



# La transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations

Mars 2020

AFFAIRES JURIDIQUES  
ET JUSTICE





## Table des matières

I.	Introduction .....	2
A.	Contexte et objet du présent document de discussion.....	2
B.	Questions préliminaires .....	3
C.	Codes de citoyenneté et droits de la personne.....	4
D.	Structure du présent document .....	6
II.	Mécanismes juridiques possibles.....	7
A.	Adoption d'un code de citoyenneté en vertu d'un droit inhérent .....	7
B.	Code de citoyenneté adopté dans le cadre d'un traité .....	10
C.	Adoption d'un code de citoyenneté en vertu d'une loi fédérale .....	11
III.	Importantes questions juridiques non réglées.....	12
A.	Quel groupe est habilité à décider et comment ce groupe doit-il assurer la liaison avec la Couronne et les autres parties intéressées ? .....	12
B.	Égalité et droits de la <i>Charte</i> .....	16
1.	L'applicabilité de la <i>Charte</i> .....	16
2.	Le paragraphe 35(4) et la DNUDPA .....	17
3.	Possibilités de renforcer l'autonomie des Premières Nations.....	18
4.	Conclusion sur l'égalité et les droits de la <i>Charte</i> .....	23
IV.	Le problème du financement .....	24
V.	Questions liées à la transition.....	26
A.	Personnes ayant le statut d'Indien mais n'ayant pas la citoyenneté des Premières Nations .....	26
B.	Bandes ayant des codes d'appartenance en vertu de la <i>Loi sur les Indiens</i> .....	29
C.	Citoyenneté des Premières Nations et droits ancestraux et issus de traités .....	32
1.	Droits ancestraux.....	32
2.	Droits issus de traités .....	34
3.	Droits découlant des accords de transfert des ressources naturelles.....	35
4.	Annuités découlant des traités.....	36
5.	Conclusion sur la citoyenneté et les droits ancestraux et issus de traités.....	36
D.	Modifications nécessaires à apporter à la <i>Loi sur les Indiens</i> .....	37
E.	Modifications à apporter à d'autres lois fédérales.....	39



## I. Introduction

### A. Contexte et objet du présent document de discussion

Avant l'arrivée des Européens, la question de savoir si une personne « appartenait » à une Première Nation était déterminée par les règles et pratiques culturelles de cette nation. Dans les années 1850, cependant, les gouvernements des colonies britanniques ont pris des mesures législatives pour réglementer l'appartenance, légitime à leurs yeux, des individus à des groupes particuliers des peuples des Premières Nations<sup>1</sup>. Les divers règlements et politiques en la matière, qui ont fini par être regroupés dans la *Loi sur les Indiens* de 1876, n'avaient rien ou presque rien à voir avec les pratiques culturelles et les structures familiales des peuples des Premières Nations. Les législateurs coloniaux, et plus tard fédéraux, ont plutôt établi la définition du mot « Indien » selon de faux stéréotypes pour justifier leurs propres priorités. L'État a renforcé la *Loi sur les Indiens* par la primauté du droit, malgré le décalage avec les réalités vécues par les peuples des Premières Nations et leur perception de leur identité. Les mesures prises par l'État ont causé aux peuples des Premières Nations un préjudice irréparable, dont ils souffrent encore aujourd'hui.

Il existe actuellement, au sein des Premières Nations, un important mouvement visant à rejeter les concepts de « statut d'Indien » et d'« appartenance à une bande » comme critères d'appartenance afin d'évoluer vers une citoyenneté pleine et entière des Premières Nations<sup>2</sup>. L'objectif de ce changement est de laisser derrière soi le passé colonial et de passer à une nouvelle ère où les communautés et les nations décideront elles-mêmes qui sera citoyen et comment la citoyenneté sera acquise, en fonction de leur culture, de leurs traditions et des réalités modernes. Le gouvernement fédéral a également indiqué qu'il souhaite se retirer du processus de détermination du statut d'Indien et de l'appartenance à une communauté<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> L'un des premiers exemples est l'*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés de sauvages dans le Bas-Canada*, 13-14 Vict., (1850), c 42.

