



Guide des codes d'appartenance

Mars 2020

AFFAIRES JURIDIQUES
ET JUSTICE





INTRODUCTION

Avant l'arrivée des Européens, chaque Première Nation déterminait si une personne « appartenait » ou non à son groupe en appliquant ses propres règles et pratiques culturelles. Cependant, dès les années 1850, les gouvernements des colonies canadiennes ont commencé à établir des lois pour déterminer, selon eux, l'appartenance légitime des personnes à un groupe particulier de citoyens des Premières Nations. Ces règles, qui ont fini par faire partie des premières *Lois sur les Indiens*, n'avaient aucun rapport, sinon peu, avec les pratiques culturelles et les structures familiales des Premières Nations. Les législateurs coloniaux, puis fédéraux, définissaient ce qu'était un « Indien » en fonction de leurs propres stéréotypes et priorités. Ils ont utilisé le pouvoir de la loi et de l'État pour mettre en application leurs définitions, cela malgré l'absence de corrélation entre celles-ci et la réalité quotidienne des citoyens des Premières Nations. Ces mesures ont causé un préjudice irréparable parmi les Premières Nations; un préjudice qui est encore éprouvé de nos jours.

Depuis les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985, les Premières Nations ont le pouvoir d'adopter leurs propres codes d'appartenance pour déterminer qui est membre de leur communauté. Bien que ce changement ait conféré une certaine autonomie dans la façon d'établir l'appartenance à la communauté, de nombreuses règles juridiques empêchent toute bande d'agir librement dans son code d'appartenance. Compte tenu du décalage persistant entre le statut juridique d'« Indien inscrit » et les conceptions culturelles de l'appartenance existant à l'échelon local et les changements apportés aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives au statut d'Indien et à l'appartenance à une bande à la suite des jugements rendus par les tribunaux canadiens dans les affaires *Mclvor* et *Descheneaux*, un nombre croissant de Premières Nations souhaitent obtenir plus de renseignements sur ce qu'elles peuvent faire pour exercer un certain contrôle sur l'appartenance, c'est-à-dire décider qui « appartient » ou non à leur communauté.

Le présent guide a pour but de clarifier certains concepts relatifs au statut d'Indien, à l'appartenance à la bande et à la citoyenneté au sein des Premières Nations et de fournir aux Premières Nations souhaitant adopter leur propre loi sur la citoyenneté ou leur propre code d'appartenance un aperçu de certaines questions importantes dont elles devront tenir compte au moment de la rédaction de ces documents officiels. Le guide n'est aucunement destiné à donner des conseils juridiques sur ces questions. Toute Première Nation qui envisage sérieusement d'adopter une loi sur la citoyenneté, un code d'appartenance ou un document semblable devrait solliciter un avis juridique dès le début de son projet pour s'assurer que le processus d'adoption et le contenu des codes sont acceptables et applicables du point de vue juridique.



CONCEPTS CLÉS

Avant d'étudier les possibilités qui s'offrent aux Premières Nations souhaitant exercer un plus grand contrôle sur l'appartenance à la communauté, il est nécessaire d'expliquer en détail certains concepts clés qui seront utilisés tout au long du présent guide. Ces explications sont nécessaires étant donné la complexité des concepts, qui résulte de la mauvaise gestion de la question par le gouvernement fédéral, des différents jugements rendus par les tribunaux ces dernières années et des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* à la suite de ces jugements. La présente section donne un aperçu de trois concepts clés : la citoyenneté des Premières Nations, le statut d'Indien et l'appartenance à une bande.

Concept clé n°1 : citoyenneté des Premières Nations

Compte tenu du préjudice de longue date causé par l'imposition de règles fédérales sur les pratiques d'appartenance à la communauté, de nombreuses Premières Nations et bandes ont commencé à débattre de la citoyenneté des Premières Nations. L'une des principales raisons de passer des termes de « statut » et d'« appartenance » à celui de « citoyenneté » est de délaissier ces notions coloniales pour centrer l'attention sur la nation elle-même plutôt que sur la bande. Ce changement de terminologie peut également être considéré comme une volonté de fonder les rapports entre les Premières Nations et le Canada sur une relation de nation à nation, plutôt que sur une relation d'État à sujets.

Selon l'UNESCO,

La citoyenneté peut être définie comme étant « le statut d'avoir le droit de participer et d'être représenté en politique ». C'est un ensemble de droits et d'obligations qui confère aux individus une identité juridique officielle. T.H. Marshall, dont les travaux ont longtemps dominé les débats sur la citoyenneté sociale, considère la citoyenneté comme « un statut accordé aux personnes qui sont membres à part entière d'une communauté. Toutes celles qui possèdent ce statut sont égales sur le plan des droits et des devoirs que ce dernier confère ».¹

¹ UNESCO. *Citoyenneté*, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://fr.unesco.org/themes/promouvoir-droits-inclusion/migration> (consulté le 10 octobre 2019) (citations omises).



Ce concept de citoyenneté est lié à l'ascension des États nations modernes et à la nécessité de définir qui a des droits juridiques, politiques et sociaux au sein de l'État.

Une personne ayant la citoyenneté canadienne possède certains droits (par exemple le droit de voter, celui de se présenter à des élections et celui d'entrer et demeurer au Canada) qui ne sont pas accordés aux non-citoyens. La citoyenneté canadienne n'est pas assortie de nombreuses obligations directes, tandis que les citoyens d'autres pays sont obligés d'effectuer leur service militaire ou de voter aux élections.

