

MÉMOIRE

PROJET DE LOI C-7 (2002)

*LOI CONCERNANT LE CHOIX DES DIRIGEANTS, LE
GOUVERNEMENT ET L'OBLIGATION DE RENDRE
COMPTE DES BANDES INDIENNES ET MODIFIANT
CERTAINES LOIS*

Mars 2003

MÉMOIRE

PROJET DE LOI C-7 (2002)

*LOI CONCERNANT LE CHOIX DES DIRIGEANTS, LE
GOUVERNEMENT ET L'OBLIGATION DE RENDRE
COMPTE DES BANDES INDIENNES ET MODIFIANT
CERTAINES LOIS*

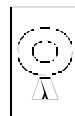
Mars 2003



Barreau du Québec

Ce mémoire a été approuvé par
le Cabinet du bâtonnier
le 24 mars 2003 et corrigé le 16 mai 2003.

Dépôt légal – Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada
1er trimestre 2003 et au 2^e trimestre 2003



LE BARREAU DU QUÉBEC

Créé en 1849, le Barreau du Québec a abordé le 21^{ème} siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

Le Barreau du Québec regroupe un peu plus de 19,850 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 42% de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

MEMBRES DU COMITÉ SUR LE DROIT EN REGARD DES PEUPLES AUTOCHTONES

*Me Renée Dupuis, *présidente*

*Me Jocelyne Barrett

Me Alain Lafontaine

Me René Morin

*Me Simon Picard

*Me David Schulze

Me Ken Rock

*Me Carole Brosseau, *secrétaire*

Avocate au Service de Recherche et Législation

* Ont participé directement à l'élaboration de ce mémoire.

Les avocates et avocats qui siègent sur le Comité agissent pour le compte de leur ordre professionnel et n'engagent que leur opinion personnelle et non celle de leur employeur ou cabinet, le cas échéant.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 COMMENTAIRES GÉNÉRAUX.....	3
CHAPITRE 2 COMMENTAIRES PARTICULIERS.....	7
2.1. PRÉAMBULE.....	7
2.2. DÉFINITIONS.....	8
2.3. LA GOUVERNANCE DES BANDES	9
2.3.1. <i>La prépondérance limitée des codes</i>	10
2.4. POUVOIRS DU CONSEIL.....	13
2.4.1. <i>Capacité juridique des bandes</i>	13
2.4.2. <i>Pouvoirs législatifs du Conseil</i>	14
2.4.3. <i>Inspection et perquisition</i>	16
2.5. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	17
2.6. DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET MODIFICATIONS CONNEXES	18
CONCLUSION	19

INTRODUCTION

D'entrée de jeu, le Barreau du Québec voudrait remercier les membres du Comité permanent des Affaires autochtones, du développement du Grand Nord et des ressources naturelles d'entendre nos commentaires dans le cadre de la consultation publique et de recevoir le mémoire qui vous est soumis avec l'inventaire de toutes les recommandations et commentaires que nous désirons vous transmettre à l'égard du projet de loi C-7, *Loi sur la gouvernance des Premières nations*.

Comme il s'agit de la première intervention du Barreau du Québec auprès du Comité, il nous apparaît important de situer notre rôle qui influencera notre implication dans l'analyse du projet de loi. L'engagement du Barreau du Québec sur la question autochtone a débuté par la formation du Comité sur le droit en regard des peuples autochtones créé suite aux engagements pris par le Barreau du Québec au Sommet de la justice¹ en février 1992. Ce comité, composé de juristes autochtones et non autochtones, a pour mandat général de faire le point sur l'état de droit en regard de peuples autochtones vivant dans la province de Québec et de conseiller le Barreau du Québec sur les gestes à poser dans le domaine du droit. Depuis sa création, le Comité a axé ses efforts principalement sur la formation des membres de notre ordre professionnel.

Par ailleurs, à titre de comité aviseur, ce même comité a permis au Barreau du Québec d'intervenir auprès de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones du Canada en présentant un mémoire sur la redéfinition des relations entre les peuples autochtones, l'ensemble des citoyens et le droit². Plus tard, le Barreau du Québec répondait au Rapport de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones³ en se concentrant sur la question de la justice pénale et en proposant des recommandations sur des positions éventuelles à ce sujet⁴. Plus récemment, le Barreau du Québec intervenait auprès des membres de la

¹ Ce sommet a été tenu dans le cadre des activités entourant le 25^e anniversaire du Ministère de la Justice du Québec.

² Mémoire du Barreau du Québec, La redéfinition des relations entre les peuples autochtones, l'ensemble des citoyens et le droit, octobre 1993.

³ Commission royale sur les peuples autochtones, Par-delà les divisions culturelles. Rapport sur les autochtones et la justice pénale, Groupe Communications Canada, 1996, 343 pages.

⁴ Mémoire du Barreau du Québec, Rapport – Recommandations du Comité sur le droit en regard des peuples autochtones, novembre 1998.

Commission des institutions pour faire valoir ses commentaires dans le cadre de la consultation publique élargie portant sur l'Entente de principe d'ordre général entre les Premières nations de Mamuitun et de Nutashkuan, le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada⁵.

Depuis quelques années, un vent de changement souffle afin de favoriser l'établissement d'un nouveau contrat social entre les autochtones et les autres citoyens tant au Québec qu'au Canada. Par son rôle de protection du public, le Barreau détient la responsabilité de contribuer à ce que les processus de changement social et de règlement des litiges se déroulent dans le meilleur intérêt de toutes et tous. Pour cela, il faut que les personnes clés, susceptibles d'être parmi les acteurs de changement, puissent orienter leur conduite en s'appuyant sur une vision complète et équitable de la problématique. Les avocats font partie de ces personnes clés tout comme ils en faisaient partie dans le cadre d'autres luttes sociales importantes aux États-Unis ou ici telle la lutte pour l'égalité des sexes ou encore pour la diversité.

