnaît, à l'article 2, les chefs et les conseils de bande choisis selon la coutume. Cependant, elle a été adaptée et modifiée au fil des années afin de mettre fin au système des « chefs héréditaires ». Le législateur a d'abord utilisé des dispositions de retrait visant à favoriser l'« évolution » des bandes en leur permettant d'adopter des systèmes

¹³⁷ Gerard Hartley, « The Search for Consensus : A Legislative History of Bill C-31, 1969-1985 », dans Jerry P. White et al., (Eds.) (2006), *Aboriginal Policy Research: Moving Forward, Making A Difference*, Volume V, Toronto, Thompson Educational Publishing, p. 23.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 24 et 25. Hartley ne décrit pas le rôle joué par le Conseil des Autochtones. Cependant, le NAC a travaillé en étroite collaboration avec Indian Rights for Indian Women et avec l'AFAC pour convaincre le comité d'apporter 35 modifications au projet de loi (documents personnels des coauteurs, Bradford Morse et Robert Groves, alors conseillers du CNAC au sujet du projet de loi C-31).

électoraux pour choisir les chefs et les conseils et en favorisant l'entrée dans la société des membres des bandes indiennes par l'émancipation. Ces tentatives volontaires de réforme se sont soldées par un échec dans presque tous les cas¹³⁹. Relativement peu de bandes indiennes ont adopté des systèmes électoraux et très peu de personnes ont accepté de plein gré l'émancipation. Seules deux bandes dans l'histoire de la *Loi sur les Indiens* ont choisi de s'émanciper en tant que groupes¹⁴⁰.

Cependant, jusqu'en 1951, le Cabinet fédéral pouvait ordonner à toute bande indienne de cesser d'utiliser le système coutumier et d'adopter le système électoral. Ainsi, en 1924, le Cabinet a enjoint au traditionnel Conseil confédératif des Six Nations of the Grand River (représentant la plus grande population de réserve du Canada) de passer du système coutumier au système électoral, avec l'aide de la GRC, décision dont les conséquences se font encore sentir de nos jours¹⁴¹. En 1951, le ministre a obtenu un plein pouvoir discrétionnaire lui permettant de mettre un terme à la sélection par voie coutumière des chefs et des conseils. Au début des années 1950, des centaines de bandes ont été contraintes sommairement d'adhérer au système électoral de la *Loi sur les Indiens*. Bon nombre de ces bandes suivaient la coutume non pas parce qu'elles voulaient appliquer les procédures de sélection héréditaire¹⁴², mais plutôt parce que la majorité des membres, notamment ceux qui se trouvaient en Colombie-Britannique, dans certaines parties de l'Ontario et du Québec et dans une bonne partie du nord, vivaient sur les terres de la Couronne et non sur des réserves et seraient par ailleurs émancipés. Au cours des décennies subséquentes, de nombreuses bandes ont réussi à convaincre les ministres successifs d'annuler les décrets impulsifs pris au début des années 1950 et de leur permettre de rétablir leurs propres systèmes de légitimité démocratique¹⁴³.

¹³⁹ Les dispositions relatives à l'émancipation avaient été introduites avant la Confédération dans la loi intitulée *La Loi pour encourager la civilisation graduelle des tribus indiennes dans la Province et pour amender les lois se rapportant aux Indiens*, S.C. [1857], ch. 6 des Statuts consolidés du Haut-Canada. Elles sont devenues une des principales caractéristiques de la *Loi sur les Indiens* de 1869 à 1985. Pour des commentaires à ce sujet, voir John Tobias, « Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy », dans J. R. Miller (Ed.) (1991), *Sweet Promises : A Reader on Indian-White Relations in Canada*, Toronto, University of Toronto Press.

¹⁴⁰ Une de ces bandes était la bande de Michel de l'Alberta, dont quelques membres ont contesté sans succès l'émancipation (survenue en 1956) devant la Commission des revendications particulières des Indiens en 1997. Voir Commission sur les revendications particulières des Indiens, *Friends of the Michel Society* (1998). La deuxième bande indienne était un groupe familial plus petit qui se trouvait sur une réserve non nommée et dont il est fait mention dans Direction des Affaires indiennes, ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, *Sommaire des activités*, 1948-1958, p. 40 et 41.

¹⁴¹ Pour un compte rendu populaire des événements survenus en 1924 et pour un examen approfondi des répercussions, voir Brian Maracle (1996), *Back on the Rez : Finding the Way Home*, Toronto, Penguin Books, p. 20 à 25. Pour un examen plus théorique du litige entourant le statut politique et le système de dirigeants des Six nations, voir Donald Bourgeois (1986), « The Six Nations: A Neglected Aspect of Canadian Legal History », *Revue canadienne des études autochtones* IV(2), p. 253 à 270.

¹⁴² Bien qu'il existe plusieurs centaines de bandes indiennes dont les chefs et les conseils sont choisis selon une méthode qui est reconnue comme une coutume par la *Loi sur les Indiens*, seulement une douzaine à l'échelle du pays utilisent la sélection héréditaire. La plupart des chefs et des conseils sont choisis dans le cadre d'une élection formelle, tandis que quelques-uns sont nommés ou approuvés par des conseils d'anciens. Voir également Stewart Clatworthy (2003), *A Review of First Nations Membership Codes*, préparé pour AINC par Four Directions Project Consultants.

¹⁴³ Robert Groves (2007), « The Curious Instance of the Irregular Band: Canada's Missing Recognition Policy », *Saskatchewan Law Review* 70(1), 153-182, p. 167.

Cependant, ce qui importe, c'est que la *Loi sur les Indiens* reconnaissait à l'origine et reconnaît encore les chefs et les conseils choisis « selon la coutume de la bande ». La mesure dans laquelle ces coutumes pourraient être contestées, notamment dans le cadre d'actions intentées sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, est incertaine, mais il y a fort à parier qu'elles le seront, eu égard à l'avalanche de causes portées devant les tribunaux fédéraux et territoriaux¹⁴⁴.

2.2. LE CONTRÔLE DE L'APPARTENANCE

Le deuxième grand domaine à l'égard duquel l'autonomie des bandes et, de ce fait, l'application des traditions juridiques et règles de droit coutumier de celles-ci sont acceptées est celui de l'appartenance. Il faut rappeler que toutes les bandes étaient perçues comme des entités autonomes quant à la façon dont elles ont déterminé leurs effectifs initiaux lorsqu'elles ont d'abord été établies à titre de bandes indiennes, sous réserve uniquement des règles d'exclusion que le gouvernement fédéral a commencé à appliquer en 1869. Malgré ces exclusions, qui touchaient particulièrement les Indiennes qui épousaient des non-Indiens, un éventail de règles relatives à l'acceptation conditionnelle ont été élaborées au fil des années. Ainsi, les enfants illégitimes et les individus qui, du fait qu'ils résidaient à l'étranger, étaient réputés avoir abandonné leur appartenance étaient dépouillés par la loi de leur statut d'Indien, sous réserve, toutefois, de la décision de la bande. Dans les deux cas, la *Loi sur les Indiens* (à différentes dates entre 1876 et 1951) a reconnu que le consentement de la bande était important en ce qui a trait à l'inclusion des personnes concernées¹⁴⁵. Aucune de ces dispositions n'a survécu aux modifications apportées en 1985 dans le projet de loi C-31 en 1985. Comme nous l'expliquons ci-dessous, le projet de loi C-31 a remplacé ces pouvoirs précédents par un pouvoir général de contrôle des effectifs pour les bandes qui choisissent d'adhérer aux nouvelles dispositions du texte de loi.

Le projet de loi C-31 a rétabli, mais non explicitement dans le contexte des coutumes, le pouvoir des bandes de ne pas appliquer les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant le droit d'appartenance et d'adopter leurs propres règles à ce sujet. Les bandes ont pu restreindre le droit d'appartenance à plusieurs catégories de personnes qui auraient autrement bénéficié d'un droit acquis, mais seulement si elles avaient adopté leurs codes d'appartenance avant le 28 juin 1987. Par conséquent, même si les bandes peuvent accepter toute personne à titre de membre, des restrictions (encore incertaines) s'appliquent à leur pouvoir de refuser le droit d'appartenance (ce pouvoir est probablement assujéti aux principes de l'application régulière de la loi et de la *Charte*). Voici les éléments fondamentaux de ce nouveau pouvoir et des restrictions dont il est assorti :

Droits acquis :

¹⁴⁴ La plus récente affaire portée devant la Cour fédérale au sujet de la *Charte* et des systèmes électoraux reposant sur la coutume est la décision *Clifton c. Hartley Bay (Président d'élection)*, [2005] CF 1030 (CanLII), où le raisonnement fondé sur la *Charte* et appliqué dans *Corbiere* a prévalu à l'encontre de l'exclusion des membres non résidents de toute participation aux élections. Voir également *Harpe c. Massie and the Ta'an Kwach'an Council*, [2006] YKSC 1, où la nomination d'une femme à titre de chef a été contestée sans succès comme mesure allant à l'encontre d'une coutume.

¹⁴⁵ Article 3 de l'*Acte des sauvages* (1876).

- Les personnes qui étaient membres d'une bande avant 1985 et qui ont cessé de l'être en raison de dispositions discriminatoires sur le plan sexuel (alinéas 6(1)a), b) et c)) possèdent des droits acquis en vertu du paragraphe 10(4) de la Loi.
- Les personnes nées d'une mère et d'un père indiens qui ont tous les deux le droit d'être membres d'une bande, après 1985, mais avant que celle-ci adopte des règles d'appartenance possèdent également des droits acquis.
- Les règles d'appartenance d'une bande ne peuvent empêcher les personnes faisant partie de ces deux catégories de devenir membres uniquement en raison d'une situation préexistante (p. ex., en raison de la perte antérieure du droit d'appartenance avant 1985)¹⁴⁶.

Droits conditionnels :

- Les personnes qui ont cessé d'être membres en raison de l'une ou l'autre des dispositions relatives à l'émancipation d'une ancienne *Loi sur les Indiens* (que ce soit de façon volontaire ou non).
- Les personnes nées après 1985 d'un père et d'une mère qui ont des droits en vertu du paragraphe 6(1), lesquels droits se rapportent à des bandes différentes.
- Les personnes qui sont nées avant ou après 1985 et dont un seul des deux parents a le droit de devenir membre d'une bande en vertu du paragraphe 6(1)¹⁴⁷.

Les règles d'appartenance d'une bande peuvent priver les personnes de leurs droits dans ces trois derniers cas lorsqu'elles ont été adoptées avant le 28 juin 1987. Après cette date, toutes les personnes ayant des droits conditionnels bénéficient de droits d'appartenance complets, sous réserve, toutefois, des nouvelles règles de la bande qui concernent ces droits acquis.

La *Loi sur les Indiens* a également été modifiée de façon à prévoir que les membres d'une bande qui n'ont pas par ailleurs le droit d'être inscrits sont néanmoins réputés être des Indiens pour certaines fins de la Loi, dont la participation aux décisions concernant l'argent

¹⁴⁶ Voir les articles 6, 10 et 11 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C., 1985.

¹⁴⁷ Les effets discriminatoires latents du projet de loi C-31 en ce qui a trait à l'« inadmissibilité de la seconde génération » et aux droits différents accordés aux cousins et aux frères et soeurs, en raison du traitement du mariage d'Indiens avec des non-Indiens avant 1985 ont fait l'objet d'un litige dans *McIvor c. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, [2009] B.C.C.A. 153. En première instance, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que la clause limitant la deuxième génération et les distinctions connexes touchant les cousins et les frères et soeurs allaient à l'encontre de la *Charte*. Le 6 avril 2009, la Cour d'appel a infirmé la décision et conclu qu'un groupe beaucoup plus restreint de personnes avaient été victimes de discrimination non justifiée. Ce groupe comprenait uniquement les personnes qui ont été traitées différemment de celles qui sont nées avant 1985 et qui ont le droit d'être inscrites en vertu de l'alinéa 6(1)c) en raison de l'amélioration des droits de rétablissement pour leur groupe de référence et les personnes qui avaient perdu leur statut et leur droit d'appartenance en raison de la « clause mère grand-mère » (sous-alinéa 12(1)a)(iv) de la Loi de 1951 et dont les droits ont été rétablis. La Cour d'appel a conclu que l'adoption par le législateur de la clause limitant la deuxième génération constitue une limite dont la justification peut se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*. *McIvor*, mais non le Canada, a porté la décision en appel.

des Indiens, l'exercice des droits électoraux et civils et l'exemption d'impôt de leur droit sur une terre de réserve et la protection contre toute limite à ce droit.

Eu égard à la nouvelle importance de l'obligation de tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations qui est énoncée dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il convient d'analyser les règles d'appartenance que les bandes indiennes ont adoptées depuis 1985, selon l'étude qui en a été faite dans un rapport de 1992 préparé pour l'Assemblée des Premières nations (APN)¹⁴⁸.

Règle de descendance d'un parent (aucune exclusion fondée sur l'ascendance minimale)

- 94 bandes ont adopté des règles exigeant que l'un des deux parents soit membre de la bande.

Règle de descendance des deux parents

- 64 bandes ont adopté des règles exigeant que les deux parents soient membres de la bande.

Règle de l'ascendance minimale (équivalent de la *Loi sur les Indiens*)

- 58 bandes appliquent la règle de l'ascendance minimale; il en va de même pour toutes les bandes n'ayant pas adopté leurs propres règles (435 bandes au total).

Règles sur la quantité de sang

- 26 bandes ont adopté différentes règles allant de la règle de la descendance minimale, selon laquelle la personne doit avoir des ancêtres dont l'origine entièrement indienne est reconnue ou acceptée (habituellement 50 pour cent ou 25 pour cent), à des règles plus complexes selon lesquelles au moins un des parents doit avoir des droits d'appartenance, tandis que l'autre doit avoir une quantité minimale de sang indien (allant jusqu'à 100 pour cent).

L'étude préparée pour l'APN ne comportait pas de description détaillée des règles sur la quantité de sang appliquées par 30 des bandes concernées¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Stewart Clatworthy et Anthony Smith (1992), *Population Implications of the 1985 Amendments to the Indian Act : Final Report*, préparé à l'intention de l'Assemblée des premières Nations, p. iii. Clatworthy a mis à jour en 2003 l'analyse de 1992 et ses nouvelles constatations figurent dans Stewart Clatworthy (2003), *A Review of First Nations Membership Codes*, préparé à l'intention d'AINC par Four Directions Project Consultants.

¹⁴⁹ Une règle sur la « quantité de sang » pure tient compte de la descendance de tout ancêtre indien (indépendamment de l'inscription de cette personne ou de son appartenance à un groupe reconnu) depuis une date aussi lointaine que ce que les registres acceptables permettent d'établir. Par conséquent, à l'instar de toute règle de la descendance minimale, la règle sur la quantité de sang doit prévoir une date avant laquelle tous les ancêtres sont réputés être de « race pure ». Il est indéniable que les règles de certaines bandes qui comportent un critère du sang ne suivent pas cette approche, mais constituent plutôt des règles d'appartenance fondées sur l'ascendance (selon lesquelles un des deux parents doit être membre). Il en est ainsi, par exemple, des règles régissant l'appartenance à la Nation des Tsuu T'ina, qui accordent à toutes les personnes figurant sur la liste des membres de la bande le 16 avril 1985 le statut d'Indien pur et éliminent toute personne qui épouse un non-membre, qui a deux enfants ayant moins de la moitié de sang Tsuu T'ina ainsi que les personnes qui ont moins de la moitié de sang Tsuu T'ina (dans ce cas-ci, il s'agit de la règle de la descendance minimale). Les règles se caractérisent également par une approche plus littérale du critère du sang en permettant aux époux des membres de présenter une demande d'adhésion s'ils ont plus de la moitié de sang indien (expression non définie par

De plus, les règles d'appartenance de bon nombre de bandes ont été décrites comme des « codifications » des traditions juridiques ou règles de droit coutumier, bien qu'elles ne soient pas formellement désignées de cette façon dans la Loi. La réponse à la question de savoir si ces traditions sont protégées par la Constitution demeure généralement inconnue. Au même moment, la *Loi sur les Indiens* cherche à accommoder jusqu'à un certain point l'expression des coutumes et traditions locales en reconnaissant, à l'article 81, les pouvoirs du chef et du conseil à l'égard de ce qui suit :

- la répartition des terres de réserves entre les membres [alinéa 81(1*i*)];
- la résidence [alinéa 81(1*p.1*)];
- les droits des époux ou conjoints de fait et des enfants qui résident avec des membres sur la réserve [alinéa 81(1*p.2*)].

Dans ces cas, un gouvernement de Première nation peut adopter une nouvelle règle de droit ou chercher à codifier une tradition juridique ou règle de droit coutumier établie.

2.3. L'ADOPTION

Dans le passé, la *Loi sur les Indiens* a reconnu que les enfants adoptés conformément à la coutume indienne obtenaient les droits que posséderaient les enfants naturels en ce qui a trait à la transmission des biens. Cependant, ce n'est qu'en 1985 (lors de l'adoption du projet de loi C-31) que le droit à l'appartenance ou à l'inscription a également été reconnu. Bien que les tribunaux aient reconnu depuis le début des années 1960 les effets juridiques des adoptions faites selon la coutume chez les Indiens et les Inuits, le gouvernement a affirmé que l'adoption selon la coutume qui a été reconnue par le projet de loi C-31 constituait un droit à l'inscription qui était nouvellement accordé et ne visait pas à clarifier une règle de droit préexistante. Cette position donne à penser que, à moins que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier ne soient explicitement reconnues par voie législative, elles sont assujetties à l'application aux Indiens des lois fédérales ou provinciales d'application générale conformément à l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹⁵⁰.

