Document generated on 07/15/2025 11:01 p.m.

Les Cahiers de droit

La *Loi sur les Indiens* et la résidence familiale : l'émergence d'un pouvoir normatif?

Denis Blanchette and Michel Morin

Volume 45, Number 4, 2004

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043813ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043813ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Blanchette, D. & Morin, M. (2004). La *Loi sur les Indiens* et la résidence familiale : l'émergence d'un pouvoir normatif? *Les Cahiers de droit*, *45*(4), 693–727. https://doi.org/10.7202/043813ar

Article abstract

For many years, in Quebec, the family residence has been protected by specific rules that apply upon dissolution of marriage. But many of them are inapplicable to an immovable located on an Indian reserve. To fill what is apparently a legal vacuum, many solutions have been proposed, including an Aboriginal rule-making power. With the emergence of Aboriginal Self-Governments in the background, this paper looks at the regulatory power of band councils under the *Indian Act*. It maintains that Aboriginal Peoples can actually adopt administrative by-laws to protect family residence on reserve lands without modifying the current legislative framework. It demonstrates this by relying on the historical and contemporary context of the *Indian Act* as well as on rules governing the construction of statutes.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 2004

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

La *Loi sur les Indiens* et la résidence familiale : l'émergence d'un pouvoir normatif ?*

Denis BLANCHETTE** et Michel MORIN***

Depuis plusieurs années au Québec, la résidence familiale est protégée par des règles particulières qui s'appliquent après la dissolution du mariage. Or, plusieurs d'entre elles ne trouvent toujours pas application lorsqu'un immeuble est situé dans une réserve indienne. Devant l'apparence d'un vide juridique, plusieurs solutions ont été proposées, dont celle de l'exercice du pouvoir normatif autochtone. Avec l'émergence de l'autonomie gouvernementale comme toile de fond, le présent texte cherche à examiner le pouvoir réglementaire des conseils de bande aux termes de la Loi sur les Indiens. *Il soutient que les Autochtones ont effectivement le pouvoir d'adopter des règlements administratifs pour protéger la résidence familiale sur les terres de réserve, et ce, sans qu'il soit nécessaire d'apporter des changements au cadre législatif actuel. Il démontre que cette position est soutenue tant par le contexte historique et actuel de la* Loi sur les Indiens *que par les règles d'interprétation des lois.*

For many years, in Quebec, the family residence has been protected by specific rules that apply upon dissolution of marriage. But many of them are inapplicable to an immovable located on an Indian reserve. To

* Le texte qui suit a été rédigé dans le contexte du projet Autochtonie et gouvernance, subventionné par Valorisation Recherche Québec.

** Étudiant de deuxième cycle, Université de Montréal.

*** Professeur titulaire et vice-doyen à la recherche et aux études supérieures, Université de Montréal.

fill what is apparently a legal vacuum, many solutions have been proposed, including an Aboriginal rule-making power. With the emergence of Aboriginal Self-Governments in the background, this paper looks at the regulatory power of band councils under the Indian Act. *It maintains that Aboriginal Peoples can actually adopt administrative by-laws to protect family residence on reserve lands without modifying the current legislative framework. It demonstrates this by relying on the historical and contemporary context of the* Indian Act *as well as on rules governing the construction of statutes.*

Pages

1 La compétence fédérale sur les Autochtones 698
2 La Loi sur les Indiens 700
2.1 Le régime de la Loi 700
2.2 Les affaires Paul et Derrickson 705
2.3 Le pouvoir normatif autochtone 707
2.3.1 Les principes d'interprétation 708
2.3.1.1 Le sens ordinaire des mots 708
2.3.1.2 L'interprétation des lois relatives aux Autochtones 715
2.4 L'exercice du pouvoir réglementaire 719
3 La *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* 722
Conclusion 725

Depuis longtemps, plusieurs personnes cherchent une solution au problème posé par l'absence d'un régime de protection de la résidence familiale lorsque celle-ci est située sur des terres qui, en vertu de divers régimes législatifs, sont placées sous le contrôle d'une nation autochtone ou sont administrées par elle. En effet, certaines règles du droit civil québécois sur la protection de la résidence familiale sont inapplicables à l'égard d'un immeuble situé dans une réserve, car elles sont apparemment incompatibles avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*[1], qui sont pourtant silen-

1. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

cieuses à ce sujet[2]. Pour bien circonscrire l'intérêt de cette problématique, il faut comprendre que cette situation est souvent lourde de conséquences pour les conjoints et, de manière particulière et disproportionnée, pour les femmes autochtones. Contrairement à la situation qui règne en règle générale, ces femmes ne peuvent ni prévenir l'aliénation de la résidence familiale, ni en obtenir l'usage exclusif, ni la recevoir comme part du patrimoine familial en cas de séparation de corps ou de divorce lorsque cette résidence familiale est située sur une terre de réserve[3].

Certains prétendent que l'exclusion des règles provinciales en l'absence d'un régime fédéral approprié est inacceptable et même contraire aux principes constitutionnels canadiens, ce qui pourrait imposer au législateur fédéral l'obligation d'intervenir[4]. Devant l'apparence d'un vide juridique, plusieurs ont invité le législateur à prendre des mesures, mais peu s'entendent sur la forme et la substance d'une telle intervention. D'aucuns proposent des modifications à la *Loi sur les Indiens* afin d'y prévoir un régime fédéral particulier[5] ou de manière que les lois provinciales puissent

2. Dans l'affaire *Paul* c. *Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306, la Cour suprême du Canada a conclu que les dispositions de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, relatives à l'attribution de la résidence familiale à l'un des époux comme mesure provisoire (art. 77), sont inapplicables à l'égard d'un immeuble situé dans une réserve. De même, dans l'affaire *Derrickson* c. *Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, elle a conclu que les dispositions relatives à l'attribution de la résidence familiale à un conjoint lors du partage des biens familiaux (partie 3) sont inapplicables aux terres de réserve. Ces conclusions pourraient certainement s'appliquer à l'égard des dispositions provinciales au Québec, notamment l'article 410 (attribution à un conjoint d'un droit d'usage de la résidence familiale) et l'article 420 (attribution d'un bien lors du partage du patrimoine familial) du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité : « C.c.Q. »). À la lumière de ces décisions, il est également possible d'imaginer que les mêmes conclusions puissent s'appliquer notamment à l'égard de l'article 404 C.c.Q. (protection de la résidence familiale) ainsi que des articles 482 et 856 C.c.Q. (octroi préférentiel de la résidence familiale au conjoint survivant).

3. Pour un exposé plus complet des problèmes qui en découlent ou qui y sont liés, notamment la violence et la discrimination à l'égard des femmes autochtones, voir W. CORNETT et A. LENDOR, *Les biens immobiliers matrimoniaux situées dans les réserves*, Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 2002.

4. COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES DROITS DE LA PERSONNE, *Un toit précaire : les biens fonciers matrimoniaux situés dans les réserves*, rapport intérimaire, [En ligne] 2003, [www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-f/huma-f/rep-f/rep08nov03-f.pdf] (31 décembre 2004).

5. Voir notamment FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, *Mémoire présenté à la Direction des comités et de la législation privée du Sénat*, Montréal, septembre 2003, p. 7. Ailleurs au Canada, voir l'enquête publique sur l'administration de la justice et les Autochtones : ABORIGINAL JUSTICE IMPLEMENTATION COMMISSION, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, t. 1, 1991, chap. 13 : « Aboriginal Women », [En ligne], [www.ajic.nb.ca/volume.html] (31 décembre 2004). Le 22 novembre 2004, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a déclaré qu'il entendait renvoyer cette question devant

s'appliquer aux biens immobiliers situés dans les réserves[6]. D'autres militent pour l'adoption d'une loi distincte ou, à plus long terme, d'un régime qui tienne compte de l'autonomie gouvernementale des Autochtones.

Une idée qui a été mise en avant, sans pourtant faire l'objet d'une étude approfondie à notre connaissance, est celle qui consiste à dégager du cadre législatif actuel un pouvoir normatif autochtone permettant d'apporter une solution à ce problème[7]. Cette approche a l'avantage de reconnaître que les Premières Nations ont clairement le pouvoir de gérer elles-mêmes les affaires internes de leurs collectivités et de réglementer les questions qui touchent la famille, le logement, le partage des biens et la vie dans la réserve et au sein de la communauté.

Certains prétendent d'ailleurs qu'un tel pouvoir est inhérent et qu'il relève d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale aux termes de la Constitution canadienne[8]. C'est une position que nous partageons. Or, cet argument dépasse le cadre de la présente étude, qui a pour objet l'exploration d'une solution intérimaire et qui est, par conséquent, le compromis entre ce à quoi les Autochtones peuvent aspirer et ce à quoi ils sont soumis actuellement. S'il est encore prématuré de fonder entièrement notre argumentation sur l'existence d'une pleine souveraineté politique, cette dernière représente toutefois la toile de fond d'une grande partie de notre analyse. De manière générale, cette idée nous amène à porter un regard critique sur les fondements des limites qui grèvent, encore aujourd'hui, le pouvoir normatif autochtone en vertu du régime de la *Loi sur les Indiens*.

---

le Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord de la Chambre des communes, afin que celui-ci fasse des consultations : COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES DROITS DE LA PERSONNE, « Biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves : toujours en attente », Quatrième rapport, [En ligne], 2004, [www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/combus/senate/com-f/huma-f/rep-f/rep04dec04-f.htm] (décembre 2004).

6. Voir notamment le COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES DROITS DE LA PERSONNE, *op. cit.*, note 4, p. 49.

7. Le COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES DROITS DE LA PERSONNE, *op. cit.*, note 4, p. 47, prend note de cette possibilité qui « mérite de faire l'objet d'une étude plus approfondie ».

8. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 35 (1). Voir : COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, t. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1996, p. 241-242 ; M. MONTOUR, « Iroquois Women's Rights with Respect to Matrimonial Property on Indian Reserves », [1987] 4 *C.N.L.R.* 1 ; R.H. BARLETT, « Indian Self-Government, the Equality of the Sexes, and Application of Provincial Matrimonial Property Laws », [1986] 5 *Can J. Fam. L.* 188 ; M.E. TURPEL, « Home/Land », (1991) 10 *Can. J. Fam. L.* 17.

D'une part, ces limites sont-elles justifiées à la lumière des nouveaux paradigmes qui ont guidé récemment la politique officielle à l'égard des Autochtones ? D'autre part, sont-elles toujours compatibles avec l'objectif de la Loi et la poursuite d'un équilibre qui met en jeu la préservation du bien collectif et le bien-être général des collectivités et de leurs membres ?

Une réponse négative à ces questions n'entraîne pas nécessairement l'obligation de modifier la Loi : une interprétation libérale de ses dispositions et de son économie générale peut en effet permettre aux conseils de bande d'apporter une solution appropriée au problème en question. Selon nous, la *Loi sur les Indiens*, qui subsiste depuis le début de la Confédération et qui a su s'adapter aux attitudes changeantes et aux politiques souvent équivoques des administrations successives, est en mesure d'accommoder un pouvoir normatif autochtone qui veut précisément atteindre son objectif défini dans un nouveau contexte sociopolitique et constitutionnel.

