



Shin Imai

**LA STRUCTURE DE LA LOI SUR LES INDIENS :
RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE GOUVERNANCE**

NCFNG
NATIONAL CENTRE
FOR FIRST NATIONS
GOVERNANCE



CNGPN
CENTRE NATIONAL
POUR LA GOUVERNANCE
DES PREMIÈRES NATIONS

Papier de Recherche pour
Le Centre National Pour La
Gouvernance des Premières Nations

juillet 2007

La structure de la *Loi sur les Indiens* : Responsabilité en matière de gouvernance

Shin Imai
Osgoode Hall Law School
(30 juillet 2007)

Introduction

La *Loi sur les Indiens* a fait l'objet de critiques parce qu'elle confère *trop peu de pouvoirs* décisionnels au Chef et au conseil d'une bande. À ce sujet, la Commission royale sur les peuples autochtones fait état de près de 90 dispositions qui accordent des pouvoirs au ministre des Affaires indiennes plutôt qu'à une bande et à son conseil¹.

La *Loi sur les Indiens* a aussi été critiquée parce qu'elle accorde *trop de pouvoirs* décisionnels au Chef et au conseil. Selon certaines personnes, le Chef et le conseil d'une bande ne sont pas suffisamment tenus de rendre des comptes à leur collectivité. En clair, la *Loi sur les Indiens* est critiquée à la fois parce qu'elle n'accorde pas assez de pouvoirs au Chef et au conseil *et* parce qu'elle leur en donne trop.

En réalité, les deux points de vue se défendent. Dans les pages qui suivent, nous verrons comment la structure même de la *Loi sur les Indiens* établit une telle contradiction. Nous examinerons des façons d'éviter pareille contradiction lorsqu'une Première Nation établit sa propre structure gouvernementale.

Comme nous ne pouvons certes pas analyser chaque disposition de la *Loi sur les Indiens*, nous nous attarderons à la structure de responsabilité proposée dans la *Loi* en rapport avec trois domaines où le Chef et le conseil peuvent exercer certains pouvoirs : l'attribution des terres de réserve, les compétences législatives des Premières Nations et les élections selon la coutume.

Ces trois domaines ont une incidence directe sur la vie des membres de la collectivité. En vertu de la *Loi sur les Indiens*, le gouvernement fédéral peut annuler les décisions prises par le Chef et le conseil. Par contre, ceux-ci peuvent exercer certains pouvoirs sans consulter les membres de la collectivité. En examinant la répartition des pouvoirs dans ces domaines, nous serons en mesure de comprendre l'équilibre entre les pouvoirs conférés au Chef et au conseil, aux membres de la collectivité et au gouvernement fédéral.

Dans un système gouvernemental créé par les Premières Nations, le rôle du gouvernement

Un des problèmes liés à la *Loi sur les Indiens*, c'est que le pouvoir est unidirectionnel

Gouvernement fédéral

—
Chef et conseil

—
Membres de la collectivité

fédéral est considérablement réduit, voire inexistant. Mais, cela ne suffit pas. Le système gouvernemental des Premières Nations doit également comporter des structures qui feront en sorte que le Chef et le conseil exercent leurs pouvoirs à bon escient. Il existe trois façons de contrôler les pouvoirs du Chef et du conseil.

Premièrement, le Chef et le conseil devraient être tenus de rendre des comptes aux membres de leur collectivité. Cela signifie qu'il faut permettre aux membres de participer à la confection des lois. Le Chef et le conseil ne sont cependant pas tenus de faire approuver toutes leurs décisions au cours d'assemblées communautaires. Une telle façon de faire nuirait grandement à la gouvernance. Le Chef et le conseil doivent par contre établir une politique qui aide à faire la distinction entre les décisions routinières, qui ne nécessitent aucune consultation, et les décisions importantes, auxquelles l'ensemble de la collectivité doit participer.

Deuxièmement, les décisions du Chef et du conseil doivent respecter les principes fondamentaux de la collectivité. Pour la population en général, ces principes sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège la liberté de religion, interdit la discrimination et garantit la tenue de procès équitables. Les collectivités autochtones pourraient définir d'autres principes fondamentaux, comme le respect de la culture, qui seraient inscrits dans la constitution des Premières Nations.

Troisièmement, il faut instituer un tribunal indépendant du Chef et du conseil qui puisse authentifier et interpréter les lois, et entendre les appels interjetés à la suite de décisions. Ce tribunal peut déterminer si le Chef et le conseil ont le pouvoir d'adopter les lois, si on a prévu une participation adéquate de la collectivité et si les lois sont conformes aux principes fondamentaux de la Première Nation. En vertu de la *Loi sur les Indiens*, cette fonction est exercée par le ministre des Affaires indiennes et les tribunaux. Sous un régime de gouvernance des Premières Nations, elle pourrait être confiée à un tribunal indépendant composé de membres de la Première Nation.

Dans la prochaine section, nous verrons comment les trois mécanismes de responsabilisation susmentionnés sont appliqués dans le contexte de la *Loi sur les Indiens*.