<sup>2</sup> Gouvernement du Canada, *Processus de collaboration sur l'inscription des Indiens, l'appartenance à une bande et la citoyenneté des Premières Nations : Rapport au Parlement juin 2019*. <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1560878580290/1568897675238>. Le rapport note que « Les organisations autochtones et les Premières Nations disent au gouvernement depuis de nombreuses années que ce sont les Premières Nations qui devraient décider qui sont leurs membres ou leurs citoyens. »

<sup>3</sup> Gouvernement du Canada, *Transfert aux Premières Nations de la responsabilité de déterminer les membres et les citoyens*; en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1540403121778/1568898903708> (dernière mise à jour le 28 novembre 2011; consultée le 11 juin 2020).



L'objet du présent document est de discuter des questions juridiques et pratiques soulevées par le passage du statut d'Indien et de l'appartenance à une bande à la pleine citoyenneté des Premières Nations. Il abordera des questions telles que : les étapes nécessaires à l'exercice de la compétence des Premières Nations; les mesures requises pour que le Canada cesse de déterminer qui est citoyen des Premières Nations et/ou Indien inscrit; et la manière dont les Premières Nations pourraient éviter un vide législatif en matière de citoyenneté pendant toute période de transition. Comme on ignore encore beaucoup de choses sur les mécanismes juridiques qui seront utilisés pour effectuer ce changement, ce document ne peut pas offrir de conseils détaillés pour la transition; il est plutôt conçu comme un point de départ pour les dirigeants et les décideurs des Premières Nations dans la transition vers la citoyenneté des Premières Nations.

## B. Questions préliminaires

Avant de passer à la discussion sur la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations, nous aimerions aborder deux questions préliminaires. La première est la signification de la « citoyenneté des Premières Nations » et le sens que nous donnons aux « codes de citoyenneté ».

L'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) propose la définition suivante de la citoyenneté :

*La citoyenneté peut être définie comme le statut donnant le droit de participer à la vie politique et d'être représenté en politique. C'est un ensemble de droits et d'obligations qui donnent à l'individu une identité juridique formelle. T.H. Marshall, dont les travaux ont longtemps dominé les débats sur la citoyenneté sociale, a considéré la citoyenneté comme un statut accordé à ceux qui sont membres à part entière d'une communauté. Tous ceux qui possèdent ce statut sont égaux par rapport aux droits et devoirs qui y sont attachés<sup>4</sup>.*

Dans le contexte canadien, la citoyenneté s'accompagne d'un ensemble de droits (par exemple, le droit d'entrer et de rester au Canada, le droit de voter, le droit à l'éducation dans la langue « minoritaire », soit le français ou l'anglais) mais pas de nombreuses obligations. Dans d'autres États, en revanche, la citoyenneté peut s'accompagner d'obligations importantes, comme le service militaire obligatoire. Dans le présent document, un « code de citoyenneté » est le

<sup>4</sup> UNESCO, *Citoyenneté*. Voir <https://wayback.archive-it.org/10611/20171122225056/http://www.unesco.org/new/fr/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/citizenship/> (consulté le 10 octobre 2019) (citations omises)



document juridique qui explique comment la citoyenneté est acquise et expose la procédure de demande de citoyenneté. Il peut également expliquer les droits et les devoirs des citoyens par rapport à la communauté (ou, en d'autres termes, expliquer les relations entre les citoyens et l'ensemble de la communauté), et le processus administratif à suivre pour contester les décisions concernant la citoyenneté.

La deuxième question préliminaire que nous souhaitons souligner est que la discussion proposée ci-dessous est soumise à la réserve suivante : alors que le droit de déterminer la citoyenneté est souvent présenté comme un aspect du droit général à l'autonomie gouvernementale, le présent document part du principe que la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations se fera en dehors d'un accord plus vaste d'autonomie gouvernementale. Cela signifie que ce document suppose que le cadre juridique plus large régissant les peuples et les gouvernements des Premières Nations restera statique, y compris la majorité des dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Cette hypothèse est nécessaire pour fournir une analyse utile, car, sans elle, il y aurait trop d'incertitudes pour offrir un aperçu de la voie à suivre.