Notre étude permet de souligner certaines des conséquences vécues par les Autochtones et liées à l'absence de règles quant à la protection de la résidence familiale. D'autre part, elle est évidemment au cœur d'un débat beaucoup plus large sur l'autonomie politique des Autochtones à l'égard de la gestion de leurs terres et à l'encontre d'une plus grande assimilation au régime dominant par l'application de ses lois. L'idée qui consiste à reconnaître aux Autochtones le pouvoir de réglementer la question de la protection de la résidence familiale semble établir un équilibre parmi ces différentes préoccupations. Outre qu'elle confirme l'existence de ce pouvoir à l'intérieur même de la législation actuelle, cette idée cherche à en favoriser l'exercice de manière à promouvoir l'épanouissement social et le développement politique des collectivités autochtones.

Dans notre étude du pouvoir normatif autochtone en vertu de la *Loi sur les Indiens*, nous ferons d'abord un bref rappel de la compétence fédérale et de l'application des lois provinciales. Alors que le problème émerge principalement dans le contexte du régime général de la *Loi sur les Indiens*, nous examinerons également la situation des Premières Nations au Québec qui sont soumises à un régime différent, soit celui qui a été mis en place par la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (CBJNQ)[9].

9. SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires,* Québec, Les Publications du Québec, 1998 (ci-après citée : « CBJNQ »).

1 La compétence fédérale sur les Autochtones

La compétence du gouvernement fédéral sur les Autochtones, qui s'étend à toute question touchant « les Indiens et les terres réservées aux Indiens », découle du partage des pouvoirs à l'intérieur du cadre constitutionnel canadien[10]. En vertu de cette compétence, le gouvernement fédéral est le seul à pouvoir adopter des lois pour régir directement les différents aspects de la vie des « Indiens », qu'ils résident ou non sur des terres réservées et qu'ils soient soumis ou non au régime de la *Loi sur les Indiens*. L'autorité législative fédérale s'étend aussi à l'égard des Indiens et des non-Indiens dans la mesure où elle concerne les réserves et les autres terres réservées aux Indiens[11]. Ce pouvoir a été accordé au gouvernement fédéral principalement dans le but d'assurer aux Indiens une protection à l'encontre des intérêts locaux[12]. Il a été interprété de manière libérale et a permis au législateur fédéral d'adopter des dispositions qui débordent autrement de sa sphère de compétence[13].

En principe, les Autochtones sont considérés comme sujets de droit et sont soumis aux lois générales du Canada, tant fédérales que provinciales[14]. Au Québec, toute loi provinciale d'application générale qui est de compétence provinciale s'applique aux « Indiens et aux terres réservées aux Indiens », sous réserve de plusieurs exceptions. Certaines nous intéressent particulièrement. D'abord, une loi provinciale ne doit pas porter directement sur les Indiens et les terres réservées à leur intention ni établir un traitement spécial à leur égard. Par ailleurs, une telle loi ne doit pas s'appliquer aux Indiens et aux terres qui leur sont réservées, si elle porte atteinte à une « partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens[15] » ou à la « quiddité

---

10. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art. 91 (24).
11. P. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2001, p. 578.
12. R.H. Barlett, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada : A Homeland*, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1990, p. 24.
13. Ces dispositions sont [notre traduction] « rationnellement liées à des politiques intelligibles à l'égard des Indiens » : P. Hogg, *op. cit.*, note 11, p. 580.
14. La théorie de l'enclave a été écartée au Canada : *Cardinal* c. *P.G. Alberta*, [1974] R.C.S. 695, 703 ; elle est davantage acceptée aux États-Unis où en principe, en vertu de la prépondérance fédérale et de la souveraineté autochtone, les lois étatiques ne s'appliquent pas sur le territoire indien et ne touchent pas les Autochtones : *Samuel Worcester* v. *The State of Georgia,* (1832) 31 U.S. 515 ; F.S. Cohen, *Handbook of Federal Indian Law,* Buffalo, William S. Hein C., 1988, p. 116 ; W.C. Canby, *American Indian Law,* St. Paul, West Publishing Co., 1988, p. 75-76.
15. *Four B Manufacturing Ltd.* c. *Travailleurs unis du vêtement d'Amérique,* [1980] 1 R.C.S. 1031, 1047.

indienne[16] ». Une loi provinciale qui ne porte pas directement sur les Indiens mais qui s'étend à eux en touchant la « quiddité indienne » doit être atténuée et recevoir « le sens restreint qui la confine au champ de compétence provinciale » pour demeurer valide constitutionnellement[17]. En vertu de cette exception, une loi provinciale ne peut porter atteinte au statut d'Indien, ni éteindre un droit ancestral[18], ni concerner le droit de possession[19] ou d'occupation[20] d'une terre de réserve ou d'un immeuble situé sur cette terre[21].

Pour les collectivités soumises au régime de la *Loi sur les Indiens*, l'adoption en 1951 de l'article 88 de cette loi opère une incorporation importante des lois provinciales dans la législation fédérale, tout comme si les lois provinciales faisaient maintenant partie du droit fédéral. Quoique plusieurs lois provinciales en droit de la famille aient été incorporées par l'effet de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*[22], les règles provinciales relatives à l'occupation et au partage de la résidence familiale ont été jugées inapplicables dans la mesure où elles portent atteinte à la possession des terres dans une réserve, ce qui relève manifestement de l'essence même de la compétence législative fédérale exclusive[23]. Au Québec, cette exception pourrait vraisemblablement toucher les règles qui portent également sur la

16. *La Reine c. Dick*, [1985] 2 R.C.S. 309, 326. La règle est constitutionnalisée par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui protège maintenant les « droits ancestraux ou issus de traités » contre l'empiètement provincial : *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 160 et 178 ; *R.* c. *Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, par. 74 ; *Bande Kitkatla* c. *Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 71.
17. *Derrickson* c. *Derrickson*, précité, note 2, 296.
18. *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*, précité, note 16, par. 178.
19. *Derrickson* c. *Derrickson*, précité, note 2.
20. *Paul* c. *Paul*, précité, note 2.
21. Dans l'affaire *Simon* c. *Oka*, [1998] A.Q. n° 3678, demande d'autorisation d'appel rejetée [1999] C.S.C.R. n° 76, la Cour d'appel du Québec affirme qu'« une législation provinciale d'application générale relative à l'*usage* du sol n'affecte pas systématiquement l'essence de la compétence fédérale exclusive ». La Cour d'appel n'a pas cherché à distinguer l'affaire *Paul* c. *Paul*, précitée, note 2, où il était pourtant question d'une loi provinciale qui concerne l'*occupation* d'un immeuble. Voir également H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 533 : « les lois provinciales ne sauraient s'appliquer aux terres indiennes de manière à prescrire l'*utilisation* que les Indiens peuvent en faire. C'est le cas des lois d'expropriation, de zonage et d'urbanisme. » L'italique est de nous.
22. Voir par exemple *Parents Naturels* c. *Colombie Britannique*, [1976] 2 R.C.S. 751.
23. *Paul* c. *Paul*, précité, note 2 ; *Derrickson* c. *Derrickson*, précité, note 2.

protection de la résidence familiale[24], sur son usage[25] et sur la division du patrimoine familial[26].

Cette limite à l'application du droit provincial qui découle du partage des compétences législatives soulève néanmoins des questions par rapport aux fondements politiques de l'application des lois provinciales aux Autochtones et quant au degré d'assimilation de ces derniers au système juridique de la société dominante[27]. Afin de mieux évaluer le bien-fondé de cette limite et d'être en mesure de proposer une solution aux conséquences qui en découle, nous examinerons d'abord le régime particulier dans lequel elle s'inscrit.

2 La *Loi sur les Indiens*

La *Loi sur les Indiens* ne contient pas de préambule ; son objectif et les moyens qu'elle utilise sont parfois difficiles à déterminer uniquement sur la base des sources intrinsèques. Par conséquent, il est utile de faire appel à l'histoire et au contexte particulier dans lequel cette loi et ses modifications subséquentes ont été adoptées.

2.1 Le régime de la *Loi sur les Indiens*

La première version de la *Loi sur les Indiens* remonte à 1876[28] et s'inspire des politiques préconfédérales[29]. À son origine, la *Loi sur les Indiens* avait essentiellement pour objet de reconnaître et de protéger les Autochtones et les terres qui leur étaient réservées, dont les réserves[30]. Il faut se

---

24. Le conjoint propriétaire de la résidence familiale ne peut, sans l'accord écrit de l'autre, l'aliéner, ni la grever d'un droit réel, ni louer la partie qui sert à la famille (art. 404 et 405 C.c.Q.).
25. Le tribunal peut attribuer au conjoint à qui il accorde la garde d'un enfant un droit d'usage de la résidence familiale (art. 410 (2) C.c.Q).
26. Le patrimoine familial, dont la résidence familiale, fait l'objet d'un partage en cas de séparation de corps ou de dissolution du mariage (art. 414-418). En principe, l'exécution du partage a lieu en numéraire, mais elle peut se faire également par le transfert de propriété dans certains biens entre les parties (art. 419 C.c.Q.) et le tribunal peut attribuer certains biens, dont la résidence familiale, à l'une des parties (art. 420 C.c.Q.). Il faut également penser au droit de préférence du conjoint survivant à l'égard de la résidence familiale lors du décès d'un des époux (art. 482 et 856 C.c.Q.).
27. R.H. Barlett, *op. cit.*, note 12. Voir également P. Macklem, « First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination », (1991) 36 *McGill L.J.* 382.
28. *Acte des Sauvages*, S.C. 1876, c. 18.
29. J. Woodward, *Native Law*, Toronto, Carswell, 1989, p. 94.
30. R.H. Barlett, *op. cit.*, note 12, p. 25.

rappeler que, durant la colonisation de ce qui est aujourd'hui le Canada et devant l'avancée des nouveaux arrivants, les Autochtones se sont souvent vus forcés de céder leurs territoires aux administrations coloniales en échange d'indemnités et de minuscules parcelles de terres qui devaient leur permettre d'assurer leur subsistance en adoptant un mode de vie plus sédentaire, tout en conservant leurs pratiques et coutumes traditionnelles. Ces parcelles de terres étaient alors réservées à l'usage et au profit des Indiens et devaient être protégées contre les mouvements expansionnistes des colonisateurs et les intérêts locaux[31].

Le régime des terres prévu dans la *Loi sur les Indiens* est incontestablement issu de la tension entre, d'une part, la nécessité de protéger les terres réservées aux Indiens, devoir transmis par la *Proclamation royale de 1763*[32], et, d'autre part, le désir d'assimiler les Autochtones au système politique dominant par l'introduction, entre autres, des concepts de la propriété individuelle et l'assujettissement des Indiens aux lois provinciales d'application générale[33]. Il en résulte un régime des terres qui se trouve à l'intersection de plusieurs systèmes de valeurs et qui tente de concilier les droits individuels et les intérêts collectifs d'une manière unique et distincte du régime de la société dominante[34].