Exercice des pouvoirs par le gouvernement fédéral, le Chef et le conseil

Le Chef et le conseil peuvent prendre des décisions qui touchent la vie des membres de la collectivité. En vertu des parties les plus anciennes de la *Loi sur les Indiens*, le Chef et le conseil peuvent prendre des décisions sans consulter qui que ce soit. Par exemple, la *Loi* ne donne aucune orientation sur la façon dont le Chef et le conseil doivent prendre une décision concernant la délivrance de certificats de possession dans la réserve. Les dispositions originales de la *Loi sur les Indiens* confèrent par ailleurs au gouvernement le pouvoir d'annuler les décisions du Chef et du conseil. Par exemple, si le Chef et le conseil décident de délivrer un certificat de possession, le ministre des

Trois exemples d'exercice des pouvoirs

1. Attribution des terres de réserve
 - Certificats de possession
 - Logements appartenant à la bande
2. Pouvoirs de réglementation des conseils de bande
 - Règlements généraux
 - Règlements sur l'alcool
 - Codes d'appartenance
3. Élections selon les coutumes des Premières Nations

Affaires indiennes peut annuler cette décision et ne pas approuver le certificat de possession.

Nous verrons plus loin que les dispositions récentes de la *Loi sur les Indiens* prévoient une plus grande participation communautaire. Par exemple, pour que la bande exerce le plein pouvoir sur ses règles d'appartenance, elle doit obtenir l'approbation de la majorité des électeurs autorisés. Les nouvelles dispositions de la *Loi sur les Indiens* réduisent par ailleurs le pouvoir du gouvernement fédéral. Si, par exemple, la majorité des électeurs d'une Première Nation approuve un nouveau code d'appartenance, le gouvernement fédéral ne peut pas annuler la décision².

1. Attribution de terres dans les réserves

En vertu de la *Loi sur les Indiens*, le Chef et le conseil peuvent prendre une foule de décisions, et celles-ci sont généralement concrétisées par une RCB (résolution du conseil de bande). Certaines décisions sont de nature administrative, par exemple, la signature de contrats courants, d'autres concernent les membres de la Première Nation et la collectivité dans son ensemble. La *Loi sur les Indiens* ne donne aucune indication quant à la façon dont ces décisions doivent être prises. Pour illustrer le problème, nous examinerons la structure de responsabilisation qui s'applique aux décisions relatives à l'affectation des terres et des logements appartenant à la bande.

Certaines terres de réserve sont attribuées à des particuliers à qui on délivre un certificat de possession (art. 20). Une fois qu'il a reçu son certificat, le propriétaire peut exercer des droits de propriété privée sur la terre, qu'il peut vendre ou léguer par testament à un autre membre de la bande. Pour obtenir un certificat de possession, le membre de la bande doit d'abord recevoir l'autorisation du conseil de bande et du ministre des Affaires indiennes³. La *Loi sur les Indiens* ne fournit aucune ligne directrice au Chef et au conseil ou au ministre, sur les critères de délivrance de certificats de possession.

Le système des certificats de possession a été instauré au 20^e siècle dans le cadre de l'établissement de mesures visant à « civiliser » les Indiens en les amenant à abandonner leurs coutumes de partage des terres au profit d'un régime de propriété privée. Bien des Premières Nations n'ont pas adopté le système des certificats de possession, s'en remettant plutôt à leurs propres lois et coutumes en matière d'affectation des terres. Par exemple, c'est souvent la bande qui décide qui peut vivre dans les logements lui appartenant. Par souci d'équité, la majorité des bandes ont adopté des politiques sur le logement. Elles n'autorisent pas une personne à louer le logement ou à le laisser vacant s'il y a une liste de personnes en attente d'un logement. Cependant, rien dans la *Loi sur les Indiens* ne reconnaît cette forme d'affectation des terres⁴, donc rien dans cette loi n'oblige le Chef et le conseil à définir des politiques sur l'équité en matière de logement.

Au chapitre de la possession des terres sur les réserves, nous constatons donc que le Chef et le conseil ont beaucoup de pouvoirs. Ils peuvent décider à qui ils délivrent des certificats de possession ou qui peut occuper un logement appartenant à la bande. Aucune disposition de la *Loi sur les Indiens* ne traite de la responsabilité du Chef et du conseil envers la collectivité ni de la participation des membres au processus décisionnel⁵.

2. Pouvoirs du conseil de bande d'adopter des règlements administratifs

Le conseil de bande peut prendre quatre types de règlements administratifs. Dans chaque cas, la

répartition des pouvoirs entre le Chef et le conseil, la collectivité et le gouvernement fédéral varie.

Le pouvoir de prendre des règlements administratifs de nature générale (art. 81) s'applique à 22 domaines variés, comme « l'observation de la loi et le maintien de l'ordre » et les « herbes nuisibles ». Le Chef et le conseil peuvent adopter un règlement administratif par un vote à la majorité au cours d'une séance du conseil. Il n'est pas nécessaire de publier préalablement le projet de règlement ni d'informer les membres de la collectivité qu'on tiendra un vote. Après le vote, le conseil de bande doit faire parvenir un exemplaire du règlement au ministre, qui peut le révoquer dans les 40 jours suivants. Dans le passé, le taux de révocation était très élevé. Le ministre n'est par ailleurs pas tenu de justifier sa décision de révoquer un règlement administratif⁶.

La prise de règlements administratifs en matière d'imposition et d'autres questions financières diffère quelque peu de ce qui précède (art. 83). En vertu de cet article, le conseil de bande peut imposer des taxes à ses membres et payer les dépenses de la bande à même l'argent de celle-ci. Le conseil de bande n'est pas tenu de consulter ses membres. Le ministre doit approuver les règlements pour qu'ils soient effectifs.

Un processus a également été établi pour l'adoption de règlements administratifs sur les boissons alcoolisées dans les réserves (par. 85.1). Pour adopter pareil règlement, le conseil de bande doit convoquer une assemblée extraordinaire, et la majorité des électeurs doit se prononcer en faveur du règlement. Par la suite, le règlement est envoyé au ministre des Affaires indiennes. Ce dernier ne peut pas révoquer le règlement s'il a été adopté selon la procédure établie.