### C. Codes de citoyenneté et droits de la personne

La relation entre les codes de citoyenneté des Premières Nations et les droits de la personne, en particulier le droit à l'égalité, sera un thème récurrent dans le présent document. C'est une conséquence naturelle de l'ingérence historique du gouvernement fédéral dans l'appartenance aux Premières Nations. Comme on le sait maintenant, pendant presque toute l'existence de la *Loi sur les Indiens*, les dispositions relatives au statut d'Indien ont été discriminatoires à l'égard des femmes et de leurs descendants, les obligeant souvent à se retirer et à se couper de leurs communautés. Cette réalité est décriée depuis des générations et a conduit beaucoup de gens à insister pour que toute règle concernant l'appartenance aux communautés des Premières Nations soit strictement conforme aux normes des droits de la personne et, en particulier, au droit à l'égalité<sup>5</sup>. De tels appels ont été d'autant plus insistants que le gouvernement fédéral n'est jamais parvenu à s'attaquer véritablement aux inégalités (bien qu'il en soit pleinement conscient), et à donner aux femmes et à leurs descendants un droit au statut égal à celui des hommes. En outre, de nombreuses Premières Nations sont préoccupées par les décisions de certaines communautés

---

<sup>5</sup> Le paragraphe 11(2) de la *Loi sur les Indiens* permettait aux bandes qui avaient adopté des codes d'appartenance avant le 29 juin 1987 d'exclure de l'appartenance à la bande certaines catégories de personnes qui avaient acquis ou recouvré le statut d'Indien à la suite des modifications, notamment les personnes qui avaient été « volontairement » émancipées et les enfants des femmes qui s'étaient mariées à des non-Indiens.



d'adopter des codes d'appartenance établis avant le 29 juin 1987, qui refusent l'appartenance à certaines des personnes qui ont été victimes de la discrimination de la *Loi*<sup>6</sup>.

On peut toutefois soutenir que nous entrons maintenant dans une nouvelle ère. Le 15 août 2019, les dispositions finales de la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, L.C. 2017, ch. 25 (également connue sous le nom de « projet de loi S 3 ») sont entrées en vigueur<sup>7</sup>. Cette loi a modifié les dispositions relatives au statut d'Indien de la *Loi sur les Indiens* afin d'adopter ce qu'on a appelé l'application universelle de l'alinéa 6(1)a). Ces dispositions ouvrent le statut d'Indien aux femmes et à leurs descendants d'une manière égale à ce qui a toujours été offert aux hommes et à leurs descendants et sont destinées à remédier à la discrimination résultant des articles de la *Loi* portant sur le mariage avec un non-Indien. Il existe une grande incertitude quant à l'effet démographique que l'application universelle de l'alinéa 6(1)a) aura sur la taille de la population des Indiens inscrits. Une estimation basse prévoit qu'environ 85 000 personnes supplémentaires deviendraient admissibles au statut d'Indien; l'estimation élevée prévoit que la population totale des Indiens inscrits doublerait presque<sup>8</sup>.

L'une des questions centrales pour le monde de l'après 6(1)a) est de savoir si les Premières Nations qui souhaitent avoir plus de contrôle sur leur citoyenneté doivent accorder la citoyenneté aux personnes qui ont un lien ancestral avec une communauté, quel que soit leur degré d'éloignement de la réalité culturelle de cette communauté. Nous pensons qu'il s'agit d'une question sérieuse, car étant donné l'application universelle de l'alinéa 6(1)a), les personnes dont le dernier lien ancestral avec une communauté remonte à 1869, mais qui n'ont eu aucun contact avec la communauté, et qui n'étaient peut-être même pas au courant de cette ascendance, peuvent désormais prétendre au statut.

Les Premières Nations devraient-elles être légalement tenues d'accorder la citoyenneté à ces personnes, quel que soit le lien culturel avec la communauté? Du point de vue de ces gens, il peut sembler injuste de leur refuser la citoyenneté au motif de l'absence de lien culturel alors que cette

---

<sup>6</sup> Voir par exemple *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 CF 513. Bien que les pratiques d'exclusion examinées dans cette affaire ne soient pas précisément décrites dans le code d'appartenance de la bande, elles constituent néanmoins un bon exemple de ce qui s'est passé dans certaines communautés.

<sup>7</sup> Décret CP 2019-1163 (7 août 2019).

<sup>8</sup> Selon les deux rapports commandés par AINC lors des débats sur le projet de loi S-3 : *Évaluation des répercussions démographiques de certaines modifications hypothétiques de l'article 6 de la Loi sur les Indiens*, Four Directions Project Consultants (22 septembre 2017) et *Évaluation des répercussions démographiques possibles de l'application universelle de l'alinéa 6(1)a) fondée sur les données du Recensement de 2016*, Four Directions Project Consultants (1<sup>er</sup> novembre 2017).