Au Canada, comme dans de nombreux autres pays occidentaux, il n'existe pas nécessairement un lien entre la culture et la citoyenneté. En bref, une personne née au Canada est un citoyen, quelle que soit l'origine ethnique ou culturelle de ses parents. Par contre, certains pays exigent de la personne qu'elle soit liée par le sang à une population préexistante pour être considérée comme un citoyen.

La section suivante aborde le contexte juridique de la citoyenneté des Premières Nations et sa relation avec le statut d'Indien et l'appartenance à la bande.

* * *

Concept clé n°2 : statut d'Indien

Le statut d'Indien est accordé par le gouvernement fédéral en vertu de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens*. Une personne disposant du statut d'Indien possède certains droits et immunités, par exemple les biens situés dans la réserve sont exonérés d'impôt et ne peuvent pas être saisis par des non-Indiens. Une personne ayant le statut d'Indien a accès à des programmes gouvernementaux qui ne sont pas destinés aux autres Canadiens, tel le programme des services de santé non assurés.

Le concept du statut d'Indien puise ses racines dans la législation adoptée par les colonies canadiennes dans les années 1850. Ces lois visaient à faire la distinction entre les personnes membres des groupes des Premières Nations et celles qui ne l'étaient pas, cela dans le but de déterminer qui avait le droit de s'établir – y compris d'utiliser – sur les terres mises de côté par le gouvernement pour les Premières Nations. Certaines de ces définitions initiales s'appuyaient sur une conception beaucoup plus large du statut d'Indien que celle qui allait être adoptée après la Confédération. Par exemple, en vertu de certaines lois, un homme non indien qui épousait une



Indienne était considéré comme un Indien et l'identification communautaire jouait un rôle pour savoir qui était légitimement un Indien.²

Cependant, lorsque la première *Loi sur les Indiens* a été adoptée en 1876, la définition du terme « Indien » n'avait rien ou presque rien à voir avec les pratiques culturelles et les structures familiales des Premières Nations. Les législateurs coloniaux, puis fédéraux, ont défini ce terme selon leurs propres stéréotypes et priorités. Les définitions ne s'appuyaient sur aucun fondement solide, ni sur la culture, ni sur le degré de sang. Ainsi, certaines personnes inscrites avaient moins de sang indien ou étaient moins liées à la culture d'un groupe que d'autres qui étaient considérées comme des personnes sans statut.

Depuis les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985, le droit au statut d'Indien est déterminé par l'article 6 de la *Loi*. Une personne peut être inscrite en vertu du paragraphe 6(1) ou du paragraphe 6(2). Diverses situations peuvent conduire à l'inscription d'une personne en vertu du paragraphe 6(1). Cependant, par souci de simplification, les personnes peuvent être regroupées dans trois (très) grandes catégories :

- Les personnes dont le droit au statut trouve sa source dans des événements ayant eu lieu avant 1985. Cela englobe les personnes qui avaient droit au statut avant les modifications de la *Loi* en 1985 et celles dont le droit au statut a été rétabli en 1985 ou ultérieurement (notamment à la suite des modifications législatives qui faisaient suite aux décisions dans les affaires *Mclvor* et *Descheneaux*) pour corriger des injustices d'avant 1985;
- Les personnes qui jouissent d'un statut parce qu'elles font partie d'un groupe de personnes qui a été déclaré comme étant une bande depuis le 17 avril 1985 par le gouvernement fédéral;
- Les personnes qui sont les enfants de deux personnes inscrites (en vertu du paragraphe 6(1) ou 6(2)).

Une personne est inscrite en vertu du paragraphe 6(2) lorsqu'un de ses parents peut être inscrit en vertu du paragraphe 6(1) et que l'autre n'a pas droit à l'inscription (également appelé « non-Indien »).

² *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada, 1850; Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette province et pour amender les lois relatives aux Sauvages, 1857.*



L'effet de ces dispositions sur la transmission du statut d'Indien aux générations suivantes peut être résumé de la manière ci-dessous (remarque : concernant le statut d'Indien en vertu de la *Loi*, il n'importe plus que les parents soient mariés) :

Tableau comparatif du statut d'Indien

		Deuxième parent		
		6(1)	6(2)	Pas de statut
Premier parent	6(1)	L'enfant dispose du statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(1)	L'enfant dispose du statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(1)	L'enfant dispose du statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(2)
	6(2)	L'enfant dispose du statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(1)	L'enfant dispose du statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(1)	L'enfant ne dispose pas du statut d'Indien
	Pas de statut	L'enfant dispose du statut d'Indien en vertu du paragraphe 6(2)	L'enfant ne dispose pas du statut d'Indien	L'enfant ne dispose pas du statut d'Indien

* * *

Concept clé n°3 : appartenance à la bande

L'appartenance à la bande est le droit d'être considéré comme un membre de la communauté et de participer à la vie politique de celle-ci. Tout membre d'une bande a le droit de résider dans la réserve de la bande en question, d'y posséder des terres et de bénéficier des fonds découlant des droits communs de la bande, tels que les recettes liées aux terres de la réserve.



Durant l'histoire de la réglementation de l'identité des Premières Nations par le Canada, aucune distinction n'a été généralement faite entre l'« appartenance à la bande » et le « statut d'Indien ». Entre 1867 et 1951, selon la définition en vigueur, pour être un Indien, une personne de sang indien devait être « réputée appartenir à une bande particulière ».³ En bref, si une personne figurait sur une liste de bande, elle était nécessairement un Indien.

En 1951, les concepts de « statut d'Indien » et d'« appartenance à la bande » ont divergé l'un de l'autre après l'adoption par le Parlement de modifications destinées à la *Loi sur les Indiens*. Ces modifications ont remodelé la définition du terme « Indien » et créé le registre des Indiens. En vertu de ces modifications, il est devenu possible d'être un Indien inscrit sans être membre d'une bande. Cependant, cette situation n'était pas courante. Entre 1951 et 1985, la plupart des personnes considérées comme des « Indiens » étaient également membres d'une bande.