L'éventuel estompement des éléments les plus pernicieux de la politique d'assimilation a conduit inévitablement à l'essor des intérêts collectifs et à la cristallisation d'un régime à prédominance communautaire. De manière fortuite, c'est un régime qui s'aligne sur la conception traditionnelle des Autochtones quant à la relation qu'ils entretiennent avec la terre dans la mesure où celle-ci n'appartient à personne mais représente plutôt le patrimoine commun de la collectivité des êtres qui y habitent[35]. Leroy Little Bear décrit bien le concept de patrimoine commun :

> Indian ownership of property, like Indian's way of relating to the world, is holistic. Land is communally owned ; ownership rests not in any one individual, but rather belongs to the tribe as a whole, as an entity. The members of a tribe have an

31. *Id.* ; O.P. DICKASON, *Les Premières Nations du Canada*, Sillery, Septentrion, 1996.
32. *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. 1985, app. II, n° 1.
33. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, t. 1, *Un passé, un avenir*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1996, p. 282 ; R.H. BARLETT, *op. cit.*, note 12.
34. *Bande Indienne de St. Mary's* c. *Cranbrook*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 14.
35. Voir notamment A. BISSONETTE, « Droits autochtones et droit civil : opposition ou complémentarité ? Le cas de la propriété foncière », dans *Droit civil et droits autochtones, confrontation ou complémentarité*, recueil des textes présentés à la conférence Henri-Capitant, Montréal, Association Henri-Capitant, 1992, p. 6.

> undivided interest in the land ; everybody, as a whole, owns the whole. Furthermore, the land belongs not only to people presently living, but also to past generations and future generations, who are considered to be as much a part of the tribal entity as the present generation. In addition, the land belongs not only to human beings, but also to other living things (the plants and animals and sometimes even the rocks) ; they too, have an interest[36].

Cherchant à marier ce concept traditionnel avec l'idée de la souveraineté de la Couronne sur l'ensemble du territoire, idée qui, selon certains, a été admise peut-être trop facilement[37], les réserves sont devenues les terres qui appartiennent à Sa Majesté et qui ont été mises de côté, à différentes époques et pour de multiples considérations, à l'usage et au bénéfice des diverses collectivités autochtones[38].

Le principe retenu par la Loi reflète dans une certaine mesure le caractère particulier du titre aborigène en droit canadien, en vertu duquel les droits qui y sont associés ne peuvent être détenus par un individu seul, mais plutôt par le groupe ou la collectivité[39]. Comme le titre aborigène, le droit des Indiens sur les terres de réserve est inaliénable, sauf en faveur de la Couronne : il constitue donc un droit d'usage et d'occupation exclusif et il est détenu collectivement par les membres de la bande[40]. C'est aussi le modèle retenu aux États-Unis, où l'ensemble du territoire indien est détenu en fiducie à l'usage et au bénéfice des Indiens[41]. Le gouvernement américain détient le titre légal sur la terre, tandis que la collectivité autochtone a le droit exclusif et collectif de l'occuper et d'en déterminer l'usage. Ce droit est inaliénable, sauf en faveur du gouvernement fédéral[42].

Aujourd'hui, la règle générale d'inaliénabilité, qui se trouve au cœur du régime des terres prévu dans la *Loi sur les Indiens*, a toujours pour objet de prévenir l'érosion de l'assise territoriale des Autochtones. Cette règle, dont l'origine remonte à la *Proclamation royale de 1763*, représente l'un des objectifs les plus constants et transcendants du régime des terres de la

---

36. L. LITTLE BEAR, « Aboriginal Rights and the Canadian « Grundnorm » », dans J.R. PONTING (dir.), *Arduous Journey : Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland & Stewart, 1986, p. 245.
37. P. MACKLEM, *loc. cit.*, note 27.
38. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 1, art. 2 (1), définition de « réserve » ; voir également l'article 18 (1).
39. *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*, précité, note 16, par. 115. Voir également *Guérin* c. *La Reine*, [1984] 2 RC.S. 335, 379 : selon le juge Dickson (plus tard juge en chef), l'intérêt de l'Indien est le même dans la réserve ou sur une terre ancestrale dans la mesure où plusieurs réserves ont été créées à partir des terres ancestrales tribales.
40. *Bande Indienne d'Osoyoos* c. *Oliver*, [2001] 3 R.C.S. 746, par. 42.
41. F.S. COHEN, *op. cit.*, note 14, p. 206 et suiv.
42. *Ibid.* ; *Johnson* v. *McIntosh*, 8 Weath. 543 (1823).

Loi sur les Indiens[43]. Malgré ses nombreuses modifications qui reflètent souvent des attitudes changeantes et des politiques parfois divergentes au cours des 129 dernières années, son objectif demeure principalement la « protection des terres de réserve pour les générations futures[44] ».

Afin de refléter l'importance de cet objectif, la jurisprudence a fait appel à la doctrine de la protection du type fiduciaire en vertu de laquelle la Couronne a une responsabilité historique de « représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers[45] ». Le Parlement est d'ailleurs allé beaucoup plus loin dans la *Loi sur les Indiens* en conférant au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de décider lui-même ce qui est vraiment le plus avantageux à l'égard des terres de réserve[46]. La *Loi sur les Indiens* prévoit plusieurs autres dispositions qui ont pour objet la protection des terres de réserve et qui nécessitent pour leur mise en œuvre l'approbation du gouvernement, que ce soit par l'entremise du gouverneur en conseil ou du ministre[47].

Un autre moyen de préserver le patrimoine commun des Autochtones consiste à reconnaître qu'ils ont le pouvoir et la capacité de gérer eux-même ce patrimoine. La *Loi sur les Indiens* confère aux bandes, à l'intérieur du cadre législatif qu'elle prévoit, une certaine autonomie dans la gestion des ressources collectives, « à des fins commerciales et dans l'intérêt général de la bande[48] ». Dans l'affaire *Bande indienne des Opetchesaht* c. *Canada*, le juge Major s'exprimant au nom de la majorité a reconnu qu'il est important de protéger les droits de la bande, mais qu'« il faut également favoriser et respecter son autonomie dans la prise des décisions concernant ses terres et ses ressources[49] ». Il reprend les principes énoncés par la juge McLachlin (maintenant juge en chef) dans l'affaire *Bande indienne de la rivière Blueberry* c. *Canada*[50] : « À mon avis, les dispositions de la *Loi sur les*

43. *Guérin* c. *La Reine*, précité, note 39, 383.
44. *Bande indienne des Opetchesaht* c. *Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, par. 85 (juge McLachlin – maintenant juge en chef – dissidente). Voir également R.H. BARLETT, *op. cit.*, note 12. Cet objectif sous-tend notamment la politique américaine de l'*Indian Reorganization Act*, 25 U.S.C.A. § 461 et suiv. et est toujours considéré comme valide : W.C. CANBY, *op. cit.*, note 14.
45. *Guérin* c. *La Reine*, précité, note 39, 383.
46. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 1, art. 18 (1).
47. *Id.*, notamment les articles 18, 19, 20, 24, 27, 28 et 58.
48. *Bande indienne des Opetchesaht* c. *Canada*, précité, note 44, 53. Voir la *Loi sur les Indiens*, précitée, note 1, notamment les articles 18. 20, 28 (2), 38, 39, 81 et 83.
49. *Bande indienne des Opetchesaht* c. *Canada*, précité, note 44, par. 54.
50. *Bande indienne de la rivière Blueberry* c. *Canada*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 35.

Indiens relatives à la cession des réserves des bandes établissent un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection . »

L'autonomie et la protection qui contribuent à l'atteinte de l'objectif principal de la Loi — soit la préservation du patrimoine collectif — dans le contexte de la cession des terres de réserve s'appliquent nécessairement à d'autres aspects de la vie des Autochtones, dont les relations qu'entretiennent les membres d'une collectivité entre eux et à l'égard de celle-ci. La *Loi sur les Indiens* prévoit notamment cette dynamique, autonomie et protection, dans le contexte du processus d'attribution des terres aux membres de la collectivité. Comme dans le cas de la cession, l'attribution des terres enclenche un processus qui implique également la collectivité, par l'entremise de son conseil de bande, et la Couronne, par celle du ministre des Affaires indiennes.

Dans l'affaire *Six Nations of the Grand River Band* c. *Henderson*[51], la Cour supérieure de l'Ontario (division générale) a souligné le rôle important joué par le conseil de bande dans le processus d'attribution des terres de réserve quant à la protection du patrimoine collectif. Dans cette affaire, le conseil de bande avait adopté un règlement sur la résidence suivant lequel les membres dont les conjoints n'étaient pas membres de la bande ne pouvaient pas résider avec leur conjoint dans la réserve. Ce règlement était clairement discriminatoire à l'égard des membres qui ont un conjoint non membre par rapport à ceux dont les conjoints sont eux-mêmes membres de la bande. Or, se basant sur des facteurs socioéconomiques et historiques, la Cour a décidé qu'une telle entrave au droit à l'égalité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* était justifiée.

Par ailleurs, l'attribution d'une terre de réserve soulève plusieurs questions quant à la nature véritable du droit issu de ce processus et aux conséquences juridiques qui en découlent. Rappelons que les réserves sont des terres qui appartiennent à Sa Majesté et qui ont été mises de côté à l'usage et au profit commun des collectivités autochtones et non des individus ou des membres[52]. Les membres ont un intérêt collectif dans la réserve : c'est la collectivité qui a le droit de l'occuper, d'en posséder les terres et de déterminer comment elles seront utilisées[53]. En vertu de ce régime, nul ne peut détenir un titre de propriété absolu sur la terre, mais il existe toutefois

---

51. *Six Nations of the Grand River Band* c. *Henderson*, [1996] O.J. 1953.
52. *R.* c. *Devereux*, [1965] R.C.S. 567.
53. *Lower Nicola Indian Band* c. *Trans Canada Displays Ltd.*, [2000] 4 C.N.L.R. 185 (B.C.S.C.) ; *Joe. et al.* c. *Findlay et al.*, [1980] 2 C.N.L.R. (B.C.S.C.), confirmé par la Cour d'appel [1981] 3 C.N.L.R. 58 (B.C.C.A.).

un mécanisme qui permet aux membres d'une collectivité de jouir d'une parcelle de terre qui leur est attribuée[54]. Le processus d'attribution est discrétionnaire et plusieurs conditions doivent être remplies. Parmi celles-ci, notons qu'une personne doit être membre de la bande[55] et doit avoir le droit de résider dans la réserve[56]. Les normes relatives à l'appartenance sont définies en partie par la collectivité[57] et celles qui concernent la résidence sont déterminées par réglementation du conseil de bande[58]. Quoique, dans certains cas, les terres soient attribuées selon des règles coutumières, généralement non écrites, les tribunaux insistent sur le respect des règles prévues dans la loi afin de reconnaître la possession d'une terre par un individu[59].

À quelques reprises, la Cour suprême a rappelé que les droits fonciers autochtones sur les terres de réserve constituent une catégorie à part et sont distincts des droits de propriété qui font partie normalement du droit canadien[60]. Suivant son objectif principal de protection, le régime de la *Loi sur les Indiens* soustrait les terres réservées aux Indiens des principales modalités du régime dominant, notamment à l'égard du droit de propriété, et prévoit d'importantes restrictions quant au transfert du droit de possession d'une terre[61]. En cherchant à préserver le patrimoine collectif de la bande, la *Loi sur les Indiens* a souvent pour effet de mettre en échec les intérêts personnels, ce qui rend inapplicables plusieurs règles générales normalement typiques d'un régime de propriété individuelle. C'est notamment le cas des règles relatives à la protection et à l'attribution d'un droit sur la résidence familiale.