Le quatrième type de règlement administratif s'applique aux codes d'appartenance aux bandes (art. 10). Pour se doter d'un code d'appartenance, une bande doit informer ses membres de son intention d'adopter un code. Ce code doit être approuvé par la majorité des membres autorisés à voter – pas seulement la majorité des personnes qui se présentent pour le vote. C'est dire que 50 % des membres adultes de la bande doivent approuver le code, ce qui est une proportion très élevée. S'il y a 1 000 électeurs admissibles, 501 personnes doivent se prononcer en faveur du code. Supposons que 750 personnes décident de voter. Si 450 d'entre elles approuvent le code et que 300 le rejettent, le code ne sera pas adopté, car il faut 501 votes favorables. Une fois le code adopté, la bande doit le communiquer au ministre. Si ce dernier estime que la procédure établie a été respectée, il déclare que la bande peut décider de l'appartenance à ses effectifs.

Lorsqu'on examine ces quatre façons de prendre des règlements administratifs, on constate une progression dans l'équilibre des pouvoirs. Les dispositions relatives aux règlements administratifs généraux (art. 81) et aux règlements de nature financière (art. 83) ont été adoptées en 1951. Elles confèrent au ministre le pouvoir d'approuver ou de révoquer un règlement administratif. Par ailleurs, elles n'obligent pas le conseil de bande à informer ou à consulter ses membres. Les nouvelles dispositions relatives à la prise de règlements adoptées dans les années 1980 ont modifié le processus. Ainsi, les dispositions sur l'adoption des règlements sur les boissons alcoolisées et les codes d'appartenance exigent une plus grande participation des membres de la Première Nation et réduisent le pouvoir de révocation du ministre des Affaires indiennes.

3. Élections selon les coutumes des Premières Nations

La gouvernance des réserves est une question très importante, et les dissensions au sujet des

élections peuvent être très vives. Traditionnellement, les Premières Nations choisissaient leurs dirigeants de diverses manières; chez certaines, c'était une question d'hérédité; d'autres optaient pour un processus de sélection. Pour « assimiler » les Indiens, la *Loi sur les Indiens* a conféré au gouvernement le pouvoir d'annuler les modes de gouvernance traditionnelle. Par exemple, dans le cas des Six Nations de l'Ontario, en 1924, le gouvernement a usé de son pouvoir pour renverser le conseil traditionnel des Haudenosaunee et le remplacer par un Chef et un conseil élus en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Cette décision allait à l'encontre de ce que souhaitait la majorité des membres des Six Nations. Encore aujourd'hui, la grande majorité des membres des Six Nations refusent de participer aux élections tenues en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

Jusqu'au milieu des années 1990, presque toutes les bandes du Canada tenaient leurs élections en vertu de la *Loi sur les Indiens* (art. 74 à 79). Conformément à ce système, chaque membre peut voter secrètement; les candidats ayant obtenu le plus grand nombre de votes sont élus. Les élus occupent leur poste pendant deux ans. En cas de différend au sujet d'une élection, les parties doivent s'adresser au ministre, qui fera une recommandation au Cabinet fédéral. Le Cabinet détermine alors s'il y a lieu de tenir une nouvelle élection. Si un conseiller est reconnu coupable de corruption ou d'avoir accepté un pot-de-vin, c'est le ministre des Affaires indiennes qui a le pouvoir de le relever de ses fonctions (sous-alinéa 78(2)b)(iii)). De même, si un Chef ou un conseiller a manqué trois réunions consécutives sans autorisation, il incombe au ministre de déclarer que la personne est relevée de ses fonctions (sous-alinéa 78(2)b)(ii))⁷. Les membres du conseil n'ont pas le pouvoir de prendre de telles décisions.

Pour exercer un plus grand contrôle sur les élections, de nombreuses Premières Nations se sont dotées de codes électoraux et ont commencé à organiser des « élections selon la coutume » (par. 2(1) - « conseil de la bande »)⁸. Les Premières Nations qui veulent tenir des élections selon la coutume doivent satisfaire à certaines exigences. Conformément à la *Politique sur la conversion au système électoral communautaire* d'AINC, le code électoral de la Première Nation doit être approuvé par les membres, soit par référendum, soit par un autre processus « d'approbation par la collectivité ». Certaines Premières Nations ont mené des campagnes de porte-à-porte pour obtenir l'appui des membres. Il revient cependant au Ministère de déterminer si un code est acceptable. Concrètement, les agents du Ministère examinent les codes d'élections selon les coutumes et exigent des changements, s'il y a lieu, avant de les approuver.

Les codes d'élections selon la coutume diffèrent les uns des autres. Certains proposent des modifications mineures aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux élections, par exemple, en fixant à trois ans au lieu de deux la durée du mandat du Chef et du conseil. D'autres codes proposent des changements importants. Des tribunaux ont établi que les codes d'élections selon la coutume n'ont pas à être écrits⁹, qu'il n'est pas nécessaire de tenir un vote secret et que les Chefs peuvent être héréditaires¹⁰. Par exemple, selon la loi du gouvernement des Premières Nations de Sauteau, chacune des cinq familles vivant dans la réserve doit élire un représentant par consensus. Les cinq représentants, en consultation avec le Conseil des aînés, choisissent un Chef¹¹. La Première Nation huronne-wendat a créé un système similaire, fondé sur des désignations faites par les quatre grandes familles¹². La Première Nation anishinabe de Roseau River a quant à elle réparti les pouvoirs de gouvernance entre un Chef et un conseil élus, et un « conseil coutumier » composé de représentants de groupes familiaux¹³. Dans presque tous les

cas, c'est un comité d'appel des élections composé de membres de la bande, et non le ministère des Affaires indiennes, qui règle les différends relatifs aux élections.