Le *Code déontologie des avocats* impose aux avocats l'obligation de faire preuve d'objectivité et de modération en toutes circonstances⁶. Or, le Barreau du Québec a un mandat légal qui est celui de protéger les intérêts du public, c'est-à-dire de tous les justiciables. Vu ce rôle, le Barreau du Québec détient la responsabilité de contribuer à ce que le processus de changement social et la redéfinition juridique des rapports sociaux se déroulent dans le meilleur intérêt de tous.

Compte tenu de ce qui précède, le Barreau du Québec a donc favorisé une approche orientée davantage vers une appréciation juridique des dispositions législatives proposées par le projet de loi C-7, *Loi sur la gouvernance des Premières nations*.

⁵ Mémoire du Barreau du Québec, Entente de principe d'ordre général (Premières nations), février 2003.

⁶ *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r.1, article 2.03.

Chapitre 1

COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

La *Loi sur les Indiens*⁷ adoptée à l'origine en 1876 en vertu du pouvoir constitutionnel du parlement à l'égard des Indiens⁸ et des terres indiennes, s'inspire principalement de politiques élaborées au XIX^e siècle et conserve en grande partie, encore aujourd'hui, sa forme originale⁹. Malgré les nombreuses tentatives de modifications législatives depuis son adoption, allant même jusqu'à la recommandation de son abrogation pure et simple¹⁰, beaucoup de protestations de la part des Indiens fusèrent. Ainsi, monsieur Harold Cardinal¹¹ s'est exprimé ainsi sur le sujet :

“Ce n'est pas en raison de sa valeur en soi que nous voulons que soit maintenue la Loi sur les Indiens, elle n'en a pas. Elle est discriminatoire dans toutes ses stipulations. Mais elle nous sert de levier pendant qu'elle embarrasse le gouvernement et il est juste qu'il en soit ainsi. Aucune société juste, aucune société qui se targue d'être juste, ne peut tolérer longtemps une telle loi, mais en ce qui nous concerne, nous préférons encore vivre sous le joug de l'injuste Loi sur les Indiens plutôt que de renoncer aux droits qui nous sont sacrés. Dès que le gouvernement voudra remplir ses obligations envers nous, on nous verra on ne peut plus prêts quand il s'agira de collaborer dans une nouvelle Loi sur les Indiens.”

Par ailleurs, la Commission royale sur les peuples autochtones, tout en faisant siens les propos de Tom Siddon, ancien ministre des Affaires indiennes à l'effet qu'aucun changement véritable ne peut se faire dans le contexte de la *Loi sur les Indiens*, conclut par ailleurs que même si la *Loi sur les Indiens* était abrogée, aucun

⁷ *Loi sur les Indiens*, (1985) L.R.C. chapitre I-5.

⁸ Article 91(24) de *l'Acte d'Amérique du Nord Britannique*; Peter HOGG, *Constitutionnal Law of Canada*, Volume II, c. 27, Aboriginal Peoples, Loose-Leaf, Editions Carswell, p. 27-2.

⁹ Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, Rapport de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, Volume I, *Un passé, un avenir*, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, 802 pages, à la page 274.

¹⁰ Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), *La politique indienne du gouvernement du Canada*, 1969, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

¹¹ Harold CARDINAL, *La tragédie des Indiens du Canada*, Montréal, Éditions du Jour, 1970, pages 184.

changement réel ne pourrait se produire sans que ne soient d'abord abandonnés les attitudes et les postulats qui ont abouti à l'adoption de lois comme la *Loi sur les Indiens* et celles qui l'ont précédé. Par ailleurs, la Commission royale d'enquête concluait que c'est vraiment dans le cadre d'une redéfinition de la relation et d'un partenariat réels que des modifications à la *Loi sur les Indiens* pourraient se réaliser¹².

Il est clair que les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* n'est pas un exercice facile. C'est l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et en particulier du paragraphe 35(1) qui, comme disait la Cour suprême dans l'affaire *Delgamuukw*, constitutionnalise les droits existants dont le titre «aborigène»¹³.

Par ailleurs, la *Charte canadienne des droits et libertés* a certainement marquée le pas définitivement vers un rapport plus égalitaire avec les Nations autochtones. Nous n'avons qu'à penser à l'arrêt *Corbière* de 1999¹⁴ où la Cour suprême du Canada a déclaré le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* contraire à l'article 15 de la *Charte* parce que les membres habitant hors des réserves perdaient leur droit d'exercer leur droit de vote aux élections de la Bande parce qu'ils n'entraient pas dans la définition d'électeur prévue à la *Loi sur les Indiens*. D'ailleurs, la Cour a également souligné des implications importantes de la définition restrictive donnée par la Loi au terme «électeur» pour la gouvernance des bandes et a suggéré qu'un processus électoral qui maintiendrait un juste équilibre entre les droits des membres des bandes qui habitent dans les réserves et ceux des membres hors réserves serait préférable. Les conclusions du jugement *Corbière* ainsi que les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones vers une gouvernance et une autonomie gouvernementale nécessaires au développement tant social qu'économique des nations autochtones ne pouvaient qu'être entendues.

¹² Commission royale sur les peuples autochtones, Rapport sur la Commission royale sur les peuples autochtones, Une relation à redéfinir, Volume II, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1996, 462 pages.

¹³ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* (1997) 3 R.C.S. 1010. La Cour suprême détermine que le titre «aborigène» comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive des terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie d'une culture autochtone distinctive. La Cour établit par ailleurs une limite intrinsèque, c'est-à-dire que les utilisations ne peuvent être incompatibles avec le lien spécial qu'entretient chaque Première Nation avec son territoire ancestral.