2.2 Les affaires *Paul* et *Derrickson*

En 1986, dans les affaires *Paul* et *Derrickson*[62], la Cour suprême du Canada a décidé que les règles provinciales sur l'occupation et le partage de la résidence familiale ne peuvent s'appliquer à l'égard des biens

54. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 1, art. 20 (1). En vertu de l'article 20 (2), le ministre délivre à la personne légalement en possession d'une terre un certificat de possession.
55. *Id.*, art. 28 (1).
56. *Id.*, art. 25.
57. *Id.*, art. 10.
58. *Id.*, art. 81 (1) p. 1).
59. *Lower Nicola Indian Band* c. *Trans Canada Displays Ltd.*, précité, note 53, par. 151 ; *Cooper* c. *Tsartlip Indian Band*, [1997] 1 C.N.L.R. 45 (F.C.A.). T. Flanagan et C. Alcantara, « Individual Property Rights on Canadian Reserves », (2004) 29 *Queen's L.J.* 489.
60. *Bande Indienne de St. Mary's* c. *Cranbrook*, précité, note 34, par. 14 ; *Bande Indienne d'Osoyoos* c. *Oliver*, précité, note 40, art. 44 et 70.
61. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 1, art. 24, 25, 29, 49 et 50.
62. *Paul* c. *Paul*, précité, note 2 ; *Derrickson* c. *Derrickson*, précité, note 2.

immobiliers situés dans une réserve puisqu'elles sont incompatibles avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Les règles provinciales qui prévoient un partage du patrimoine familial en numéraire et celles qui accordent une indemnisation pour équilibrer le partage demeurent toutefois applicables[63].

Ces deux décisions établissent clairement les limites de l'application des lois provinciales dans le contexte des terres de réserve. Elles reposent principalement sur des considérations relatives au partage des compétences législatives entre le gouvernement fédéral et les provinces, ce qui évite ainsi le débat sur les fondements réels et les enjeux véritables de cette incompatibilité. Pour Richard Bartlett, ces décisions viennent freiner l'effet assimilateur de l'application des lois coloniales — en l'espèce une loi provinciale — et ouvrent la porte à une plus grande reconnaissance de l'autonomie politique des Autochtones. Bien que la question fasse appel à la mécanique du partage des pouvoirs, elle porte essentiellement sur le degré d'assimilation des Autochtones et la portée de la compétence coloniale — provinciale en l'espèce — à leur égard et relativement à leurs terres[64].

Pour nous, si le droit provincial ne s'applique pas aux terres de réserve, c'est parce qu'il semble inconciliable, non seulement avec les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais bien avec l'essence même du régime des terres de réserve, qui embrasse dans une large mesure la conception autochtone des droits collectifs sur la terre et un contexte socioéconomique et culturel particulier. Ce sont précisément ce régime et ce contexte que la *Loi constitutionnelle de 1867* cherchait à protéger contre les intérêts locaux en accordant au gouvernement fédéral la compétence exclusive sur les Indiens et les terres qui leur sont réservées. Cette protection s'est érodée graduellement avec l'application du droit provincial et la Cour suprême semble avoir cherché à freiner cette érosion continuelle dans les affaires *Paul* et *Derrickson*.

---

63. Au Québec, l'exécution du partage du patrimoine familial, dont la résidence familiale, a normalement lieu en numéraire (art. 419 C.c.Q.) et donne naissance à un droit de créance à chacun des conjoints, l'un envers l'autre ; par ailleurs, le tribunal peut déroger au principe du partage égal afin d'éviter une injustice (art. 422 C.c.Q.). Voir M. MORIN, « La coexistence des systèmes de droit autochtones, de droit civil et de common law au Canada », dans L. PERRET, A.-F. BISSON et N. MARIANI (dir.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 159-185, à la page 182.

64. R.H. BARLETT, *loc. cit.*, note 8. Pour une approche différente, voir également M.E. TURPEL, *loc. cit.*, note 8.

Dans son rapport intérimaire, le Comité sénatorial permanent des droits de la personne recommande « que la *Loi sur les Indiens* soit modifiée de façon à ce que les lois provinciales concernant le partage du patrimoine familial, à la fois les biens meubles et les immeubles, s'appliquent[65] ». Le Comité est conscient toutefois qu'il s'agit d'une mesure temporaire, dont il entrevoit peut-être les dangers. D'ailleurs, il prend note du pouvoir de réglementation des conseils de bande en vertu de la *Loi sur les Indiens* et affirme que « cette possibilité mérite de faire l'objet d'une étude plus approfondie[66] ». C'est ce pouvoir de réglementation que nous allons maintenant examiner.

2.3 Le pouvoir normatif autochtone

Au Québec, on compte officiellement 81 864 Autochtones, soit 71 840 Indiens inscrits et 10 024 Inuits[67]. La grande majorité des Indiens inscrits sont assujettis au régime de la *Loi sur les Indiens* et environ les deux tiers d'entre eux habitent dans une réserve. Le conseil de bande est actuellement le seul organe décisionnel établi et reconnu par cette loi. Il fonctionne à la manière d'un gouvernement municipal et est investi de pouvoirs réglementaires, dont ceux qui sont prévus dans l'article 81 (1) de la *Loi sur les Indiens*. Selon cet article, le conseil de bande peut prendre des règlements administratifs pour la gestion des affaires internes, notamment :

— p. 1 la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve ;

— p. 2 l'adoption de mesures relatives aux droits des époux ou conjoints de fait ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle le conseil peut établir des règlements administratifs à l'égard des membres de la bande ;

Or, la *Loi sur les Indiens* ne prévoit pas de manière spécifique un pouvoir sur les questions qui touchent la protection et le partage de la résidence familiale. Il s'agit donc de déterminer si les dispositions générales de l'article 81 (1) p. 1) et p. 2) sont assez larges pour inclure le pouvoir d'un conseil de bande de réglementer ces questions. En fait, un conseil de bande pourrait-il, comme en vertu de la *Loi sur la gestion des terres des Premières*

65. Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *op. cit.*, note 4, p. 49.
66. *Id.*, p. 47.
67. Secrétariat aux affaires autochtones, [En ligne], 2005, [www.autochtones.gouv.qc.ca] (15 février 2005).

Nations[68], adopter des « règles applicables, en cas d'échec du mariage, en matière soit d'utilisation, d'occupation ou de possession des terres, soit de partage des intérêts sur celles-ci[69] » ?

La réponse à cette question dépend essentiellement de l'approche interprétative adoptée à l'égard des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, en l'occurrence, les pouvoirs généraux de réglementation du conseil de bande et l'appréciation du contexte particulier dans lequel s'inscrivent ces dispositions. Alors que les tribunaux ont été divisés historiquement sur l'étendue des pouvoirs consacrés aux Autochtones par la *Loi sur les Indiens*, une tendance plus libérale, qui concorde d'ailleurs avec l'émergence d'une plus grande reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des Autochtones, semble maintenant vouloir s'imposer.

2.3.1 Les principes d'interprétation

En vertu de l'approche actuellement acceptée, un texte législatif doit s'interpréter dans son contexte global. Il faut tenir compte du sens ordinaire des mots, de l'objet du texte de loi et des règles particulières qui s'appliquent dans l'interprétation des lois relatives aux Autochtones[70].

2.3.1.1 Le sens ordinaire des mots

La *Loi sur les Indiens* permet au conseil de bande d'adopter des règlements administratifs aux fins de « la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve », dont les conjoints et les enfants qui résident avec eux. La Loi ne définit pas le terme « résidence », mais elle fait référence au droit de résider à quelques endroits dans son énoncé, notamment à l'article 25 (1) : « Un Indien qui cesse d'avoir droit de résider sur une réserve peut [...] transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de toute terre dans la réserve, dont il était légalement en possession. » Par ailleurs, la Loi établit le droit d'un membre de résider dans la réserve avec des enfants à charge ou tout autre enfant dont il a la garde[71] et l'interdiction pour une personne autre qu'un membre « d'occuper ou [d']utiliser une réserve ou de résider ou autrement [d']exercer des droits sur une réserve[72] ».

---

68. *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*, L.C. 1999, c. 24.
69. *Id.*, art. 6.
70. R. SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Butterworths, Toronto, 1994, p. 131 et 379-381.
71. *Loi sur les Indiens*, précité, note 1, art. 18.1.
72. *Id.*, art. 28 (1).

Or, le conseil de bande peut adopter des règlements « pour les fins [de] la résidence » et non seulement « le droit de résider ». Suivant le sens ordinaire des mots, « la résidence » est un concept beaucoup plus large et comprend les deux composantes suivantes : « le fait de demeurer habituellement dans un lieu », comme dans le droit de résidence et « le lieu construit [...] où l'on réside » [73]. La version anglaise de la Loi emploie le terme *residence* qui se définit également par deux composantes : « the act or an instance of residing » et « the place where a person resides » [74]. Par conséquent, le conseil de bande pourrait adopter des règlements aux fins « du fait de demeurer habituellement dans la réserve », dont le droit de résider, qui représente notamment une condition essentielle à la possession d'une terre de réserve en vertu de l'article 25. Par ailleurs, le conseil de bande pourrait également adopter des règlements aux fins « du lieu construit où l'on réside », donc l'immeuble qui sert d'habitation.

Le libellé de l'article 81 suggère un pouvoir réglementaire plutôt large : « le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs [...] pour l'une ou l'ensemble *des fins* suivantes » (l'italique est de nous). L'article 81 (1) p. 1) ne contient aucune des limites intrinsèques présentes sous les autres chefs de compétence : il permet donc de réglementer tous les aspects de « la résidence ». Ainsi, le législateur n'a pas cherché à restreindre le pouvoir du conseil de bande aux seuls règlements relatifs au « droit de résider » ou encore aux fins de la construction et à l'usage des bâtiments — pouvoir qui est d'ailleurs prévu sous un autre chef de compétence[75]. Rien dans le texte de loi n'indique qu'il existe une intention de limiter ce pouvoir. Au contraire, tout laisse croire à un large pouvoir sur tous les aspects de « la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve ».

Par conséquent, il est difficile de soutenir que le pouvoir de réglementer tous les aspects de la résidence n'inclut pas celui d'adopter des règlements sur la résidence familiale. En effet, n'est-il pas possible de prétendre que le concept de la résidence familiale est inclus dans celui de la « résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve » ? Alors que la *Loi sur les Indiens* est silencieuse à l'égard du concept de la résidence familiale, au Québec cette dernière est définie comme le lieu où les membres de la famille habitent lorsqu'ils exercent leurs

---

73. J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le nouveau petit Robert,* Paris, Dictionnaires Le Robert, 2002.
74. K. BARBER (dir.), *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto, Oxford University Press, 2002.
75. *Loi sur les Indiens*, précité, note 1, art. 81 (1) *h*).

principales activités[76]. L'expression « résidence familiale » est celle qui fait l'objet de la législation relative à la protection du foyer familial[77] et les termes « résidences de la famille » sont ceux que le législateur québécois emploie dans le contexte du partage du patrimoine familial[78].