absence de lien n'est pas attribuable à leur faute ou à leur choix mais résulte uniquement d'une politique gouvernementale discriminatoire. En effet, cela pourrait être considéré comme un retour de la discrimination sexuelle inconstitutionnelle naguère présente dans la *Loi sur les Indiens*. Par ailleurs, du point de vue des communautés des Premières Nations, le fait d'être obligées d'accorder la citoyenneté à des personnes qui n'ont aucun lien avec leur culture actuelle et qui, dans certains cas, n'ont pas vécu la réalité des peuples des Premières Nations au Canada, peut être considéré comme la réintroduction d'une politique gouvernementale inéquitable. Cette approche pourrait également être considérée comme extrêmement régressive, en ce sens qu'elle ferait de la citoyenneté dans une communauté des Premières Nations une fonction du sang et de la race plutôt que de la culture, ce qui a été catégoriquement rejeté par, entre autres, la Commission royale sur les peuples autochtones<sup>9</sup>.

Nous ne proposons pas de réponse à cette question difficile dans le présent document. Cependant, nous estimons qu'il s'agit d'une question essentielle à aborder en discutant des éventuels mécanismes juridiques qui permettront aux Premières Nations d'exercer un contrôle sur la citoyenneté, car nous croyons fermement que les Premières Nations devraient avoir un véritable choix quant à l'appartenance à leurs communautés. Nous pensons en outre que les codes de citoyenneté des Premières Nations ne devraient pas leur être dictés par d'autres doctrines juridiques.

#### **D. Structure du présent document**

La structure de ce document est la suivante : après cette introduction (qui constitue la première partie), la deuxième partie examinera les avantages et les inconvénients de divers cadres et mécanismes juridiques qui donneront aux communautés des Premières Nations un plus grand contrôle sur leur citoyenneté. La troisième partie abordera d'importantes questions juridiques non réglées concernant les entités qui doivent faire valoir le droit de contrôler la citoyenneté, et l'application de diverses doctrines des droits de la personne aux codes de citoyenneté des Premières Nations. La quatrième partie exposera le problème du financement, et enfin, la cinquième partie présentera des questions liées à la transition telles que le maintien du « statut d'Indien » en tant que catégorie juridique dans la *Loi sur les Indiens*, en attendant que le contrôle de la citoyenneté devienne réalité.

---

<sup>9</sup> *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, texte précédant la recommandation 2.3.8 « Comme nous l'avons déjà vu, les peuples autochtones reconnus dans cet article sont des entités politiques et culturelles, et non des groupes raciaux... Leur identité autochtone tient à leur vie collective, leur histoire, leur ascendance, leur culture, leurs valeurs, leurs traditions et leurs liens avec la terre, plutôt qu'à leur race en tant que telle. »



## II. Mécanismes juridiques possibles

En envisageant la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations, la première question à examiner est le mécanisme juridique par lequel elles entendent affirmer ce pouvoir. Une grande partie du travail de transition qui sera nécessaire dépend de ce choix, car chacun soulève des considérations juridiques différentes et le mécanisme choisi nécessitera des adaptations en fonction des communautés concernées.

Dans les sections suivantes, nous examinerons trois approches différentes qui pourraient être suivies pour l'adoption et l'application des codes de citoyenneté des Premières Nations : les droits inhérents, les droits issus de traités et la législation du gouvernement fédéral.

### A. Adoption d'un code de citoyenneté en vertu d'un droit inhérent

Depuis que la Commission royale sur les peuples autochtones a publié son rapport en 1996, les Premières Nations ont toujours soutenu qu'elles avaient le droit inhérent de contrôler leur citoyenneté. Ce droit est dit « inhérent » parce qu'il « découle non 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 dotées de leurs propres lois et systèmes de gouvernement avant la colonisation européenne de l'Amérique du Nord<sup>10</sup> ». Ce droit est également reconnu en droit international, aux articles 9 et 33 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA)<sup>11</sup>.

Comme la détermination de la citoyenneté est un droit inhérent, une Première Nation pourrait simplement déclarer et appliquer son code de citoyenneté puisqu'en théorie, il n'y a pas de conditions juridiques externes préalables à l'exercice d'un droit inhérent. Par ailleurs, il peut y avoir des conditions juridiques préalables *internes* à l'exercice de ce droit, car certaines pratiques ou cérémonies au sein d'un groupe donné ont souvent lieu avant la reconnaissance de l'appartenance. Pour prendre un exemple tout à fait hypothétique, le consentement des mères du clan est peut-être nécessaire pour qu'un étranger devienne membre de la communauté. Cette approche est avantageuse pour les Premières Nations qui souhaitent écarter entièrement le gouvernement fédéral du processus, du moins au début. Des modifications corrélatives des lois fédérales pourraient être nécessaires par la suite, mais la Première Nation pourrait immédiatement agir de son propre chef pour redéfinir les conditions de sa citoyenneté.