¹⁴ *Corbière c. Canada* (Ministère des Affaires Indiennes et du Nord canadien) (1999) 2 R.C.S. 203.

Le Barreau du Québec comprend que le dépôt du projet de loi C-7 est une réponse aux besoins de changement à la *Loi sur les Indiens*. Cette pièce législative prévoit les outils de gouvernance pour les bandes sous le régime de la *Loi sur les Indiens* en ce qui concerne le choix des dirigeants, le gouvernement des bandes, la gestion financière et l'obligation de rendre compte, la capacité juridique et les pouvoirs législatifs.

Tout en apportant des modifications connexes à la *Loi sur les Indiens*, le choix du gouvernement n'a pas été de substituer une nouvelle loi à la *Loi* existante. C'est donc dire que la *Loi sur les Indiens* ainsi que le projet de loi C-7 auront une coexistence avec laquelle les Premières nations et autres organismes, en partenariat avec les Premières nations, devront composer. De plus, le projet de loi sous étude s'ajoutera au complexe corpus législatif qui occupe le droit autochtone en confrontant celles et ceux qui y oeuvrent à une multiplicité de lois qui gouvernent déjà les relations administratives et d'affaires existantes.

Le gouvernement tente, au moyen de la *Loi sur la gouvernance des Premières nations*, d'apporter des changements substantiels à la gouvernance des bandes indiennes tout en tentant de planifier pour l'avenir. Par ailleurs, le Barreau du Québec est conscient que cette pièce législative pourra, dans certains cas, présenter des irritants qui pourront être dénoncés par les nations autochtones qui se sentiront lésées dans tout le processus de planification et de mise en œuvre de la gouvernance et inévitablement de l'autonomie gouvernementale.

Le Barreau du Québec, bien que conscient de l'opposition que pourra soulever le projet de loi, croit que le processus de consultation élargie vise justement à corriger les effets négatifs de certaines dispositions législatives. Nous croyons que l'étude technique, qui sera entreprise dans les prochaines pages, permettra aux membres siégeant sur le Comité de mieux apprécier les difficultés réelles que la mise en œuvre de ce projet de loi pourra provoquer. Par ailleurs, le gouvernement doit être conscient que cette réforme nécessitera des ressources tant financières qu'humaines pour voir à sa réalisation. Il ne faut pas oublier que ce projet de loi doit s'appliquer à plus de 600 collectivités des Premières nations, ou bandes, ou collectivités indiennes régies par la *Loi sur les Indiens*¹⁵. Or, le nombre de membres dans les collectivités des Premières nations varie beaucoup. Les bandes ou collectivités peuvent aller jusqu'à 2000 personnes mais on compte plus de 400 collectivités de moins de 500 personnes, allant du

¹⁵ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7.

milieu urbain aux régions très éloignées. Cette disparité entraînera, le cas échéant, des échecs importants dans la mise en œuvre si des ressources n'y sont pas rattachées. Les objectifs du projet de loi seront voués à l'échec si les collectivités visées ne sont pas, pour certaines d'entre elles du moins, accompagnées dans le processus de réforme.

Le Barreau du Québec sera également très sensible à la question de la constitutionnalité des dispositions qui sont proposées et soulignera, à l'occasion, celles qui pourront soulever des doutes quant à leur conformité avec la constitution et la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Enfin, d'un point de vue méthodologique, le Barreau du Québec n'émettra de commentaires que sur les questions qui ont fait l'objet d'un consensus, passant sous silence les autres dispositions. Il ne faut donc pas interpréter l'absence de commentaires comme étant nécessairement un assentiment au contenu des dispositions telles que présentées dans le projet de loi.

Chapitre 2

COMMENTAIRES PARTICULIERS

2.1. Préambule

Le projet de loi C-7 *Loi sur la gouvernance des Premières nations* modifie profondément la *Loi sur les Indiens*¹⁶ en établissant toutes sortes de mesures et contrôles concernant le choix des dirigeants d'une bande, son gouvernement et l'obligation de rendre compte. Tout en accordant des pouvoirs supplémentaires aux bandes indiennes, ces dernières seront dorénavant assujetties à de nombreuses mesures de contrôle.

Cela dit, le projet de loi propose un préambule élaboré qui se retrouve au début de la Loi. On y indique que les démocraties représentatives, qui se manifestent notamment par la tenue régulière d'élections par scrutin secret, la transparence et la responsabilisation sont des valeurs auxquelles les Canadiens sont attachés. On propose donc d'ajouter des outils de gouvernance efficace qui ne sont pas prévus actuellement dans la *Loi sur les Indiens*. Par ailleurs, le préambule prévoit l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* et assure que la Loi n'a pas pour but de définir la nature et l'étendue de tout droit à l'autonomie gouvernementale ou d'anticiper l'étude des négociations portant sur celles-ci.

En fait, le projet de loi sur la gouvernance des Premières nations se veut complémentaire à la *Loi sur les Indiens*. Bien qu'intéressant, le Barreau du Québec ne croit pas que le préambule ait un impact majeur sur la loi elle-même. En effet, une fois la loi mise en vigueur, les principes du préambule auront une portée toute relative. D'ailleurs, la doctrine¹⁷ consacre au préambule une valeur plus pédagogique qu'interprétative.

¹⁶ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7.

¹⁷ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e édition, Éditions Thémis, 1990, 1033 pages, à la page 73; Alain François BISSON, *Préambule et déclarations de motifs et d'objets*, (1980) 40 R. du B., 58.

Or, affirmer que le préambule fait partie du texte législatif ne règle pas la question de l'importance qu'on doit lui reconnaître¹⁸. Dans l'affaire Fraser, Viger et Co. c. Cité de Lachine¹⁹ le juge Caroll énonce :

“Il n’y a pas de doute que, lorsque les dispositions législatives d’un statut prêtent à ambiguïté, nous pouvons avoir recours au préambule pour éclairer ce qui semble obscur. Mais il n’en semble pas ainsi quand les termes employés dans le corps du statut sont lucides.”