En résumé, la *Loi sur les Indiens* actuellement en vigueur ne reconnaît les règles de droit coutumier et les traditions juridiques qu'à l'égard de trois aspects :

- le choix des chefs et des conseils conformément à la coutume de la bande;
- le contrôle de l'appartenance, dans les cas où les membres de la bande concernée ont voté pour reprendre le contrôle de cette question;
- l'adoption des enfants selon la coutume de la bande indienne concernée.

ailleurs dans le code d'appartenance). Le code de la Nation des Tsuu T'ina en vigueur en 1994 a été résumé dans le mémoire déposé par l'intervenante (Non-status Indian Association of Alberta) dans *Twinn et al. c. La Reine*, Section de première instance de la Cour fédérale, T-66-86, et est disponible dans les archives de la jurisprudence en ligne du Native Law Centre of Canada.

¹⁵⁰ À cet égard, la position du gouvernement a été appuyée par la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard dans *Tuplin c. Indian & Northern Affairs Canada*, [2001] PESCTD 89 (CanLII). En ce qui concerne la reconnaissance judiciaire de l'effet de l'adoption selon la coutume indienne, voir Cindy L Baldassi (2006), « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada : Comparisons, Contrasts and Convergences », *University of British Columbia Law Review* 39, p. 63.

3. LE CONTEXTE DES PROGRAMMES ET DES SERVICES

3.1. LES PROGRAMMES OFFERTS SUR LES RÉSERVES

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* vise à assurer un traitement égal en matière d'emploi, de logement et de prestation de biens et services relevant de la compétence fédérale, notamment ceux qui sont fournis dans le cadre des programmes des bandes indiennes ou conseils tribaux¹⁵¹. Il convient donc d'examiner la façon dont les gouvernements de Premières nations appliquent les programmes et exécutent les services.

La plupart des programmes que le gouvernement fédéral finance à l'intention des membres des Premières nations sont liés de près à des mesures de gouvernance et de prestation prises dans les réserves. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord participe au financement ou à l'application d'un vaste éventail de programmes qui, dans le cas des collectivités autres que les collectivités de Premières nations, seraient habituellement financés ou appliqués par les provinces et les municipalités; il s'agit notamment des programmes d'aide sociale, d'études primaires et secondaires et de bien-être à l'enfance ainsi que de différents programmes de soutien des infrastructures locales en ce qui concerne l'énergie, l'eau, les égouts, les routes et ainsi de suite. Jusqu'aux années 1970, ces programmes étaient gérés directement par AINC, mais ils sont aujourd'hui presque entièrement contrôlés par les gouvernements des bandes indiennes ou les conseils tribaux et financés par AINC. Dans la même veine, jusqu'en 2001, bon nombre des programmes sociaux s'appliquaient uniquement aux Indiens inscrits ou aux membres des bandes indiennes résidant sur les réserves; de nos jours, l'accès est fondé surtout sur la résidence, indépendamment du statut ou de l'appartenance. En conséquence, les perceptions de discrimination touchant l'accès aux services sur les réserves peuvent concerner désormais non seulement les résidents qui sont membres ou qui sont des Indiens inscrits, mais l'ensemble des résidents, indépendamment de leur nationalité ou de leurs droits découlant de la *Loi sur les Indiens*.

3.2. LES PROGRAMMES INTER-RÉSERVES

Seuls quelques programmes et services franchissent la frontière d'une réserve, mais leur valeur financière est très élevée. Parmi ces programmes figure celui des services de santé non assurés de Santé Canada (qui représente actuellement approximativement 1 300 000 000 \$ du budget d'environ 2 013 000 000 \$ que le gouvernement fédéral affecte aux programmes de santé destinés aux Premières nations et aux Inuits). Le plus important

¹⁵¹ En ce qui concerne la prestation de programmes et services financés par AINC, il faut éviter de confondre les conseils tribaux avec les organes tribaux au sens anthropologique ou avec les conseils formés aux fins des allégations, négociations ou règlements concernant des traités ou des revendications territoriales. Les quelque 80 conseils tribaux qu'AINC finance régulièrement sont nés par suite des efforts déployés au cours des années 1980 pour réaliser des économies d'échelle et pour veiller à ce que des organisations ayant des liens culturels ou autres avec les bandes indiennes prennent en charge les fonctions des organismes et bureaux de district que le ministère s'appêtait alors à fermer. En plus de fournir des services techniques, ces conseils s'occupent de la passation de marchés en matière d'ingénierie et administrent certains programmes dont la gestion a été centralisée, comme les programmes d'éducation postsecondaire à l'intention des Premières nations qui font partie du conseil en question. En conséquence, ces conseils tribaux exercent des fonctions ayant fait l'objet d'une double délégation et doivent donc obtenir un mandat de la bande qui les a créés pour fournir les services concernés, en plus d'obtenir l'approbation des fonds d'AINC.

programme général d'AINC est celui de l'aide à l'éducation postsecondaire (325 000 000 \$)¹⁵².

Curieusement, l'admissibilité à ces programmes n'est nullement fondée sur des critères relatifs aux besoins¹⁵³. Cependant, exception faite des services de transport local à des fins médicales, la plupart des services de santé sont fournis par des tiers spécialistes sur la base de critères d'admissibilité établis par le fédéral et il est donc peu probable que ces services fassent l'objet de l'examen prévu par la LCDP aux fins de l'article 1.2. Toutefois, dans le cas de l'éducation postsecondaire, les conseils de bande et les conseils tribaux sont les principaux administrateurs des programmes et, compte tenu des budgets plafonds en place, il est possible que les décisions soient contestées. Il est indéniable que la préférence accordée par certaines Premières nations aux résidents de la réserve ou aux membres de la bande (par opposition aux Indiens inscrits qui ne sont pas membres de la bande concernée) sera contestée et la discrimination fondée sur la situation de famille a déjà été plaidée devant le Tribunal¹⁵⁴.

De plus, les conseils de bande et les conseils tribaux peuvent jouer un rôle central dans d'autres programmes et services, comme les programmes de formation liée au marché du travail, le contrôle des permis de pêche de subsistance exploités à l'extérieur de la réserve, et ainsi de suite. Dans ce dernier cas, il y a lieu de penser que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier joueraient un rôle important. Or, l'application de ces programmes peut être très contestée lorsque la Première nation concernée interdit aux membres non résidents de voter lors des élections, comme cela s'est déjà fait, ou les empêche de se livrer à la pêche de subsistance en invoquant un régime de permis contrôlé par la bande¹⁵⁵.

Par ailleurs, plusieurs dirigeants des Premières nations ont fait valoir que les programmes de santé et d'éducation touchent des droits collectifs reconnus dans plusieurs des traités « numérotés » qui ont été adoptés après la Confédération. En conséquence, il se pourrait qu'une Première nation poursuivie fasse valoir que ces programmes et services directement contrôlés par un gouvernement de Première nation sont assujettis aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier et non seulement aux normes relatives aux droits à l'égalité individuels¹⁵⁶.

¹⁵² Les données du programme SSNA sont tirées de la partie II du Budget des dépenses pour l'exercice 2007-2008. Les coûts du programme d'aide à l'éducation postsecondaire d'AINC ne figurent pas dans le Budget des dépenses, sauf la dépense totale autorisée en matière d'éducation pour l'exercice 2007-2008, qui s'élève à 1 424 000 000 \$. Cependant, il est généralement reconnu que les coûts du PAEP s'établissent à environ 325 000 000 \$.

¹⁵³ Aux États-Unis, en Australie, en Nouvelle-Zélande et même ailleurs, des programmes semblables sont appliqués, mais ils sont assujettis à un critère des moyens et sont offerts à l'ensemble de la population autochtone qui est visée par la définition constitutionnelle du pays concerné (aux États-Unis, la personne doit être membre d'une tribu reconnue à l'échelle fédérale, question que tranchent les tribus elles-mêmes). En Australie et en Nouvelle-Zélande, l'admissibilité aux programmes repose, de manière générale, sur l'auto-identification, sur la descendance et sur l'acceptation au sein de la collectivité.

¹⁵⁴ *McAdam c. Big River First Nation*, 2009 TCDP 2 (CanLII). Le Tribunal a décidé que la plainte de discrimination de la plaignante n'avait pas été établie.

¹⁵⁵ Décision non publiée rendue en 1997 dans une affaire opposant la Bande Essipit (aujourd'hui appelée la Bande Pessamit) et plusieurs membres (Cour provinciale du Québec).

¹⁵⁶ Voir Peter Alan Barkwell (1981), « The Medicine Chest Clause in Treaty No. 6 », *Canadian Native Law Reporter*, 1-23, p. 3, et John L. Taylor (1986), *Two Views on the Meaning of Treaties Six and Seven : An*

4. LA RECONNAISSANCE ET LA MISE EN ÉQUILIBRE DES DROITS ET INTÉRÊTS INDIVIDUELS ET DES DROITS ET INTÉRÊTS COLLECTIFS : ÉVALUATION DES INCIDENCES

4.1. QUATRE ASPECTS DES INCIDENCES : LE POTLATCH, LE DROIT DE PROPRIÉTÉ, LA PARENTÉ ET LES LIENS

En explorant la manière dont le régime prévu par la *Loi sur les Indiens* a influé sur les traditions juridiques et les règles de droit coutumier ou est allé à leur rencontre, attardons-nous à quatre contextes de répartition traditionnelle des biens ou des services au sein d'une collectivité ou d'accès à ces biens ou services.

Le régime prévu par la *Loi sur les Indiens* a eu des incidences considérables sur une tradition importante des cultures de l'intérieur et de la côte Ouest de la Colombie-Britannique en interdisant le potlatch (ou le balhat comme on l'appelle aussi chez le peuple Carrier vivant à l'intérieur de la province)¹⁵⁷. Le potlatch désigne une vaste catégorie de cérémonies relative à une variété tout aussi large de fonctions sociales, économiques et politiques. Il a été interdit de 1884 à 1951 (il continuait cependant à être pratiqué de manière clandestine) dans le but de remplacer l'« imprévoyance » par des régimes de possession largement patrilinéaires et des règles de transmission des biens aux descendants, ainsi que par un système de chefs et de conseil élus.

La réapparition et le rétablissement des traditions en matière de gouvernance, de possession et de succession des Premières nations de la côte Ouest, qui sont généralement associées aux cérémonies du potlatch, pourraient bien devenir un sujet controversé. Dans ce type de différends, la *Loi sur les Indiens* a clairement altéré la pratique courante et imposé une rupture avec les traditions juridiques et les règles de droit coutumier. Il reste à déterminer si l'expression contemporaine du droit coutumier est soutenue par la collectivité et si les principes généraux de mise en équilibre avec les intérêts individuels ont été respectés. On ne peut toutefois pas conclure nécessairement que la *Loi sur les Indiens*, comme la traite des fourrures et d'autres forces externes exerçant une grande influence, n'a aucune incidence sur les régimes contemporains de possession des terres. Il semble en être de même de l'effet des notions modernes de droits sur les terres et de revendications territoriales des Autochtones sur les lois et les coutumes traditionnelles concernant les terres et leur usage¹⁵⁸.

Examination of the Significance of Treaties Six and Seven in the Light of Archival Records and Indian Testimony, Ottawa, Commission des revendications des Indiens.

¹⁵⁷ Voir Jo-Anne Fiske et Betty Patrick (2000), *Cis Dideen Kat, When the Plumes Rise: The Way of the Lake Babine Nation*, Vancouver: UBC Press. Voir aussi Tina Loo (1992), « Dan Cramner's Potlatch: Law as Coercion, Symbol, and Rhetoric in British Columbia, 1994–1951 », *Canadian Historical Review* 73(2), p. 125-166. Sur le potlatch tsimshian, voir Christopher Roth (2002), « Goods, Names and Selves: Rethinking the Tsimshian Potlatch », *American Ethnologist* 29 (1), p. 13-150.

¹⁵⁸ Pour un examen des distorsions concernant le droit coutumier et les traditions au regard des revendications territoriales modernes et des notions de « titre aborigène », voir Paul Nadasdy (2002), « "Property" and

Dans le cas des liens de parenté, l'effet du régime créé par la *Loi sur les Indiens* est évident dans la mesure où l'appartenance à une bande était, jusqu'en 1985, totalement dictée par une règle de filiation patrilinéaire. L'incidence de la *Loi sur les Indiens* sur les normes de parenté et d'autres institutions, comme l'héritage, dans le contexte du droit coutumier est moins évidente. Par exemple, les traditions des familles, ou des clans, pourraient faire en sorte qu'une nièce ou un neveu qui a pris soin d'une personne décédée soit considéré comme le parent le plus proche. Or, le régime créé par la *Loi sur les Indiens* exclut toute personne plus éloignée que l'époux ou l'épouse, les enfants, les frères ou les sœurs et, s'il n'y a aucune de ces personnes, le bien immeuble (c.-à-d. un certificat de possession) retourne à la bande.

Un autre exemple concerne ce qui est souvent appelé, dans le contexte d'une collectivité, les « relations ». Il s'agit de cas où les hiérarchies sociales ou les liens au sein d'une collectivité se traduisent dans la répartition des ressources limitées, en matière d'emploi par exemple. Comme nous l'avons vu dans la partie II, les hiérarchies sociales ne sont pas une caractéristique d'un grand nombre de collectivités traditionnelles des Premières nations et peuvent être incompatibles avec les normes associées à l'égalité de traitement dans l'emploi. Les décisions en matière d'emploi pourraient être fondées sur le fait que la coutume ou la tradition exige que priorité soit donnée aux personnes ayant les liens les plus forts avec la collectivité et que la « collectivité » pourrait être définie localement en termes de liens de parenté qui ne tiendraient pas compte des liens traditionnels fondés sur la résidence, la famille ou l'appartenance à la bande.

Des mesures fondées sur la *Loi sur les Indiens* pourraient être nécessaires pour déterminer les liens avec la collectivité. Ainsi, on pourrait considérer qu'un Indien inscrit pour la première fois ou réinscrit est relativement « éloigné » de la collectivité comparativement à un Indien qui a toujours été membre de la bande. Une telle pratique serait clairement liée étroitement aux dispositions historiques et actuelles de la *Loi sur les Indiens* conférant des droits et pourrait même donner l'impression de ne pas assurer une « prise en compte ». Cependant, il est possible qu'il y ait au sens de la Première nation une coutume largement acceptée de préférence dans le domaine de l'emploi pour les ouvrages communautaires qui, au cours du dernier quart de siècle, est devenue généralement associée aux distinctions concernant le « statut prévu par le projet de loi C-31 ».

La plupart des personnes qui ont fait l'objet d'une distinction en raison de leur ancien statut ou de leur ancienne appartenance pourraient certainement contester avec force la validité d'une « tradition » de ce genre. Il pourrait alors être très difficile de tenir compte d'une tradition ou d'une coutume commune sans disposer d'un mécanisme communautaire interne d'arbitrage particulier.

4.2. PREMIÈRE NATION OU BANDE

On s'accorde à reconnaître que les peuples des Premières nations restent attachés à des perceptions nettement « collectives ». On reconnaît aussi largement que ce sens des valeurs collectives s'oppose parfois aux « droits individuels » ou, plus généralement, à l'« individualisme ». Comme nous l'avons mentionné dans la partie II, cette impression d'opposition n'est pas une chose qui est habituellement associée aux traditions juridiques ou

aux règles de droit coutumier. Il semble plutôt s'agir d'une réponse à l'intrusion d'influences extérieures et au contrôle plus grand que l'on cherche à exercer sur la vie des Premières nations ou des collectivités locales¹⁵⁹.

Toute analyse des droits individuels et des droits collectifs doit porter notamment sur les concepts de la collectivité par lesquels des personnes se regroupent et s'identifient. La contestation des identités collectives ne peut être attribuable seulement à l'intrusion de la *Loi sur les Indiens* dans le domaine. Celle-ci constitue cependant la principale source de la légitimité – souvent contestée – des Premières nations et des conseils tribaux. De nombreuses sociétés des Premières nations reposaient traditionnellement sur des petites bandes familiales, mais ces sociétés étaient très souples : elles se formaient et se reformaient constamment au gré des influences économiques, écologiques, saisonnières et spirituelles et en fonction de facteurs touchant le leadership politique. Il est certain que le fait que ces collectivités vivaient dans des réserves dont, graduellement, les frontières se sont ouvertes et les populations ont augmenté a joué un rôle important dans la transformation de la façon dont les droits individuels et les droits collectifs sont perçus et mis en équilibre.

Certes, il y a de nombreuses personnes qui considèrent une bande visée par la *Loi sur les Indiens* et, en particulier, la collectivité vivant dans une réserve comme une « Première nation » et même comme le lieu d'un pouvoir souverain¹⁶⁰. De nombreuses autres personnes estiment qu'il s'agit d'un effet totalement non traditionnel de la *Loi sur les Indiens*. Privilégiant la vision de la gouvernance de la Commission royale sur les peuples autochtones, ces personnes cherchent à construire à l'échelle des nations (p. ex. des Mi'kmaq, des Mohawks ou des Wet'swet'en) des institutions qui, non seulement renforcent les droits, les intérêts et les capacités, mais font progresser les droits, les capacités et les possibilités individuels¹⁶¹.

De même, la *Loi sur les Indiens* est étroitement liée aux réserves. Presque toutes les Premières nations possèdent des terres de réserve. Les premières mesures législatives adoptées par le Haut-Canada et le Bas-Canada et, après 1867, par le Parlement visaient

¹⁵⁹ Pour un examen de la situation au Canada, voir Will Kymlicka (2001), *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford: Oxford University Press, p. 83. Pour un examen plus général, voir David Howes (2005), « Introduction: Culture in the Dominions of Law », *Canadian Journal of Law and Society/Revue Canadienne Droit et Société* 20(1), note 62.

¹⁶⁰ La Charte de l'Assemblée des Premières nations de 1982 est fondée sur cet axiome, mais n'insiste pas fermement sur celui-ci.