<sup>10</sup> Kent McNeil, "Challenging Legislative Infringements of the Inherent Aboriginal Right of Self-Government", *Windsor Yearbook of Access to Justice* 22 (2003) : 329-361, à la p. 331 (traduction)

<sup>11</sup> A/RES/61/295.





Toutefois, il existe des incertitudes importantes dans cette façon de procéder, en raison du cadre juridique que les tribunaux canadiens ont imposé à l'exercice des droits inhérents. Dans le contexte canadien actuel, toute revendication de droit inhérent sera interprétée comme une revendication au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En conséquence, le droit revendiqué sera soumis à l'examen de la Cour suprême et de la structure juridique qu'elle a établie autour de l'exercice des droits de l'article 35. Selon cette structure, une Première Nation dont les droits inhérents sont contestés devant un tribunal canadien doit démontrer que le droit qu'elle exerce faisait « partie intégrante » de sa « culture distinctive » au moment de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne<sup>12</sup>. L'application de ce critère dans le contexte de la citoyenneté pose des obstacles importants aux Premières Nations, notamment :

- L'obligation de produire des preuves historiques, généralement par l'intermédiaire d'un témoin expert, qui démontrent que la pratique en question faisait partie intégrante de la culture distinctive du groupe au moment du contact avec les Européens.
- La tendance des tribunaux canadiens à interpréter le droit ancestral revendiqué de manière très étroite.<sup>13</sup> Un exemple illustre bien cette tendance : imaginons que le code de citoyenneté d'une Première Nation contienne une disposition prévoyant qu'un citoyen qui vit en dehors de la communauté pendant cinq ans ou plus verra sa citoyenneté automatiquement révoquée. Une femme née et élevée dans la communauté revient des États-Unis, où elle a travaillé pendant sept ans, et tente de se réintégrer dans la communauté mais se voit refuser la citoyenneté en raison de cette disposition. Cette personne dépose alors un recours devant le tribunal et, pour sa défense, la Première Nation fait valoir que sa décision a été prise en vertu de son droit ancestral de déterminer sa propre citoyenneté. Dans ce cas, le tribunal pourrait déterminer que le droit ancestral revendiqué est beaucoup plus étroit qu'un droit général de contrôle de la citoyenneté. Si la Première Nation peut avoir de bonnes preuves historiques démontrant qu'elle a exercé sa compétence et son contrôle sur l'appartenance à la communauté, elle peut ne pas avoir de

<sup>12</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821.

<sup>13</sup> Senwung Luk, "Confounding Concepts: The Judicial Definition of the Constitutional Protection of the Aboriginal Right to Self-Government in Canada" (2009) 41:1 *Revue de droit d'Ottawa* 101, p. 126; Leonard I. Rotman, "Creating A Still-Life Out of Dynamic Objects: Rights Reductionism at the Supreme Court of Canada" (1997) 36:1 *Alberta Law Review* 1. L'exemple classique de cette tendance est le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 RCS 821, où les bandes en question ont revendiqué des droits étendus d'autonomie gouvernementale et de gestion des terres que la Cour suprême a réduits à la revendication d'un droit de réglementer les jeux de hasard à gros enjeux. Pour un exemple plus récent de ce phénomène, voir *Band (Eeyouch) c. Napash*, 2014 QCCQ 10367, et en particulier l'extrait de Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. (Cowansville, Qc. : Yvon Blais, 2008) cité au paragraphe 165 de cet arrêt.



bonnes preuves historiques concernant la pratique spécifique de révocation de la citoyenneté de ceux qui ont quitté la communauté. En conséquence, cette interprétation étroite du droit pourrait amener un tribunal à conclure que la Première Nation n'a pas prouvé le droit en question, même si les preuves historiques démontrent qu'elle contrôlait l'appartenance de manière générale au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté.

- La possibilité qu'une autre partie affirme que le droit est éteint depuis la Confédération en raison de la réglementation du gouvernement fédéral sur le statut d'Indien. Bien que les tribunaux aient jugé que la réglementation d'un droit n'entraîne pas son extinction<sup>14</sup> et que des universitaires aient soutenu de manière convaincante que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives au statut d'Indien n'ont pas éteint le droit des Premières Nations de déterminer leur propre citoyenneté<sup>15</sup>, il n'en reste pas moins que l'individu qui se voit refuser la citoyenneté dans une communauté aurait intérêt à faire valoir que le droit en question a été éteint. Les Premières Nations seraient probablement obligées de répondre à cet argument dans de nombreux cas impliquant le droit inhérent à la détermination de la citoyenneté.