Si le préambule a une certaine pertinence c'est la question de son poids qui pose problème. Or, la clarté du dispositif et des énoncés de principe peuvent justifier qu'on mette de côté les indices de volonté que le préambule peut fournir et c'est cette conception qui s'impose par la doctrine et la jurisprudence. Le préambule devient donc accessoire et a peu sinon pas d'impact²⁰.

2.2. Définitions

L'article 2 du projet de loi contient quelques définitions spécifiques au projet de loi, référant l'ensemble des expressions à celles utilisées et employées dans la *Loi sur les Indiens*. Or, deux définitions attirent notre attention. Il s'agit premièrement du «fonds de la bande» englobant selon nous la plupart des revenus générés par la bande tout en excluant explicitement l'argent des Indiens au sens de la *Loi sur les Indiens*²¹, c'est-à-dire l'argent reçu ou tenu par la Couronne pour l'usage et l'avantage des bandes. Il s'agit d'un nouveau concept et son arrimage avec le droit existant nous laisse perplexe et ajoute aux difficultés actuelles sur une définition claire de ce qu'est l'argent des Indiens.

La définition «d'électeur» se distingue de celle sur la *Loi sur les Indiens* en ce que le nouveau terme précise la résidence ou non sur la réserve du membre de la bande. Or, le projet de loi sous étude prévoit que le rôle d'un électeur est strictement limité aux

¹⁸ Bien que l'article 13 de la *Loi d'interprétation* (S.R.C.) 1970, c.I-23, indique que le préambule fait partie du texte et en constitue l'exposé des motifs, les tribunaux sont discrets à ce sujet: Vancouver Society of Immigrants and Visible Minority Women c. M.R.N. (1999) 1 R.C.S., page 10; R. c. Ewanchuk (1999) 1 R.C.S., page 330; Best c. Best, (1999) 2 R.C.S. 868.

¹⁹ Voir Fraser, Viger et Co. c. Cité de Lachine, (1919) 28 B.R. 181, 184.

²⁰ Midland Railway of Canada c. Young (1893) 22 R.C.S. 190, 200; Interprétation des lois, *op. cit.*, note 17, page 74. Il est intéressant de souligner que le préambule en matière constitutionnelle semble avoir un poids plus stratégique dans l'interprétation de la Loi, ce qui n'est pas le cas pour C-7; voir Renvoi *Juges de la Cour provinciale* (1997) 3 R.C.S., p.5, à la page 69.

²¹ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7, article 2.

procédures prévues à l'article 4 concernant les codes. Or, cette distinction entre les deux définitions du même mot «électeur» dans la *Loi sur la gouvernance des Premières nations* et celle sur *les Indiens* mériterait d'être précisée puisqu'en vertu de la *Loi sur les Indiens*, les électeurs peuvent prendre des décisions sur des questions comme la validité des cessions et des désignations des terres. Enfin, nous observons que les versions française et anglaise ne sont pas de la même teneur. Alors qu'en anglais on parle de «eligible voters», la version française parle de «d'électeur». Nous pensons qu'un arrimage de la version française à celle proposée en anglais serait souhaitable.

2.3. La gouvernance des bandes

Cette partie prévoit essentiellement l'adoption par la bande de codes portant sur le choix des dirigeants, le gouvernement de la bande et la gestion financière, le tout à l'intérieur des cadres établis par le projet de loi sur la gouvernance des Premières nations. Or, ces dispositions visent à assurer une plus grande transparence, une responsabilisation des membres de la bande et ainsi qu'une meilleure gestion financière, sujet sur lequel le vérificateur général du Canada a été très critique au cours des dernières années. D'entrée de jeu, le Barreau du Québec voudrait indiquer que les règles établies sont très compliquées et, à l'instar de nos commentaires généraux, la nécessité d'un soutien professionnel et financier auprès des Premières nations sera nécessaire. Cela dit, l'article 4(2) du projet de loi prévoit qu'un code²² est adopté si, d'une part, il est par écrit et si, d'autre part, il reçoit l'appui de la majorité des électeurs de la bande qui participe à un vote tenu par le Conseil en conformité avec les règlements et que plus de 25% de tous les électeurs de la bande se sont exprimés en sa faveur.

Une fois adopté, le code entrera en vigueur le jour suivant son dépôt dans le recueil maintenu par la bande et ce, tel que prévu par l'article 30(4). Au surplus, le gouverneur en conseil pourra, par règlement, régir l'adoption du code et ce, tel que le prévoit l'article 31 du projet de loi. Même si aucune indication du ministre est prévue dans l'élaboration des codes, il demeure donc possible pour le gouvernement d'imposer encore d'autres conditions de validité.

Le paragraphe 5(2)b) prévoit que si la bande n'est pas visée par un arrêté pris en vertu de l'article 74 de la *Loi sur les Indiens*²³, le

²² Il s'agit d'une clause englobant tous les codes à savoir le choix des dirigeants, le gouvernement de la bande, la gestion financière et l'obligation de rendre compte (article 4(1) du projet de loi).

²³ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7.

code portant sur le choix des dirigeants devra être constitué notamment des règles issues de la coutume de la bande. Au surplus, le paragraphe 5(3) prévoit que le code ne peut être constitué des règles issues de la coutume de la bande que s'il est adopté dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de l'article. Or, le délai de deux ans nous apparaît trop court. En effet, l'ambiguïté de la portée de «la coutume»²⁴ pose déjà un problème, d'autant qu'on tente par le biais de cette disposition de codifier la coutume qui, dans son essence, relève davantage de la tradition ancestrale qui évolue selon les circonstances. Par ailleurs, le défaut d'adopter un code portant sur le choix des dirigeants à l'intérieur de ces deux ans, entraînera nécessairement l'extinction de ce droit. Il ne faut pas oublier que la reconnaissance d'un droit coutumier autochtone évolue selon ses propres règles. En conséquence, compte tenu des difficultés d'application qui sont prévisibles pour cette disposition, le Barreau du Québec estime que ce délai devrait être prolongé.