Nous constatons donc une certaine évolution en matière d'élections. En vertu de la *Loi sur les Indiens*, le ministère des Affaires indiennes a le dernier mot pour ce qui est de la conduite des élections et de la possibilité d'interjeter appel. Les Premières Nations qui ont adopté le processus d'élections selon la coutume contrôlent davantage le processus, qui plus est, c'est un tribunal d'appel de la Première Nation qui règle les différends.

Création d'une structure de responsabilisation pour le Chef et le conseil

Comme nous venons de le voir, le ministre des Affaires indiennes et les représentants du Ministère conservent de nombreux pouvoirs. Le ministre a quasiment le plein pouvoir d'annuler des règlements administratifs généraux et de nature financière. Aucune disposition de la *Loi sur les Indiens* ne fournit une orientation quant à l'exercice des pouvoirs du ministre. Il y a donc un risque que ce dernier aille à l'encontre de la volonté de la collectivité pour les mauvaises raisons. Cela étant, le Chef et le conseil n'ont pas non plus de lignes directrices qui pourraient les aider à établir des règlements administratifs. Ils ne sont pas tenus de consulter la collectivité ni de l'aviser qu'ils adopteront un nouveau règlement.

Lorsqu'on parle de réforme du régime de gouvernance d'une Première Nation, la solution ne consiste donc pas simplement à retirer au gouvernement fédéral son pouvoir d'annuler des règlements administratifs. Cela ne réglerait qu'une partie du problème. Il faut également s'assurer que le Chef et le conseil agissent de manière responsable envers leur collectivité.

L'analyse précédente montre l'émergence, depuis quelques années, d'une tendance vers la réduction des pouvoirs du ministre des Affaires indiennes et l'augmentation de la participation des membres de la collectivité. Si cette tendance se maintient, à quoi ressemblera le régime de gouvernance des Premières Nations?

<p>Les trois éléments d'une structure de responsabilisation</p>
--

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. Participation communautaire2. Respect des principes fondamentaux3. Pouvoir d'authentifier et d'interpréter les lois et les décisions |
|---|

1. Participation communautaire

Les membres de la collectivité doivent avoir la possibilité de participer activement à la vie communautaire. Ils devraient pouvoir proposer de nouveaux règlements, commenter les projets et donner leur opinion sur la modification des règlements. Puisque les règlements n'ont pas tous la même importance, le niveau de participation communautaire pourrait varier en conséquence. Un règlement important, par exemple, visant à bannir l'alcool, pourrait nécessiter la

convocation d'une assemblée communautaire. Par contre, un sujet moins fondamental, comme l'érection d'une clôture autour d'une école, pourrait uniquement faire l'objet d'un avis précisant que le règlement sera soumis au vote au cours de l'assemblée du conseil.

Comment la collectivité peut-elle participer aux décisions prises au sujet de l'utilisation des terres de la réserve? Il n'est pas nécessairement approprié de convoquer une assemblée communautaire avant chaque décision, mais il existe d'autres moyens de favoriser la participation communautaire. Par exemple, on pourrait consulter les membres de la collectivité

pour l'élaboration d'un plan d'utilisation des terres de la réserve et la détermination des critères de délivrance de certificats de possession. En ce qui a trait aux logements appartenant à la bande, il existe déjà, dans de nombreuses réserves, un comité du logement composé de membres de la collectivité et de représentants du conseil. Pour ce qui est de la cession d'une partie de la réserve, la *Loi sur les Indiens* exige la tenue d'une assemblée communautaire et d'un vote (art. 39).

Certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* ne prévoient aucune participation communautaire ni aucun avis. Dans la section précédente, nous avons vu que les règlements concernant les pouvoirs généraux (art. 81) et les pouvoirs en matière de finances (art. 83) doivent uniquement être soumis au vote du Chef et du conseil lors d'une assemblée. Par conséquent, un Chef et un conseil pourraient adopter un règlement administratif sur la taxation ou l'utilisation des terres sans en informer qui que ce soit. Le règlement n'entrerait toutefois en vigueur qu'une fois approuvé par le ministre, qui n'est pas, lui non plus, tenu de consulter qui que ce soit. Il se pourrait donc que la population apprenne, un beau jour, qu'un nouveau règlement a été adopté sans autre forme d'avis public.

Comme nous l'avons vu, depuis les années 1980, les nouvelles dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux pouvoirs de réglementation sont plus exigeantes en ce qui a trait à la consultation des membres de la collectivité. Les dispositions sur les règlements administratifs sur les boissons alcoolisées (par. 85.1) stipulent qu'un règlement doit être approuvé par un vote majoritaire des personnes qui assistent à l'assemblée publique. On améliore ainsi la responsabilité, en exigeant la publication d'un avis et la tenue d'un débat public. Le ministre des Affaires indiennes ne peut pas annuler ce règlement. Cette façon de faire pourrait cependant présenter une lacune, du fait qu'elle ne précise pas qu'un nombre donné de membres doit assister à l'assemblée. Il se pourrait donc qu'un petit groupe décide de rejeter un règlement administratif sur les boissons alcoolisées. Dans pareille procédure, les membres de la collectivité ont la responsabilité de participer aux décisions de telle sorte que le règlement reflète réellement les intérêts de la collectivité.