Il faut noter également que le pouvoir d'adopter des règlements aux fins de « la résidence des membres » est situé juste avant celui d'adopter des « mesures relatives aux droits des époux ou conjoints de fait ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve » [79]. Encore une fois, il serait difficile de soutenir que les droits dont il est question ici n'incluent pas ceux qui sont relatifs à la protection de la résidence familiale. En effet, prétendre que ces droits ne sont pas visés dans cette disposition habilitante risque effectivement de la vider de son sens. Pour notre part, nous croyons que ces deux pouvoirs sont intimement liés, qu'ils sont complémentaires et que, pris ensemble, ils permettent au conseil de bande d'adopter des règlements à l'égard de la protection de la résidence familiale. Rappelons qu'ils ont été adoptés en même temps par la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*[80] en 1985. La modification qui en a résulté avait principalement pour objet de supprimer les dispositions les plus discriminatoires à l'égard du statut d'Indien et de permettre aux collectivités qui le désirent de définir elles-mêmes leurs règles d'appartenance[81].

Rappelons aussi que les modifications de 1985 s'inscrivent alors dans la foulée d'une série d'événements politiques et juridiques déterminants à l'égard de la reconnaissance d'une plus grande autonomie gouvernementale des Autochtones sur les affaires internes de leurs communautés, dont la reconnaissance constitutionnelle des droits ancestraux qui incluent des aspects précis de l'autonomie gouvernementale[82] et le début des ententes particulières sur l'autonomie politique de certains groupes[83].

---

76. C.c.Q., art. 395.
77. *Id.*, art. 401 et suiv.
78. *Id.*, art. 415.
79. *Loi sur les Indiens*, précité, note 1, art. 81 (1) p. 2).
80. *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, c. 27.
81. *Journal des débats*, Chambre des communes, Canada, 1re session, 33e législature, vol. II, 1985, p. 2644 et suiv.
82. COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, t. 2, *op. cit.*, note 8, p. 240-242.
83. C'et le cas notamment de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, L.C. 1984, c. 18, et de la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne de Sechelte*, L.C. 1986, c. 27.

Au milieu des années 90, le gouvernement fédéral a adopté une politique sur l'autonomie gouvernementale des Autochtones[84]. Cette politique reconnaît un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et repose sur le fait que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner : ils ont droit « de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leurs terres et leurs ressources [85] ». Pour le gouvernement fédéral, l'autonomie politique porte généralement sur les affaires internes du groupe, notamment le mariage, les services sociaux, la santé, l'administration de la justice, le maintien de l'ordre, les droits de propriété, le logement et la gestion des terres[86].

Fort d'une telle politique, le gouvernement fédéral cherche maintenant à conclure des ententes sur l'autonomie gouvernementale avec différents groupes autochtones. À titre d'exemple, l'entente de principe qu'il a conclue avec le gouvernement du Québec et les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan envisage l'adoption d'un traité qui prévoit une constitution innue propre à chacune des collectivités visées dans cette entente et le pouvoir de leur assemblée législative « de faire des lois sur toute matière relative à l'organisation, au bien-être général, au développement et au bon gouvernement de leurs sociétés, de leurs membres et de leurs institutions [87] ». En vertu de cette entente, le traité devra prévoir que les Innus et leur territoire demeurent sujets à l'application du droit commun, dont les dispositions du *Code civil du Québec* en droit privé[88], mais que les lois innues auront prépondérance en matière d'organisation, d'administration et de fonctionnement interne des Innus tshishe utshimaut et de leurs institutions, ainsi qu'en fait de protection et de rayonnement du mode de vie traditionnel innu. Il en va de même pour le droit de la famille

84. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, [En ligne], 1995 [www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/sg/plcy_f.html] (31 décembre 2004).

85. *Ibid.*

86. *Ibid.*

87. *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le Gouvernement du Québec et le Gouvernement du Canada*, art. 8.3.1.1, [En ligne], 2004, [www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/mamu/index_f.html], (31 décembre 2004).

88. *Id.*, art. 8.4.3.1.

et le contrôle et la gestion du territoire, de ses ressources et de son régime foncier, dont la propriété immobilière et la disposition des biens[89].

Alors que plusieurs Premières Nations au Canada ont atteint une plus grande autonomie gouvernementale ou se dirigent vers celle-ci, un grand nombre d'entre elles demeurent encore sous l'empire de la *Loi sur les Indiens*. Or, le gouvernement fédéral se dit prêt à modifier cette loi de façon à accroître la gestion et le pouvoir des collectivités à l'égard des affaires internes jusqu'à ce qu'il y ait entente sur les mesures législatives ou sur les modifications constitutionnelles relatives à l'autonomie qui remplaceraient la Loi[90]. Selon nous, c'est précisément ce genre de modifications qui figure aux articles 81 (1) p. 1) et p. 2) : ces nouveaux pouvoirs permettent aux Autochtones de répondre à des besoins actuels en attendant un changement de régime plus complet.

La *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*[91], qui est en vigueur depuis le 17 juin 1999, prévoit, pour certaines collectivités, un tel changement de régime. La nouvelle loi fait suite à la ratification de l'*Accord-cadre sur la gestion des terres des Premières Nations* signé en 1996 entre le gouvernement du Canada et quatorze Premières Nations. Elle permet aux collectivités adhérentes de prendre en charge la gestion de leurs terres d'une manière plus autonome par l'adoption d'un code foncier applicable à leur territoire[92]. Celui-ci est élaboré et approuvé par la collectivité et doit remplacer les dispositions de la *Loi sur les Indiens* sur la gestion des terres de réserve. Il doit notamment prévoir l'établissement de règles applicables aux biens matrimoniaux sur les terres de la collectivité en question[93] et ces règles doivent être insérées dans le code foncier dans un délai de douze mois suivant son adoption[94].

À ce jour, suivant les dispositions de la *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*, quatorze collectivités ont adopté et ratifié un code foncier applicable à leur territoire, tandis que d'autres en sont à diverses étapes de leur processus de mise en œuvre. Faisant suite à l'engagement

89. *Id.*, art. 8.4.4.1. Sous réserve de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 8, partie I (art. 8.4.1.1) et de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (art. 8.4.2.1).

90. AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *op. cit.*, note 84.

91. *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*, précitée, note 68.

92. Pour une approche différente de cette question, voir A. LAJOIE et autres, « La réforme de la gestion des terres des Premières Nations : pour qui ? », *Politique et sociétés*, vol. 23, 2004, p. 33.

93. *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*, précitée, note 68, art. 6.

94. *Id.*, art. 17.

d'établir, dans un délai de douze mois, des règles relatives à l'utilisation, à l'occupation ou à la possession des terres en cas d'échec du mariage, certaines d'entre elles ont adopté une loi sur les biens immobiliers matrimoniaux (*Matrimonial Real Property Act*)[95].

À titre d'exemple, la *McLeod Lake Indian Band Matrimonial Real Property Act*, qui est en vigueur depuis le 20 mai 2004, prévoit un régime à l'intérieur duquel les parties sont d'abord appelées à respecter, le cas échéant, toute entente qui existe entre elles (*interspousal contract*), puis à se soumettre à un processus de médiation avant de pouvoir accéder aux tribunaux de la province[96]. La Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui est compétente pour entendre l'affaire, peut appliquer les règles de la *Family Relations Act*[97] et se prononcer sur la propriété, la possession ou l'occupation de la résidence familiale ainsi que sur son partage dans le contexte de la division des biens du patrimoine familial[98].

Quoique ce mécanisme soit analogue à celui qui est prévu par la législation provinciale dans bien des cas et que le droit substantif applicable soit précisément le droit provincial, le conseil de bande de McLeod Lake aurait pu opter pour des règles tout à fait différentes.

Aux États-Unis, où les Autochtones ont toujours conservé le pouvoir d'adopter leurs propres règles en matière de protection du foyer familial, certaines collectivités comme les Blackfeet du Montana et les Yavapai de Fort McDowell en Arizona ont adopté par renvoi les règles étatiques applicables, notamment en matière de mariage et de divorce[99]. D'autres, dont les Cherokee de la Caroline du Nord, les Chitimacha de la Louisiane, les Colville Tribes et les Saint Regis Mohawk, respectivement des États de Washington et de New York et les Stockbridge-Munsee du Wisconsin, ont préféré l'adoption d'un code complet en matière de relations matrimoniales[100].

---

95. Voir notamment Scugog Island, Georgina Island, Beecher Bay, Tsekani (Mcleod Lake) et Opaskwayak : FIRST NATIONS LAND MANAGEMENT RESOURCE CENTRE, [En ligne], [www.fafnlm.com] (31 décembre 2004).
96. *McLeod Lake Indian Band Matrimonial Real Property Act*, McLeod Lake Indian Band, 2004, art. 37 et 38.
97. *Family Relation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128.
98. *McLeod Lake Indian Band Matrimonial Real Property Act*, précité, note 96, art. 39.
99. *Blackfeet Tribal Law and Order Code*, c. 3, art. 1 et 2 ; *Law and Order Code of the Fort McDowell Yavapai Community*, art. 10-11 : dans NATIONAL INDIAN LAW LIBRARY, [En ligne], [www.narf.org/nill/tribaldocs.html#codes] (31 décembre 2004).
100. *Cherokee Code of the Tribal Council of the Eastern Band of Cherokee Indians*, *Chitimacha Comprehensive Codes of Justice and Chitimacha Indian Tribal Court*, *Colville Tribal Law and Order Code*, *Saint Regis Mohawk Tribal Marriage Act of 1995* et *Stockbridge-Munsee Tribal Law* : dans National Indian Law Library, précité, note 99.

À l'instar de plusieurs autres collectivités, les Pawnee de l'Oklahoma, prévoient qu'en cas de divorce la Cour tribale pawnee a compétence pour déterminer elle-même toute question relative au partage équitable des biens des époux. Elle doit établir le partage d'une manière juste et équitable de même que prendre en considération les besoins de la famille, les facteurs relatifs à l'acquisition et à la durée de possession des biens et, le cas échéant, le droit de propriété de l'une des parties sur un bien qui fait l'objet du partage[101].

Les règles de la collectivité Salish & Kootenai du Montana prévoient que, à l'occasion du partage équitable des biens du patrimoine familial, la Cour tribale doit considérer l'âge des parties, la santé, l'éducation et les habiletés de chacune des parties, leur état financier ainsi que la durée du mariage[102].

Pour leur part, les Mashantucket Pequots du Connecticut prévoient qu'en cas de divorce la Cour tribale a compétence pour déterminer elle-même le partage des biens et peut assigner à l'un des conjoints une partie ou la totalité du patrimoine de l'autre. Elle peut ordonner notamment que le titre légal sur un immeuble soit transféré à l'un des conjoints ou que l'immeuble soit vendu. Or, elle ne peut rendre une telle ordonnance à l'égard d'une terre en fiducie (*trust land*), soit une terre qui appartient à la collectivité[103], c'est-à-dire l'équivalent des terres de réserve au Canada. Cette restriction qui a pour objet la protection du patrimoine collectif empêche *a priori* le tribunal de se prononcer sur le partage d'un tel bien.