Le paragraphe 5(5) ne s'étend pas explicitement au code de sélection des dirigeants fondé sur la coutume et le projet de loi ne fait pas également mention de la participation des résidents de l'extérieur de la réserve à la sélection des dirigeants dans le contexte des bandes régies par la coutume. Le Barreau du Québec, compte tenu des conclusions de l'arrêt Corbière²⁵ s'interroge sur cette exclusion.

2.3.1. La prépondérance limitée des codes

Même si en vertu de la *Loi sur la gouvernance* les textes législatifs adoptés par les Conseils de bande seront appelés lois et codes, ils rencontrent toujours la définition de règlements fédéraux établit par la *Loi d'interprétation*²⁶ faisant partie de l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale, si nous faisons abstraction du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Or, la jurisprudence a établi qu'en cas de conflit, les lois fédérales sont prépondérantes aux règlements administratifs adoptés par un Conseil de bande parce qu'une loi adoptée par le Parlement a

²⁴ En effet, pour certaines bandes, la coutume orale s'est perpétuée jusqu'à nos jours. Par ailleurs, pour d'autres la coutume est déjà codifiée. Or, puisqu'on impose dorénavant la codification à toutes les bandes, celles qui ne l'ont pas déjà fait auront plus de travail que les autres. Par ailleurs, le Barreau se demande si le projet veut véritablement soulever cette différence; le projet de loi ne distingue pas les deux situations.

²⁵ Corbière c. Canada (Ministère des Affaires Indiennes et du Nord canadien) op. cit., note 14.

²⁶ *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, article 2(1).

toujours préséance sur un règlement adopté en vertu d'une loi²⁷. Selon cette interprétation, les codes auront tout au plus la même force qu'un règlement adopté par le Gouverneur en conseil en vertu d'une loi du Parlement.

Les relations de travail constituent un exemple concret du contenu limité des pouvoirs législatifs reconnus par la *Loi sur la gouvernance*. Le code portant sur la gestion financière doit comprendre des règles concernant "la rémunération des membres du conseil et des employés de bande (article 7(e)). Mais selon le Conseil canadien des relations de travail dans *Re Red Bank First Nation*²⁸, les dispositions d'un tel code ne pourront contredire une autre loi adoptée par le Parlement tel le *Code canadien du travail*²⁹. Toujours selon cette interprétation et si les employés d'une bande étaient syndiqués, une fois l'avis de négociation collective donné ou une fois une convention collective négociée, le Conseil de bande ne pourrait modifier ni les taux des salaires ni les autres avantages sans contrevenir aux articles 50 et 56 du *Code canadien du travail*³⁰ car cette loi du Parlement a préséance sur les instruments adoptés en vertu d'une loi, tel un code adopté en vertu de la *Loi sur la gouvernance*. Donc contrairement au gouvernement fédéral qui peut, par ses lois, passer outre les conventions collectives qu'il a négocié, les Conseils de bande seront liés par la loi adoptée par le Parlement et ce, nonobstant leurs codes portant sur la gestion financière.

Comme nous l'avons vu précédemment, le projet de loi ne contient que deux dispositions traitant des conflits entre les autres textes de loi et les codes adoptés en vertu de l'article 4(2) par un vote d'au moins 25 % des membres de la bande.

Les codes adoptés par la bande seront prépondérants aux lois sur la gouvernance adoptées par le Conseil de bande seul (voir l'article 18(3)) et prépondérants aux règlements adoptés antérieurement en vertu de l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*³¹ (article 37(1)). Il n'est pas énoncé que les codes seront prépondérants aux lois adoptées aux fins locales et pour les besoins de la bande en vertu des articles 16 et 17, même si cette conclusion paraît logique.

Par contre les règlements adoptés par le Gouverneur en conseil en vertu de l'article 32(1) et qui tiendront lieu de codes pour les

²⁷ *Re Red Bank First Nation*, [1999] QL C.C.R.I. no. 5, au paragraphe 32.

²⁸ Ibid.

²⁹ *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2.

³⁰ Ibid.

³¹ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7.

bandes qui n'en adoptent pas, seront prépondérants sur toutes les lois adoptées par un Conseil de bande (articles 16(2), 17(2), 18(3)).

Le Barreau du Québec favoriserait plutôt l'approche prévue par la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*³² et qui soumet l'exercice de la compétence législative du conseil sur le territoire à l'adoption d'un code foncier.

L'article 11 du projet de loi prévoit que le conseil, attribue par un texte législatif de la bande, à une personne impartiale ou à un organisme impartial établi en vertu de l'article 18, le pouvoir d'examiner équitablement et avec diligence la plainte provenant d'un membre de la bande ou d'une personne résidant dans la réserve. Bien qu'intéressante et possiblement bien accueillie par plusieurs membres de la bande, la mise en place d'une telle disposition nous apparaît quelque peu illusoire. En effet, une fois la décision prise, il n'y a aucun mécanisme pouvant rendre la décision de cette personne obligatoire. En conséquence, à l'instar du droit pénal qui créerait une infraction sans imposer de peine, l'effet de cette mesure est illusoire. Pour assurer l'impartialité de ladite personne, il serait peut-être opportun ou même souhaitable de conférer de tels pouvoirs à une personne qui se trouverait à l'extérieur de la collectivité, rendant d'autant plus difficile la réalisation d'une telle mesure.