En réalité, la véritable distinction entre l'appartenance à la bande et le statut d'Indien a été créée à la suite des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985, qui donnaient à toute bande le moyen de « décider de l'appartenance à ses effectifs » en établissant des règles d'appartenance écrites approuvées par ses électeurs. Environ 37 % des bandes ont adopté des codes d'appartenance en vertu de ce pouvoir; elles sont parfois appelées bandes « visées par l'article 10 », car c'est cet article de la *Loi sur les Indiens* qui prévoit la création de tels codes.⁴ Les bandes qui n'ont pas adopté de codes d'appartenance en vertu de cet article pour déterminer l'appartenance sont assujetties aux règles fédérales énoncées à l'article 11 de la *Loi*; elles sont parfois connus sous le nom de bandes « visées par l'article 11 ».

Les règles régissant l'adoption des codes d'appartenance des bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens* seront examinées en détail plus loin dans le guide. Aux fins du présent aperçu, il est important de comprendre les éléments suivants :

- Une personne peut maintenant être membre d'une bande sans être un Indien inscrit. Cette situation est possible lorsque les règles d'appartenance d'une bande sont moins restrictives que la *Loi sur les Indiens*. Bien que ces personnes puissent être considérées

³ Voir, par exemple, la définition du terme « Indien » à l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1886, c 43. Il convient de noter qu'il existait quelques exceptions limitées à cette règle, comme la définition de « Sauvage sans traités » : « tout individu de sang sauvage, [...] qui vit à la mode des Sauvages, même si cet individu ne réside que temporairement en Canada ».

⁴ Il est à noter qu'environ 38 Premières Nations qui contrôlent l'appartenance dans le cadre d'ententes d'autonomie gouvernementale.



comme des « Indiens » dans la limite de certaines situations,⁵ elles n'ont pas droit à la plupart des avantages liés au statut d'Indien (par exemple les services de santé non assurés).

- Actuellement, un grand nombre d'Indiens inscrits ne sont membres d'aucune bande, parce que la bande de leurs ancêtres a adopté des règles d'appartenance qui les empêchent d'être reconnus en tant que membres. (Ces personnes figurent sur la liste de la bande, mais pas sur la liste des membres ou la liste générale.)

Enfin, il convient de noter que le gouvernement fédéral n'autorise pas toute personne à être membre de plus d'une bande. Cette limitation s'applique seulement aux listes de bandes contrôlées par le gouvernement. Il est donc possible que le code d'appartenance d'une bande autorise la « double appartenance ».

⁵ Selon l'article 4.1 de la *Loi sur les Indiens*, les membres d'une bande qui ne sont pas des Indiens inscrits peuvent exercer certains droits qui sont normalement réservés aux Indiens inscrits, tels que le droit de détenir un certificat de possession de terres dans la réserve et l'exemption de saisie des biens situés dans la réserve.



DROITS INHÉRENTS, APPARTENANCE ET CITOYENNETÉ

Après avoir ignoré ou réprimé pendant longtemps les structures de gouvernance interne des Premières Nations, le gouvernement fédéral accepte aujourd'hui que les Premières Nations exercent un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et que ce droit englobe une compétence sur l'appartenance ou la citoyenneté.⁶ Ce droit est dit « inhérent » parce qu'il « ne découle pas de la Constitution canadienne ou du droit canadien, mais de l'existence des Premières Nations en tant qu'entités culturelles, sociales et politiques indépendantes qui étaient dotées de leurs propres lois et systèmes de gouvernement avant la colonisation européenne de l'Amérique du Nord ».⁷

Bien que ce droit bénéficie d'une reconnaissance générale, il existe encore de nombreux obstacles juridiques et pratiques auxquels est confrontée toute Première Nation qui souhaite l'exercer. Tout d'abord, dans le contexte juridique canadien, les droits inhérents sont souvent encadrés par l'article 35 de la Constitution (c'est-à-dire la disposition qui « reconnaît et affirme » les droits ancestraux et issus de traités, leur assurant ainsi une protection constitutionnelle). Pour montrer qu'une pratique particulière est protégée en vertu de l'article 35, une Première Nation doit prouver l'existence d'un lien historique étroit entre la pratique qu'elle souhaite protéger et les pratiques culturelles de la nation avant le premier contact avec les Européens. La recherche et la collecte de ces preuves peuvent s'avérer difficiles et coûteuses. En outre, le gouvernement conteste généralement ces droits devant les tribunaux. Il est possible aussi que les pratiques culturelles aient changé depuis l'arrivée de la société des colons, ce qui peut rendre plus difficile la réussite de l'examen juridique. Parmi les autres défis figurent le statut juridique confus des « nations », contrairement à celui des bandes, et des questions pratiques, telles que les pouvoirs d'application de la loi et les ressources nécessaires à la mise en œuvre. Enfin, les Premières Nations qui exercent des droits inhérents relatifs à l'appartenance doivent savoir que le paragraphe 35(4) de la Constitution garantit des droits ancestraux et issus de traités égaux tant aux hommes qu'aux femmes.

Compte tenu des difficultés liées à l'adoption de règles de citoyenneté en vertu de leurs droits inhérents, de nombreuses Premières Nations préfèrent suivre une voie la plus facile et plus

⁶ Voir le document du gouvernement du Canada, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, disponible en ligne à l'adresse suivante <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136>. Voir également le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, texte précédant la recommandation 2.3.8.