Il existe divers moyens d'obtenir la participation de la collectivité. Le vote secret, les assemblées communautaires et le porte-à-porte sont les plus courants. Il en existe d'autres, comme les cercles familiaux, où des représentants des familles se réunissent et cherchent à établir un consensus. Aussi, pour les questions courantes, on peut se contenter de faire une annonce à la radio communautaire, sur le site web de la Première Nation ou dans le bulletin communautaire.

2. Respect des principes fondamentaux

Le processus législatif ne se limite pas à la prise de règlements qui sont approuvés par la majorité des électeurs. Il faut également respecter les principes fondamentaux importants pour la survie culturelle de la collectivité. Dans la population canadienne en général, bon nombre de ces principes sont inclus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui fait partie de la Constitution. Le but premier de la *Charte* est de protéger les Canadiens contre les actions des gouvernements. Des valeurs comme la liberté d'expression, le droit à un processus équitable en matière criminelle et le droit de ne pas faire l'objet de lois discriminatoires sont incluses dans la *Charte*. Étant donné que toutes les lois fédérales doivent être conformes à la *Charte*, les

règlements pris en application de la *Loi sur les Indiens* doivent également respecter la *Charte*. Cela signifie qu'un conseil de bande ne peut pas adopter un règlement qui contrevient à la *Charte*. Prenons l'exemple d'un conseil de bande qui adopte un règlement sur la résidence renfermant des clauses de discrimination contre les femmes. Les femmes pourraient contester le règlement devant la Cour fédérale en s'appuyant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Cour fédérale a fixé d'autres normes relatives à la conduite du Chef et du conseil. Dans le système de justice traditionnel, il existe des normes non écrites, établies par les juges – une sorte de tradition orale – qu'on appelle le droit commun ou « jurisprudentiel ». Le devoir d'équité des décideurs est un des grands principes définis par les tribunaux pour guider les décideurs. C'est ce principe de droit qu'ont appliqué les tribunaux aux Chefs et conseils dans le contexte de la délivrance des certificats de possession des terres de réserve. Comme nous l'avons vu, la *Loi sur les Indiens* ne donne aucune orientation aux Chefs et conseils quant à la façon de prendre des décisions à ce sujet, mais des tribunaux ont déterminé que les personnes à qui on demande de quitter leurs terres ont le droit de connaître les motifs de cette demande et de faire valoir leur point de vue¹⁴. Dans le cadre du processus de délivrance de certificats de possession de terres (par. 20(1)), le Chef et le conseil sont également tenus d'agir dans l'intérêt de la bande.

... avant d'accorder une terre en vertu du paragraphe 20(1), le conseil doit prendre en considération les droits des autres membres de la bande. Ce devoir suppose qu'il faut évaluer la demande d'octroi de la personne, y compris l'utilisation prévue de la terre, et l'utilisation optimale qu'on pourrait en faire pour l'ensemble de la collectivité¹⁵.

Les Premières Nations qui veulent se doter d'un régime de gouvernance doivent donc déterminer si ces normes leur conviennent. La *Charte canadienne des droits et libertés*, par exemple, a fait l'objet de critiques parce que, selon certains, elle est trop « européenne » et trop axée sur les valeurs traditionnelles non autochtones, qui s'appliquent à la personne plutôt qu'à la collectivité¹⁶. Les Premières Nations qui veulent affirmer leur droit à l'autonomie gouvernementale font souvent valoir que la *Charte* ne devrait pas s'appliquer à leurs lois. Même si les valeurs de la *Charte* peuvent s'appliquer aux Premières Nations, n'y aurait-il pas d'autres normes auxquelles le Chef et le conseil pourraient adhérer?

Plusieurs Premières Nations ont élaboré leur propre constitution dans laquelle elles énoncent les principes importants qui orientent les actions du gouvernement et des citoyens. Par exemple, la constitution des Tlingits de Teslin inclut un principe relatif à la protection des clans :

Le clan est le principal maillon de l'organisation sociale et de la structure de pouvoir au sein de la Nation Tlingit Teslin. Le pouvoir, les responsabilités et les traditions des clans ne doivent aucunement être fragilisés¹⁷.

La constitution de la Première Nation de Westbank énonce un ensemble de principes d'interprétation de ses dispositions. Un de ces principes se rapporte à la culture.

Les membres de la Première Nation de Westbank reconnaissent la nécessité de respecter, de protéger et de promouvoir leur patrimoine, leur culture et leurs traditions, sachant que

les traditions et les coutumes évoluent et s'adaptent au contexte contemporain¹⁸.

La constitution du Conseil des Ta'an Kwach'an vise à [TRADUCTION] « favoriser la guérison personnelle pour le bien et l'unité de notre communauté¹⁹ ».

Le régime de gouvernance d'une Première Nation pourrait autoriser les membres à contester les actions du Chef et du conseil qui ne respectent pas les principes fondamentaux énoncés dans la constitution de la Première Nation. Quel organe devrait entendre l'affaire : un tribunal non autochtone ou une institution créée par les Premières Nations? Nous examinerons cette question dans la prochaine section.

3. Pouvoir d'authentifier et d'interpréter les lois et les décisions

Il y aura inévitablement des divergences d'opinions sur la question de savoir si les lois ont été élaborées selon les procédures établies ou si elles respectent les principes fondamentaux de la collectivité. Il est donc important de prévoir un mécanisme d'authentification et d'interprétation des lois dans la structure de gouvernance.