Il convient également de noter que, dans le cadre d'une approche fondée sur les droits inhérents, la capacité de chaque Première Nation à déterminer la citoyenneté serait différente en nature et en étendue, car le droit de gérer la citoyenneté repose sur l'histoire et les traditions spécifiques des peuples en question. Cela signifie que chaque nation devrait probablement repartir de zéro pour déterminer l'étendue de ses droits et la manière dont ils peuvent être exercés de manière appropriée.

Outre ces incertitudes juridiques, une question très importante se pose : quelle entité sociale est dotée du droit de gérer la citoyenneté? Se situe-t-elle au niveau de la nation, comme le suggère la Commission royale<sup>16</sup> ou au niveau de la communauté ou de la « bande »? Le droit dépend-il des pratiques et de la structure sociale de chaque peuple au moment du contact avec les Européens? La question complexe de savoir *qui* exerce le droit sera abordée plus en détail dans la troisième partie de ce document.

---

<sup>14</sup> *R. c. Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075.

<sup>15</sup> Voir par exemple Pamela D. Palmater, *Beyond Blood : Rethinking Indigenous Identity*, (Saskatoon : Purich Publishing Ltd., 2011), p. 67 et suivantes.

<sup>16</sup> *Rapport de la Commission royale*, supra note 9, texte précédant la recommandation 2.3.7. Voir également la discussion précédant la recommandation 2.3.2.



Enfin, en ce qui concerne l'exercice d'un droit inhérent de déterminer la citoyenneté, il existe d'autres considérations mettant en jeu l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) et des normes internationales en matière de droits de la personne qui sont mentionnées dans la DNUDPA. Ces considérations seront également examinées dans la troisième partie.

## **B. Code de citoyenneté adopté dans le cadre d'un traité**

Le deuxième mécanisme juridique au moyen duquel les Premières Nations pourraient affirmer leur contrôle sur leur citoyenneté est un traité avec la Couronne. Selon cette approche, une communauté des Premières Nations (que ce soit la nation dans son ensemble ou une entité plus petite) et le gouvernement fédéral signeraient un traité reconnaissant le droit de la communauté des Premières Nations de déterminer sa propre citoyenneté. Ce genre de traité pourrait être extrêmement détaillé, établissant lui-même les règles et procédures de citoyenneté pertinentes, ou pourrait se limiter simplement à reconnaître le droit de la communauté d'adopter et d'appliquer un code de citoyenneté. Une fois confirmé dans un traité, le droit de contrôler la citoyenneté serait protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*, indépendamment du fait que ce groupe spécifique aurait pu prouver un droit ancestral selon le critère de *Van der Peet*.

L'établissement d'un droit issu d'un traité moderne permettant l'adoption et la mise en œuvre d'un code de citoyenneté présente l'avantage d'éviter les difficultés décrites ci-dessus. Ainsi, lorsqu'un groupe dispose, en vertu d'un traité, du droit de déterminer sa propre citoyenneté, le débat autour de l'entité sociale qui a le pouvoir d'exercer ce droit est évité, le groupe n'aura pas à démontrer la nature de ses pratiques antérieures à la souveraineté de la Couronne pour prouver ses droits, et il ne sera pas confronté à l'argument de l'extinction de son droit.

De nombreuses ententes modernes sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale prévoient des règles qui établissent « l'appartenance » au groupe. Certaines de ces règles ont été abordées dans un récent document de discussion de l'APN sur le rapport entre le contrôle de l'appartenance par les Premières Nations et les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* par le projet de loi S-3<sup>17</sup>. Cependant, les modèles présentés ont fait l'objet de difficultés et de critiques, ce qui pourrait signifier que les autres Premières Nations devraient être prudentes en adoptant une approche similaire. L'une de ces difficultés concerne le financement; en effet, certaines Premières Nations signataires d'accords d'autonomie gouvernementale ont constaté