⁷ Kent McNeil. *Challenging Legislative Infringements of the Inherent Aboriginal Right of Self-Government*, Windsor Yearbook of Access to Justice 22 (2003), 329-361, p. 331.



directe pour assumer le contrôle de l'appartenance à leur communauté, en l'occurrence l'adoption des règles d'appartenance prévues à l'article 10 de la *Loi sur les Indiens*. Les règles régissant ces types de codes d'appartenance seront examinées dans la section *Adoption d'un code d'appartenance à une bande en vertu de la Loi sur les Indiens*.

Un autre moyen d'obtenir le contrôle de la citoyenneté est de négocier une entente d'autonomie gouvernementale ou un accord sur des revendications territoriales globales avec la Couronne. Par exemple, les Premières Nations du Yukon et des groupes inuits ont négocié des traités modernes avec la Couronne, qui contiennent des règles d'appartenance reflétant la culture et les priorités des nations signataires. Une Première Nation du Yukon a négocié une entente définitive qui comprend une définition des « citoyens » qui ne fait pas référence aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives au statut. De plus, cette Première Nation a depuis reçu une déclaration de la Cour suprême du Yukon selon laquelle le Canada a l'obligation légale de tenir compte du nombre de citoyens, plutôt que simplement du nombre d'Indiens inscrits, lorsqu'il négocie un accord de transfert financier avec cette Première Nation.⁸ Ce jugement défend le principe selon lequel, lorsque les gouvernements acceptent d'accorder un financement à une Première Nation sur la base du nombre de ses citoyens plutôt que du nombre d'Indiens inscrits, ce type d'entente peut être mis en application par un tribunal.

⁸ *Conseil de Teslin Tlingit c. Canada (Procureur général)*, 2019 YKSC 3 (CanLII).



DÉCLARATION DES NATIONS UNIES ET APPARTENANCE À LA COMMUNAUTÉ

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* le 13 septembre 2007. Bien que le Canada ait initialement voté contre son adoption, le gouvernement fédéral a depuis changé d'avis en indiquant qu'il la soutenait pleinement.

La Déclaration des Nations Unies compte plusieurs dispositions qui sont directement liées à la question de l'appartenance, notamment les suivantes :

Article 9

Les Autochtones, peuples et individus, ont le droit d'appartenir à une communauté ou à une nation autochtone, conformément aux traditions et coutumes de la communauté ou de la nation considérée. Aucune discrimination quelle qu'elle soit ne saurait résulter de l'exercice de ce droit.

Article 33

1. Les peuples autochtones ont le droit de décider de leur propre identité ou appartenance conformément à leurs coutumes et traditions, sans préjudice du droit des autochtones d'obtenir, à titre individuel, la citoyenneté de l'État dans lequel ils vivent.
2. Les peuples autochtones ont le droit de déterminer les structures de leurs institutions et d'en choisir les membres selon leurs propres procédures.

Ces dispositions doivent être lues en parallèle avec plusieurs autres articles de la Déclaration qui traitent du lien existant entre ces droits et d'autres droits de la personne. Par exemple, l'article 44 stipule que « les droits et libertés reconnus dans la présente Déclaration sont garantis de la même façon à tous les autochtones, hommes et femmes ». L'article 46 exige que l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration respecte « les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous » et stipule que les droits soient « interprétés conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi ».

Le rôle de la Déclaration des Nations Unies dans le droit canadien reste à éclaircir : certains gouvernements ont conclu que la Déclaration ne jouait aucun rôle sinon un rôle modeste, tandis que les tribunaux ont estimé que les droits et les principes de la Déclaration devaient guider



l'interprétation de toute loi ou toute mesure gouvernementale concernant les Premières Nations. Il reste toutefois à éclaircir l'importance de la Déclaration dans la question particulière de l'appartenance. Par exemple, de quelle manière les droits reconnus ci-dessus seraient-ils différents de ce qui est actuellement autorisé par la *Loi sur les Indiens*? Est-ce que les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, qui exigent qu'une bande dotée de son propre code d'appartenance accepte comme membres toutes les personnes qui ont déjà le droit de figurer sur une liste de bande, reflètent bonnement l'interdiction de toute discrimination promulguée par la Déclaration ou portent-elles atteinte au droit d'une Première Nation de déterminer l'appartenance « conformément à leurs traditions et coutumes »?

Le rôle et les effets de la Déclaration des Nations Unies dans le droit canadien sont des questions en pleine évolution. Dans quelques années, on saura plus quels sont les effets pratiques de la Déclaration sur les pouvoirs des Premières Nations dans le domaine de la citoyenneté et de l'appartenance.



ADOPTION D'UN CODE D'APPARTENANCE À UNE BANDE EN VERTU DE LA LOI SUR LES INDIENS

I. Règles générales

Avant de s'engager dans le processus consistant à assumer le contrôle de ses propres membres, toute communauté des Premières Nations doit être consciente des deux contraintes importantes inhérentes à l'exercice de ce pouvoir.

Première contrainte – Conformément à la *Loi sur les Indiens*, toute Première Nation a l'obligation d'inclure en tant que membre toute personne qui a le droit d'être inscrite sur la liste de la bande en vertu des règles d'appartenance de la *Loi sur les Indiens* au moment où la bande établit ses propres règles d'appartenance. Cela signifie qu'une bande ne peut pas, au moment d'adopter ses règles d'appartenance, exclure des personnes qui sont déjà inscrites sur la liste de la bande simplement en raison d'événements survenus dans le passé (y compris en raison de l'ascendance, c'est-à-dire parce que leurs parents n'étaient pas considérés comme des membres de la bande jusqu'aux récentes modifications de la *Loi*). En bref, cette contrainte ne permet pas à une Première Nation de faire table rase du passé et de repartir à zéro : même si elle adopte ses propres règles d'appartenance, une Première Nation est tenue néanmoins de conserver une partie de l'héritage de la *Loi sur les Indiens*.