Les Cherokee de la Caroline du Nord, quant à eux, permettent le partage équitable de toute propriété, y compris les terres en fiducie, mais ils limitent le transfert de tout droit dans ces dernières aux seuls membres de la collectivité[104]. Les Chitimacha de la Louisiane qui, d'une part, permettent à la Cour tribale d'effectuer le partage des terres de la collectivité, affirment, d'autre part, que cette cour n'a pas le pouvoir de retirer ces terres du patrimoine de la collectivité ni de rendre une ordonnance qui en changerait le statut[105]. Il semble que cette dernière solution soit un compromis

---

101. *Pawnee Tribe of Oklahoma Law and Order Code*, titre III, art. 1114 : dans National Indian Law Library, précité, note 99.
102. *Laws of the Confederated Salish and Kootenai Tribes*, codif., Titre III, c. 1, art. 3-1-103 (3) : dans National Indian Law Library, précité, note 99.
103. *Mashantucket Pequot Tribal Nation, Tribal Laws and Rules of Court*, Titre VI, c. 5, art. 2 : dans National Indian Law Library, précité, note 99.
104. *Cherokee Code of the Tribal Council of the Eastern Band of Cherokee Indians*, c. 50, sec. II, art. 50-11(c) et (d) : dans National Indian Law Library, précité, note 99.
105. *Chitimacha Comprehensive Codes of Justice and Chitimacha Indian Tribal Court*, titre VI, c. 3, art. 307 : dans National Indian Law Library, précité, note 99.

raisonnable en vue de maintenir intacte l'assiette territoriale de la collectivité tout en reconnaissant le droit à un partage équitable de tous les biens issus de la relation matrimoniale. Transposée dans un contexte canadien, une telle règle, adoptée par un conseil de bande, satisferait à l'objectif principal de la *Loi sur les Indiens* — la préservation du patrimoine collectif — et permettrait de concilier les principes de l'autonomie autochtone et de la protection des intérêts individuels.

L'expérience de plusieurs collectivités aux États-Unis démontre que, si le pouvoir normatif existe, peu importe sa source, les Autochtones sont clairement en mesure d'adopter et de mettre en œuvre les règles relatives à la protection de la résidence familiale et qu'ils sont possiblement mieux en mesure de balancer les intérêts collectifs et individuels inhérents à ce genre de questions dans le contexte particulier des terres de réserve. Qu'ils choisissent d'élaborer un code complet ou d'adopter par renvoi les règles de la société dominante, le choix des normes doit demeurer le leur. À la lumière de l'expérience américaine, et à en voir l'étendue, il est donc difficile de concevoir une objection de principe à l'exercice du pouvoir normatif autochtone dans ce domaine. Le succès avec lequel certaines de ces collectivités ont géré l'épineuse question de la résidence familiale nous porte à croire que cette tâche est également possible pour un grand nombre de collectivités au Canada.

2.3.1.2 L'interprétation des lois relatives aux Autochtones

Dans l'affaire *Nowegijick* c. *La Reine*[106], la Cour suprême a formulé les principes d'interprétation des lois relatives aux Autochtones : « les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et toute ambiguïté doit profiter aux Indiens [107] ». En vertu de ce principe, les lois concernant les Autochtones, notamment la *Loi sur les Indiens*, doit s'interpréter de manière à accroître, plutôt que diminuer, leurs droits. Selon le juge La Forest pour la majorité, dans *Mitchell* c. *Bande Indienne Peguis*[108],

> [...] il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la Loi sur les Indiens, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger.

106. *Nowegijick* c. *La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.
107. *Id.*, 36.
108. *Mitchell* c. *Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85.

> [...] Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir[109].

Dans cette affaire, le juge La Forest a fait appel à ces principes d'interprétation afin de déterminer l'étendue de la protection contre la taxation et la saisie prévue dans la *Loi sur les Indiens*. Pour lui, l'interprétation libérale et généreuse à l'égard des Indiens doit nécessairement reposer sur l'économie générale de la loi et les engagements historiques pris par la Couronne à l'égard de la protection des biens des Autochtones.

Suivant ces principes, l'interprétation des pouvoirs généraux accordés aux conseils de bande nous amène à revoir l'objectif même de la *Loi sur les Indiens* — la protection des terres — et les moyens d'y parvenir, soit par la protection de la Couronne et l'autonomie des collectivités. Dans la mesure où les pouvoirs d'un conseil de bande incarnent précisément l'autonomie d'une collectivité et qu'ils sont exercés en vue de l'atteinte de l'objectif principal de la *Loi sur les Indiens*, ces pouvoirs devraient logiquement recevoir une interprétation large et fondée sur le contexte global de la Loi[110].

Le contexte global

L'examen du contexte global de la *Loi sur les Indiens* et du régime qu'elle met en place est utile pour deux raisons. D'abord, il permet de renforcer l'analyse du pouvoir de réglementation sur la résidence et de confirmer les propositions que nous avons formulées plus haut à l'égard de l'interprétation du sens ordinaire des mots. Il permet ensuite de délimiter ce pouvoir d'une manière qui soit compatible avec l'ensemble de la Loi. En effet, si l'article 81 (1) p. 1) permet au conseil de bande de réglementer aux fins de la résidence, soit en principe tous les aspects de la résidence, y compris la résidence familiale, cette réglementation ne doit pas être incompatible avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

---

109. *Id.*, 143.

110. Voir également la *Loi d'interprétation*, L.R. 1985, c. I-21, art. 12 : tout texte législatif doit s'interpréter « de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

Il faut donc examiner le pouvoir de réglementation du conseil de bande sur les questions touchant la résidence conjointement avec ses pouvoirs de gestion[111], et un important pouvoir de taxation[112], ainsi que sa compétence à l'égard de l'attribution des terres[113], pouvoirs qui sont au cœur même du régime de la *Loi sur les Indiens*. Bien que l'ensemble de ces pouvoirs soient soumis à l'approbation du ministre, ils font clairement partie de la dynamique — protection et autonomie — qui s'inscrit dans l'objectif principal de la Loi.

Parmi tous les pouvoirs du conseil de bande, celui d'attribuer les terres en vertu de la procédure prévue dans l'article 20 de la *Loi sur les Indiens* est sans doute le plus important. Ce pouvoir comprend plusieurs composantes, dont un aspect discrétionnaire, et c'est souvent avec lui que doivent interagir les règlements sur la résidence adoptés en vertu l'article 81. Rappelons d'abord que le droit de résider dans la réserve et l'appartenance à la collectivité sont deux conditions essentielles au droit de possession d'une terre. En effet, celui qui cesse d'avoir le droit de résider dans la réserve doit se départir de son droit de possession à l'égard d'une terre[114] et, en principe, un non-membre ne peut exercer des droits, notamment celui de résider, sur la réserve[115]. Précisons aussi que le conseil de bande détermine et adopte les règles relatives au droit de résider dans la réserve[116] ainsi que celles qui concernent l'appartenance[117]. Par conséquent, le conseil de bande a un certain pouvoir implicite sur la perte du droit de possession d'une terre puisqu'il détermine les conditions essentielles pour l'attribution et le maintien de ce droit.

Or, rien dans la Loi n'indique de manière expresse que le conseil de bande a le pouvoir de retirer le certificat de possession ou de le transférer à une autre personne pour des motifs liés à la protection du foyer ou du

111. Le conseil de bande peut réglementer les questions portant sur l'observation de la loi et le maintien de l'ordre, la division de la réserve en zones, la construction, la réparation et l'usage des bâtiments de même que l'arpentage des terres et leur répartition entre les membres de la bande : *Loi sur les Indiens*, précitée, note 1, art. 81 ; il peut exproprier des terres aux fins d'exploitation (art. 18 (2)) ; il doit donner son consentement pour l'exploitation des terres par toute autre personne que les membres (art. 28 (2)).
112. Le conseil de bande peut imposer des taxes et des droits d'occupation, de possession et d'usage sur les immeubles situés dans la réserve : *Loi sur les Indiens*, précitée, note 1, art. 83.
113. *Id.*, art. 20.
114. *Id.*, art. 25.
115. *Id.*, art. 28 (1).
116. *Id.*, art. 81 (1) p. 1).
117. *Id.*, art. 10 (3).

patrimoine familial. Les articles 26 et 27 énoncent que le certificat de possession ne peut être annulé qu'avec le consentement de celui qui en est titulaire ou lorsqu'il a été délivré par fraude ou erreur et qu'il ne peut être corrigé que lorsqu'il a été délivré par erreur à une personne à qui il n'était pas destiné ou au nom d'une telle personne, ou encore s'il contient une erreur d'écriture, une fausse appellation ou une description erronée de quelque fait important.

Néanmoins, conformément à un règlement édicté aux termes de l'article 81 (1) p. 2), un membre de la bande et ses enfants pourraient certainement être autorisés à demeurer pour une période de temps déterminée dans une résidence située sur une terre dont un autre membre est légalement en possession. Même s'il s'agit d'une interprétation audacieuse des textes, à notre avis, un tel règlement pourrait également prévoir le transfert du certificat de possession d'une terre située dans une réserve, sous réserve toutefois de l'approbation du ministre. Si cette dernière condition était remplie, le conseil de bande se trouverait à restreindre par règlement le droit de résider sur une terre dont un Indien est légalement en possession. Toutefois, une telle approche soulève une foule de questions que nous entendons approfondir dans une étude ultérieure.

Pour être jugées valides, les règles sur la résidence familiale adoptées en vertu de l'article 81 doivent être compatibles avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens*, dont le mécanisme d'attribution des terres, qui dépend en grande partie du conseil de bande. Ce dernier, qui est appelé à administrer le patrimoine des membres de la collectivité, agit d'ailleurs comme fiduciaire du bien commun et doit tenir compte de l'intérêt de l'ensemble des membres de la collectivité. Ainsi, le conseil de bande doit exercer son pouvoir d'attribution conformément à l'obligation fiduciaire envers tous les membres de la bande, tandis que ses décisions doivent répondre aux exigences de l'équité procédurale et concilier les droits de l'individu qui demande l'attribution et les intérêts collectifs de la bande[118].

Dans la mesure où les règles sur la protection de la résidence familiale contribuent au maintien de l'ordre et de la paix sociale dans la réserve, elles sont inévitablement liées aux intérêts de la collectivité. Et c'est précisé-

---

118. *Campbell* c. *Elliot*, [1988] 4 C.N.L.R. 45 (Fed. T.D.) ; *Lower Nicola Indian Band* c. *Trans Canada Displays Ltd.*, précité, note 53 ; *Williams* c. *Squamish*, [2003] 2 C.N.L.R. 390 (Fed. T.D.) ; *Gilbert* c. *Abbey*, [1992] 4 C.N.L.R. 21 (B.C.S.C.) ; *Assu* c. *Chickite*, [1999] 1 C.N.L.R. 14 (B.C.S.C.) ; *Samson Cree Nation* c. *Canada*, (2002), sub. nom. *Buffalo* c. *Canada*, [2003] 1 C.N.L.R. 1. (Fed. T.D.) ; *Matsqui Indian Band* c. *Bird*, [1993] 3 C.N.L.R. 80 (B.C.S.C.).

ment ce genre de règles qui vont permettre au conseil de bande d'agir en fiduciaire envers tous les membres, dont les conjoints et les enfants à charge, dans l'exercice de son pouvoir de gestion et d'attribution des terres de réserve.