L'article 13 du projet de loi permet aux Conseils de retenir sur le salaire ou toute autre somme à payer à un membre de la bande toute somme due à la bande par celui-ci, exception faite des amendes.

Le Conseil acquiert donc le droit de décider seul si et à quel point les membres lui sont débiteurs. Le Conseil pourrait donc se faire justice en effectuant la compensation à même les sommes qui seraient autrement dues aux membres. Nonobstant le droit d'un employé de la bande à son salaire, une telle procédure est permise par l'article 254.1(2) a) du *Code canadien du travail*³³ puisque'une autre loi le permet. Néanmoins une telle disposition ouvre la porte aux abus et aux privations car les créances du Conseil pourraient être compensées non seulement par les retenues sur un salaire mais, par exemple, sur les prestations d'aide sociale.

Au surplus, toute exécution sans jugement préalable d'un tribunal impartial peut porter atteinte au droit à une audition impartiale, selon les principes de justice fondamentale protégés par l'article

³² *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*, L.C. (2001) chapitre 8, dont l'article 9(1).

³³ *Code canadien du travail*, op. cit., note 29.

2(e) de la *Déclaration canadienne des droits*³⁴. L'article 13 pourrait alors être invalidé en vertu de l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*.

Enfin, l'article 14 du projet de loi prévoit une certaine immunité pour les employés de la bande pour les actes et omissions accomplis de bonne foi. Compte tenu des conséquences des attributions conférées en vertu du projet de loi, cette mesure est justifiée.

2.4. Pouvoirs du conseil

La partie II du projet de loi sur la gouvernance confère une capacité juridique à la bande et établit une nouvelle liste de pouvoirs législatifs du conseil qui dépasse largement celle contenue dans la *Loi sur les Indiens*³⁵. Il s'agit néanmoins pour ce qui est des pouvoirs législatifs des articles 16, 17 et 18, à l'instar de la *Loi sur les Indiens*, d'une liste exhaustive laissant peu de place à l'exercice d'autres pouvoirs du même genre³⁶.

2.4.1. Capacité juridique des bandes

L'article 15 prévoit qu'une bande a la même capacité juridique qu'une personne physique et peut notamment agir par l'intermédiaire de son conseil de bande, conclure des contrats, acquérir et détenir des droits sur les biens ou en disposer, prélever, dépenser, placer ou emprunter des fonds, rester en justice et accomplir tout acte qui découlent de l'exercice de sa capacité ou qui y est accessoire³⁷.

Le paragraphe 15(2) du projet de loi prévoit que la capacité de la bande est exercée par son conseil. Le paragraphe 15(3) ajoute que

³⁴ *Déclaration canadienne des droits*, L.C. (1960) c. 44. Voir *Air Canada c. Procureure générale du Canada*, Cour d'appel du Québec, 16 janvier 2003, AZ-50158277, aux paragraphes 84 à 91.

³⁵ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7.

³⁶ Contrairement à la *Loi sur les Indiens*, la loi permet aux Cris du Québec l'exercice d'autres pouvoirs du même genre. Voir *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, L.C. (1984), chapitre 18.

³⁷ *Francis et als. c. Le Conseil canadien des relations de travail* (1982) 2 R.C.S. page 72. Dans cette affaire, la Cour suprême a appliqué le raisonnement de l'affaire *International Brotherhood of Teamsters c. Therrien* ((1960) R.C.S. 263) dans laquelle le syndicat des teamsters avait fait valoir qu'il n'était pas une entité juridique susceptible d'être tenue responsable délictuellement. La Cour suprême rejeta cette prétention et indiqua «qu'en l'absence d'un élément indiquant une intention contraire, on doit comprendre que le législateur a voulu que cette personne créée par la loi ait les mêmes devoirs et soit assujettie aux mêmes obligations qu'imposerait le droit général aux individus agissant de la même façon».

la capacité de la bande n'a pas pour effet d'en modifier le statut et de la constituer en personne morale. Par ailleurs, l'article 2(3) du projet de loi prévoit que les pouvoirs conférés par la loi au conseil sont exercés en conformité avec le code portant sur le gouvernement de la bande ou en l'absence d'un tel code, des règlements. Il serait important qu'une clarification des concepts de capacité et de pouvoir soit faite. Si on veut atteindre les objectifs de la Loi qui sont d'avoir une gestion efficace et transparente, toute confusion sur cet aspect fondamental de la loi mérite d'être révisée.

Le paragraphe 4 de l'article 15 réfère aux intérêts détenus par les membres de la bande sur les terres de réserve. Afin de couvrir les aspects de common law et de droit civil, il serait préférable de lire «droit et intérêt» plutôt qu'«intérêt».

2.4.2. Pouvoirs législatifs du Conseil

Selon la *Loi sur les Indiens*³⁸, le pouvoir actuel d'un conseil de bande en matière de règlement administratif à la réserve peut être considéré comme analogue à certains égards à celui des municipalités assujetties aux lois provinciales, la compétence du conseil étant ainsi limitée aux questions déléguées et précisées par la *Loi sur les Indiens*³⁹. Ces limites ont été largement dénoncées par les bandes et les organisations qui les représentent parce qu'elles les empêchent de recourir aux pratiques législatives traditionnelles. Or, les articles 16 et 17 du projet de loi C-7, tout en retenant l'essentiel des articles 81, 83 et 85.1 de la *Loi sur les Indiens*⁴⁰, modifient l'étendue des pouvoirs du conseil en augmentant sa compétence législative soit à des fins locales concernant la prévention des dommages matériels, la prestation des services par la bande et la location à des fins d'habitation ou soit pour les besoins de la bande, concernant la protection et la conservation des ressources naturelles dans la réserve et leur disposition et la préservation de la culture et de la langue de la bande.