Deuxième contrainte – Les codes d'appartenance à une bande sont probablement assujettis aux droits énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cela signifie que tout code d'appartenance qui pratique une discrimination sur la base de certains motifs, notamment la race, le sexe, la situation familiale, la résidence hors réserve ou le fait d'être un parent adoptif ou un enfant adopté (à l'opposé de biologique), pourrait être jugé contraire à l'article 15 de la *Charte*. Les bandes peuvent consulter un conseiller juridique pour s'assurer que les dispositions de leur projet de code d'appartenance ne portent pas atteinte aux droits de la *Charte* ou que ces atteintes peuvent être justifiées par la situation particulière de la communauté.

Outre ces deux contraintes importantes, les Premières Nations doivent savoir que les décisions prises en vertu de leurs codes d'appartenance sont susceptibles d'être examinées par les tribunaux canadiens. Ainsi, elles devraient veiller à ce que leur processus décisionnel en matière d'appartenance est équitable du point de vue procédural. Par exemple, le code devrait garantir à toute personne qui sollicite l'appartenance la possibilité de présenter des observations concernant toute preuve que la Première Nation entend invoquer pour rendre sa décision et que les décisions concernant son appartenance soient motivées. Ces dispositions éviteront que les



décisions prises en vertu des codes d'appartenance ne soient pas annulées pour la simple raison que le processus décisionnel était injuste.

II. Processus d'adoption d'un code d'appartenance

Une bande qui souhaite assumer le contrôle de ses membres doit suivre le processus suivant prévu à l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* :

1. La bande informe ses membres qu'elle a l'intention d'assumer le contrôle de son effectif et que cette intention est approuvée par la majorité des électeurs de la bande;
2. La bande rédige un code d'appartenance;
3. Le code d'appartenance écrit doit être approuvé par la majorité des électeurs de la bande;
4. Une fois ces étapes franchies, la bande informe le ministre qu'elle assume le contrôle de ses membres.

Plusieurs éléments doivent être mentionnés au sujet de ce processus.

- La « majorité » requise a été déterminée comme étant une « double majorité », ce qui signifie que la majorité des électeurs doit voter et que la majorité des votants doit donner son approbation.⁹ Par exemple, dans une bande comptant 1000 membres, pour atteindre la double majorité, au moins 501 membres doivent se prononcer sur la question en votant et la majorité des votants doit avoir voté en faveur de celle-ci. Ce seuil est inférieur à celui de la « majorité absolue », qui exigerait que la moitié de tous les électeurs ait voté en faveur du code. Il est extrêmement difficile d'obtenir une majorité absolue car, pour diverses raisons, il est souvent difficile d'obtenir l'avis des membres de la bande sur de telles questions.
- Pour assurer une participation adéquate, le vote peut avoir lieu par différents moyens, par exemple le vote par correspondance.
- Une Première Nation n'est pas obligée de tenir deux tours de scrutin distincts. Elle peut choisir de présenter l'ensemble du projet aux électeurs une seule fois, c'est-à-dire en leur

⁹ *Première Nation des Abenakis d'Odanak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada)*, 2008 CAF 126.



demandant d'approuver à la fois l'intention de la bande d'assumer le contrôle de ses membres et les règles concrètes qui ont été élaborées. Pour les communautés soumises à de nombreux problèmes logistiques, cette méthode semble être la plus efficace.

Une fois que la Première Nation a franchi ces étapes et informé le gouvernement fédéral de sa décision, ce dernier vérifie que les membres ont bien donné les consentements requis et que le code protège les droits des personnes qui avaient déjà acquis un droit d'appartenance. S'il estime que ces deux obligations ont été satisfaites, le gouvernement notifiera à la Première Nation qu'elle a désormais acquis le contrôle de ses membres; le code d'appartenance entrera en vigueur dès la date de cette notification.

Une Première Nation est en droit de choisir le processus qu'elle juge approprié pour l'élaboration et l'approbation de son code d'appartenance. Par exemple, elle peut charger un comité ou un groupe de travail d'élaborer le projet de code et de soumettre ensuite le code à une consultation publique. Elle peut aussi mener des sondages auprès de ses membres pour déterminer quelles règles seraient les plus appropriées. Elle peut également élaborer le code à huis clos au sein du conseil et le présenter une fois terminé à la communauté. En décidant du processus le plus adéquat, la Première Nation doit prendre en compte de nombreux facteurs, notamment la légitimité et la transparence du processus, l'efficacité et le coût.

Lorsqu'une Première Nation assume le contrôle de ses membres, le gouvernement n'a plus aucun rôle à jouer dans la détermination de l'appartenance. Par contre, une personne qui souhaite obtenir le statut d'Indien et l'appartenance à une bande doit s'adresser à deux entités distinctes : au registraire des Indiens du gouvernement, pour obtenir le statut d'Indien, et à la Première Nation elle-même, pour obtenir l'appartenance. Tel que cela a été indiqué dans la section précédente (*Concepts clés*), une personne pourrait, d'une part, obtenir le statut d'Indien et, d'autre part, se voir refuser l'appartenance à une bande si elle ne remplit pas les conditions requises par le code d'appartenance de la Première Nation. À l'inverse, une personne pourrait obtenir l'appartenance à une bande en vertu du code de la Première Nation, mais se voir refuser le statut d'Indien par le gouvernement.