<sup>17</sup> Assemblée des Premières Nations, *Processus de collaboration du Canada sur la réforme de l'inscription des indiens* (19 février 2019), Section IV [https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2020/01/00-19-02-06-Discussion-Paper-Citizenship\\_FR.pdf](https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2020/01/00-19-02-06-Discussion-Paper-Citizenship_FR.pdf)



que, malgré la conclusion d'un traité avec le gouvernement fédéral précisant des critères d'inscription plus larges que ceux de la *Loi sur les Indiens* (avant l'application universelle de l'alinéa 6(1)a)), le gouvernement fédéral continue de financer la plupart des programmes en fonction de la population d'Indiens inscrits. Par conséquent, ces Premières Nations se sont retrouvées responsables de la prestation de programmes auprès d'une population plus importante que celle prévue par la formule de financement<sup>18</sup>. Ce problème est semblable à celui qu'ont connu les bandes qui ont adopté des codes d'appartenance en vertu de la *Loi sur les Indiens*, accordant l'appartenance à des personnes qui n'ont pas le statut d'Indien. Les questions de financement soulevées par la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations seront examinées plus en détail dans la quatrième partie du présent document.

Une deuxième difficulté, mais liée à la première, concernant de nombreuses ententes actuelles sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale est qu'elles donnent au gouvernement fédéral la possibilité d'influencer la détermination des critères d'inscription. Ce rôle n'est pas nécessairement bénin, étant donné l'intérêt du gouvernement fédéral à limiter ses dépenses et ses responsabilités<sup>19</sup>. De plus, l'inclusion des règles d'appartenance ou de citoyenneté dans le texte du traité ou de l'accord lui-même signifie que la Première Nation ne peut pas modifier ces règles sans l'accord du gouvernement fédéral. Cela crée des restrictions inutiles et malvenues au droit des communautés de déterminer elles-mêmes les règles appropriées en matière de citoyenneté<sup>20</sup>. Pour ces raisons, il peut être préférable qu'un traité avec la Couronne concernant le droit de déterminer la citoyenneté se limite à reconnaître et à confirmer ce droit, et que le traité lui-même ne contienne pas les règles de citoyenneté en question.

Comme pour les droits inhérents en général, des considérations relatives aux droits de la personne sont liées au contrôle de la citoyenneté exercé en vertu d'un droit issu de traité, et celles-ci seront examinées plus en détail ci-après.

### **C. Adoption d'un code de citoyenneté en vertu d'une loi fédérale**

Un troisième mécanisme juridique au moyen duquel les Premières Nations pourraient adopter et appliquer des codes de citoyenneté est une loi fédérale. Cette loi pourrait être très sommaire et

<sup>18</sup> Comme l'a souligné la Cour dans l'affaire *Teslin Tlingit Council v. Canada (Attorney General)*, 2019 YKSC 3.

<sup>19</sup> Geneviève Motard, « Identité et gouvernance autochtones dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales au Canada » (2013) 43:2 *Revue générale du droit* 501, p. 518; Val Napoleon, "Extinction by Number: Colonialism Made Easy" (2001) 16:1 *CJLS* 113, p. 123.

<sup>20</sup> Sébastien Grammond, *Identity Captured by Law: Membership in Canada's Indigenous Peoples and Linguistic Minorities*, (Montréal-Kingston : McGill-Queens University Press, 2009), pp. 112-114.



indiquer simplement que certaines collectivités des Premières Nations sont habilitées à adopter un code de citoyenneté, en prévoyant des exigences procédurales pour l'adoption du code ainsi que des pouvoirs d'application.

Cette approche présente plusieurs inconvénients importants. Un code de citoyenneté promulgué par le Parlement serait une « loi déléguée » par le gouvernement fédéral et serait incompatible avec la position constitutionnelle des Premières Nations. De plus, la loi pourrait être abrogée à tout moment, invalidant ainsi tout code de citoyenneté adopté en vertu de celle-ci. Et en tant que loi déléguée, un code de citoyenneté serait entièrement assujéti à la *Charte*.

Malgré ces inconvénients importants, il existe une raison pour laquelle l'adoption d'un code de citoyenneté en vertu d'une loi fédérale habilitante pourrait être attrayante pour les Premières Nations. La loi fédérale habilitante pourrait soustraire les codes de citoyenneté à un examen fondé sur la *Charte*, de l'une des deux façons suivantes : soit en les désignant comme des programmes d'amélioration pour la protection et le renforcement de la culture des communautés des Premières Nations (on pourrait ainsi invoquer des mesures de protection en vertu du paragraphe 15(2) de la *Charte*), soit en utilisant la disposition de dérogation pour préciser que les dispositions des codes de citoyenneté s'appliquent nonobstant certaines protections de la *Charte*. Ces questions seront examinées dans la troisième partie ci-dessous.