Il est important de retenir que l'appellation «texte législatif du conseil de bande» se substitue au feu règlement administratif prévu à la *Loi sur les Indiens*⁴¹. Il n'en reste pas moins que les pouvoirs élargis des conseils de bande demeurent assujettis à toutes dispositions législatives fédérales qui s'avèrent incompatibles.

³⁸ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

C'est d'ailleurs le paragraphe 2 de l'article 16 qui en détermine la portée comme suit :

“Les dispositions de toute loi fédérale ou d'un règlement pris en vertu de celles-ci l'emportent sur les dispositions incompatibles d'un texte législatif pris en vertu du présent article. ?

A l'heure actuelle, le paragraphe 1 de l'article 81 de la Loi sur les Indiens mentionne que le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre .

Or, cette disposition a été interprétée comme ne visant que les règlements fédéraux pris en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou d'un règlement fédéral découlant de cette loi pris par le gouvernement ou le Ministre des Affaires indiennes⁴². La Cour d'appel avait décidé que le règlement de la bande sur les pêches avait primauté sur les règlements fédéraux découlant de la *Loi sur les pêcheries* étant donné que ces derniers n'avaient pas été édictés en vertu de la *Loi sur les Indiens* mais en vertu de la *Loi sur les pêcheries*.

Dans le même ordre d'idée nous voulons porter à l'attention des membres du comité que l'article 85.1 de la *Loi sur les Indiens* portant sur les règlements administratifs concernant les boissons alcoolisées sera abrogée et remplacée par un pouvoir législatif du conseil visant les mêmes sujets. Toutefois, une telle loi n'aura pas été précédée d'un consentement préalable à la majorité des électeurs de la bande.

Les articles 16, 17 et 18 de loi utilisent l'expression vague de “prendre des textes législatifs” et seuls les alinéas 16 (1) n) et 17(1) d) emploient clairement les mots “interdiction” et “fins interdites”. Or, la jurisprudence a établi il y a plus d'un siècle que lorsque le Parlement délègue à un corps politique le pouvoir de réglementer une chose ou une activité, ce pouvoir ne comprend pas le pouvoir de l'interdire ou de la prohiber sans disposition expresse à cet égard⁴³.

Par contre, plusieurs autres dispositions semblent comprendre un pouvoir de prohibition, tels les pouvoirs de prévention des dommages physiques et matériels ainsi que les pouvoirs sur les “inconvénients” et “le maintien de l'ordre” à l'article 16(1) a), b), g) et m). L'article 81 de la *Loi sur les Indiens* n'est pas clair sur le pouvoir de réglementer une chose ou une activité et s'il comprend

⁴² Voir à cet égard, *R. c. Jimmy* (1987) 5 WWR 755 (C.A. de la C-B).

⁴³ *Municipal Corporation of the City of Toronto c. Virgo*, [1896] A.C. 88 à la page 93.

le pouvoir de l'interdire ou de prohiber⁴⁴. Nous pensons que le projet de loi mériterait de clarifier cette notion.

La taxation ne fait pas partie des domaines législatifs reconnus aux Conseils de bande en vertu des articles 16, 17 et 18 de la *Loi sur la gouvernance* car l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*⁴⁵ restera en vigueur. Or, les règlements de taxation adoptés en vertu de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens* sont soumis à un régime particulier. Ainsi, plutôt que d'avoir le pouvoir de les annuler, le ministre des Affaires indiennes doit approuver ces règlements pour qu'ils entrent en vigueur. La *Loi sur la gouvernance des Premières nations* n'y changera rien: Les Conseils de bande auront toujours besoin d'approbation ministérielle afin d'appliquer les règlements qui imposent des taxes⁴⁶.

2.4.3. Inspection et perquisition

Le projet de loi sur la gouvernance prévoit notamment, aux articles 23 et suivants, de nouvelles dispositions concernant l'inspection et la perquisition afin de voir au contrôle de l'application des textes législatifs adoptés en vertu des nouveaux pouvoirs conférés par le projet de loi. Par ailleurs, le paragraphe 4 de l'article 28 nous amène à croire que l'agent de la bande n'est pas investi des pouvoirs d'un agent de la paix puisqu'on prévoit «que l'agent de la bande ne peut recourir à la force pour l'exécution du mandat que si celui-ci en autorise expressément l'usage et que si lui-même est accompagné d'un agent de la paix». Par ailleurs, en vertu de la *Loi sur la police du Québec*⁴⁷, la province ou précisément le ministre de la sécurité publique peut établir des ententes avec les conseils de bande concernant la nomination de personnes détenant un statut d'agent de la paix. Dans cette perspective, nous croyons que les dispositions de la *Loi sur la police du Québec*⁴⁸ pourront s'appliquer aux agents de la bande et en conséquence, ces derniers pourront également avoir le titre d'agent de la paix dans le cadre d'ententes avec le Québec.

⁴⁴ C'est sans doute pour dissiper toute confusion que l'article 8 de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, *op. cit.*, note 36, prévoit que: "Les règlements administratifs d'une bande pris en application de la présente loi peuvent porter interdiction d'une activité donnée".

⁴⁵ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7.

⁴⁶ Le gouvernement traite par ailleurs certains aspects de la taxation dans le projet de loi C-19, *Loi sur la gestion financière et statistique des Premières nations*, particulièrement à l'égard des impôts fonciers.

⁴⁷ *Loi sur la police du Québec*, L.Q. (2000), c. 12.

⁴⁸ *Ibid.*

2.5. Dispositions générales

L'article 30 du projet de loi prévoit dorénavant que le public pourra consulter durant les heures normales de bureau les codes et les textes législatifs adoptés par la bande. L'entrée en vigueur du code ou d'un texte législatif en vertu du paragraphe 4 de l'article 30 peut donc entrer en vigueur le jour suivant son dépôt dans le recueil de la bande ou à la date postérieure qui est prévue. Par ailleurs, les codes et les textes législatifs ne seront plus dorénavant assujettis à un désaveu possible au ministère des Affaires indiennes dans les 40 jours suivant son envoi au ministère et cela contrairement aux dispositions actuelles de la *Loi sur les Indiens*⁴⁹.