Enfin, il convient de noter que, conformément à la *Loi sur les Indiens*, la liste des membres tenue à jour par chaque Première Nation doit indiquer la date à laquelle un nom a été ajouté ou supprimé de la liste.

III. Questions à prendre en compte pour établir un code d'appartenance

Dans le processus d'établissement d'un code d'appartenance, l'étape la plus difficile est d'en élaborer les règles, car celles-ci serviront à déterminer les personnes qui seront considérées



comme des membres de la communauté. Ces règles doivent prendre en considération l'histoire de la communauté, sa culture, sa propre perception de soi et son avenir. Elles doivent notamment prendre en compte plus de 150 ans de législation coloniale qui, dans certains cas, ont profondément modifié la nature de la communauté et les attentes de certaines parties de la population. En outre, la récente modification des dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives au statut d'Indien entraînera de nouvelles arrivées dans la communauté, ce qui pourrait compliquer davantage la question. Dans un tel contexte, il n'est pas facile d'établir des règles relatives à l'appartenance.

Dans les paragraphes ci-dessous, nous abordons certaines des questions qui doivent être prises en compte par toute Première Nation qui envisage d'adopter un code d'appartenance. Étant donné que la nature de ces questions varie d'une Première Nation à l'autre, il est impossible de fournir des réponses ou des recommandations parfaitement appropriées; l'objectif est d'aider les Premières Nations et leurs membres à réfléchir à ces questions. Veuillez noter que cette liste ne constitue qu'un petit échantillon des différentes questions qui se posent à une Première Nation ou qui peuvent être traitées dans un code d'appartenance.

Question n° 1 : méthode pour déterminer l'appartenance

C'est peut-être la question la plus importante : comment une personne devient-elle membre de la communauté? Dans de nombreux cas, la réponse est « par la naissance », c'est-à-dire que la plupart des personnes deviennent systématiquement membres si elles sont l'enfant d'un membre. C'est l'approche qui est adoptée par la *Loi sur les Indiens* depuis plus d'un siècle. En vertu de la *Loi*, la naissance était presque la seule façon de devenir membre d'une bande (il y avait quelques exceptions, notamment les transferts entre bandes, volontaires ou résultant d'un mariage). Cependant, même cette question n'est pas nécessairement simple, puisqu'il faut décider si un seul parent suffit ou si les deux parents doivent être membres pour que l'enfant puisse lui aussi devenir membre.

Voici une liste de questions que toute Première Nation devrait prendre en compte dans l'élaboration d'une méthode pour déterminer l'appartenance.

- Est-ce que la naissance est le seul moyen de devenir membre? Peut-on aussi devenir membre par l'un des moyens suivants? :
 - Adoption — L'adoption coutumière et l'adoption légale sont-elles incluses? Si l'adoption coutumière est incluse, comment doit-elle être prouvée? Est-ce que l'acquisition du statut de membre par l'adoption concerne uniquement les personnes mineures? Les adultes sont-ils aussi concernés?



- Mariage — Est-ce que le mariage englobe l'union de fait? Dans l'affirmative, quelle est la durée de cohabitation requise? Comment attester une union de fait?
 - Résidence — Faut-il avoir résidé dans une communauté pendant une certaine période?
 - Participation à l'histoire et à la culture d'une communauté — Par exemple, est-ce qu'un étranger qui a travaillé dans la communauté et a appris la langue de celle-ci peut devenir membre?
- Si la naissance est un moyen de devenir membre, est-ce que les deux parents doivent déjà être membres ou un seul parent suffit?

En ce qui concerne cette question, la réponse pourrait varier en fonction des données démographiques et financières – qui seront examinées ci-après.

- Le statut d'Indien est-il un facteur à prendre en compte?

Cette question a des incidences financières, car, comme nous le verrons plus loin, le financement prévu pour les Premières Nations dans certaines régions est calculé en fonction du nombre d'Indiens inscrits membres de la bande, et non du nombre total de membres de la bande. Si une communauté décide que toute personne souhaitant devenir membre de la bande doit obligatoirement posséder le statut d'Indien, elle aurait avantage à laisser le contrôle de sa liste de membres au gouvernement fédéral, car seules les personnes ayant le statut d'Indien peuvent être ajoutée à une liste de bande contrôlée par le gouvernement.

- Le degré de sang est-il un facteur à prendre en compte?

Dans les discussions sur l'appartenance, la question du « degré de sang » est souvent mentionnée. Selon ce facteur, toute personne souhaitant devenir membre d'une bande devrait obligatoirement avoir une certaine quantité de « sang indien » (éventuellement 25 % ou 50 %). La plupart du temps, cette théorie laisse supposer qu'une partie de la population a plus de « sang indien » qu'une autre, par exemple les personnes qui possédaient le statut d'Indien avant 1985 auraient plus de « sang indien » que les membres de la communauté qui n'avaient pas le statut cette année-là. Cependant, cette théorie est fautive, car, en raison de la combinaison de règles appliquées par la *Loi sur les Indiens* au fil des ans et de la discrimination et des incohérences qui ont entaché ces règles, le fait de posséder le statut d'Indien, même avant 1985, ne veut pas nécessairement dire qu'une personne a plus de sang indien qu'une autre sans statut.



Les codes basés sur le degré de sang doivent établir une population d'origine qui, en théorie, posséderait 100 % de sang indien. Cela est très difficile à réaliser dans la pratique, car toute population d'origine comprend fort probablement des personnes ayant bien moins de 100 % de sang indien et probablement d'autres qui n'ont pas du tout de sang indien (par exemple des femmes non indiennes qui se sont « mariées » avant 1985).