¹⁶¹ Cette position a été avancée clairement par la Commission royale sur les peuples autochtones, laquelle a conclu que ce n'est que dans de rares cas que des bandes constituées actuellement sous le régime de la *Loi sur les Indiens* seront considérées également comme des « Premières nations » ayant un statut constitutionnel et pouvant exercer des droits ancestraux et issus de traités : Commission royale sur les peuples autochtones (1996) vol. 2, *Une relation à redéfinir*, partie I, chapitre 3, Ministre des Approvisionnements et des Services du Canada. Pour le résumé fait par la Commission des différents points de vue des Premières nations sur la question, voir p. 175-180.

spécifiquement à protéger ces terres contre l'intrusion des non-Indiens et l'aliénation illicite. Aussi, les pouvoirs dont disposent les conseils de bande aujourd'hui sont largement limités aux activités se déroulant dans les réserves. Le concept de « collectivité » a peut-être été élaboré en rapport avec la résidence dans la réserve. Par conséquent, les personnes n'habitant pas dans une réserve peuvent souvent avoir le sentiment de ne pas faire partie de la « collectivité » à certains égards et de voir leurs intérêts être traités comme s'ils étaient illégitimes et « individuels ». Il faut toutefois, lorsque des droits collectifs et des droits individuels s'opposent, évaluer le risque que des conventions concernant le niveau auquel s'applique l'intérêt ou le droit collectif soient contestées :

Les lois coutumières constituaient des lignes directrices implicites tirées d'exemples ou de modèles tacites de comportements fondés sur les forces spirituelles, semblables à l'instinct dans le monde animal et tout aussi naturelles que la gravité aux yeux de la science moderne. Ces lignes directrices se traduisaient dans les traditions et les rituels oraux, et le partage des difficultés et des joies de la vie. Le droit coutumier micmac produisait une matrice de processus offrant des lignes directrices d'ordre général, et non précisément détaillées. Mais ses normes n'étaient ni universelles, ni objectives, ni appliquées par des institutions d'origine humaine. Il incombait à la famille de lancer le processus coutumier, tandis que la réparation était une fonction du clan¹⁶².

Les traditions juridiques et les règles de droit coutumier peuvent créer un échelon de pouvoir intermédiaire entre la collectivité et l'individu, le plus souvent la famille élargie et, dans des sociétés plus structurées, un clan. Des formes contemporaines de ces instances intermédiaires peuvent être présentes dans différentes structures, mais ces instances exécutent toujours des fonctions traditionnelles. Trouver un moyen de les reconnaître et de les faire participer peut être crucial pour établir un juste équilibre moderne au sein des traditions culturelles d'une Première nation.

4.3. LA GOUVERNANCE ET LA CONCENTRATION DES POUVOIRS : LES EFFETS SUR LES DROITS COLLECTIFS ET LES DROITS INDIVIDUELS

Un autre facteur qui influe sur les perceptions des droits collectifs et des droits individuels est la répartition des pouvoirs de gouvernance dans une collectivité. La gouvernance a toujours été une caractéristique des traditions juridiques et du droit coutumier, qu'elle soit déterminée par des institutions semblables à une famille, à un clan, à une bande, à une tribu ou à un État. La concentration de pouvoirs étendus entre les mains d'une seule autorité est cependant relativement inconnue dans la plupart des Premières nations (si ce n'est dans toutes). Il ne fait aucun doute que cette concentration des pouvoirs sur des ressources limitées (en particulier la mise en œuvre de programmes et la prestation de

¹⁶² William B. Henderson (1985), *Les coutumes autochtones et la loi*, document de recherche préparé à l'intention de la Direction générale de la recherche, Affaires indiennes et du Nord Canada.

services) a eu une incidence sur les concepts de l'individu, de la collectivité et des interactions appropriées entre les deux¹⁶³.

Des années 1950 aux années 1970, les instruments du pouvoir fédéral de dépenser sont devenus plus complexes et d'une portée plus grande. Les collectivités vivant dans des réserves se sont vu imposer des régimes d'aide sociale, des systèmes locaux d'éducation primaire et secondaire et des lois sur la fréquentation scolaire connexes. La présence grandissante de services provinciaux d'aide à l'enfance et à la famille dans les réserves, alors que les pensionnats indiens étaient fermés, ont mené à la [TRADUCTION] « rafle des années 1960 » – une mesure largement condamnée –, au cours de laquelle un grand nombre d'enfants autochtones ont été envoyés dans des familles non autochtones de la classe moyenne¹⁶⁴. Un régime s'étendant presque « du berceau à la tombe », supervisé par des agents des Indiens locaux et soutenu par un système d'administration de district, d'organisme et de région de plus en plus bureaucratique, a alors été créé. Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* conférant au ministre et au cabinet un vaste pouvoir d'approuver, d'annuler ou de modifier les décisions prises par les bandes a fragilisé la transmission des traditions juridiques et du droit coutumier.

Au milieu des années 1970 cependant, après l'incapacité du gouvernement Trudeau de faire accepter l'abandon complet du régime créé par la *Loi sur les Indiens* et le retrait officiel du livre blanc de 1969, des discussions sur l'autonomie gouvernementale des Indiens ont été entreprises. Il n'existait aucun modèle ni compromis accepté au début des années 1970. Le gouvernement a décidé de décentraliser le plus grand nombre possible de programmes et de services qu'il administrait lui-même. Cette initiative, qui faisait suite au retrait de tous les agents des Indiens résidents au milieu des années 1970, puis à la fermeture de presque tous les bureaux de district, a duré pendant le dernier quart de siècle. C'est maintenant les chefs et les conseils, ainsi que les conseils tribaux nouvellement formés, qui exercent la plus grande partie du contrôle administratif sur les programmes et les services.

Il convient de citer les commentaires de Thomas Flanagan sur cette substitution du système des chefs et des conseils à l'« institution totale » autrefois centralisée et contrôlée par le gouvernement fédéral :

[TRADUCTION] *Lorsqu'il lui est devenu impossible de continuer de résister à la demande d'autonomie gouvernementale des Autochtones, le Canada n'a pas remplacé la Loi sur les Indiens par une loi plus appropriée. Il a plutôt aboli le poste d'agent des Indiens et délégué des pouvoirs ministériels aux administrations locales dans les réserves indiennes. Ainsi, les gouvernements des bandes exercent maintenant sur les biens, les emplois et le logement de leurs peuples le même contrôle étendu dont disposaient les agents des Indiens. Dans de trop nombreux cas, le factionnalisme*

¹⁶³ Pour une analyse, voir Craig Proulx (2001), « Current Directions in Aboriginal Law/Justice in Canada », *Canadian Journal of Native Studies* 20(2), p. 371-409.

¹⁶⁴ Patrick Johnston (1983), *Native Children and the Child Welfare System*, Ottawa, Conseil canadien de développement social.

*local remplace l'administration éloignée en tant que force d'oppression dans la vie des gens*¹⁶⁵.

La concentration des pouvoirs est un anathème lancé sur de nombreux traditionalistes et une source de préoccupation concernant la question de savoir comment les droits et les intérêts individuels sont et peuvent être respectés dans les traditions des Premières nations¹⁶⁶. Certaines collectivités ont pris des mesures pour mettre en place un pouvoir de décision faisant contrepoids (ce pouvoir est exercé par les commissions sur la justice, le logement, le développement économique et d'autres commissions indépendantes des conseils de bande)¹⁶⁷. Dans les petites collectivités cependant, le pouvoir discrétionnaire en matière de revenu, d'aide sociale, de logement et d'emploi dans le secteur public est centralisé entre les mains de la bande¹⁶⁸. La promotion des droits et des intérêts individuels peut alors soulever des risques considérables en raison non pas d'un rejet culturel nécessaire des intérêts individuels ou des normes d'égalité, mais simplement de la pénurie de biens et de services dans la collectivité¹⁶⁹.

En résumé, la caractérisation d'une revendication de traitement égal peut être considérée, dans certaines collectivités des Premières nations, comme une contestation de l'autorité et pourrait exposer le plaignant à des représailles ou, à tout le moins, à l'isolement social. C'est là une réalité à laquelle la CCDP et le Tribunal doivent être sensibles.

CONCLUSION

L'incidence de la *Loi sur les Indiens* sur les structures sociales, économiques, politiques et juridiques contemporaines – celles que l'on retrouve souvent dans la jurisprudence canadienne et celles qui sont influencées par les pratiques coutumières locales des

¹⁶⁵ Thomas Flanagan, « Bring Democracy to Indian Reserves », *Globe and Mail*, 20 décembre 2006. Pour un point de vue similaire sur la concentration des pouvoirs, mais qui remet en question certaines des présomptions fondamentales du professeur Flanagan, voir Gordon Gibson (2009), *A New Look at Canadian Indian Policy: Respect the Collective – Promote the Individual*, Vancouver: Fraser Institute, p. 171-173. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.fraserinstitute.org/commerce.web/product_files/NewLookCanadianIndianPolicy.pdf.

¹⁶⁶ Val Napoleon (2007), *Thinking about Indigenous Legal Orders*, document de recherche préparé pour le Centre national de la gouvernance des Premières nations, p. 18 et 19; voir aussi Taiaiake Alfred (2008), *Peace, Power, Righteousness: An Indigenous Manifesto*, 2nd Ed., London: Oxford University Press.

¹⁶⁷ Voir, par exemple, l'analyse de la réapparition de la prise de décisions par les clans dans les collectivités anishinabe : Patricia D. McGuire (2008), *Restorative Dispute Resolution in Anishinabe Communities – Restoring Conceptions of Relationships Based on Dodem*, document de recherche préparé pour le Centre national de la gouvernance des Premières nations.

¹⁶⁸ Ce fait est rarement documenté. Pendant plusieurs années (de 1997 à 2001), l'émission « Dead Dog Café Comedy Hour », diffusée par la CBC, a présenté chaque semaine des parodies de la vie politique des bandes, et c'est sous cette forme que la question est peut-être le plus souvent analysée.

¹⁶⁹ Pour une analyse des petites Premières nations et des difficultés qu'elles rencontrent dans la lutte contre la concentration des pouvoirs, voir Calvin Helin (2006), *Dances with Dependency: Indigenous Success Through Self Reliance*, Vancouver: Orca Spirit Publishing.

collectivités des Premières nations – est aussi indéniable que très complexe et très peu documentée.

Les conclusions suivantes ressortent de l'examen de la littérature en sciences sociales et en histoire :

- il y a encore des vestiges du traitement discriminatoire réservé aux femmes mariées à des non-membres et des différences connexes concernant les droits liés au statut et à l'appartenance entre cousins et, dans certains cas, entre enfants d'une même famille;
- un concept non traditionnel s'est glissé dans le dialogue concernant les frontières « collectives » de l'inclusion et de l'exclusion, le plus souvent associé aux différences concernant les droits liés au statut et à la résidence dans une réserve;
- le fait que les conseils de bande (et, dans certains cas, les conseils tribaux) sont des « créatures de la *Loi sur les Indiens* » continue d'être vivement contesté, en particulier dans les cas où on fait valoir que les gouvernements des Premières nations agissent en conformité avec les traditions juridiques ou les règles de droit coutumier;
- les membres de certaines collectivités ont le sentiment que les Indiens et les non-résidents de longue date visés par le « projet de loi C-31 » sont des étrangers qui menacent les concepts d'« égalité » et d'« individualisme », en particulier lorsqu'ils invoquent la *Charte* ou les lois en matière de droits de la personne;
- l'isolement potentiel des plaignants et même les représailles susceptibles d'être exercées à leur endroit sont une réelle source de préoccupation étant donné la concentration des pouvoirs, notamment discrétionnaires, sur les services entre les mains des gouvernements des Premières nations.

CONCLUSION : CADRES DE REFERENCE POUR LA MISE EN EQUILIBRE

Cette partie de l'étude regroupe les résultats de notre examen de la littérature en sciences sociales et en droit et les incidences de la *Loi sur les Indiens*. Elle résume les principales conclusions concernant les droits individuels et les droits collectifs, leur mise en équilibre ainsi que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations. De plus, elle présente les deux cadres conceptuels les plus susceptibles d'être utilisés à l'égard des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations. Il s'agit :

1. de l'approche « complémentaire », ou de l'adaptation du droit relatif aux droits de la personne et à la *Charte* aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier des Premières nations;
2. de la justification « autonome », ou du cadre des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones.

1. LES CONCLUSIONS TIRÉES DE L'EXAMEN DE LA LITTÉRATURE ET DE LA LOI SUR LES INDIENS

Plusieurs conclusions peuvent être tirées relativement à la difficulté posée par le projet de loi C-21 à l'égard de l'atteinte d'un équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs. Nous avons étudié la question de différents points de vue :

- le contexte général de l'exception soustrayant la *Loi sur les Indiens* à l'application de la LCDP;
- une analyse des dispositions pertinentes du projet de loi C-21 – en particulier l'article 1.2 – par rapport à la littérature juridique et à la jurisprudence;
- un examen de la littérature en sciences sociales et en histoire;
- une évaluation de l'incidence du régime de la *Loi sur les Indiens* sur les concepts et les idées relatifs aux droits et intérêts individuels et aux droits et intérêts collectifs.

Il est important de ne pas tirer de conclusions définitives. L'origine et la nature de la disposition sur l'« équilibre » contenue dans le projet de loi C-21 sont uniques et n'ont peut-être pas de précédents dans la législation canadienne. C'est la première fois qu'une loi quasi constitutionnelle sur les droits de la personne a dû être adoptée pour « tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations et, en particulier, de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs, dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes ».

1.1 LA PORTÉE DE L'INCIDENCE DE L'ARTICLE 1.2 ET LE MOMENT OÙ CETTE INCIDENCE SE FAIT SENTIR

Comme nous l'avons mentionné dans la partie I, la mise en application du projet de loi C-21 soulève un ensemble de questions importantes concernant particulièrement l'obligation de « tenir compte » des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations :

- Qu'entend-on par « gouvernement d'une première nation »?
- Quelles activités font entrer en jeu l'obligation de « tenir compte »?
- Quand et à l'égard de quelles activités du gouvernement d'une Première nation l'abrogation de l'article 67 prend-elle effet?

Les réponses à ces questions dépendent presque entièrement du contexte législatif du projet de loi C-21, de la jurisprudence et des précédents législatifs concernant l'expression « Première nation ».

L'objet plutôt limité du projet de loi C-21 – mettre fin à l'exception concernant les activités visées par la *Loi sur les Indiens*, qui date de 1977 – est très important. L'obligation de « tenir compte » prévue à l'article 1.2, qui va bien au-delà de la restriction prévue à l'article 3 du projet de loi C-21 (qui prévoit une suspension de trois ans au regard des plaintes déposées en vertu de la *Loi sur les Indiens* contre le gouvernement d'une Première nation) est cependant tout aussi importante.

1.2 LE SENS DE L'EXPRESSION « TRADITIONS JURIDIQUES ET RÈGLES DE DROIT COUTUMIER »

La consultation de la littérature en droit, en sciences sociales et en histoire est nécessaire pour répondre à cette question fondamentale. Il s'agit du sujet à l'égard duquel il est le plus improbable que des conclusions définitives soient tirées, ne serait-ce que les cas où les systèmes juridiques coutumiers autochtones ont été incorporés dans la législation adoptée par l'État sont trop peu nombreux. Les auteurs du domaine juridique donnent différents sens à l'expression et proposent différents critères pour déterminer ce qu'englobent les traditions juridiques et les règles de droit coutumier.

La littérature en sciences sociales et en histoire – en particulier en anthropologie – offre une définition plus riche fondée sur le contexte des traditions et des pratiques coutumières, y compris les mesures analogues à des règles de droit, mais ce niveau d'analyse ne permet pas une meilleure compréhension. L'interprétation interne des pratiques culturelles et des règles de droit ne s'applique généralement pas à des conclusions transculturelles plus larges. Il y a cependant certaines constantes dans l'interprétation donnée aux expressions « traditions juridiques » et « règles de droit coutumier » dans la littérature en sciences sociales et en histoire.

1.3 L'ÉQUILIBRE ENTRE LES DROITS ET INTÉRÊTS INDIVIDUELS ET LES DROITS ET INTÉRÊTS COLLECTIFS

La difficulté posée par le projet de loi C-21 en ce qui a trait à l'« équilibre » est double. L'article 1.2 exige la mise en équilibre des droits et intérêts individuels et des droits et intérêts collectifs, ce qui semble laisser croire à un conflit alors que, dans les faits, il peut n'exister aucune opposition. L'emploi du terme « équilibre » à l'article 1.2 n'impose non pas une exigence « indépendante », mais une exigence subordonnée à la nécessité de « tenir compte » des « traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations ». Ainsi, « tenir compte » signifie prendre en compte tout équilibre existant *au sein* des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations.

Comme il en a été question dans les parties I et II, la première difficulté – concernant une opposition entre les droits collectifs et les droits individuels – est courante dans le domaine des droits de la personne et de la *Charte* : en fait, c'est la norme. Toutefois, une présomption d'opposition n'est pas courante au regard des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations. Bien que les droits et les intérêts des non-membres ou des personnes dont les intérêts ne sont pas collectifs puissent créer des conflits, ceux-ci ne surviendraient pas nécessairement lorsque la personne faisait partie de la collectivité. Lorsqu'un membre d'une collectivité ou une personne étroitement liée à la collectivité est concerné, une tradition juridique ou une règle de droit coutumier devrait tenir compte des droits et intérêts individuels, voire même les favoriser. Lorsqu'un tel exercice est difficile, la tradition ou la règle en cause pourrait être sérieusement remise en question.

De plus, les droits et les intérêts ne peuvent être mis en équilibre que « dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes ». Ce principe limite donc la façon dont les droits et intérêts peuvent être mis en équilibre en cas de conflit potentiel avec l'objectif primordial de l'« égalité entre les sexes ».

La deuxième difficulté a trait à une interprétation du projet de loi C-21 qui impose une obligation de « tenir compte » seulement lorsqu'il existe une tradition juridique ou une règle de droit coutumier des Premières nations qui est reconnue et qui, elle aussi, établit un équilibre entre des droits et intérêts individuels et des droits et intérêts collectifs. En l'absence d'un tel équilibre, ou si la tradition juridique ou la règle de droit n'est pas pertinente, la LCDP s'appliquerait comme dans le cas de tout défendeur qui n'est pas une Première nation.