2.4 L'exercice du pouvoir réglementaire

S'il est admis qu'un conseil de bande a le pouvoir de réglementer les questions relatives à la protection de la résidence familiale, encore faut-il qu'il ait la volonté d'exercer un tel pouvoir et qu'il puisse effectivement le faire. Plusieurs conseils de bande hésitent toujours à exercer pleinement leurs pouvoirs de réglementation, que ce soit pour des raisons politiques, économiques ou philosophiques[119]. Quoiqu'un grand nombre d'obstacles demeurent toujours en place pour les conseils de bande soumis au régime de la *Loi sur les Indiens*, certaines collectivités ont acquis la volonté et les outils nécessaires pour entreprendre le processus qui mène à l'adoption de textes réglementaires.

À titre d'exemple, en 1980, la collectivité Spallumcheen en Colombie-Britannique a adopté la *By-law No. 3* qui lui donne compétence exclusive en matière d'adoption. Dans l'affaire *S. (E.G.)* c. *Spallumcheen Band Council*[120], la Cour suprême de la Colombie-Britannique a reconnu la validité de la *By-law No. 3*. Le juge Williamson a noté les programmes mis en marche par la collectivité et les protocoles de travail adoptés afin de faciliter sa mise en œuvre et d'assurer la liaison avec le ministère provincial responsable de l'adoption. Il semble satisfait des motifs qui sous-tendent l'adoption du règlement, soit [traduction] : « la conclusion par la collectivité que l'intérêt de ses enfants n'était pas bien servi par un régime axé sur le bien-être des enfants de la population en général. » Quoique la *Loi sur les Indiens* ne prévoie pas précisément le pouvoir d'adopter un tel règlement, le juge Williamson reconnaît que le conseil de bande poursuivait un objectif communautaire valide et d'une importance cruciale pour l'ensemble de la collectivité. Par conséquent, en vertu des pouvoirs généraux prévus dans l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*, il pouvait adopter un ensemble de règles qui prévoit les modalités d'adoption et qui remplace, en pratique, la législation provinciale.

---

119. Voir notamment INSTITUTE ON GOVERNANCE, *A Framework for Action : Building Stronger First Nation Communities through Policies and Bylaws*, Ottawa, 2002.
120. *S. (E.G.)* c. *Spallumcheen Band Council*, [1998] B.C.J. 2778 (B.C.S.C.).

Par ailleurs, les tribunaux ont bien reçu l'exercice du pouvoir du conseil de bande en vue de prescrire les conditions de résidence et de prévoir l'expulsion d'un locataire ou son bannissement de la réserve. Dans l'affaire *Gamblin* c. *Nation Crie de Norway House*[121], la Cour fédérale a reconnu que le conseil de bande est « le seul tribunal administratif ayant l'expertise nécessaire pour établir des procédures efficaces pour attribuer un logement aux membres de la bande ». Par conséquent, le conseil de bande qui a un objectif social valide peut adopter des règlements administratifs permettant l'expulsion d'un logement ou de la réserve. En tant qu'organe légitime et validement élu, le Conseil de bande doit pouvoir prendre des décisions comme il l'entend sur les questions qui entrent dans le champs de ses compétences[122].

L'exercice du pouvoir normatif, notamment par l'adoption de règlements, est essentiel à l'épanouissement social ainsi qu'au développement économique et politique des collectivités autochtones[123]. Il permet d'assumer la souveraineté et la gestion à l'égard des affaires internes et aide à fortifier les institutions locales en vue d'une plus grande autonomie politique. Par ailleurs, l'adoption de règlements peut permettre de dépolitiser les décisions qui doivent être prises quotidiennement en départageant la prise de décision par les chefs politiques et leur mise en œuvre par les administrateurs. Dans certains cas, les règlements sont mieux appropriés que les simples résolutions, politiques ou directives, car ils procurent une plus grande stabilité et prévisibilité pour l'ensemble des membres de la collectivité. De surcroît, ils sont davantage à l'abri des opinions partisanes et ils sont mieux en mesure de prévoir la reddition de comptes et la résolution des conflits.

Dans une étude menée en Colombie-Britannique sur le suicide juvénile chez les Autochtones, les chercheurs Micheal Chandler et Christopher Lalonde ont examiné plusieurs éléments de l'identification culturelle afin de déterminer leur impact sur le taux de suicide[124]. Ils prétendent qu'il

---

121. *Gamblin* c. *Nation Crie de Norway House*, [2000] A.C.F. n° 2132 (C.F.), confirmé par la Cour d'appel fédérale dans *Gamblin* c. *Nation Crie de Norway House*, [2002] A.C.F. n° 1411 (C.A.F.).

122. Voir également : *Assu* c. *Chickite*, précité, note 118 ; *Six Nations of the Grand River Band* c. *Henderson*, précité, note 51.

123. J. GRAHAM et J. WILSON, *Aboriginal Governance in the Decade Ahead : Towards a New Agenda for Change*, Ottawa, Institute on Governance, 2004. Voir également S. CORNELL et J. KALT, *Sovereignty and Nation – Building : The Development Challenge in Indian Country Today*, Cambridge (Mass.), Harvard Project on American Indian Economic Development, 2001.

124. M. CHANDLER et C. LALONDE, « Cultural Continuity as a Hedge against Suicide in Canada's First Nations », *Transcultural Psychiatry*, vol. 25, n° 2, 1998, p. 191.

existe une relation directe entre la « continuité culturelle », l'estime collective et le taux de suicide. Les résultats démontrent que l'autonomie gouvernementale, dont la reprise des pouvoirs nécessaires à la gestion des affaires de la communauté, procure la plus importante protection contre le suicide juvénile. Cette étude souligne l'importance du pouvoir normatif autochtone à deux égards : d'une part, la collectivité qui exerce son pouvoir sur ses affaires internes est en mesure d'adopter des règles en vue du bien-être collectif et individuel de ses membres ; et, d'autre part, l'exercice de ce pouvoir semble contribuer à l'estime collective et, par conséquent, il renforce ainsi le bien-être collectif et individuel.

Par ailleurs, dans leur projet sur la gouvernance autochtone et le développement économique, Stephen Cornell et Joseph Kalt ont démontré que l'exercice du pouvoir normatif par les Autochtones — ce qui suppose sa reconnaissance par les autorités — est l'élément le plus déterminant dans le processus de développement économique d'une collectivité[125]. Les raisons qui doivent pousser les Autochtones à exercer leur pouvoir à l'égard de la résidence familiale sont les mêmes que celles qui ont motivé les nombreuses initiatives sur l'autonomie gouvernementale depuis le milieu des années 70, soit le désir pour les Autochtones de reprendre la gestion de leurs affaires et de se diriger selon des normes qui tiennent compte de leur contexte politique, socioéconomique et culturel particulier.

Bien entendu, le pouvoir réglementaire du conseil de bande en vertu de la *Loi sur les Indiens* comporte également des limites importantes qui dépassent la simple volonté et la capacité pour les collectivités autochtones de réglementer une question donnée, notamment en ce que le ministre a toujours le pouvoir d'annuler un règlement à la suite de son adoption[126]. Par ailleurs, les tribunaux pourraient vraisemblablement juger que les conseils de bande sont par nature des entités gouvernementales liées par la *Charte canadienne des droits et libertés*[127], sous réserve toutefois de l'interprétation de l'article 25 de cette même charte, et dont les actes sont sujets à une demande de contrôle judiciaire. Quoiqu'ils soient pertinents relativement à l'étude du pouvoir normatif autochtone en vertu de la *Loi sur les Indiens*, ces propos dépassent cependant les limites de notre analyse.

125. S. CORNELL et J. KALT, *op. cit.*, note 123, p. 28.
126. *Loi sur les Indiens*, précitée, note 1, art. 82.
127. *Conseil de la nation huronne Wendat* c. *Gagnon*, [1991] A.Q. 1640 (j. Rousseau-Houle, diss.).

3 La *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*

En terminant, nous allons examiner brièvement la situation particulière des Cris du Québec et des Naskapis de Shefferville, qui sont soumis à un régime différent de celui de la *Loi sur les Indiens*. Ces collectivités représentent plus de 20 p. 100 de toutes les Premières Nations du Québec ; elles vivent sur des terres dont le régime foncier n'est pas sans rappeler plusieurs des éléments de la *Loi sur les Indiens* et elles bénéficient d'une plus grande autonomie politique à l'égard de la gestion de leurs affaires internes. Pour ces raisons, elles présentent un intérêt particulier, et plusieurs des conclusions que nous avons énoncées quant au pouvoir des collectivités de réglementer les questions relatives à la résidence familiale en vertu de la *Loi sur les Indiens* peuvent forcément s'appliquer à elles.

Rappelons d'abord que la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*[128], signée en 1975 par les gouvernements du Canada et du Québec et les représentants des populations autochtones, a permis de mettre fin à d'importantes revendications territoriales et d'aller de l'avant avec le mégaprojet d'exploitation hydroélectrique du Québec. La CBJNQ concernait initialement les Cris du Québec et les Inuits. Or, depuis 1978, elle touche également les Naskapis de Shefferville à la suite de la conclusion d'un accord accessoire, soit la *Convention du Nord-Est québécois* (CNEQ)[129]. Par ces conventions, les Autochtones se sont vu reconnaître une série de droits, de privilèges et d'avantages touchant le maintien et le développement de leur culture et de leurs communautés ainsi qu'un rôle majeur dans les projets de mise en valeur du territoire et de ses ressources[130].

Ces droits, privilèges et avantages sont liés au statut particulier des terres qui font l'objet de la CBJNQ et de la CNEQ et qui sont divisées en trois catégories. Les terres de catégorie I sont mises de côté à l'usage et au bénéfice exclusif des Cris (IA) et des Naskapis (IA-N)[131]. La propriété de

---

128. SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 9. Cette convention a été mise en vigueur par la *Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie-James et du Nord québécois*, S.C. 1976-77, c. 32, et la *Loi approuvant la Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, L.Q. 1976, c. 46 (devenue L.R.Q., c. C-67).

129. Voir la Convention complémentaire n° 1 dans SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 9, p. 489 (ci-après citée : « CNEQ ») ; Cette convention a été mise en vigueur par décret du gouvernement fédéral le 23 février 1978, C.P. 1978-502 ; *Loi approuvant la Convention du Nord-Est québécois*, L.Q. 1978, c. 98 (devenue L.R.Q., c. C-67.1).

130. Voir généralement A. GAGNON et G. ROCHER (dir.), *Regard sur la Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, Montréal, Québec Amérique, 2002.

131. CBJNQ, art. 5.1.2 et CNEQ, art. 5.1.1 et 5.1.2.

ces terres demeure celle de la Couronne (Québec), tandis que leur administration, leur régie et leur gestion sont transférées au gouvernement fédéral, qui assume, par l'entremise de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*[132], des responsabilités analogues à celles qui sont prévues en vertu de la *Loi sur les Indiens*. La propriété des terres de catégorie I en territoire inuit est transférée aux collectivités érigées en corporations communautaires créées par la CBJNQ et ces terres demeurent toujours sous compétence provinciale.