En vertu de la *Loi sur les Indiens*, il incombe au ministre des Affaires indiennes de faire observer bon nombre des normes et procédures. Par exemple, en vertu des dispositions relatives à l'élaboration d'un code d'appartenance, le ministre doit déterminer si la bande a respecté la procédure établie, c'est-à-dire qu'elle a donné un avis de son intention et obtenu l'autorisation de la majorité de ses électeurs. Si ces conditions n'ont pas été respectées, le ministre n'approuvera pas le code. De même, le ministère des Affaires indiennes peut empêcher une bande de tenir des élections selon la coutume si elle n'a pas soumis la modification du système électoral à l'approbation de ses membres par voie de référendum ou par un autre processus.

Dans le système de justice traditionnel, les tribunaux doivent veiller à ce que les lois soient édictées selon une procédure appropriée et qu'elles respectent les principes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un tribunal peut donc annuler une loi qui ne respecte pas les principes de la *Charte*, même si cette loi a été adoptée selon un processus valide et approuvée par la majorité de la population canadienne. Un mécanisme de contrôle des actions des Chefs et conseils est également important pour les Premières Nations. Par exemple, on pourrait exiger que les lois de la Première Nation respectent les traditions culturelles de celle-ci. Toute loi qui irait à l'encontre de ces principes pourrait être contestée, même si la majorité des électeurs l'approuvent.

Or, dans le cas des Premières Nations, une question importante se pose : Est-il indiqué de s'en remettre au ministère des Affaires indiennes ou à la Cour fédérale pour garantir le respect du processus et des principes fondamentaux de la Première Nation? Pourrait-on confier cette tâche à des tribunaux des Premières Nations?

Les Premières Nations qui se sont dotées de codes d'élections selon la coutume voulaient conserver le pouvoir décisionnel au sein de la collectivité en désignant des préposés aux élections ou en instaurant des comités d'appel des élections chargés de régler les différends. Ainsi, certains pouvoirs du ministre des Affaires indiennes ont été transférés aux Premières Nations, et des

membres respectés de la collectivité peuvent désormais régler les différends électoraux. Dans les collectivités d'Akwesasne, de Wewai kai (Cape Mudge) et de Westbank, ces mécanismes internes semblent avoir obtenu l'aval de la collectivité²⁰.

L'expérience a cependant démontré que les mécanismes internes comportent aussi certains problèmes. Par exemple, il peut être difficile de former un comité d'appel « neutre »²¹. Une Première Nation a tenté d'y remédier en exigeant qu'un des membres du comité électoral vienne de l'extérieur de la collectivité. Elle a désigné l'avocate de la Première Nation, mais même cette personne était contestée, les gens estimant qu'elle était en conflit d'intérêts en raison du travail qu'elle effectuait pour un des candidats à l'élection²². D'autres mécanismes pourraient être utilisés pour éviter les conflits d'intérêts et les préjudices. Par exemple, une Première Nation pourrait accepter d'être liée par les décisions d'un comité régional ou national composé de membres respectés des Premières Nations. Un tel comité pourrait exercer certains pouvoirs du ministère des Affaires indiennes tout en veillant à ce que les fonctions importantes relatives à la responsabilité soient maintenues pour exercer un certain contrôle sur les pouvoirs du Chef et du conseil.

Les Premières Nations doivent également s'assurer que les membres connaissent l'existence de leurs propres lois. Pour ce faire, elles pourraient tenir un registre des règlements au bureau de la Première Nation ou publier les règlements dans Internet. Si certaines lois se prêtent mieux à la récitation, on pourrait en faire un enregistrement oral qui serait rendu accessible au bureau de la Première Nation ou diffusé sur Internet.

4. Résumé : Gouvernance des Premières Nations

Nous avons examiné les mécanismes de responsabilisation établis dans la *Loi sur les Indiens* pour trouver une façon de faire la transition vers un régime de gouvernance des Premières Nations.

Premièrement, il est évident que la collectivité doit participer à l'élaboration des lois.

- ✓ Cette participation peut être plus ou moins grande, compte tenu de l'importance de la loi en cause, et elle peut prendre la forme d'une consultation, d'assemblées communautaires et de scrutins.
- ✓ Le type de consultation peut aussi varier. Les collectivités pourraient envisager de nouvelles formes de participation, comme des réunions de groupes de familles et du porte-à-porte.

Deuxièmement, les collectivités pourraient définir leurs propres principes fondamentaux.

- ✓ L'ensemble des lois et décisions pourrait être pris conformément aux principes fondamentaux de la Première Nation, par exemple, le respect de la culture et le respect des aînés.
- ✓ La *Charte canadienne des droits et libertés* pourrait s'appliquer, selon la structure de gouvernance adoptée par la Première Nation. Par ailleurs, on pourrait faire appliquer des décisions des tribunaux exigeant que le Chef et le conseil agissent de manière équitable²³.

Troisièmement, les collectivités devraient désigner l'organe chargé d'interpréter les lois et de certifier qu'elles ont été prises selon un processus valide.

- ✓ Des mécanismes internes comme un comité d'appel composé d'aînés ou d'autres membres respectés de la collectivité, ou encore un organe régional formé de représentants d'autres Premières Nations.

- ✓ Les collectivités doivent déterminer si elles souhaitent conserver leur droit de s'adresser à un tribunal fédéral ou provincial. Toutes les ententes d'autonomie gouvernementale prévoient des mécanismes internes incluant des procédures d'appel devant les tribunaux, mais il demeure possible de limiter le recours aux tribunaux.