Il est évident qu'un examen plus approfondi est nécessaire pour bien comprendre plusieurs questions importantes soulevées par la difficulté de mettre en équilibre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs dans le contexte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations :

- un processus de consultations visant à définir les traditions juridiques ou les règles de droit coutumier, par opposition à des efforts externes visant à « valider » des traditions ou des règles de droit parfois contestées, doit être élaboré;

- l'évaluation de coutumes et de traditions particulières – celles qui sont les plus susceptibles d'être invoquées relativement à la LCDP – exige beaucoup plus d'efforts, ne serait-ce que pour mieux comprendre comment les droits et les intérêts individuels sont pris en compte par ces traditions ou, évidemment, pourraient être abolis en faveur d'intérêts et de buts collectifs.

2. LES CADRES D'INTERPRÉTATION

Les deux principaux cadres conceptuels les plus susceptibles d'être utilisés relativement aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier des Premières nations sont les suivants :

- 1 l'approche « complémentaire », ou l'adaptation du droit relatif aux droits de la personne et à la *Charte* aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier des Premières nations;
- 2 la justification « autonome », ou le cadre des droits ancestraux et issus de traités des Autochtones.

Dans la grande majorité des cas dont pourraient être saisis la CCDP et le Tribunal, c'est le point de vue fondé sur les droits de la personne ou sur la *Charte* qui dominera. Le cadre des droits des Autochtones entrera rarement en jeu – probablement seulement lorsqu'une tradition juridique ou une règle de droit coutumier sera contestée par le plaignant.

2.1 L'APPROCHE « COMPLÉMENTAIRE », OU L'ADAPTATION DU DROIT RELATIF AUX DROITS DE LA PERSONNE ET À LA CHARTE AUX TRADITIONS JURIDIQUES ET AUX RÈGLES DE DROIT COUTUMIER DES PREMIÈRES NATIONS

Description générale de l'approche

Dans la partie I de la présente étude, nous avons examiné trois grands cadres juridiques : le droit relatif aux droits de la personne, le droit relatif à la *Charte* et le droit relatif aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones. Les démarches et principes essentiels concernant le droit relatif aux droits de la personne et le droit relatif à la *Charte* sont tellement semblables en ce qui a trait à leur application que, sous réserve d'une exception, ils devraient être traités ensemble. L'exception a trait à une question sur laquelle les tribunaux se sont rarement prononcés : l'interprétation des droits garantis par la *Charte* au regard des « droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones » visés à l'article 25 de la *Charte*. Lorsque cette question se pose, il est probable que le cadre « autonome » applicable aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones sera utilisé.

L'approche « complémentaire » met en avant les procédures juridiques existantes concernant les droits de la personne et la *Charte* et, en général, engloberait ce que la Cour suprême a décrit dans *Zurich Insurance* :

*La philosophie sous-jacente des lois sur les droits de la personne est qu'une personne a le droit d'être traitée selon ses propres mérites et non en fonction des caractéristiques d'un groupe. Les exceptions à ces lois doivent s'interpréter restrictivement*¹⁷⁰.

Cette position est compatible avec le fait que l'article 1.2 du projet de loi C-21 ne confère pas de nouveaux droits, mais est plutôt un guide d'interprétation sur la façon dont les droits énoncés dans la LCDP doivent être appliqués. Cette approche comporte quatre étapes :

1. la compétence et le champ d'application;
2. la détermination ou la caractérisation des droits et des intérêts;
3. la prise en compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier en tant que justifications;
4. la mise en équilibre.

Étape 1 : La compétence et le champ d'application

La première étape consiste à déterminer si le cas du plaignant est visé par l'article 1.2 et, par conséquent, s'il faut tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier et procéder à une mise en équilibre.

La portée de l'expression « gouvernement d'une première nation »

En règle générale, l'approche « complémentaire » concernant l'interprétation de l'article 1.2 respecterait les principes établis. Par exemple, en ce qui concerne la définition de « gouvernement d'une première nation », le contexte de la LCDP semble indiquer que seuls les organismes relevant de la compétence fédérale seraient concernés. Bien que les Inuits, les Métis et les institutions autochtones hors réserve qui offrent des programmes fédéraux puissent se livrer à des pratiques discriminatoires, l'approche « complémentaire » semble faire en sorte que, à moins que ces entités soient régies directement par une loi, toute plainte déposée contre elles serait, comme dans le passé, assujettie aux lois provinciales ou territoriales sur les droits de la personne.

Les programmes et services offerts sous le régime de la *Loi sur les Indiens*

Les plaintes relatives à des services et des programmes offerts sous le régime de la *Loi sur les Indiens* seraient clairement visées par la disposition, mais il est probable, compte tenu de la nature de celle-ci, que deux autres types de programmes et de services seraient aussi visés, même dans cette approche « complémentaire » plus étroite :

¹⁷⁰ *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321.

1. les programmes et les services fournis par les conseils de bande, les conseils tribaux ou d'autres autorités gouvernementales qui ont déjà fait l'objet d'un examen en vertu de la LCDP. Si ce type de cas est inclus, il n'y a pas de raison que l'obligation de « tenir compte » prévue à l'article 1.2 ne prenne pas effet immédiatement à leur égard;
2. les programmes, les services et les décisions connexes d'autres autorités des Premières nations qui ne sont pas visées par la *Loi sur les Indiens* (p. ex. Nisga'a, Westbank, Cris et Naskapis). Comme pour ce qui est de la première catégorie, la suspension de 36 mois de l'article 1 de la LCDP, dans sa version modifiée, ne s'appliquerait logiquement pas.

Étape 2 : La détermination ou la caractérisation des droits et des intérêts

L'étape suivante consisterait à caractériser avec précision les enjeux et les intérêts en cause. Cette tâche relèverait normalement des enquêteurs et des experts en conciliation de la CCDP. L'étape 2 pourrait être facilitée par des spécialistes qui connaissent bien la collectivité et les contextes culturels des Premières nations.

Les intérêts de la personne et les liens de celle-ci avec la Première nation

L'un des principaux buts de la disposition de mise en œuvre est, selon le Comité de révision de la LCDP, de « rejeter les demandes de personnes non reliées à la collectivité ». La caractérisation des intérêts et des droits de la personne dans la collectivité est donc fondamentale.

Il y a au moins sept catégories de demandeurs pouvant être assujettis à la LCDP :

1. les non-Autochtones sans aucun lien avec la collectivité;
2. les Autochtones sans aucun lien formel avec la collectivité (mais à qui, par exemple, s'applique maintenant la « Politique relative à l'embauche préférentielle des Autochtones » de la CCDP);
3. les Autochtones et les non-Autochtones qui vivent dans la collectivité (résidents) et qui ont donc fait la preuve de leurs liens avec celle-ci, mais qui ne sont pas mariés ou autrement liés à des membres de la collectivité;
4. les non-Autochtones mariés à des membres de la bande;
5. les Autochtones vivant dans la collectivité et y ayant des liens familiaux directs (y compris par le mariage), mais qui ne sont pas membres de la bande;
6. les personnes appartenant à une Première nation qui sont membres de la bande et qui ne résident pas dans la réserve;
7. les personnes appartenant à une Première nation qui sont membres de la bande et qui résident dans la réserve.

Pour caractériser les intérêts collectifs – en particulier s'ils découlent des traditions juridiques ou des règles de droit coutumier d'une Première nation – il faudra presque assurément s'assurer que la tradition ou la règle est décrite correctement et est pertinente

au regard de la plainte et qu'elle n'est pas contestée ou largement rejetée. Il est possible qu'une personne qui est largement reconnue dans la collectivité comme quelqu'un de bien informé à cet égard – même si elle n'est pas un membre – soit invitée, même si tôt dans le processus, à donner son avis sur la façon de caractériser un droit ou un intérêt.

La médiation et la conciliation

En ce qui concerne le règlement extrajudiciaire des différends (RED), il est important d'examiner les méthodes de rechange qui s'offrent aux Autochtones ou aux Premières nations :

De même, les méthodes autochtones de règlement des différends ont été rétablies et appliquées dans le contexte des collectivités autochtones canadiennes, sous forme de trois modes de règlement alternatifs. Une méthode consiste en des formules occidentales, comme la négociation, la conciliation, l'arbitrage et la médiation. Une deuxième approche consiste à appliquer des formules autochtones afin de régler des différends conformément à la culture et aux coutumes des parties autochtones en cause. Ces méthodes sont à facettes multiples, en raison de la diversité des peuples autochtones sur le continent et de leur caractère distinct; elles sont à l'image des enseignements autochtones d'où elles sont tirées, et diffèrent donc d'une nation autochtone à une autre. Une troisième méthode est axée sur le mariage des deux formules, de manière à réaliser une synthèse entre des aspects des formules occidentales et des formules autochtones traditionnelles¹⁷¹.

Pour être efficace, le RED exige la participation de spécialistes de la médiation et de la conciliation qui connaissent bien les collectivités et les contextes culturels des Premières nations. Il n'y a pas actuellement un organisme reconnu de médiateurs ou de conciliateurs accrédités pour les Premières nations. La création d'un tel organisme pourrait cependant être encouragée et ses membres éventuels pourraient être formés à un institut des Premières nations.

Cette étape a pour but – comme le processus normal de caractérisation de la personne et des intérêts collectifs en cause dans une plainte – d'aider les parties à trouver ensemble une solution. Un exercice de conciliation de ce genre est très compatible avec les cultures et les traditions des Premières nations. Le défi consiste à déterminer, sans égard aux conflits apparents entre une décision rendue par un gouvernement d'une Première nation et les droits *prima facie* du plaignant, s'il y a un objectif sous-jacent et appuyé par la collectivité qui peut être concilié avec le droit de la personne à l'égalité de traitement.

¹⁷¹ Victor Winona (2007), *Règlement extrajudiciaire des différends (RED) dans les contextes autochtones : un examen critique*, rédigé pour la Commission canadienne des droits de la personne, p. 41 et 42.

L'enquête : Les traditions ou les intérêts contestés

La procédure d'enquête commune à la plupart des plaintes déposées en vertu des lois sur les droits de la personne pourrait ne pas permettre de donner à la Commission un avis approprié sur la question de savoir si une plainte devrait être examinée par le Tribunal si l'aide de spécialistes n'est pas obtenue. En termes clairs, un rapport nuancé et précis sur le statut d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier donnée pourrait exiger une enquête plus intensive au sein de la collectivité que ce qui s'est passé jusqu'à maintenant. Un type d'enquête différent pourrait être nécessaire pour contourner cette difficulté – peut-être un cercle de conciliation communautaire réunissant notamment des « responsables de la validation » éminents afin d'assurer l'impartialité.

Lorsqu'un plaignant conteste la nature ou la pertinence d'un intérêt collectif ou d'une tradition, la capacité d'examiner de façon approfondie et sensible, mais efficace, la mesure dans laquelle la tradition tient compte du droit ou de l'intérêt de la personne (ou le nie) et la question de savoir s'il y a une véritable manifestation reconnue largement d'un intérêt communautaire ou d'une règle de droit coutumier sont particulièrement importantes.

Étape 3 : La prise en compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier en tant que justifications

Les justifications normales

Si le plaignant a démontré à première vue qu'il est victime de discrimination en vertu de la LCDP, il faut évaluer la justification. Si l'on considère que l'article 1.2 complète le critère de justification existant, il faudra d'abord procéder à une évaluation en vertu de l'alinéa 15(1)g) de la LCDP, en utilisant les principes et les facteurs habituels concernant la « contrainte excessive », et ainsi de suite. Si le critère fondamental de justification n'est pas rempli, il faut procéder à l'évaluation en vertu de l'article 1.2.

La prise en compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations

Si des traditions juridiques ou des règles de droit coutumier sont alléguées et qu'elles ne sont pas contestées par le plaignant, elles seront prises en compte dans les critères objectif et subjectif de justification et devront satisfaire au critère du caractère raisonnable. Dans d'autres circonstances, un vaste pouvoir discrétionnaire serait normalement accordé pour décider s'il y a une justification compatible avec les traditions juridiques, les règles de droit coutumier et l'équité dans le cadre de la mise en équilibre des droits et des intérêts individuels (normalement protégés par la LCDP) et ceux de la collectivité des Premières nations.

Il pourrait être très complexe de prendre en compte entièrement et équitablement des traditions juridiques et des règles de droit coutumier. Le processus de prise en compte des droits individuels pourrait ne pas être décrit clairement dans les pratiques, mais plutôt être

appliqué au sein de la collectivité dans le cadre normatif plus large. Il ressort de la littérature dans le domaine de l'anthropologie que ce processus est enraciné dans une culture et dans ses pratiques quotidiennes et qu'il n'est pas perçu facilement à l'extérieur. La Commission et le Tribunal peuvent néanmoins devoir effectuer un tel examen « externe » dans le but de déterminer si la règle de droit coutumier a été appliquée d'une manière qui ne porterait pas atteinte à des droits.

La littérature en droit et en sciences sociales fait ressortir plusieurs considérations :

1. dans le cas d'une tradition juridique, il faudrait une preuve claire que la tradition trouve véritablement sa source dans les pratiques culturelles de la Première nation, et non qu'elle a été adoptée en raison d'influences non traditionnelles (p. ex. la *Loi sur les Indiens*), et qu'elle est toujours largement acceptée;
2. dans le cas d'une règle de droit coutumier, les tribunaux ont donné plus d'indications, notamment en établissant des critères comme les suivants :
 - a. les pratiques généralement acceptables pour les membres de la bande,
 - b. les pratiques faisant l'objet d'un « large consensus »,
 - c. les pratiques établies solidement, généralisées et suivies par la majorité de la collectivité;
3. on pourrait ajouter à ces critères le fait que la tradition juridique ou la pratique coutumière invoquée et son application doivent être conformes à la coutume ou à la tradition en cause (laquelle peut faire intervenir des instances intermédiaires comme les familles élargies ou les clans).

Le traitement des traditions et des règles de droit contestées

Lorsque les traditions juridiques ou les règles de droit coutumier qui sont invoquées sont contestées, ou lorsque leur véritable caractère au regard de la nature de la plainte n'est pas clairement défini, il faut procéder à un exercice plus difficile, avec l'aide de tiers ou non : déterminer si une tradition juridique ou une règle de droit coutumier continue de s'appliquer dans les circonstances particulières de l'affaire. Cet exercice peut mener au type d'approche exigé par le cadre « autonome », qui nécessite une détermination plus détaillée, plus longue et plus coûteuse de l'existence de traditions et de coutumes dans le contexte de l'article 35 ou du droit relatif aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones.

Si des intérêts ou des droits collectifs sont allégués par le défendeur (ailleurs que dans le contexte des traditions juridiques ou des règles de droit coutumier), une conciliation pourrait toujours être nécessaire, mais sous réserve de la préférence générale concernant l'interdiction de la discrimination dans les cas où un conflit existe clairement, et compte tenu du principe absolu de l'égalité entre les sexes. Dans ce cas, il faudrait tenir compte des intérêts ou des droits collectifs en cause, ainsi que, assurément, de critères comme le traitement préférentiel des membres de la bande, l'établissement de priorités en matière de services pour certains sous-groupes dans la collectivité, etc.

Il sera plus difficile de trouver la meilleure façon d'encadrer les incidences du régime de la *Loi sur les Indiens* lui-même. Ces incidences pourraient valablement contribuer aux adaptations nécessaires des règles de droit et des traditions des Premières nations dans le cadre de la mise en équilibre des droits collectifs et des droits individuels. L'incidence du régime de la *Loi sur les Indiens* pourrait aussi être considérée comme la source de distinction illicite.

Par-dessus tout, un pouvoir discrétionnaire sera nécessaire pour mettre en équilibre les droits et les intérêts, qu'il fasse référence aux traditions juridiques ou aux droits et intérêts collectifs et individuels. Dans le cadre de l'approche « complémentaire », il faut appliquer les principes traditionnels concernant le caractère raisonnable et la preuve relative aux traditions ou aux règles de droit invoquées.

Étape 4 : La mise en équilibre

Comme nous l'avons mentionné dans la partie I, on ne sait pas si l'article 1.2 exige que l'on tienne compte uniquement de l'« équilibre » qui existe *à l'intérieur* du cadre des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations ou également de l'équilibre entre ces traditions et ces règles de droit (appelées « droits et intérêts collectifs ») et les droits et intérêts individuels. Il s'agit d'un choix plutôt théorique.

L'équilibre interne

Dans une grande partie de la littérature en droit et en sciences sociales, l'expression des traditions juridiques et certainement des règles de droit coutumier est considérée comme une dynamique culturelle totalement interne qui est difficile à évaluer de l'extérieur. Si une collectivité tient compte de manière générale des normes invoquées et que les résultats attendus sont largement obtenus, les rôles de l'individu et ses relations avec les intérêts plus vastes de la collectivité seront déterminés en grande partie en tenant compte de facteurs culturels internes.

Certains auteurs croient que la priorité devrait être donnée à l'harmonisation des intérêts et des droits à l'intérieur des traditions juridiques et des règles de droit coutumier, par exemple en procédant à une « enquête » avec la participation des Aînés et d'autres personnes respectées possédant une connaissance approfondie des traditions. Dans un contexte de droit pénal, les cercles de guérison ne font pas que déterminer les sanctions et la réparation qui s'imposent : ils restaurent l'harmonie et rétablissent des relations brisées. Un processus d'enquête semblable pourrait s'avérer utile lorsqu'il ne fait aucun doute qu'une tradition juridique ou une coutume est largement approuvée, mais que la mesure dans laquelle elle tient compte des intérêts du plaignant est toujours contestée.