L'entrée en vigueur de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* fait suite à la recommandation contenue dans la CBJNQ d'adopter « une législation spéciale concernant une administration locale » pour les Autochtones sur les terres de catégorie I[133]. Le préambule de cette loi confirme d'ailleurs l'intention de la CBJNQ d'instaurer « un régime d'administration locale organisé et efficace », ainsi que l'administration, la régie et la gestion par les Autochtones des terres de catégorie I et la protection de leurs droits individuels et collectifs[134]. En vertu de cette loi, la bande a d'ailleurs pour mission : d'exercer les pouvoirs d'une administration locale sur les terres de catégorie I ; d'en assurer l'usage, la gestion, l'administration et la réglementation ; d'en régir l'octroi des droits et intérêts ; d'en réglementer l'usage des bâtiments ; de promouvoir le bien-être général de ses membres ; et de préserver et de promouvoir la culture, les valeurs et les traditions autochtones[135]. Enfin, cette loi dispose que la bande peut, aux fins de bonne administration locale et en vue d'assurer le bien-être général de ses membres, adopter des règlements pour l'administration de ses affaires et sa gestion interne[136].

Dans l'affaire *Eastmain Band* c. *Gilpin*[137], la Cour a considéré que les pouvoirs de réglementation des conseils de bande en vertu de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* sont parmi les « droits, privilèges et avantages » concédés aux Autochtones par la CBJNQ. Par conséquent, ces pouvoirs sont protégés par la Constitution canadienne et se trouvait à l'abri des règles qui s'appliquent normalement à la législation déléguée[138].

---

132. *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, précitée, note 83.
133. CBJNQ, c. 9.
134. *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, précitée, note 83, préambule.
135. *Id.*, art. 21.
136. *Id.*, art. 45 et suiv.
137. *Bande d'Eastmain* c. *Gilpin*, [1987] R.J.Q. 1637 (C.S.P.).
138. *Id.*, 1643.

Dans cette affaire, le conseil de bande de la collectivité crie d'Eastmain avait adopté un règlement, conformément à l'article 45 de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, imposant un couvre-feu aux personnes âgées de 16 ans et moins. Ce règlement était contesté pour le motif qu'il était discriminatoire et qu'il violait ainsi un principe reconnu en droit selon lequel un organisme administratif ne possède que les pouvoirs qui lui sont conférés par le législateur. Or, comme la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* n'autorisait pas expressément l'adoption d'un règlement discriminatoire, on prétendait que le conseil de bande avait outrepassé sa compétence. Le juge Lavergne, qui a rejeté cet argument, a d'abord examiné les dispositions et l'économie générale de cette loi : « [elle] recèle des dispositions qui rendent bien compte du souci du législateur d'assurer dorénavant aux Cris le droit d'établir des normes de comportement en fonction des besoins de leur société qu'ils auront eux-mêmes déterminés[139] ». Il a par la suite confirmé le pouvoir du conseil de bande d'adopter le règlement discriminatoire en reconnaissant que les Cris jouissent d'un statut particulier à l'égard des terres de catégorie IA et en concluant que certaines limites du droit administratif ne peuvent s'appliquer au pouvoir réglementaire des conseils de bande. Par conséquent, le texte de l'article 45 de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* doit s'interpréter comme conférant aux conseils de bande le plein pouvoir pour légiférer à l'intérieur d'un champ de compétence selon les besoins de la communauté tels qu'elle les a déterminés[140]. Le juge Lavergne reconnaît que ce pouvoir va beaucoup plus loin que celui qui a été conféré par la *Loi sur les Indiens* :

> La Convention dresse ainsi une nette démarcation entre le régime tulélaire de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, c. I-6] auquel il aura été mis fin une fois ratifiée par les législations promises. C'est pourquoi, se dégage-t-il, de l'avis de la Cour, une volonté de rendre aux Cris une autonomie administrative qui se marie mal avec cette sorte de pouvoir traditionnel de surveillance que conservent les parlements à l'égard du pouvoir réglementaire des autorités administratives qu'ils ont créées[141].

La *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* s'est d'ailleurs départie des pouvoirs de désaveu et d'approbation du ministre dans le processus d'adoption des règlements. En ce qui concerne les règlements plus importants, notamment sur l'usage des terres et la taxation, le conseil de bande doit simplement solliciter l'approbation d'une majorité des électeurs[142].

---

139. *Id.*, 1642.
140. *Id.*, 1643.
141. *Id.*, 1642.
142. *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, précitée, note 83, art. 45 (3), 46 (2) et 47 (2).

Par ailleurs, la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec* demeure silencieuse quant à la protection et au partage de la résidence familiale. Elle énumère cependant les personnes qui ont le droit de résider sur les terres de catégorie I[143] et elle prévoit qu'une collectivité autochtone peut adopter les règlements administratifs voulus afin de régir l'exercice des droits de résidence sur son territoire[144]. *A priori*, ce pouvoir semble moins large que celui qui est prévu dans la *Loi sur les Indiens*. Rappelons que ce dernier permet au conseil de bande d'adopter des règlements administratifs « pour les fins [de] la résidence » et non seulement « le droit de résider ». De plus, celui-ci comporte une autre limite intrinsèque dans le fait qu'il doit « régir l'exercice » des droits de résidence. Or, à la lumière des principes de l'arrêt *Eastmain Band* c. *Gilpin*, il est improbable que cette formulation vienne limiter le pouvoir d'une collectivité d'adopter des règlements relatifs à la résidence familiale dans la mesure où ils le sont « à des fins de bonne administration locale et en vue d'assurer le bien-être général de ses membres ».

Conclusion

Suivant le sens ordinaire des mots et l'approche contextuelle, il ne fait aucun doute, selon nous, qu'en vertu de la *Loi sur les Indiens* les conseils de bande ont le pouvoir d'adopter des règlements sur la protection de la résidence familiale. L'adoption d'un tel pouvoir de manière explicite dans la législation récente, notamment dans la *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*, indique qu'il n'existe aucune objection de principe à ce que les conseils de bande puissent réglementer cette question. D'ailleurs, la jurisprudence reconnaît que toute législation relative aux Autochtones, dont la *Loi sur les Indiens*, doit s'interpréter de manière à favoriser l'épanouissement politique des collectivités autochtones et à réparer les torts historiques qu'elles ont subis en raison des politiques assimilatrices antérieures de la société dominante. C'est précisément par l'adoption de mesures législatives comme l'article 81 (1) p. 1) et par l'interprétation libérale de ces dispositions — de manière à permettre aux Autochtones de régler eux-mêmes les questions relatives à leurs affaires internes — que ces « torts historiques » peuvent être réparés.

Nous sommes conscient que le simple fait de pouvoir réglementer la question relative à la protection et au partage de la résidence familiale n'apporte pas de solution à tous les problèmes qui y sont rattachés. L'exercice

143. *Id.*, art. 103 et 104.
144. *Id.*, art. 102.

de ce pouvoir et la mise en œuvre effective des règles ainsi adoptées représentent des défis d'une plus grande envergure. Or, notre étude cherche simplement à susciter un débat à propos de la prétendue impossibilité de réglementer cette question dans le contexte de la *Loi sur les Indiens*. Il convient cependant de souligner que, dans notre esprit, la reconnaissance et l'exercice d'un tel pouvoir constituent uniquement une solution temporaire. Néanmoins, cela peut contribuer à l'avènement d'une véritable autonomie gouvernementale autochtone qui se substituera totalement à la *Loi sur les Indiens*.

Rita Dagenais résume ainsi la position des Autochtones et des juristes sur l'essentiel de ce qu'il faudrait faire :

> On se retrouve donc face à un vide juridique important. Dans le cas d'une résidence familiale située sur une réserve, la loi provinciale ne peut s'appliquer. Il n'existe aucune loi fédérale qui régit les résidences familiales ni les régimes matrimoniaux des Indiens qui résident sur une réserve. La Loi sur les Indiens ne reconnaît pas le pouvoir législatif d'un conseil de bande dans ce domaine.
>
> La solution est évidente. Les communautés autochtones doivent pouvoir légiférer dans ce domaine. Les gouvernements fédéral et provincial doivent reconnaître le pouvoir des gouvernements autochtones de se doter des lois concernant les résidences familiales et leur permettant d'établir leurs propres régimes matrimoniaux compatibles avec leur culture et leurs traditions[145].

Le Comité sénatorial sur les droits de la personne, qui étudie présentement la question, semble fonder ses recommandations sur la même prémisse. Or, si l'on accepte que les conseils de bande ont déjà le pouvoir nécessaire pour réglementer les questions relatives à la résidence familiale, les efforts consacrés à l'atteinte de cet objectif pourront désormais servir d'autres fins, dont l'exercice effectif de ce pouvoir et la mise en œuvre appropriée des règles adoptées.

Alors que le régime de la *Loi sur les Indiens* et l'influence de la société dominante ont créé des obstacles considérables aux traditions et aux valeurs des Premières Nations en ce qui a trait aux terres, à la famille ainsi qu'aux rapports entre les hommes et les femmes dans la communauté, la jurisprudence et les politiques gouvernementales plus récentes ont souvent bouleversé la manière qu'ont les Autochtones de se gouverner. Si certaines collectivités peuvent être appelées à suivre la société dominante à l'égard de la protection et du partage de la résidence familiale, d'autres pourraient

145. R. DAGENAIS « Le droit de la famille autochtone », dans *Droit civil et droits autochtones, confrontation ou complémentarité*, recueil de textes présentés à la conférence Henri-Capitant, *op. cit.*, note 35, p. 32-33.

aborder la question d'une manière qui déborde fréquemment le cadre des rapports entre les conjoints, et ce, en cherchant à concilier le contexte plus global des valeurs autochtones pour ce qui est des obligations envers la terre et les ressources de la communauté.

L'essentiel est peut-être de reconnaître que, dans le milieu autochtone, la question de la résidence familiale touche non seulement aux rapports familiaux mais aussi à la gestion des biens et du territoire de la collectivité ainsi qu'à sa culture, à son identité et à son bien-être collectif. Dans certains cas, cela peut même supposer un examen de la portée du pouvoir normatif des conseils de bande par rapport au pouvoir traditionnel et à son influence sur la résolution des questions touchant la famille, la terre et la vie communautaire dans la réserve. Pour certaines collectivités, il s'agit peut-être d'abord de redéfinir le problème dans des termes qui démontrent une appréciation pour le régime particulier des terres de réserve, les conceptions traditionnelles autochtones et leur contexte socioéconomique et culturel spécifique. Si, en effet, le droit est le reflet d'une société et de sa culture, il faut admettre que la législation provinciale qui prévoit les règles relatives à la protection de la résidence familiale traduit principalement les valeurs culturelles de la société québécoise et de sa tradition juridique. Le degré d'identification des Autochtones du Québec à ces valeurs et à cette tradition juridique va certainement déterminer dans une large mesure la forme et le contenu d'une législation proprement autochtone.