Il convient également de noter que les règles relatives au degré de sang sont racistes. Beaucoup ont fait remarquer que, pour les Premières Nations, l'identité et l'appartenance à la communauté étaient traditionnellement fondées sur des considérations culturelles plutôt que raciales.¹⁰

- Est-ce que l'acquisition du statut de membre devrait être soumise à des considérations culturelles? En bref, une personne doit-elle démontrer sa connaissance de la langue ou de l'histoire de la communauté pour devenir membre?

Question n° 2 : considérations culturelles

Lorsqu'ils sont gérés par le gouvernement fédéral, le statut d'Indien et l'appartenance à une bande n'ont rien à voir avec la culture d'une communauté. Comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, le statut et l'appartenance n'ont pas été accordés à un individu parce qu'il faisait partie de la communauté culturelle d'une Première Nation, mais plutôt parce qu'il respectait certaines règles formalistes concernant l'ascendance. De la même façon, des personnes qui faisaient clairement partie de la culture d'une communauté se sont vues refuser le statut d'Indien et l'appartenance à une bande.

En adoptant leurs propres règles d'appartenance, les Premières Nations peuvent envisager de réintégrer des considérations culturelles dans les décisions concernant l'appartenance. De cette façon, les Premières Nations pourraient se poser les questions ci-dessous.

- Est-il pertinent de demander à une personne de démontrer son imprégnation de la culture d'une communauté ou son intérêt pour celle-ci pour prétendre devenir membre d'une bande?

¹⁰ Voir par exemple : *Indian Status, Band Membership, First Nation Citizenship, Kinship, Gender, and Race: Reconsidering the Role of Federal Law*, de Wendy Cornet dans *Aboriginal Policy Research, Volume V, Moving Forward, Making a Difference*, Jerry P. White et al. (Thompson Educational Publishing, 2006); *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 5, *Vingt ans d'action soutenue par le renouveau*, texte de l'annexe A résumant les recommandations pour le volume 2.



- Dans l’affirmative, quels types de facteurs prouvent l’imprégnation ou l’intérêt? Par exemple, la capacité de parler la langue, la connaissance de l’histoire de la communauté et l’intérêt et l’aptitude à l’égard des pratiques traditionnelles.
- Les considérations culturelles concernent-elles tous les candidats au statut de membre ou seulement ceux qui ont certaines origines? En décidant de ces questions, les communautés doivent garder à l’esprit que les codes d’appartenance sont probablement assujettis à la *Charte* et qu’elles ne peuvent donc pas pratiquer une discrimination injustifiée.
- Qui est le mieux placé pour décider si une personne remplit les critères culturels?

Question n° 3 : double appartenance

Actuellement, la *Loi sur les Indiens* ne permet pas à une personne de figurer sur plus d’une liste de bande contrôlée par le ministère. Cette règle s’applique même dans le cas où chacun des parents est membre d’une bande différente et que l’enfant entretient des liens familiaux et culturels forts avec les deux communautés. Par contre, un citoyen canadien peut obtenir la citoyenneté d’un autre pays. En adoptant son propre code d’appartenance, une Première Nation pourrait autoriser la double citoyenneté. Le cas échéant, elle pourrait examiner si l’exercice de ce droit comprend des limites (et si celles-ci peuvent être justifiées d’un point de vue juridique).

Question n° 4 : Qui décide?

Le code d’appartenance établit les étapes procédurales que doivent suivre les demandeurs. Il doit également répondre à la question suivante : qui est le mieux placé pour décider si une personne remplit les conditions requises pour devenir membre en vertu du code d’appartenance?

Une Première Nation pourrait confier ce processus à une personne nommée registraire de la bande, qui recueillerait les documents demandés et qui déciderait de l’appartenance d’une personne en vertu du code. Ce rôle de décideur pourrait aussi être confié à un comité sur la citoyenneté, composé de représentants de certaines parties de la communauté ou de personnalités (aînés, membres du conseil, avocats, historiens). Quelle que soit l’entité qui prendra la décision, elle sera tenue d’appliquer les règles du code d’appartenance et ne pourra pas greffer dans son analyse des facteurs qui ne se trouvent pas expressément dans le code.

Une Première Nation pourrait également mettre en place un mécanisme d’appel ou d’examen des décisions relatives à l’appartenance. L’existence d’un tel mécanisme garantirait la bonne



application du code d'appartenance et aiderait à prévenir ou à corriger tout abus de pouvoir des personnes chargées de prendre la première décision.

Lorsqu'elle établit les étapes de la procédure relative à l'appartenance, une Première Nation doit veiller à ce que les règles concernant les pouvoirs et les devoirs de chaque personne ou organisme participant au processus soient très claires. Par exemple, si la décision concernant l'appartenance revient à un comité sur la citoyenneté, le code d'appartenance doit indiquer clairement les facteurs que le comité est autorisé à prendre en compte pour rendre sa décision.

Question n° 5 : modification des règles

Une Première Nation peut envisager un mécanisme de révision, de modification ou de remplacement du code d'appartenance. Un tel mécanisme permettrait à la communauté de réagir à l'évolution de la situation, notamment lorsque les futurs effets d'un code d'appartenance ne peuvent pas être entièrement prévus au moment de sa rédaction.

Lorsqu'elle envisage un mécanisme de modification, la Première Nation doit tenir compte de deux objectifs contradictoires : d'une part, il est important que toute modification du code soit régie par un seuil d'approbation suffisamment élevé pour empêcher une petite faction de la communauté de prendre le contrôle du processus et de modifier le code à ses propres fins, et d'autre part, le seuil ne doit pas être trop élevé, car il risque en réalité d'empêcher toute modification. La procédure de modification doit également exiger l'envoi d'un avis clair pour donner à toutes personnes dont les droits sont en jeu la possibilité d'exprimer leur point de vue.