La prise en compte du processus de mise en équilibre interne laisse entrevoir également l'importance d'intégrer ou de réintégrer l'individu dans la répartition plus générale des rôles et des responsabilités au sein de la collectivité, selon les traditions juridiques et les règles de droit coutumier. Par définition, ces traditions et règles de droit englobent tous les

membres de la collectivité, mais aussi différents rôles, responsabilités et obligations. Lorsqu'une personne est simplement exclue, il peut être difficile de soutenir que les droits et intérêts individuels ont été pris en compte en conformité avec les traditions juridiques et les règles de droit coutumier. Il peut toutefois y avoir des cas où les droits et les rôles individuels sont pris en compte, sans cependant être validés.

L'équilibre entre les traditions et les règles de droit, d'une part, et les droits et les intérêts individuels, d'autre part

La mise en équilibre n'est pas moins problématique lorsque des traditions juridiques et des règles de droit coutumier exprimant des droits ou des intérêts « collectifs » qui sont perçus comme étant opposés à des droits ou à des intérêts individuels sont en cause. Une telle interprétation du projet de loi C-21 pourrait créer artificiellement une perception de division au sein de la collectivité, souvent aux dépens du sentiment d'appartenance de l'individu. Il ne fait aucun doute que, lorsque les traditions juridiques et les règles de droit coutumier semblent être acceptées par une grande partie de la collectivité, il peut être préférable de ne pas opposer des intérêts et des droits et plutôt appuyer des solutions communautaires qui ne confèrent pas un pouvoir arbitraire.

Cependant, lorsqu'un demandeur a participé à un processus coutumier en vertu d'une prétendue règle ou coutume qui exclut totalement la personne au lieu de la traiter différemment, la seule façon de procéder est de concilier les droits et intérêts collectifs et les droits et intérêts individuels. Il est fort possible que l'article 1.2 doive être considéré, comme le Comité de révision de la LCDP l'a recommandé, comme un moyen de faire échec aux allégations de discrimination faites par des personnes qui n'ont aucun lien avec la collectivité. La force des liens entre une personne et une collectivité peut cependant varier. La valeur et la légitimité de certains liens peuvent être fortement reconnues par des traditions juridiques (souvent selon un système hiérarchique fondé sur le clan, le statut, le sexe et l'âge), alors que ce n'est pas le cas d'autres liens (p. ex. les personnes réinscrites en vertu du projet de loi C-31 qui sont systématiquement traitées différemment).

La conciliation des droits collectifs et des droits individuels – qui n'est que l'un des effets possibles de la disposition relative à la « prise en compte » du projet de loi C-21 – ferait généralement en sorte que la CCDP et le Tribunal se livrent à ce qui pourrait être une procédure d'arbitrage des différends plus courante et, au bout du compte, rendent des décisions fondées sur les critères subjectif et objectif de justification. S'écarter du contexte culturel des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations comporte cependant des risques, comme des auteurs des domaines du droit et des sciences sociales l'ont souligné, dont le plus important est le risque de perturber les mesures d'accommodement enracinées et les rapports qui existent et évoluent au sein des cultures et des collectivités des Premières nations.

2.2 LA JUSTIFICATION « AUTONOME », OU LE CADRE DES DROITS ANCESTRAUX ET ISSUS DE TRAITÉS DES AUTOCHTONES

Description générale de l'approche

La deuxième approche concernant le projet de loi C-21 et la disposition d'interprétation de l'article 1.2 consiste à considérer celui-ci comme le fondement sur lequel les gouvernements des Premières nations peuvent s'appuyer pour justifier de manière autonome ce qui serait autrement traité comme un acte discriminatoire. Comme l'ont laissé entendre des témoins qui ont comparu devant le Parlement dans le cadre des débats entourant le projet de loi C-44 en 2007, cette approche pourrait exiger que l'on considère que l'article 1.2 équivaut à la protection accordée par l'article 25 de la *Charte* aux droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones qui sont garantis à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Certains croient – toujours de manière hésitante et probablement à tort – que la protection accordée par l'article 25 de la *Charte* aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones qui sont garantis par la *Charte* vise principalement les intérêts non autochtones susceptibles de limiter les droits ancestraux et issus de traités des Autochtones ou d'autres droits ou libertés visés par cette disposition pour les motifs prévus à l'article 15 ou en raison des libertés fondamentales garanties à l'article 2. Le problème est plus complexe lorsque le droit allégué en vertu de l'article 35 a trait aux droits à l'égalité prévus par la LCDP ou la *Charte* qui sont garantis à une personne ayant clairement des liens avec la Première nation concernée. Dans ce cas, il faut tenir compte de considérations complexes relatives à la discrimination historique et systémique exercée contre des [TRADUCTION] « minorités à l'intérieur de minorités »¹⁷².

Cette approche exige que l'on considère la « prise en compte » moins comme une exigence « exceptionnelle » en matière d'interprétation qui s'ajoute aux justifications existantes, que comme une reconnaissance autonome des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Autochtones pouvant être invoquée à l'encontre d'une accusation de discrimination.

Deux remarques générales doivent être faites au sujet de cette approche. En premier lieu, il est clair que le principal objet du projet de loi C-21 est d'abroger l'exception prévue à l'article 67, et non de créer de nouveaux droits. Dans certaines circonstances cependant, des traditions juridiques et des règles de droit coutumier valides pourraient être protégées par l'article 35 et ne pas pouvoir être abrogées ou écartées. Il pourrait alors sembler étrange que des dispositions sur les droits de la personne de la LCDP puissent porter atteinte à des droits qui pourraient être protégés contre une dérogation fondée sur la *Charte*.

La justification autonome suppose que nous nous servions du modèle d'évaluation de l'article 35 dont il a été question dans la partie I. Ce modèle a évolué dans la jurisprudence

¹⁷² Le meilleur exemple de la façon dont ces considérations complexes ont été prises en compte est peut-être *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

de manière à imposer un lourd fardeau aux Autochtones qui revendiquent un droit garanti à l'article 35. En dépit du fait que les peuples et les dirigeants des Premières nations souhaitent probablement promouvoir des coutumes et des traditions locales ou des intérêts collectifs dans le cadre de l'article 35, il y a des risques importants à le faire dans le contexte d'une plainte de discrimination déposée en vertu de la LCDP, en particulier lorsque le plaignant a des liens clairs et importants avec la collectivité. Le simple coût serait probablement prohibitif dans la plupart des cas de discrimination dans le domaine des services, du logement et de l'emploi, et les risques de perte pour la collectivité pourraient être particulièrement importants.

L'approche « autonome » comporte cinq étapes :

- 1 la compétence et le champ d'application;
- 2 la détermination ou la caractérisation des droits et des intérêts;
- 3 la question de savoir si la revendication de l'égalité fondée sur la LCDP porte atteinte au droit ancestral;
- 4 la justification;
- 5 la mise en équilibre.

Étape 1 : La compétence et le champ d'application

Comme dans le cas de l'approche « complémentaire », la première question à se poser consiste à déterminer si l'article 1.2 s'applique et s'il faut procéder en conséquence à la « prise en compte » et à la mise en équilibre. L'approche « autonome » suppose cependant que l'article 1.2 vise à mettre en œuvre les droits ancestraux exprimés par des traditions juridiques et des règles de droit coutumier. Aussi, l'expression « gouvernement d'une première nation » pourrait être interprétée de manière libérale. La Cour suprême a statué (dans *Delgamuukw*) que seul le Parlement peut adopter des lois qui touchent directement le « fondement même de la quiddité indienne ». La Cour a aussi indiqué que les droits visés à l'article 35 (qu'il s'agisse des droits des Indiens, des Inuit ou des Métis) relèvent du pouvoir exclusif du Parlement de légiférer sur « les Indiens et les terres réservées aux Indiens » prévu au paragraphe 91(24). Par conséquent, contrairement à l'approche « complémentaire » dont il a été question précédemment, les plaintes susceptibles de faire entrer en jeu l'obligation de « tenir compte » pourraient viser toute autorité gouvernementale autochtone. Cette portée générale possible de la disposition relative à la « prise en compte » doit être examinée de manière plus approfondie, ne serait-ce que parce qu'elle nécessiterait l'élargissement du sens que l'on attribue normalement à la limitation du « pouvoir fédéral » prévue par la LCDP. Elle pourrait également impliquer le chevauchement du travail des commissions des droits de la personne fédérale, provinciales et territoriales.

Les considérations relatives à la portée et à la date d'entrée en vigueur de l'article 1.2 sont les mêmes que dans le cas de l'approche « complémentaire ».

Étape 2 : La détermination ou la caractérisation des droits et des intérêts

C'est à cette étape que les considérations générales communes aux différends relatifs aux droits ancestraux sont pertinentes. Normalement, lorsqu'un droit ancestral est allégué à l'encontre d'un droit prévu par la loi, la procédure à trois étapes suivante est suivie afin de déterminer si un droit existe :

à l'étape 1, il faut, selon la procédure établie par la Cour suprême, caractériser le droit revendiqué. Dans le cas d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier, il faut essayer de préciser quelle pratique, coutume ou tradition est en cause;

à l'étape 2, il faut déterminer si la pratique, la coutume ou la tradition en cause fait partie intégrante de la « culture distinctive » du groupe autochtone : la pratique est-elle « fondamentale » pour la culture précoloniale du groupe? Cette exigence s'est révélée extrêmement complexe et difficile à démontrer. Des experts des domaines de l'anthropologie et de l'histoire et de nombreux témoins sont généralement nécessaires à cette fin;

l'étape 3 commence lorsque l'existence du droit a été établie. La Première nation défenderesse doit alors démontrer que la coutume ou la tradition existait déjà avant l'arrivée des Européens, avant la souveraineté ou (dans le cas des Métis) avant le contrôle effectif. Les droits ancestraux concernant spécifiquement des pratiques ou des coutumes qui ont été introduites en grande partie après ces événements ne sont pas protégés par l'article 35.

De plus, la défenderesse devrait démontrer que la coutume ou la tradition a été pratiquée sans interruption et, malgré le fait qu'elle a changé au fil du temps, qu'elle l'est toujours. Dans le contexte des droits visant des terres ou des ressources, ce critère est devenu très complexe et précis et il faut généralement faire la preuve de la pérennité dans un domaine particulier. Dans le contexte de la LCDP, lorsque le différend porte principalement sur des services, un emploi ou un logement, il pourrait être difficile, voire impossible, d'adapter ce critère (sauf dans des cas, comme en matière de logement ou d'accès à des terres, où la demande d'une personne est rejetée, par exemple en raison de sa situation de famille ou de son lignage lorsque le bien en cause relève du contrôle ou de la gestion d'un clan particulier).

Étape 3 : La question de savoir si la revendication de l'égalité fondée sur la LCDP porte atteinte au droit ancestral

La pertinence du lien du demandeur avec la Première nation

En règle générale, les litiges concernant les droits ancestraux garantis à l'article 35 opposent une personne ou une entité n'ayant aucun lien avec la collectivité autochtone qui mène des activités en vertu d'une loi fédérale ou provinciale et cette collectivité autochtone. Dans le contexte de la LCDP, la caractérisation de la prétendue atteinte aux règles de droit

coutumier ou aux traditions juridiques serait effectuée au moment de déterminer s'il y a effectivement eu atteinte à un droit reconnu. Contrairement à ce qui se passe dans le cadre de l'approche « complémentaire », les droits ancestraux se trouveraient sur un terrain juridique entièrement nouveau étant donné qu'il y a eu peu de litiges entre des Autochtones revendiquant des droits ancestraux et des membres de la collectivité ou, bien sûr, des personnes qui pourraient ne pas appartenir directement à une bande, par exemple, mais qui ont établi clairement qu'ils avaient des liens avec la collectivité.

Les tribunaux ont généralement fait preuve d'une grande retenue à l'égard de la façon dont les groupes autochtones définissent leur identité collective. Les critères d'appartenance et d'inscription prévus par la *Loi sur les Indiens* n'ont habituellement pas été appliqués à cette fin, sauf dans les cas concernant des droits issus de traités. L'affaire *Powley*, par exemple, ne concernait pas du tout la *Loi sur les Indiens*. Il y avait cependant dans cette affaire un chevauchement important des liens familiaux et héréditaires¹⁷³. En conséquence, ainsi que pour des raisons pratiques d'application, la Cour a élaboré un critère d'identification à trois volets pour déterminer les droits d'un Métis :

1. l'auto-identification;
2. les liens ancestraux;
3. l'acceptation par la collectivité métisse.

Ce critère objectif pourrait bien s'avérer important pour déterminer comment l'article 1.2 pourrait s'appliquer dans certains cas concernant les Premières nations également, en particulier pour déterminer le lien entre des membres non inscrits d'une Première nation et un droit collectif plus large – établi par l'existence d'une association avec une collectivité plutôt que par la « reconnaissance » officielle par un conseil de bande ou sous le régime de la *Loi sur les Indiens*.

Le fardeau de preuve concernant l'atteinte

Le cadre du droit des Autochtones impose au demandeur le fardeau de prouver une atteinte à première vue. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un lourd fardeau au regard des actes de la Couronne (qui n'a généralement tenu aucun compte des droits ancestraux dans les lois et la pratique réglementaire), cette preuve pourrait être particulièrement difficile à faire dans le contexte de la prestation de services et de programmes concernant des personnes ayant des liens avec la collectivité. Les tribunaux ont pris en considération un certain nombre de facteurs lorsqu'ils ont dû déterminer si une atteinte devait entraîner un examen complet de la justification. Parmi ces facteurs, mentionnons les suivants :

1. la reconnaissance du droit par l'autre partie (ce qui, dans le cas de la LCDP, prendrait probablement la forme de la disposition relative à la « prise en compte »);

¹⁷³ *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43.

2. le caractère raisonnable de la nature de l'atteinte;
3. la question de savoir si l'atteinte était accompagnée d'une contrainte excessive;
4. la question de savoir si le droit individuel revendiqué prive la Première nation du moyen qu'elle préfère utiliser pour exercer la coutume ou la tradition touchée.

Ces facteurs sont courants dans le contexte de la LCDP et du cadre des droits de la personne habituel. De plus, ils contribuent à renforcer le principe suivant lequel aucun droit ou intérêt n'est absolu et, selon les faits et les circonstances, on peut considérer que l'atteinte à un droit ou intérêt par un autre droit ou intérêt est raisonnable sans contrevenir véritablement aux principes de justice.

Étape 4 : La justification

Le cadre des droits ancestraux comporte une procédure de renversement du fardeau de la preuve en exigeant qu'une atteinte *prima facie* soit justifiée. En règle générale, la Couronne doit prouver la justification. Dans le contexte de la LCDP, où les personnes contestent habituellement une décision prise par une bande, le processus comporterait deux étapes :

à l'étape 1, le plaignant doit démontrer que le droit ou l'intérêt revendiqué facilitait la réalisation d'un objectif législatif valable qui n'est pas incompatible avec l'objet de l'article 35 (conciliation de l'ancienne souveraineté autochtone et de la souveraineté de la Couronne). Cette étape pourrait bien ne s'appliquer, sous le régime de la LCDP, que dans les cas où le demandeur doit établir les faits démontrant que l'action ou l'omission du défendeur était discriminatoire;

à l'étape 2, il faut démontrer que toute obligation de consulter et de prendre des mesures d'accommodement a été exécutée. Un tel critère pourrait ne pas s'appliquer à des individus, sauf peut-être lorsqu'un individu est informé clairement que l'accès à un service ou à un programme devait être administré en conformité avec une tradition ou une règle de droit coutumier particulière et que la Première nation a refusé de permettre au plaignant de participer au processus collectif consistant à déterminer comment cette tradition ou cette règle s'appliquerait.

Étape 5 : La mise en équilibre

Le cadre des droits ancestraux est enraciné dans un contexte généralement contradictoire de « gagne ou perd », où des lois de l'État et des droits collectifs ancestraux s'opposent. Les tribunaux ne se sont pas livrés à une mise en équilibre explicite des droits ou des intérêts de la Couronne et des peuples autochtones, si ce n'est, à l'occasion, pour préciser quand des atteintes sont inévitables et pour établir des lignes directrices en vue de consultations ou de la prise de mesures d'accommodement, notamment d'indemnisation. On ne devrait normalement pas attendre des personnes qui réclament un traitement égal sous le régime de la LCDP qu'elles se concilient les bonnes grâces de leur bande ou qu'elles l'indemnisent en retour de l'exercice d'un droit conféré par la loi, ou qu'elles aient les ressources pour le faire.

On ne sait pas à quel point cette étape du cadre des droits ancestraux s'écarte du modèle « complémentaire ».

3. LA CLARIFICATION DE CE QUI N'EST PAS VISÉ PAR L'ARTICLE 1.2

Il importe de clarifier différents types de plaintes de discrimination qui ne seront probablement pas visées par la LCDP. Il est possible que, à cause de l'exception prévue depuis longtemps à l'article 67 relativement à certaines formes de plainte concernant l'application de la *Loi sur les Indiens*, des personnes aient été réticentes à se servir de la LCDP, même dans des cas non visés par cette exception, mais vu l'attention portée par les médias à l'adoption du projet de loi C-21, des personnes pourraient croire que la CCDP et le Tribunal sont en mesure de trancher une plus grande variété de questions que ce n'est le cas dans les faits.

Il y a, en gros, deux catégories de discrimination perçue ou réelle reprochée à un gouvernement d'une Première nation qui excéderaient le champ d'application de la LCDP :

1. les contestations visant des lois ou des règlements fédéraux ou des règles de droit d'une Première nation qui ont été adoptés en vertu des dispositions habilitantes de la *Loi sur les Indiens*, notamment :

les règlements administratifs

- règles d'appartenance à la bande [art. 10];
- répartition des terres de réserve entre les membres de la bande [al. 81(1*i*)];
- droit de résider dans la réserve [al. 81(1)*p.1*];
- droit des époux et des enfants de résider avec des membres de la bande dans une réserve [al. 81(1)*p.2*];
- contrôle des boissons alcoolisées [art. 85.1].

les lois et règlements

- dispositions de la *Loi sur les Indiens* sur l'inscription et l'appartenance [art. 6 à 11].