Le tableau de la page suivante illustre la mesure dans laquelle le régime créé par la *Loi sur les Indiens* et le régime de gouvernance des Premières Nations intègrent les trois composantes de la responsabilisation dans les processus législatif et décisionnel.

Conclusion

Au début de l'analyse, nous avons constaté que deux allégations contradictoires à propos de la *Loi sur les Indiens* étaient aussi valides l'une que l'autre. Premièrement, la *Loi sur les Indiens* n'accorde pas suffisamment de pouvoirs aux Chefs et aux conseils. Deuxièmement, la *Loi sur les Indiens* donne trop de pouvoirs aux Chefs et aux conseils. L'examen de la structure de la *Loi* montre que le problème réside dans le fait que le ministre des Affaires indiennes a une trop grande marge de manœuvre pour annuler les décisions du Chef et du conseil, et que la *Loi sur les Indiens* n'oblige pas les Chefs et les conseils à rendre des comptes à la collectivité.

Les Premières Nations du Canada cherchent déjà des moyens de régler ces deux problèmes. Dans un grand nombre d'ententes sur l'autonomie gouvernementale, les pouvoirs du ministère des Affaires indiennes sont transférés à la Première Nation, et on a prévu des dispositions exigeant une plus grande responsabilité des Chefs et des conseils envers les membres de leur collectivité. Même les bandes régies par la *Loi sur les Indiens* adoptent cette approche. C'est notamment le cas des Premières Nations qui établissent leur propre code d'élections coutumières. Cette activité demande une forte participation de la collectivité, et la surveillance du déroulement des élections est confiée non pas au ministère des Affaires indiennes mais à des comités des Premières Nations.

Les Premières Nations ont élaboré des outils qui facilitent la répartition des pouvoirs entre le Chef et le conseil, les membres de la collectivité et le comité de la Première Nation. Il appartient maintenant à chaque Première Nation de déterminer la répartition qui lui convient le mieux.

Structure de responsabilisation

	Participation communautaire*	Respect des principes fondamentaux **	Pouvoir d'authentifier et d'interpréter les lois ***
<i>Régime de la Loi sur les Indiens</i>			
Attribution de certificats de possession (art. 20)	Pas exigée	<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	Pouvoir illimité conféré au ministre des Affaires indiennes
Allocation de logements appartenant à la bande	Pas exigée	<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	Aucune participation du ministre
Règlements de nature générale et financière (articles 81 et 83)	Pas exigée	<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	Pouvoir illimité conféré au ministre des Affaires indiennes
Règlement administratif sur les boissons alcoolisées (par. 85.1)	Publication et assemblée communautaire	<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	Pouvoir limité accordé au ministre
Code d'appartenance (art. 10)	Publication, assemblées communautaires et scrutin	<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	Pouvoir limité accordé au ministre
Élections selon la coutume	Consensus au sein de la collectivité	- <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> - Principes fondamentaux de la Première Nation	Comité de la Première Nation
<i>Régime des Premières Nations</i>			
Lois des Premières Nations	Participation adéquate de la collectivité	- Principes fondamentaux de la Première Nation - <i>Charte canadienne des droits et libertés?</i>	Comité de la Première Nation

Notes

* Participation communautaire : Elle peut prendre diverses formes, d'une simple assemblée générale à la tenue de référendums avec forte majorité

** Respect des principes fondamentaux : La *Charte canadienne des droits et libertés* chapeaute toutes les lois fédérales. Son application à un régime propre aux Premières Nations dépend de la structure du régime.

*** Pouvoir d'authentifier et d'interpréter les lois : Dans tous les cas, la *Loi sur les Indiens* prévoit la possibilité de s'adresser à la Cour fédérale, que le ministre ou le ministère des Affaires indiennes ait ou non des pouvoirs décisionnels. L'accès aux tribunaux sous un régime propre aux Premières Nations dépendra de la structure du régime.

Notes en fin de document

¹ Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, volume 1, deuxième partie, chapitre 9, « La Loi sur les Indiens », p. 79 (<http://www.ainc-inac.gc.ca/ch/rcap/>).

² Il s'agit là d'une simplification de la situation. Le code d'appartenance à une Première Nation doit être conforme à des conditions essentielles définies dans la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, il doit permettre aux femmes qui ont retrouvé leur statut en vertu du projet de loi C-31 d'être membres de la Première Nation. Si les conditions sont respectées, le ministre ne peut révoquer le code d'appartenance. Cela diffère grandement des pouvoirs qu'a le ministre de révoquer des règlements administratifs pris par une bande. Dans ces cas, le ministre n'est même pas tenu de justifier sa décision.

³ Il n'est pas nécessaire de tenir un vote au sein de la bande : *Joe v. Findlay*, [1987] 2 C.N.L.R. 75 (B.C.S.C.).

⁴ Bien que la *Loi sur les Indiens* n'accorde pas explicitement au conseil de bande le pouvoir d'affecter des terres sur une base temporaire, des tribunaux ont reconnu ce pouvoir aux bandes : *McMillan v. Augustine*, [2004] 3 C.N.L.R. 170 (N.B.Q.B.) et *Seabird Island Indian Band v. McNeil-Bobb* [2000] B.C.J. No. 1133 (B.C.S.C.).

⁵ Des différends ont été soumis aux tribunaux, et les juges ont tenté de définir des lignes directrices. On trouvera un sommaire de la jurisprudence dans les affaires énumérées à l'article 20 dans Shin Imai, *The Annotated Indian Act and Aboriginal Constitutional Provisions*, Toronto, Thomson Carswell.