Les articles 31, 32 et 33 du projet de loi prévoient l'étendue des pouvoirs réglementaires du gouverneur en conseil. Or, l'application de la *Loi sur la gouvernance des premières nations* va nécessiter l'élaboration de règlements qui auront un impact important pour les administrés. Le Barreau du Québec serait donc favorable à l'adoption d'une clause prévoyant la prépublication desdits règlements pour fins de commentaires et d'analyse tant par les personnes intéressées que par les deux Chambres. Cette requête est d'autant plus importante que la *Loi sur les textes réglementaires*⁵⁰ ne prévoit aucune période de prépublication des textes réglementaires, limitant ainsi le processus démocratique. En conséquence, le Barreau du Québec propose un amendement législatif permettant d'exiger que le ministre dépose, devant chaque chambre du parlement, pour envoi au comité approprié, toutes propositions de règlements qui découleront de l'adoption du projet de loi sous étude, auquel s'ajouterait une période de prépublication⁵¹.

L'article 35 du projet de loi, prévoit des exceptions à l'application de la *Loi sur la gouvernance des Premières nations*. Or, nous constatons que la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*⁵² n'est pas visée par ces exemptions de sorte, qu'à priori, on peut penser que le projet de loi s'appliquera alors à Kanesatake. Aucune disposition de concordance n'a été prévue au projet de loi C-7 afin de modifier la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake* pour en assurer l'arrimage. Il

⁴⁹ *Loi sur les Indiens*, *op.cit.*, note 7.

⁵⁰ *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C., 1985, ch. S-22.

⁵¹ A titre d'exemple, la *Loi concernant l'immigration au Canada et l'asile conféré aux personnes déplacées, persécutées ou en danger*, L.C. (2001) ch. 27, sanctionnée le 1^{er} novembre 2001, prévoit une période de prépublication de ses règlements.

⁵² *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*, L.C. (2001) chapitre 8, sanctionnée le 14 juin 2001.

serait donc important que des modifications en ce sens soient apportées au projet de loi.

2.6. Dispositions transitoires et modifications connexes

Le projet de loi entraîne nécessairement la modification et l'abrogation de plusieurs dispositions de la *Loi sur les Indiens*⁵³. C'est ainsi que les articles 74 à 80 régissant les élections d'un conseil de bande de même que les articles 81, 82, 83 et 85.1 portant sur les pouvoirs d'un conseil de bande sont abrogés. C'est donc dire que ce projet de loi s'appliquera de façon obligatoire aux Indiens régis par la *Loi sur les Indiens* et ce, malgré certaines exceptions. Par ailleurs, certaines mesures transitoires y sont prévues notamment sur l'application des règlements administratifs pris en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou encore sur le mandat des membres du conseil en place.

Par ailleurs, l'article 41 du projet de loi modifie la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour prévoir une clause interprétative lors d'une plainte contre une organisation gouvernementale autochtone. Le Barreau du Québec se sentirait beaucoup plus à l'aise si ce nouvel article 16.1 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* référait plutôt à «toute bande ou organisme sous l'autorité du conseil de la bande» plutôt que de créer un nouveau concept vague. La proposition par le Barreau du Québec aura le mérite d'éviter que l'expression «organisation gouvernementale autochtone» ne fasse l'objet d'une interprétation judiciaire.

⁵³ *Loi sur les Indiens*, *op. cit.*, note 7.

CONCLUSION

Le Barreau du Québec est conscient des critiques que soulève le projet de loi. Entre autres, l'Assemblée des Premières nations et plusieurs des bandes indiennes prétendent que le projet de loi peut éteindre leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. D'autres organismes ont également suggéré le retrait pur et simple du projet de loi parce qu'il ne reconnaissait pas la nature changeante et diverse des Premières nations⁵⁴. Par ailleurs, le ministre des Affaires indiennes a clairement annoncé son intention d'aller de l'avant avec le projet de loi C-7 au motif qu'il ne s'agit que d'une réforme partielle de la *Loi sur les Indiens* et que les modifications sont rendues nécessaires pour fins de transparence, de gouvernance et d'imputabilité. C'est donc pour cette raison que le Barreau du Québec a choisi une démarche d'analyse systématique du projet de loi afin d'éclairer les membres du Comité permanent des Affaires autochtones sur les aspects auxquels il faudrait remédier.

Le projet peut également être perçu comme un outil visant à accélérer la négociation des accords sur l'autonomie gouvernementale. En effet, pensons à l'article 34 du projet de loi qui permet au gouvernement, par décret, de soustraire, pour la période qu'il fixe, une bande ou collectivité de l'application de la *Loi sur la gouvernance des premières nations* en vue de faciliter la négociation ou la ratification d'un accord définitif sur l'autonomie gouvernementale.

Enfin, le succès de l'application de la loi sera tributaire des efforts que le gouvernement consentira tant d'un point de vue pécuniaire que celui des ressources. En effet, les bandes auront à se doter de codes et établir des textes législatifs qui sont inexistantes pour la majorité d'entre elles présentement. Le gouvernement devra également s'investir afin de s'assurer que les populations autochtones concernées soient impliquées activement dans les discussions entourant l'élaboration de ces règles. En conséquence, des mécanismes d'information et d'éducation devront être mis en place puisque la légitimité du processus et de la loi en dépend.

- - -

⁵⁴ Voir notamment: Association du Barreau canadien, Section nationale du droit des Autochtones, Mémoire à propos du projet de loi C-7, Loi sur la gouvernance des premières nations, février 2003.