L'application discriminatoire de ces règles, règlements et règlements administratifs n'est soustraite d'aucune façon à l'application de la LCDP. Ce qui est important cependant, c'est que le Tribunal ne pourrait pas corriger une règle de droit discriminatoire en l'annulant. Il faudrait probablement qu'une action judiciaire invoquant des violations de la *Charte* soit intentée, comme ce fut le cas dans *Corbiere*, une affaire portant sur les règles d'élection de la *Loi sur les Indiens* interdisant aux non-résidents de voter.

Bien qu'il tire sa compétence d'une loi, le Tribunal n'est pas une cour de justice et n'a pas le pouvoir d'invalider d'autres textes réglementaires fédéraux, même s'il peut assurément les

rendre sans effet. Cette règle doit être claire afin d'éviter que le temps et les ressources de la Commission, du Tribunal, des plaignants et des défendeurs soient utilisés inutilement et – c'est peut-être le plus important – afin d'éviter qu'une avalanche de plaintes soient déposées au début du processus et de dissuader des personnes de chercher à obtenir justice en déposant une plainte légitime qui ne relève pas de la Commission et du Tribunal.

2. La deuxième catégorie regroupe les contestations qui visent des programmes et des services fédéraux administrés par des gouvernements de Premières nations, mais dont les éléments discriminatoires découlent non pas de ces derniers, mais des politiques fédérales. Ces contestations pourraient notamment porter sur les questions suivantes :

- les taux de remboursement des investissements en éducation dans les réserves et à l'extérieur des réserves;
- le droit à l'éducation postsecondaire (limité aux Indiens inscrits et aux Inuits);
- le programme de services de santé non assurés;
- les taux de soutien du revenu collectif.

Ce genre de contestations fondées sur la discrimination serait assurément visé par la LCDP, mais n'entraînerait pas l'application de l'article 1.2. La question n'est pas de savoir si la LCDP s'applique, mais plutôt de déterminer l'identité du défendeur.

RÉSUMÉ

Dans l'ensemble, le cadre des droits de la personne examiné dans la partie I semble le mieux correspondre à l'interprétation, fondée sur les grands principes du droit, du projet de loi C-21 et de sa disposition exigeant que la LCDP soit interprétée de manière à « tenir compte » des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières nations.

Toutefois, la littérature en histoire et en sciences sociales indique qu'il pourrait être difficile d'appliquer l'article 1.2 en l'absence de critères communs au cadre des droits ancestraux, en particulier lorsque l'existence d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier est contestée.

La question de savoir s'il convient de chercher la conciliation au sein d'une collectivité des Premières nations dans le cadre de la protection des droits de la personne se pose depuis longtemps. Cette conciliation pourrait préférablement être confiée à des gardiens du savoir traditionnel et comporter des consultations au sein de la collectivité concernée afin de découvrir ou de redécouvrir l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs qui est inhérent aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier des Premières nations.

Il faut donner suite à l'exhortation du Comité de révision de la LCDP à explorer les codes ou les chartes des droits de la personne des Premières nations afin de faciliter la mise en œuvre du projet de loi C-21.

ANNEXE 1 : PROJET DE LOI C-21, CHAPITRE 30

CHAPITRE 30

Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne

[Sanctionnée le 18 juin 2008]

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

L.R., ch. H-6

LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE

1. L'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est abrogé.

Droits des autochtones

1.1 Il est entendu que l'abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne porte pas atteinte à la protection des droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* de 1982.

Prise en compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier

1.2 Dans le cas d'une plainte déposée au titre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* à l'encontre du gouvernement d'une première nation, y compris un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes et des services sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, la présente loi doit être interprétée et appliquée de manière à tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations et, en particulier, de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs, dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le

CHAPTER 30

An Act to amend the Canadian Human Rights Act

[Assented to 18th June, 2008]

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT R.S., c. H-6

1. Section 67 of the *Canadian Human Rights Act* is repealed.

1.1 For greater certainty, the repeal of section 67 of the *Canadian Human Rights Act* shall not be construed so as to abrogate or derogate from the protection provided for existing aboriginal or treaty rights of the aboriginal peoples of Canada by the recognition and affirmation of those rights in section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Aboriginal rights

1.2 In relation to a complaint made under the *Canadian Human Rights Act* against a First Nation government, including a band council, tribal council or governing authority operating or administering programs and services under the *Indian Act*, this Act shall be interpreted and applied in a manner that gives due regard to First Nations legal traditions and customary laws, particularly the balancing of individual rights and interests against collective rights and interests, to the extent that they are consistent with the principle of gender equality.

Regard to legal traditions and customary laws

principe de l'égalité entre les sexes.

EXAMEN ET RAPPORT

Examen
approfondi

2. (1) Dans les cinq ans qui suivent la date de sanction de la présente loi, un examen approfondi des effets de l'abrogation de l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est entrepris conjointement par le gouvernement du Canada et les organismes que le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien désigne comme représentant, collectivement, les intérêts des peuples des Premières Nations de l'ensemble du Canada.

Rapport

(2) Un rapport sur l'examen visé au paragraphe (1) est présenté aux deux chambres du Parlement dans l'année qui suit le début de cet examen.

DISPOSITIONS TRANSITOIRES

REVIEW AND REPORT

Comprehensive
review

2. (1) Within five years after the day on which this Act receives royal assent, a comprehensive review of the effects of the repeal of section 67 of the *Canadian Human Rights Act* shall be jointly undertaken by the Government of Canada and any organizations identified by the Minister of Indian Affairs and Northern Development as being, in the aggregate, representative of the interests of First Nations peoples throughout Canada.

Report

(2) A report on the review referred to in subsection (1) shall be submitted to both Houses of Parliament within one year after the day on which the review is undertaken under that subsection.

TRANSITIONAL PROVISIONS

Délai de grâce

3. Malgré l'article 1, les actes ou omissions du gouvernement d'une première nation—y compris un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes ou des services sous le régime de la *Loi sur les Indiens*—qui sont accomplis dans l'exercice des attributions prévues par cette loi ou sous son régime ne peuvent servir de fondement à une plainte déposée au titre de la partie III de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'ils sont accomplis dans les trente-six mois suivant la date de sanction de la présente loi.

3. Despite section 1, an act or omission by any First Nation government, including a band council, tribal council or governing authority operating or administering programs or services under the *Indian Act*, that was made in the exercise of powers or the performance of duties and functions conferred or imposed by or under that Act shall not constitute the basis for a complaint under Part III of the *Canadian Human Rights Act* if it occurs within 36 months after the day on which this Act receives royal assent.

Grace period

Étude à entreprendre

Le gouvernement du Canada, de concert avec les organismes compétents représentant les peuples des Premières Nations du Canada, entreprend au cours de la période visée à l'article 3 une étude visant à définir l'ampleur des préparatifs, des capacités et des ressources fiscales et humaines nécessaires pour que les collectivités et les organismes des Premières Nations se conforment à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le gouvernement du Canada présente un rapport des conclusions de l'étude aux deux chambres du Parlement avant la fin de cette période.

4. The Government of Canada, together with the appropriate organizations representing the First Nations peoples of Canada, shall, within the period referred to in section 3, undertake a study to identify the extent of the preparation, capacity and fiscal and human resources that will be required in order for First Nations communities and organizations to comply with the *Canadian Human Rights Act*. The Government of Canada shall report to both Houses of Parliament on the findings of that study before the expiration of the period referred to in section 3.4.

Study to be undertaken

ANNEXE 2 : ÉTUDE DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ARTICLE 1.2

On sait peu de choses sur le choix du libellé de l'article 1.2. Certains des termes employés ont été analysés précédemment. Par exemple, la mention de l'*équilibre* entre les *intérêts individuels* et les *intérêts collectifs* semble découler en grande partie de la recommandation du Comité de révision de la LCDP d'ajouter à celle-ci une disposition d'interprétation afin de « trouver un équilibre entre les intérêts individuels des Autochtones qui revendiquent l'égalité sans discrimination et les intérêts les plus importants des communautés autochtones ». Le Comité a proposé une disposition qui semblait avoir pour but de compléter les dispositions existantes de la LCDP concernant les motifs justifiables afin de faire en sorte que les personnes qui n'ont aucun lien avec les collectivités des Premières nations n'aient pas gain de cause et d'appuyer les traitements préférentiels dans les services et dans l'emploi, sans toutefois permettre la discrimination sexuelle.

Les lois et la jurisprudence donnent toutefois peu d'indications concernant les autres termes et expressions employés à l'article 1.2. Dans l'ensemble cependant, on peut dire que le libellé de cette disposition, de même que son esprit, sont uniques. Certaines expressions – « première nation » par exemple – n'ont pas de sens universel clair ou reconnu en droit. D'autres figurent dans différents contextes législatifs et jurisprudentiels, mais aucune dans un domaine apparenté à l'application de la LCDP.

Dans la présente annexe, nous étudierons les différents éléments constitutifs de l'article 1.2 dans le but de déterminer le sens des termes et expressions employés et les incidences potentielles de l'application de la disposition. Cet exercice est essentiel pour bien comprendre le sens ordinaire de la LCDP, un facteur important qui doit être pris en compte dans l'interprétation de tout texte législatif.

A. L'ANALYSE DES TERMES ET EXPRESSIONS CLÉS DE L'ARTICLE 1.2

1. « Dans le cas d'une plainte déposée au titre de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* »

L'article 1.2 ne s'applique que si une plainte est déposée au titre de la LCDP. Cette condition appuie l'interprétation de l'article 1.2 à l'intérieur des paramètres de la *Charte* et des droits de la personne dont il a été question dans la partie I du présent rapport.

2. « à l'encontre du gouvernement d'une première nation, y compris un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes et des services sous le régime de la Loi sur les Indiens »

2.1 « première nation, y compris »

Ce passage est fondamental pour déterminer le champ d'application de l'article 1.2. Cette disposition vise les plaintes déposées à l'encontre du « gouvernement d'une première nation », une expression qui n'est pas définie dans le projet de loi C-21. L'article 1.2 précise cependant que l'expression inclut « un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes et des services sous le régime de la *Loi sur les Indiens* », ce qui signifie que l'expression pourrait s'entendre aussi d'autres autorités puisque les mots « y compris » sont régulièrement interprétés comme s'ils englobaient d'autres éléments pouvant être visés implicitement par la disposition¹⁷⁴. Les éléments explicitement énumérés peuvent aussi limiter le sens de la disposition. Il faudrait qu'il existe clairement un élément de similitude avec les trois types de « gouvernement d'une première nation » qui sont énumérés. La portée de l'expression « gouvernement d'une première nation » n'est donc pas claire.

L'emploi de l'expression « première nation » au lieu d'« autochtone » ou d'« indien », des termes constitutionnellement reconnus et ayant fait l'objet de nombreux litiges, pourrait indiquer que cette expression est soit plus étroite que le terme « autochtone », soit équivalente à celui-ci. Plusieurs sens sont attribués à l'expression « première nation » dans les lois. Par exemple, elle peut décrire des collectivités particulières qui ont conclu un accord d'autonomie gouvernementale. Elle peut aussi désigner une Première nation particulière en référence à des collectivités indiennes données¹⁷⁵. Dans d'autres cas, elle s'entend de bandes particulières¹⁷⁶ ou de bandes visées par la *Loi sur les Indiens*¹⁷⁷. Enfin, elle a été employée pour désigner des collectivités indiennes particulières ainsi que des collectivités inuites et métisses¹⁷⁸.

Si la concordance avec les lois pertinentes (liées à la *Loi sur les Indiens*) est importante, l'expression « première nation » pourrait s'entendre d'une bande et des entités d'une bande. La valeur de cette hypothèse est toutefois limitée étant donné que les bandes et les conseils tribaux sont également mentionnés à l'article 1.2 (et ne limitent donc pas l'expression « première nation »). En outre, les « conseils tribaux » sont habituellement des entités

¹⁷⁴ Voir Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2007), p. 70 : [TRADUCTION] « le verbe “s'entend” est employé pour élargir la définition de manière à inclure des choses mentionnées expressément [...] qui sont assujetties aux mêmes règles que les choses incluses dans le sens ordinaire du terme ».

¹⁷⁵ *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32, art. 38.

¹⁷⁶ *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, L.C. 1999, ch. 24, art. 2; *Loi sur la mise en oeuvre de mesures concernant le règlement de revendications au Manitoba*, L.C. 2000, ch. 33, art. 2.

¹⁷⁷ *Loi sur la gestion du pétrole et du gaz et des fonds des Premières Nations*, L.C. 2005, ch. 48, art. 2; *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, ch. 22, art. 2.

¹⁷⁸ *Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie*, L.C. 1998, ch. 25, art. 2.

composées de plusieurs bandes visées par la *Loi sur les Indiens* qui se sont regroupées pour être plus en mesure de fournir des services communs – des services techniques notamment – à l’ensemble de leurs collectivités et d’assurer une représentation politique. Les conseils tribaux n’ont généralement aucune fonction directe en matière de prise de règlement ou de gouvernance et n’ont aucun statut en vertu de la *Loi sur les Indiens*. En outre, il y a des groupes ou des associations politiques d’Autochtones (au sein de Premières nations ou de bandes indiennes) qui se désignent comme des conseils tribaux, souvent fondés sur des formations politiques qui existaient déjà avant l’adoption de la *Loi sur les Indiens*.

En conséquence, et compte tenu des différents emplois législatifs de l’expression « première nation » jusqu’à maintenant, il ne conviendrait pas d’importer les définitions données à cette expression dans d’autres lois ou dans d’autres contextes. Par ailleurs, « première nation » pourrait équivaloir à « autochtone », mais être orienté différemment. Contrairement à l’expression « peuples autochtones » définie au paragraphe 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel vise à protéger les droits culturels de grands groupes politiques ou raciaux (« Indiens, [...] Inuit et [...] Métis), l’expression « première nation » pourrait avoir été choisie pour mettre en évidence l’importance de l’identité politique de collectivités particulières. Cette interprétation pourrait être confirmée par les types d’organes politiques qui sont inclus clairement à l’article 1.2. L’emploi des mots « un conseil de bande, un conseil tribal ou une autorité gouvernementale qui offre ou administre des programmes et des services sous le régime de la *Loi sur les Indiens* » pourrait indiquer que l’accent est mis sur des autorités gouvernementales particulières plutôt que sur les collectivités ethniques ou culturelles. L’expression est employée dans un contexte semblable dans la *Loi sur la Commission des traités de la Colombie-Britannique* :

« première nation » Organisme administratif constitué et organisé par des autochtones dans leur territoire traditionnel en Colombie-Britannique, et mandaté par ses électeurs pour négocier en leur nom des traités avec Sa Majesté du chef du Canada et Sa Majesté du chef de la Colombie-Britannique¹⁷⁹.

En outre, l’article 1.2 a été adopté dans le contexte de l’abrogation de l’exception prévue à l’article 67 de la *Loi sur les Indiens*. Auparavant, les Inuits, les Métis et les Premières nations non reconnues en vertu de la *Loi sur les Indiens* n’étaient pas automatiquement exclus du champ d’application de la LCDP par l’ancien article 67. Par conséquent, il est raisonnable de penser que le libellé employé ici vise uniquement à englober des entités gouvernementales associées aux « bandes » assujetties actuellement à la *Loi sur les Indiens* et aux Premières nations qui étaient régies dans une certaine mesure par cette loi auparavant.

¹⁷⁹ *Loi sur la Commission des traités de la Colombie-Britannique*, L.C. 1995, ch. 45, art. 2.

2.2 « des programmes et des services »

Un programme peut être défini de manière générale comme un [TRADUCTION] « plan ou système dans le cadre duquel une action est prise pour atteindre un objectif donné »¹⁸⁰. Selon la portée de l'expression « des programmes et des services », la disposition ne peut être appliquée qu'au cas par cas, en fonction de la situation de l'autorité responsable du programme ou du service en cause.

En raison des caractéristiques descriptives limitées de l'article 1.2, il est possible que seules des « autorité[s] gouvernementale[s] » soient considérées comme « offr[ant] ou administr[ant] des programmes et des services sous le régime de la *Loi sur les Indiens* », que les conseils de bande et les conseils tribaux soient également visés, ou bien que tous les « gouvernement[s] d'une première nation » le soient.

3. « la présente loi doit être interprétée et appliquée de manière à *tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations* »

3.1 « tenir compte »

L'article 1.2 est une disposition d'interprétation. Lorsqu'une plainte est déposée contre une Première nation sous le régime de la LCDP, « [cette] loi doit être interprétée et appliquée de manière à tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations ». Il faut donc savoir comment déterminer ce qu'est une « tradition juridique » ou une « règle de droit coutumier » d'une Première nation et ce qu'on entend pas « tenir compte ».

Les termes clairs employés à l'article 1.2 laissent croire que, une fois qu'une plainte fondée sur un motif de distinction prévue par la LCDP est déposée, il faut « tenir compte » à la fois des traditions juridiques et des règles de droit coutumier de la Première nation.

L'expression « tenir compte » s'applique en fonction du contexte et n'impose pas un critère juridique rigide. Compte tenu de son objet général, la LCDP exige probablement qu'une grande importance soit accordée aux traditions juridiques et aux règles de droit coutumier des Premières nations dans l'examen d'une plainte, et non que celles-ci constituent un facteur mineur de l'analyse.

L'expression « tenir compte » n'a pas de définition concrète en droit. Elle implique l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. S'il faut tenir compte de circonstances particulières et qu'on ne le fait pas, « la décision est manifestement déraisonnable et ne peut pas être maintenue »¹⁸¹. On peut donc supposer que l'expression « tenir compte » comporte un élément concernant le caractère raisonnable. L'étendue de l'obligation dépend des circonstances et de l'objet de la loi en cause.