⁶ *Twinn c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.N.L.R. 188 (Cour fédérale).

⁷ Pour connaître les affaires judiciaires sur cette question, voir l'analyse des articles 78 et 79 de la *Loi sur les Indiens* dans Shin Imai, *The Annotated Indian Act and Aboriginal Constitutional Provisions*, Toronto, Thomson Carswell.

⁸ Il convient de mentionner que le Chef et le conseil élus à la suite d'élections selon la coutume sont reconnus en vertu de la *Loi sur les Indiens* et par le gouvernement comme les administrateurs officiels de la bande. Ils ont donc le pouvoir de prendre des décisions, d'adopter des règlements administratifs et de signer des accords de financement. Le Chef et le conseil élus lors d'élections selon la coutume n'adoptent pas nécessairement les structures de gouvernance traditionnelle, que le gouvernement ne reconnaît pas. Par exemple, dans la réserve des Six Nations, en Ontario, l'administration traditionnelle des Haudenosaunee est très populaire. En 1924, on a aboli le conseil traditionnel et imposé un système électoral aux Six Nations. La grande majorité des membres des Six Nations refusent toujours de voter aux élections fédérales et ne participent pas à l'élection du Chef et du conseil, telle que la prévoit la *Loi sur les Indiens*. Le gouvernement des Haudenosaunee n'est pas reconnu par le gouvernement fédéral et il ne détient aucun pouvoir en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

⁹ *Salt River First Nation 195 c. Marie*, [2004] 1 C.N.L.R. 319 (CAF); *Francis c. Conseil Mohawk de Kanasatake*, [2003] 3 C.N.L.R. 86 (Cour fédérale).

¹⁰ *Crow c. Conseil de la bande indienne des Blood*, [1997] 3 C.N.L.R. 76 (Cour fédérale).

¹¹ *Napoleon v. Garbitt*, [1997] B.C.J. 1250 (B.C.S.C.).

¹² *Gros-Louis c. Conseil de la Nation Huronne-Wendat*, [2000] A.C.F., n° 1529 (1^{re} inst.).

¹³ *Première nation Anishnabe de Roseau River c. Première nation Anishnabe de Roseau River*, [2003] 2 C.N.L.R. 345 (Cour fédérale). La tribu Gitga'at de la nation tsimshian fonctionne également selon un double système : un conseil de clan héréditaire et un conseil de village élu (*Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*, 2005 C.F. 1030 (Cour fédérale)).

¹⁴ *Sheard v. Chippewas of Rama First Nation*, [1997] 2 C.N.L.R. 182 (Cour fédérale).

¹⁵ *Lower Nicola Indian Band c. Trans-Canada Displays Ltd.*, [2000] 4 C.N.L.R. 185 (B.C.S.C.), par. 155.

¹⁶ Plusieurs auteurs des Premières Nations se sont prononcés sur cette question. Voir, par exemple, Candace Metallic et Patricia Monture-Angus dans *borderlands e-journal*, volume 1, n° 2, 2002 (http://www.borderlandsejournal.adelaide.edu.au/vol1no2_2002/metallic_angus.html)

Les Premières Nations qui envisagent d'intenter des poursuites en vertu de la Charte doivent tenir compte des conséquences possibles. ... Autrement, on risque d'interpréter le paragraphe 35(1) d'une manière qui privilégie les droits individuels (au détriment d'une analyse des droits communs ou collectifs). Une telle dichotomie n'apporte aucun avantage.

¹⁷ On trouvera la constitution des Tlingits de Teslin à l'adresse www.ttc-teslin.com/ (en anglais seulement).

¹⁸ On trouvera la constitution de la Première Nation de Westbank à l'adresse www.wfn.ca (en anglais seulement).

¹⁹ On trouvera la constitution des Ta'an Kwach'an à l'adresse www.taan.ca/constitution.html (en anglais seulement).

²⁰ Communication personnelle de M^e Micha Menczer, avocat.

²¹ Dans *Lavallee v. Louison*, [1999] F.C.J. n° 1350 (Cour fédérale), la Cour a conclu qu'il faut tenir compte de la taille de la bande au moment d'établir s'il existe une crainte raisonnable de partialité. Voir également *Willier c. Sucker Creek Indian Band*, [2002] 4 C.N.L.R. 298 (CAF), où la préposée aux élections n'a pu réunir suffisamment de membres « neutres » pour former un comité d'appel.

²² *Sweetgrass First Nation v. Gollan*, 2006 CarswellNat 1657, 2006 FC 778 (Cour fédérale).

²³ Dans *Crow c. Bande de Blood* [1997] 3 C.N.L.R. 76, le demandeur alléguait que le code électoral coutumier de la bande allait à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour fédérale remettait en cause l'application de la *Charte* aux élections coutumières. Dans cette affaire, il n'y avait pas lieu de déterminer si la *Charte* s'appliquait; aucune décision n'a donc été rendue à cet égard. Si les élections coutumières sont l'expression d'un pouvoir inhérent de la Première Nation., comme la Cour l'a établi dans *Bone c. Bande indienne de Sioux Valley* n° 290 [1996] 3 C.N.L.R. 54 (Cour fédérale), la *Charte* peut très bien ne pas s'appliquer. Voir également Kent McNeil, « Aboriginal Governments and the Charter: Lessons from the United States », (2002) 17, dans *Revue canadienne droit et société*, p. 73 à 105.