Il est important que la décision de modifier ou de remplacer le code d'appartenance soit assortie d'un processus très clair concernant les étapes à suivre. Cela évitera les conflits et les controverses concernant la validité des modifications.

IV. Considérations démographiques

Les décisions prises par une Première Nation relativement à son code d'appartenance auront des conséquences démographiques sur les prochaines générations. Elles auront une incidence sur la taille de la communauté et sur le nombre de membres ayant le statut d'Indien. L'ampleur et la nature des changements dépendent en grande partie de deux facteurs :

1. Dans quelle mesure les règles d'appartenance sont permissives (par exemple, l'enfant doit seulement prouver qu'un de ses parents était membre de la bande) ou restrictives (par exemple, l'enfant doit prouver que ses deux parents étaient membres de la bande, ou qu'il a un degré de sang de 50 %). En général, plus les règles d'appartenance sont



restrictives, moins il y aura de descendants des membres actuels qui pourront ensuite prétendre à l'appartenance.

2. Dans quelle mesure les membres de la communauté ont des enfants avec des non-membres. Dans la situation où le code d'appartenance exige que les deux parents soient membres de la bande pour prétendre être membre, plus le nombre de mariages de membres avec des non-membres est élevé, plus le nombre de descendants n'ayant pas droit au statut de membre sera élevé. Ainsi, à l'étape de la rédaction des règles d'appartenance, la Première Nation devra évaluer la fréquence à laquelle ses membres ont des enfants avec des personnes n'appartenant pas à la communauté.

En 2005, un démographe a évalué l'effet de diverses règles d'appartenance sur la future taille des communautés des Premières Nations. Il a établi les projections ci-dessous pour les 25 prochaines années.¹¹

- Parmi les Premières Nations appliquant la *Loi sur les Indiens* ou des règles semblables, la population admissible à l'appartenance augmentera durant les 50 prochaines années, puis elle diminuera progressivement au cours des 25 suivantes.
- Parmi les Premières Nations appliquant la règle de 50 % de degré de sang, la population admissible à l'appartenance augmentera en moyenne pendant environ 40 ans. Cependant, la population de descendants de membres qui ne seront pas admissibles à l'appartenance aux Premières Nations augmentera au bout de 75 années et représentera près de 40 % du total, même si le groupe exclu compte un nombre croissant de personnes admissibles au statut d'Indien.
- Parmi les Premières Nations appliquant la règle de 25 % de degré de sang, une grande partie des descendants de membres sera admissible à l'appartenance pendant une période de 75 ans et toutes les personnes ayant droit au statut d'Indien seront également admissibles à l'appartenance aux Premières Nations. Cependant, les membres n'ayant pas droit à être inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens* représenteront environ 18 % de la population totale admissible à l'appartenance au bout de 75 ans.

¹¹ Clatworthy, Stewart. *Indian Registration, Membership and Population Change in First Nations Communities*, février 2005, p. 41 à 42.



- Parmi les Premières Nations appliquant des règles basées sur l'appartenance des deux parents, la population n'augmentera que légèrement au cours des 20 prochaines années, puis elle diminuera pour atteindre un niveau équivalant à environ la moitié de celui de la population en 2002 au bout de 75 ans. La plupart des descendants de membres ne seront pas admissibles à l'appartenance au bout de 25 ans, même si la plupart des personnes exclues par la règle basée sur les deux parents peuvent être inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*.
- Parmi les Premières Nations appliquant des règles basées sur l'appartenance d'un parent verront également leur population augmenter, mais elles constateront une augmentation rapide du nombre de personnes qui ne peuvent pas être inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*; ils représenteront environ un tiers des membres admissibles au bout de 75 ans.

En bref, les Premières Nations qui appliqueront les règles d'appartenance les plus restrictives constateront très tôt une diminution de leur population et un grand nombre de descendants ne seront pas admissibles à l'appartenance, même si la plupart d'entre eux peuvent être inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

Par contre, les Premières Nations dont les règles d'appartenance sont les moins restrictives constateront une augmentation de leur population, mais un pourcentage croissant et important de membres ne pourra pas être inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

V. Incidences financières

La plupart des Premières Nations reçoivent des sommes importantes du gouvernement fédéral en vertu de divers accords de financement et programmes de transfert. Lorsqu'elle évalue ses règles d'appartenance, toute Première Nation doit garder à l'esprit que le financement actuellement accordé par un grand nombre de programmes est basé sur la population d'Indiens inscrits plutôt que sur l'appartenance à la bande. Par exemple, le financement du soutien des bandes est calculé en fonction du nombre de membres possédant le statut d'Indien, sachant que les membres habitant dans la réserve pèsent plus lourdement que ceux vivant à l'extérieur. Le financement des projets d'immobilisations dans la réserve est calculé en fonction du nombre d'Indiens inscrits qui résident habituellement dans la réserve. Cela signifie que, lorsqu'une communauté adopte des règles qui accordent l'appartenance à des personnes qui n'ont pas droit au statut d'Indien, elle accueille des membres pour lesquels elle ne recevra pas toujours un financement.



Il est possible que le gouvernement fédéral révise un jour ses critères de financement et qu'il commence à accorder un montant de fonds basé sur le nombre total de membres d'une Première Nation plutôt que sur le nombre de membres ayant le statut d'Indien. Cependant, les communautés doivent savoir que, pour l'instant, il demeure important d'évaluer les incidences financières lors de la rédaction d'un code d'appartenance.