¹⁸⁰ *Irvine (Re)*, [2002] B.C.E.S.T.D. No. 425 (B.C. Employment Standards Trib.) (Q.L.).

¹⁸¹ *Biro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 712 (CanLII), par. 16.

3.2 « Premières Nations »

L'expression est employée au pluriel dans ce passage de l'article 1.2, alors qu'elle est employée au singulier lorsqu'il est question du « gouvernement d'une première nation » précédemment dans la disposition. Cette différence pourrait être importante.

En outre, l'expression au pluriel n'est pas limitée par le mot « gouvernement », de sorte qu'elle ne devrait pas avoir le même sens que dans l'expression « gouvernement d'une première nation », qui désigne notamment les trois formes de gouvernement qui sont mentionnées.

Il est probable que l'emploi du pluriel indique que les traditions et les règles de droit qui sont visées par la disposition ne sont pas uniquement celles de la collectivité concernée par une plainte. En effet, on pourrait faire valoir que le sens ordinaire des termes utilisés renvoie aux grandes nations originales comme les Mi'kmaq, les Kwakiutl, les Nuuchahnulth, les Ojibway, etc. En conséquence, il ne faudrait pas démontrer seulement que les traditions et règles de droit en cause existent dans la collectivité visée par la plainte.

3.3 « des traditions juridiques et des règles de droit coutumier »

Les expressions « traditions juridiques » et « règles de droit coutumier », jointes par la conjonction « et », pourraient désigner des types de pratiques juridiques communautaires identiques ou très semblables. Les deux expressions pourraient avoir été employées pour ne pas exclure ce qui pourrait constituer une distinction artificielle. Par exemple, la législation de l'Afrique du Sud définit ce qu'est une règle de droit coutumier en termes très généraux qui tiennent également compte de l'aspect « traditionnel » d'une telle règle :

*[TRADUCTION] coutumes et usages qui sont traditionnellement observés par les peuples africains autochtones de l'Afrique du Sud et qui font partie de leur culture*¹⁸².

De même, en Australie, la *Native Title Act* parle de [TRADUCTION] « règles de droit traditionnelles reconnues et coutumes traditionnelles observées »¹⁸³. Les tribunaux australiens ont déterminé que cette expression désigne un [TRADUCTION] « ensemble de normes ou [un] système normatif »¹⁸⁴. L'expression « traditions juridiques et règles de droit coutumier » à l'article 1.2 pourrait fort bien englober un système normatif plus large de règles.

Par ailleurs, les deux expressions pourraient être employées précisément pour indiquer que des intérêts différents doivent être pris en compte. Ainsi, une « tradition juridique »

¹⁸² *Recognition of Customary Marriages Act*, loi 120 de 1998, art. 1, cité dans *Gumede c. President of the Republic of South Africa and Others*, [2008] Z.A.C.C. 23, par. 22.

¹⁸³ *Native Title Act*, No. 110, 1993, al. 223(1)(a) (Australie).

¹⁸⁴ *Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community c. Victoria*, [2002] H.C.A. 58, au par. 39.

pourrait être différente d'une « règle de droit coutumier » en ce sens que les traditions juridiques sont liées à des traditions historiques plus fondamentales de collectivités culturelles particulières et pourraient inclure des méthodes de règlement des différends, alors que les règles de droit coutumier pourraient être considérées comme des règles plus changeantes qui peuvent davantage évoluer¹⁸⁵.

Si les expressions sont réputées être différentes, les « traditions juridiques » peuvent être définies de la même façon que l'on a été les « traditions » dans les décisions judiciaires concernant l'article 35. Par exemple, la Cour suprême du Canada a dit ce qui suit au sujet des « lois traditionnelles » :

*Les « coutumes traditionnelles » et les « lois traditionnelles » sont ces choses qui sont transmises de génération en génération et qui émanent de la culture et des coutumes préexistantes des peuples autochtones*¹⁸⁶.

La Cour fédérale a attribué au droit coutumier plusieurs caractéristiques qui pourraient indiquer qu'il est différent des lois autochtones traditionnelles.

Les éléments dont se compose une coutume peuvent donc être résumés comme suit :

- 1) les « pratiques » touchant le choix d'un conseil;*
- 2) des pratiques qui sont « généralement acceptables pour les membres de la bande »;*
- 3) des pratiques qui font l'objet d'un « large consensus »*¹⁸⁷.

Dans le contexte de l'élection d'un conseil de bande fondée sur la coutume qui est sanctionnée par la *Loi sur les Indiens* et du choix traditionnel des dirigeants qui est beaucoup plus récent que l'arrivée des Européens, la Cour fédérale a expliqué comment une coutume naît :

*Pour qu'une règle devienne une coutume, la pratique se rapportant à une question ou situation donnée qui est visée par cette règle doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté, ce qui démontrera un « large consensus » quant à son applicabilité*¹⁸⁸.

Cette utilisation de la coutume et du droit coutumier semble servir davantage à la détermination de règles ou de lois particulières faisant partie d'un ensemble de règles et de

¹⁸⁵ Pour un examen des affaires des 19^e et 20^e siècles dans lesquelles les tribunaux canadiens ont régulièrement donné un effet juridique aux règles de droit coutumier des Premières nations et des Inuits, voir Bradford W. Morse (1980), « Indian and Inuit Family Law and the Canadian Legal System », *American Indian Law Review* 8, p. 199-257.

¹⁸⁶ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 40.

¹⁸⁷ *Francis c. Conseil mohawk de Kanasatake (1^{re} inst.)*, [2003] 4 C.F. 1133, par. 23.

¹⁸⁸ *Ibid.*, par. 36.

droits en vigueur dans la collectivité ou la Première nation concernée qui pourraient s'appliquer dans un cas donné.

Il faut évaluer toutes les conséquences de l'interprétation d'une règle de droit coutumier en conformité avec un « large consensus » au sein de la collectivité afin de savoir si une telle interprétation était probablement voulue par le législateur. Par exemple, ce dernier souhaitait peut-être que l'article 1.2 vise des règles de droit coutumier qui échapperaient à l'application de la LCDP en l'absence de cette disposition (parce qu'elles ne sont pas « des programmes et des services »), au motif que ces règles constituent le fondement d'un motif discriminatoire.

L'action conjuguée des expressions est illustrée par l'effet de l'analyse ci-dessus sur l'expression « Premières Nations ». Le fait de considérer que cette expression désigne l'identité politique particulière des autorités gouvernementales autochtones permet d'interpréter les « règles de droit coutumier » en mettant l'accent sur un large consensus communautaire et sur l'adaptation au fil du temps plutôt que sur l'état de cette collectivité des Premières nations et de ses lois qui existait avant l'arrivée des Européens.

4. « en particulier, de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs »

La prise en compte des « traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations » doit être envisagée dans une certaine mesure à la lumière de l'équilibre entre les droits et intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs. L'expression « en particulier » semble indiquer que l'équilibre de ces droits et intérêts est une partie importante du processus de prise en compte. Ainsi, l'article 1.2 fournirait un moyen de déterminer si les traditions juridiques et les règles de droit coutumier auxquelles adhère une Première nation tiennent déjà compte de l'intérêt individuel du plaignant dans le cadre des intérêts collectifs. Cela pourrait signifier qu'il est pertinent de déterminer si la tradition juridique ou la règle de droit coutumier en cause établit déjà l'équilibre requis entre le droit individuel et le droit collectif ainsi qu'entre les intérêts de l'individu et les intérêts de la collectivité.

On pourrait aussi interpréter la disposition comme si les « droits et intérêts individuels » équivalaient aux motifs de distinction prévus par la LCDP et comme si les « droits et intérêts collectifs » correspondaient aux « traditions juridiques et règles de droit coutumier » de la Première nation. Ainsi, un équilibre devrait être établi entre les droits individuels du plaignant et les droits et intérêts que le gouvernement de la Première nation pourrait avoir en soutenant les droits collectifs de la collectivité. Cette interprétation cause quelques problèmes parce qu'une telle caractérisation peut ne pas tenir compte de la complexité du « droit collectif ». Une tradition juridique ou une règle de droit coutumier peut déjà traduire un équilibre entre les intérêts des membres d'une Première nation et les intérêts collectifs de la Première nation dans l'ensemble. On pourrait aussi considérer que les « droits

collectifs » comprennent non seulement les « traditions juridiques et [les] règles de droit coutumier », mais aussi les droits garantis à l'article 35 qui sont pertinents dans le cas de cette Première nation.

Le libellé de l'article 1.2 comporte deux volets : les « droits et intérêts » d'individus et les « droits et intérêts » d'une collectivité qui sont considérés comme étant tout aussi importants. Il semble donc que l'article 1.2 ne vise pas seulement à établir un équilibre entre des droits *découlant de la loi*. Le législateur a plutôt indiqué que cet exercice doit aussi englober les *intérêts* respectifs des parties, ce qui pourrait signifier que des facteurs plus généraux comme les capacités financières des parties, leurs objectifs et leurs valeurs culturelles, le désir de rétablir l'harmonie, les incidences sur les autres, les aspirations politiques de la collectivité et les préoccupations en matière environnementale devraient aussi être pris en compte s'il y a lieu.

La mise en équilibre implique normalement deux ensembles de préoccupations concurrentes. L'exercice peut opposer une collectivité – l'État par exemple – et une personne, des personnes ou des collectivités – l'État et une Première nation par exemple. Il comporte généralement deux étapes : la détermination et l'interprétation des droits ou des intérêts en cause et leur mise en équilibre¹⁸⁹.

4.1 « équilibre »

La mise en équilibre n'exige pas nécessairement une décision dichotomique. Par ailleurs, le mot « équilibre » laisse entendre que des droits ou intérêts individuels et des droits ou intérêts collectifs s'opposent. Peu importe l'interprétation que l'on donne au terme à l'article 1.2, la mise en équilibre vise à faire en sorte que « la satisfaction d'un intérêt ne crée pas de préjudice disproportionné à l'égard de l'autre intérêt »¹⁹⁰. En fait, comme l'explique le passage reproduit ci-dessous, la mise en équilibre peut être un moyen de concilier des intérêts concurrents :

[TRADUCTION] Dans de tels cas, les arbitres procèdent à la mise en équilibre des deux intérêts concurrents. Dans la mesure où ces intérêts sont légitimes, il faut tenter de les concilier. Si la conciliation est impossible, c'est parfois l'intérêt de l'employé qui prévaut. Tout dépend de la nature des intérêts concurrents, des

¹⁸⁹ Voir *B.C. Teachers' Federation c. School District No. 39 (Vancouver)*, 2003 BCCA 100 (CanLII), par. 163 : [TRADUCTION] « Quoiqu'il en soit, l'équilibre des intérêts qui imprègne ses motifs entre plutôt en jeu à la deuxième étape de l'analyse relative à l'article 7, une fois qu'on a déterminé qu'un droit garanti à cette disposition est en cause. Si la première étape portait sur la mise en équilibre des droits, l'analyse pourrait alors être axée sur les résultats selon le point de vue du décideur sur le point d'équilibre. Dans ce cas, la première étape de l'analyse pourrait être expédiée sans ménagement. »

¹⁹⁰ *VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Office des transports)* (C.A.), [2000] A.C.F. n° 1685, par. 39.

*circonstances dans lesquelles les deux intérêts sont entrés en jeu et d'une tentative ouvertement subjective d'établir un équilibre*¹⁹¹.

Tout comme c'est le cas d'une disposition qui l'emporte sur une autre, la mise en équilibre doit être fondée sur des principes ou des valeurs clairs.

5. « dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes »

Cette partie de la disposition semble limiter la prise en compte des traditions juridiques et des coutumes. Ainsi, les traditions juridiques et les règles de droit coutumier ne sont prises en compte que dans la mesure où elles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes. Le cadre de référence n'est pas parfaitement clair cependant. Par exemple, le principe de l'égalité entre les sexes pourrait être déterminé selon la plainte déposée sous le régime de la LCDP ou dépendre des notions d'égalité de la Première nation concernée. Dans ce dernier cas, le droit relatif aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones s'appliquerait.

La mention de l'égalité entre les sexes pourrait avoir pour but de signifier que ce principe est une considération primordiale de toute mise en équilibre ou de toute prise en compte. On pourrait considérer que les « traditions juridiques et [les] règles de droit coutumier des Premières Nations » doivent être prises en compte uniquement « dans la mesure où ces traditions et règles sont compatibles avec le principe de l'égalité entre les sexes ». On pourrait considérer aussi que le principe de l'égalité entre les sexes doit orienter la mise en équilibre des droits et intérêts individuels et des droits et intérêts collectifs.

Ce qui soulève la question des cadres constitutionnels dont nous avons traité précédemment. Dans quelle mesure les dispositions sur l'égalité entre les sexes de la *Charte* (art. 28) et du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* contribueront-elles probablement à définir le rapport entre les droits collectifs et les droits individuels, en particulier dans le cas des plaintes de discrimination sexuelle ou des plaintes fondées sur plusieurs motifs? Il faut souligner que le projet de loi C-21 parle du « *principe* de l'égalité entre les sexes », alors que les dispositions de la Constitution sont formulées comme des garanties absolues d'accès aux droits individuels (art. 28) ou collectifs (par. 35(4)). Une recherche de compatibilité révélerait que ces dispositions sont probablement compatibles avec le « principe » énoncé à l'article 1.2.

¹⁹¹ *Fraser Valley Milk Producers Co-operative Assn. (Dairyland Foods) and I.A.M., District Lodge 250* (1989), 9 L.A.C. (4th) 376, par. 208.

ANNEXE 3 : POUR INFORMATION RAPIDE – PRINCIPALES QUESTIONS ET CONCLUSIONS

QUESTION	CONCLUSIONS DE L'ÉTUDE
<p><i>Qu'est-ce qu'un « gouvernement d'une première nation »?</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cette expression désigne clairement une bande visée par le <i>Loi sur les Indiens</i> et toute autre autorité qui exerce ses activités en vertu de pouvoirs directs ou délégués énoncés dans la <i>Loi sur les Indiens</i>. • Inclut fort probablement d'autres entités indiennes (Premières nations) fonctionnant en totalité ou en majeure partie en dehors de la <i>Loi sur les Indiens</i> (p. ex. le gouvernement Nisga'a Lisims, la Première nation sechelte, les bandes crie et naskapie, etc.). • Peut comprendre les organes traditionnels des Premières nations qui exercent des pouvoirs gouvernementaux indépendamment de la <i>Loi sur les Indiens</i>, mais il faut alors probablement faire la preuve d'un droit à l'autonomie gouvernementale établi en vertu des règles de droit relatives aux droits ancestraux ou issus de traités. • Ne semblerait pas inclure les organisations ou les gouvernements inuits ou métis.
<p><i>Quel genre d'activité pourrait être visé à l'article 1.2?</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Toute activité du gouvernement d'une Première nation liée aux programmes ou aux services, y compris en matière d'emploi, peu importe que cette activité ait été ou non auparavant soustraite à l'application de la LCDP par l'article 67.
<p><i>Quand l'article 1.2 entre-t-il en vigueur?</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ce sont seulement les bandes ou les titulaires de pouvoirs délégués en vertu de la <i>Loi sur les Indiens</i> qui bénéficieraient du délai de grâce de trois ans pendant lequel l'application des articles 1 et 1.2 est suspendue. • Seules les décisions ou les mesures prises par des bandes ou des titulaires de pouvoirs assujettis à la <i>Loi sur les Indiens</i>, autorisées par des dispositions particulières de cette loi, seraient visées par le délai de grâce de trois ans. • Les demandeurs et les Premières nations défenderesses pourraient, en ce qui concerne des décisions qui dépassent le cadre étroit de l'ancienne exception prévue à l'article 67, réclamer le respect de l'obligation de « tenir compte » qui est entrée en vigueur sans délai (c.-à-d. le 18 juin 2008).
<p><i>Qu'est-ce qu'une « tradition juridique » des Premières nations?</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cette expression possède une signification très restreinte, que ce soit en droit ou en sciences sociales, et désigne une pratique pouvant remonter à l'époque antérieure aux premiers contacts avec les Européens et englobant certainement toute pratique antérieure à la <i>Loi sur les Indiens</i> qui est encore considérée comme une pratique

	<p>obligatoire au sein de la collectivité, ainsi que tout mécanisme de règlement des différends.</p>
<p><i>Qu'est-ce qu'une « règle de droit coutumier » des Premières nations?</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • La littérature en droit et en sciences sociales semble unanimement considérer qu'il s'agit d'une règle de droit qui respecte au moins deux des trois conditions suivantes : <ol style="list-style-type: none"> 1. la collectivité contemporaine respecte la coutume en question ou la suit en grande partie, mais pas nécessairement intégralement; 2. la collectivité sanctionne ou pénalise les individus qui s'écartent de la pratique en question; 3. il n'y a pas nécessairement de lien strict avec des activités historiques ou antérieures aux premiers contacts avec les Européens; il doit y avoir quand même un lien de nature téléologique avec un problème ou un défi de longue date ou contemporain, mais reconnu socialement. • Les auteurs en sciences sociales se disent généralement mal à l'aise avec l'emploi de l'expression « règle de droit » pour parler de pratiques coutumières, ne serait-ce que parce que ces mots évoquent souvent, voire toujours, un système instauré par l'État et axé sur la contrainte qui n'existe habituellement pas dans les collectivités des Premières nations qui sont dénuées de tout organe étatique. • Fait important, ils s'entendent en général pour dire que c'est à l'interne ou en fonction de la culture qu'on détermine ce qui est coutumier ou ressemble à une « règle de droit », et que ça ne peut être fait au moyen de mesures ou de critères objectifs (externes) autrement que sur la base de ce que les membres de la collectivité considèrent être leurs coutumes et de ce qu'ils voient comme des « règles de droit » pour leurs besoins.
<p><i>Qu'implique la mise en équilibre? Quels sont les mesures ou les critères applicables selon le droit relatif aux droits de la personne et le droit relatif à la Charte?</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Selon le droit relatif aux droits de la personne et le droit relatif à la <i>Charte</i>, les droits individuels nécessitent davantage de protection que les droits ou intérêts collectifs – normalement intégrés au pouvoir de l'État ou de l'organe législatif. Deux critères permettent d'atteindre clairement l'équilibre : <ol style="list-style-type: none"> 1. le fardeau est imposé à celui qui cherche à restreindre les droits à l'égalité en invoquant des limites raisonnables et justifiables; 2. les limites aux droits individuels doivent être proportionnelles à l'objectif visé et celui-ci doit être un objectif législatif valide (traditionnel ou coutumier) (c.-à-d. que l'atteinte doit être minimale). • Selon une interprétation étroite du projet de loi C-21 toutefois, la seule considération valable serait de savoir si une tradition juridique ou une règle de droit coutumier d'une Première nation met elle-même en équilibre les droits ou intérêts individuels et les droits ou intérêts collectifs. En

	<p>l'absence d'un tel équilibre, l'obligation de « tenir compte » ne s'applique pas.</p> <ul style="list-style-type: none">• En revanche, pour déterminer si l'équilibre existe au sein des traditions ou des règles de droit coutumier des Premières nations, il faut une perspective « interne » que peuvent difficilement avoir la Commission, le Tribunal ou les cours de justice sans recourir aux sources de référence et aux connaissances de la collectivité.
<p><i>Comment s'effectue la mise en équilibre dans le contexte des droits ancestraux?</i></p>	<ul style="list-style-type: none">• Dans le contexte des droits ancestraux ou issus de traités, le fardeau imposé à l'égard du droit ou de l'intérêt collectif ou des Premières nations serait encore plus lourd : il faudrait notamment établir l'existence d'un tel droit rattaché aux pratiques et aux traditions antérieures aux premiers contacts afin d'en démontrer la pérennité et la pertinence même de nos jours.• Quand il est établi qu'un droit ou un intérêt collectif se fonde sur des droits ancestraux ou issus de traités, la personne se retrouve dans une position inusitée puisqu'il lui faudra prouver que l'exercice de son droit à l'égalité a seulement entraîné une atteinte minimale au droit ou intérêt collectif.

ANNEXE 4 : ÉTUDES DE CAS

Les études de cas qui suivent présentent de façon schématisée un éventail limité mais représentatif de plaintes de discrimination fondées sur la LCDP. Nous examinons trois grandes catégories à l'aide de plusieurs scénarios afin de déterminer l'application possible des cadres conceptuels (voir la partie I et la conclusion du présent rapport) tirés de notre étude des principaux enjeux découlant de la mise en œuvre de l'article 1.2.

Mise en équilibre des droits collectifs et des droits individuels dans le contexte d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier

- Cas où une partie affirme qu'une tradition juridique ou une règle de droit coutumier représente les droits et intérêts de la collectivité qui s'opposent aux droits et intérêts individuels exprimés dans les dispositions antidiscriminatoires de la LCDP. Ici, la solution peut dépendre des procédures ou des règles d'équilibre enracinées dans les règles de droit ou les coutumes des Premières nations.

Détermination de l'authenticité d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier dont l'existence est contestée

- Cas où un défendeur fait valoir un droit collectif pour justifier la recherche d'un équilibre, ce qui est contesté par le demandeur parce que ce droit prend sa source dans une règle de droit non traditionnelle ou non issue d'une Première nation (p. ex. la *Loi sur les Indiens*).

Mise en équilibre des droits collectifs et des droits individuels en l'absence d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier

- Cas où une collectivité revendique un droit ou intérêt collectif général de faire de la discrimination comme justification complémentaire des recours prévus aux articles 15 et 16 de la LCDP.

Chaque catégorie et les scénarios qui y sont reliés sont ensuite examinés : de quelle manière les faits concordent-ils avec les cadres conceptuels élaborés pour déterminer comment l'équilibre peut être atteint?

Les études de cas qui suivent appliquent le modèle ou le cadre conceptuel servant à isoler et à résoudre les grandes questions qui découlent de plusieurs scénarios possibles pour l'application de l'article 1.2.

Ces scénarios n'épuisent pas toutes les possibilités; ceux que nous avons choisis relèvent tous de la compétence de la Commission et du Tribunal pour ce qui est de l'obligation d'équilibre prévue à l'article 1.2 de la LCDP.

Mise en équilibre des droits collectifs et des droits individuels dans le contexte d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier

Scénario 1

Une femme qui avait récupéré son statut en vertu du projet de loi C-31 était revenue vivre avec ses parents dans la collectivité après la rupture de son mariage. Elle a demandé un logement au conseil de bande de sa Première nation. Elle a dû attendre un certain temps avant qu'un logement lui soit attribué et elle estime que d'autres personnes sont passées devant elle. Elle a communiqué avec des dirigeants de la bande, qui lui ont expliqué que les fonds disponibles permettaient seulement la construction d'un nombre limité de maisons chaque année et que sa demande n'était pas prioritaire. La bande affirme qu'elle a pour principe, suivant une coutume ou une tradition, d'attribuer les logements d'abord aux membres de la bande qui résident depuis longtemps dans la réserve. La plaignante fait valoir qu'elle a été victime de discrimination en raison de la perte antérieure de son statut et de son lieu de résidence.

Scénario 2

Une femme crie membre d'une Première nation ojibway ayant épousé un autre membre de cette Première nation postule pour un emploi de directrice des services d'éducation. Elle reçoit une offre, qui est ensuite annulée, puis une femme ojibway moins qualifiée qu'elle est embauchée. Même si l'affichage ne précisait pas d'exigence à ce titre, la plaignante apprend que la connaissance du saulteux était une condition obligatoire du poste et qu'on n'avait d'abord pas tenu compte du fait qu'elle ne parlait pas cette langue. Elle porte plainte en vertu de la LCDP au motif qu'elle est victime de discrimination fondée sur son origine nationale ou ethnique. La bande soutient de son côté que le principe énoncé dans la Politique relative à l'embauche préférentielle des Autochtones (art. 16) justifie qu'on privilégie un membre de la bande ojibway et que, selon la tradition, les enseignants de la collectivité doivent parler couramment le saulteux.

Discussion

Dans ces deux scénarios, il ne semble pas qu'on ait contesté le fait que les conseils de bande défenseurs pouvaient invoquer la nécessité de tenir compte d'une pratique coutumière en vertu de l'article 1.2. L'attribution de logements, parce qu'elle est liée à la possession de terres de réserve, fait clairement partie des pratiques qui étaient auparavant soustraites à la LCDP par l'article 67. Ce n'est pas aussi certain en ce qui concerne l'emploi, et la Commission aurait à décider s'il est possible d'invoquer l'article 1.2 seulement à l'égard d'activités exclues sous l'ancien régime ou bien à l'égard de toutes les plaintes visant un gouvernement d'une Première nation. On peut s'attendre à ce que le délai de grâce de trois ans soit invoqué.

En tant que membres de la bande, les plaignantes pourraient contester l'équité de la coutume de la bande ou estimer simplement qu'elle est injuste. Si l'existence de la pratique

ou de la coutume en question n'est pas contestée, ces deux cas donneraient lieu à une enquête servant à déterminer si la politique est appliquée uniformément et si elle est liée à une coutume clairement établie qui consiste à attribuer les quelques rares logements ou emplois qui existent comme la bande veut le faire.

Comment le Tribunal dans cet exemple « tiendrait-il compte » de l'attribution coutumière et, en particulier, comment déterminerait-il à quel point, le cas échéant, les intérêts et les droits des plaignantes ont été pris en compte dans l'application de cette pratique? Outre l'analyse normale de la « contrainte excessive » (notamment celle qui est imposée à d'autres demandeurs), quelle approche serait la plus appropriée?

Il est évident que ces scénarios se produiront probablement souvent et que la grave pénurie de logements et d'emplois dans de nombreuses réserves amènera bien des plaintes de discrimination fondées sur ces mêmes motifs. Des plaintes pourraient découler aussi d'erreurs d'interprétation quant au lien qui existe entre les politiques et la façon dont les collectivités expriment leurs règles de droit ou coutumes traditionnelles dans l'attribution de rares ressources dans le domaine du logement, par exemple, ou de l'éducation culturelle des enfants. La médiation pourrait permettre aux parties de s'entendre et d'éliminer la perception de discrimination, donner lieu à une réconciliation ou mettre au jour une situation plus grave si la politique a été adoptée en réponse à une personne et non pas conformément à une coutume de longue date qui avait pour but de déterminer des besoins ou d'assurer la pérennité de la culture de la Première nation.

Si ce genre de dossier se rendait au Tribunal, il semble que les principes de la prise en compte et de la mise en équilibre qui sont énoncés dans l'approche complémentaire (voir la conclusion du présent rapport) seraient les plus pertinents. Le principal motif invoqué pour justifier la distinction entre différents membres qui demandent un logement ou la priorité accordée en matière d'emploi aux membres qui parlent le saulteux respecte généralement les limites de ce qui est considéré comme une exigence professionnelle justifiée au sens de l'article 15 de la LCDP, d'autant plus qu'il y a d'autres facteurs attribuables à la situation propre aux deux collectivités.

L'« existence préalable » d'une tradition juridique (par rapport à une coutume récente) doit être examinée dans le cas de la plainte relative au logement. L'attribution de logements est en effet une activité relativement nouvelle (elle remonte à deux générations), quoiqu'elle puisse être rattachée à une coutume ou tradition plus ancienne, l'attribution des terres de la collectivité. Il est peut-être nécessaire de distinguer ces deux objectifs ou activités pour mieux comprendre les politiques contemporaines censées refléter des coutumes ou traditions de longue date.

Dans la plainte relative à un emploi dans le domaine de l'éducation, où la culture revêt énormément d'importance, les revendications fondées sur une tradition juridique peuvent être plus facilement accueillies.

Il est certain que, s'il y a apparence que la plaignante a été « ciblée » pour ce qui est du refus d'attribuer un logement ou qu'elle avait des besoins précis qui auraient dû être pris en considération dans le cadre d'une politique assouplie et appliquée en fonction des besoins, le Tribunal pourrait conclure que l'obligation de tenir compte n'est pas assez convaincante pour que la discrimination soit raisonnablement justifiée. Il pourrait estimer que la

tradition suivie par la collectivité en vue d'attribuer des terres suivait une application moins stricte des critères fondés sur les besoins et encourager une révision de la politique en matière de logement à la lumière du but réel de la pratique coutumière.

Détermination de l'authenticité d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier dont l'existence est contestée

Scénario 3

Une femme se présente au poste de chef de sa collectivité et est choisie par les Aînés, conformément au système coutumier. La décision est contestée par une autre femme membre de la collectivité, qui soutient que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier ne permettent pas à une femme d'être chef.

Scénario 4

Un homme meurt sans testament. Il n'a aucun proche parent, seulement une nièce qui vivait avec lui et prenait soin de lui depuis plusieurs années. En vertu de la *Loi sur les Indiens*, quand il n'y a aucun membre de la famille immédiate qui peut hériter, la maison et la terre du défunt retournent à la bande, qui décide de les attribuer à la prochaine personne en attente d'un logement (suivant la pratique coutumière). La nièce porte plainte en disant qu'elle est victime de discrimination en raison de sa situation de famille et soutient que les traditions juridiques et les règles de droit coutumier des Premières nations l'autoriseraient clairement à recevoir la maison et la terre de son oncle.

Discussion

Nous avons ici une forme différente, et intéressante, des plaintes où, normalement, un particulier demande le respect de « droits individuels » qui vont à l'encontre de « droits collectifs » reconnus par les coutumes et les traditions de la collectivité.

Ces scénarios montrent jusqu'où peut évoluer la définition conventionnelle d'une plainte valide afin qu'il soit possible de tenir compte des arguments relatifs à ce qui est et ce qui n'est pas une véritable coutume reconnue, le plaignant invoquant des règles de droit coutumier pour s'opposer à la décision rendue par le gouvernement de la Première nation qui lui est défavorable.

La principale considération dans ces affaires tient à des éléments liés à l'enquête et à l'obligation de prise en compte et de mise en équilibre du Tribunal. Dans le cas de l'élection d'une femme chef, il existe clairement une possibilité de réconciliation par la médiation, laquelle aiderait à « redécouvrir » le sens de règles de droit ou de pratiques coutumières – c.-à-d. qu'elles évoluent au fil du temps en fonction d'un consensus, en l'espèce avec l'appui des Aînés.

Pour ce qui est de la succession, il se peut bien que la collectivité ait eu pour coutume traditionnelle d'autoriser que les biens soient laissés en héritage à la personne la plus

jeune, un aidant de surcroît, avec les adaptations nécessaires quand le défunt n'a pas d'enfants issus d'une adoption informelle ni de nièces ou de neveux pour l'aider¹⁹². Ce genre de coutume a été généralement laissée de côté quand les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à la transmission de biens par succession ont été édictées, en même temps que la règle voulant que les biens retournent à la bande quand il n'y a pas de famille immédiate. Dans cette affaire, l'enquêteur et le Tribunal pourraient devoir entendre des témoignages sur la nature généralisée de la coutume invoquée par la bande, à laquelle s'oppose la nièce en faisant état d'une règle différente du droit coutumier. Il pourrait être utile que les Aînés et d'autres membres respectés de la collectivité soient mis à contribution pour trouver une solution sans avoir à recourir au Tribunal, ce qui serait bien évidemment préférable. Toutefois, comme pour l'élection contestée, il serait essentiel d'obtenir la participation de tierces parties respectées.

Advenant que la médiation échoue, il est probable que le Tribunal devrait solliciter le témoignage de tierces parties pour déterminer s'il doit tenir compte, de façon équilibrée, de la tradition ou de la règle évoquée.

Mise en équilibre des droits collectifs et des droits individuels en l'absence d'une tradition juridique ou d'une règle de droit coutumier

Scénario 5

Un jeune homme dont la mère a quitté la collectivité de la Première nation quand il était jeune se voit refuser le droit de voter lors d'une élection coutumière de la bande. Il est inscrit comme membre et possède beaucoup de liens dans la collectivité, mais il habite en dehors de la réserve. Il soutient que la négation de son droit de voter constitue de la discrimination fondée sur sa situation de famille.

Scénario 6

Une Première nation établit des règles d'élection selon la coutume qui précisent que les candidats doivent tous se soumettre à un test de dépistage de drogues. Elle adopte aussi une politique suivant laquelle les dirigeants élus doivent être des modèles positifs pour les membres de la collectivité et, compte tenu des problèmes de consommation de drogues dans la collectivité, cette exigence sert l'intérêt collectif puisqu'elle vise à promouvoir la santé communautaire. Plusieurs personnes la contestent parce qu'elle porterait atteinte à leurs droits fondamentaux en raison d'une déficience, réelle ou apparente.

Discussion

Il est important de souligner que les systèmes d'élection selon la coutume ne reposent pas sur les règlements administratifs des bandes et ne sont pas non plus avalisés par le

¹⁹² L'*ultimogéniture* s'entend de la distribution des biens par succession au dernier-né de la famille – souvent considéré comme toute personne qui, plus jeune que tous les autres parents, prend soin de la personne qui laisse à sa mort des biens personnels ou des intérêts fonciers.

ministre des Affaires indiennes. Ils sont donc de véritables expressions d'une pratique coutumière.

Bien que ces deux exemples se fondent sur ce genre d'élection, il ne faut pas oublier que bon nombre de systèmes sont codifiés et ont été adoptés à diverses fins, notamment pour modifier la durée du mandat du chef et des membres du conseil, autoriser (ou interdire) le vote hors réserve, abaisser l'âge de voter, etc. Seule une petite minorité de systèmes d'élection ou de sélection en vertu de l'article 2 (selon la coutume) ne nécessitent pas la tenue d'un scrutin écrit. Par conséquent, ce qui est difficile, ce n'est pas seulement de régler les questions complexes, pour lesquelles il existe une abondance de preuves, qui entourent les traditions juridiques ou les coutumes, mais aussi de tenir compte des intérêts collectifs qui sont exprimés dans un code adopté formellement puis d'établir un équilibre entre eux et un droit ou un intérêt individuel.

Dans ces scénarios, l'approche qui sera la plus susceptible de donner lieu à une interprétation raisonnable de l'article 1.2 pourrait être de simplement utiliser les techniques de mise en équilibre traditionnelles qui servent à déterminer si l'atteinte à des droits est justifiable. Dans le scénario 5, il est question de l'exclusion d'une personne, globalement et à cause de stéréotypes, dans une situation qui ressemble à celle de l'arrêt *Corbiere* rendu par la Cour suprême. Comme l'a souligné par ailleurs récemment la Cour fédérale dans l'affaire *Laurent*, le critère énoncé dans *Corbiere* s'applique probablement aussi aux systèmes d'élection selon la coutume¹⁹³.

Dans le cadre de son enquête, le Tribunal pourrait bien constater qu'une exclusion de ce genre ne vient pas appuyer ou favoriser un droit ou un intérêt collectif, mais qu'elle est destinée à éviter la reddition de comptes envers une partie importante de la population qui pourrait ne pas voter de la façon à laquelle sont habitués les membres de la réserve.

Dans le scénario 6 également, il pourrait être nécessaire de mettre en équilibre des intérêts de la façon normale et d'aller même jusqu'à déterminer qu'en raison des sérieuses préoccupations pour la santé et la sécurité propres à la collectivité les intérêts collectifs l'emportent sur les droits individuels à l'égalité. Le cas échéant, il semble que de nouveaux critères de justification doivent compléter la norme de l'« exigence professionnelle justifiée » énoncée à l'article 15 la LCDP.

¹⁹³ *Laurent c. Gauthier and the Fort McKay First Nation*, 2009 FC 196 (CanLII). Toutefois, la Cour fédérale n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la contestation fondée sur l'article 15 qui visait le code d'élection suivant la coutume, ce code étant invalide parce qu'il n'avait pas reçu suffisamment d'appuis dans la collectivité au moment de son adoption.