### III. Importantes questions juridiques non réglées

#### A. Quel groupe est habilité à décider et comment ce groupe doit-il assurer la liaison avec la Couronne et les autres parties intéressées ?

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'une des difficultés qui se posent lorsqu'il s'agit de déterminer la manière de mettre en œuvre le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations est de savoir quelle entité peut exercer ce droit. Selon la Commission royale, ce droit devait être exercé au niveau de la « nation » :

À notre sens, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale [dont fait partie le droit de déterminer la citoyenneté] est conféré à l'ensemble des personnes composant une nation autochtone et il est donc partagé de façon organique par les différents groupes, depuis le niveau local jusqu'au sommet de la structure politique, qui se recoupent et forment cette nation. Ce droit inhérent n'est pas



dévolu aux collectivités locales en tant que telles, indépendamment des nations dont elles font partie<sup>21</sup>.

La position de principe selon laquelle le droit de contrôler la citoyenneté doit être exercé au niveau de la nation a été approuvée par bon nombre d'auteurs, pour de nombreuses raisons, notamment parce qu'il s'agit essentiellement d'une étape permettant de dépasser l'héritage colonial de la *Loi sur les Indiens*<sup>22</sup>. À cet argument s'ajoute l'observation selon laquelle les bandes indiennes sont une création du gouvernement fédéral, et la division des peuples en petites communautés locales ne reflète pas nécessairement l'organisation sociopolitique des peuples des Premières Nations avant l'intervention du gouvernement fédéral dans leur identité<sup>23</sup>. Beaucoup d'auteurs reconnaissent cependant que malgré l'origine coloniale des conseils de bande, de nombreux membres des Premières Nations s'identifient maintenant fortement à ces petites unités et ne souhaitent pas nécessairement faire valoir leurs droits par l'intermédiaire d'une nation revitalisée<sup>24</sup>.

Le fait que le niveau de gouvernance auquel l'appartenance était traditionnellement déterminée variait considérablement entre les différents peuples des Premières Nations vient nuancer ce débat. Par exemple, un auteur décrit comment, pour le peuple Gitksan, l'appartenance ou la citoyenneté est une question traitée au niveau du groupe de maisons<sup>25</sup>. Dans un autre exemple, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a estimé que, d'après les preuves dont elle disposait dans une affaire dont elle était saisie, à l'époque précoloniale et au début de la période coloniale, l'appartenance aux communautés mi'kmaq n'était pas une question déterminée par la nation mi'kmaq dans son ensemble, mais plutôt par la communauté locale<sup>26</sup>.

La question de savoir si une nation est un véritable groupe titulaire de droits a été abordée par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans la décision *William v. British Columbia*<sup>27</sup>. Dans cette affaire, la province a contesté la conclusion du juge de première instance selon laquelle la nation était titulaire du droit au titre ancestral, arguant, entre autres, que [TRADUCTION] « l'absence de

<sup>21</sup> *Rapport de la Commission royale*, supra note 9, texte précédant la recommandation 2.3.7. Voir également la discussion précédant la recommandation 2.3.2.

<sup>22</sup> Napoleon, supra note 19; Palmater, *Beyond Blood*, supra note 15, p. 164 et suivantes.

<sup>23</sup> Napoleon, supra, p. 126 et suivantes; Larry Gilbert, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*, (Scarborough : Thomson Canada Ltd., 1996), p. 14; *Première nation Kwicksutineuk Ah-Kwa-Mish c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 517 (CanLII), par. 90.

<sup>24</sup> Napoleon, supra note 19, p. 126.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 129 et suivantes.

<sup>26</sup> *Bernard c. R.*, 2017 NBCA 48, par. 56-62.

<sup>27</sup> *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285



toute structure de gouvernance traditionnelle pan-Tsilhqot'in est fatale à toute revendication au nom de la Nation Tsilhqot'in<sup>28</sup> » et que « les bandes relevant de la *Loi sur les Indiens* seront souvent les véritables demandeurs dans les affaires concernant les droits ancestraux<sup>29</sup> ». La Cour d'appel a rejeté cet argument, déclarant que [TRADUCTION] « la définition du titulaire de droits approprié est une question qui doit être déterminée principalement du point de vue du collectif autochtone lui-même<sup>30</sup> » et que, « dans le cas qui nous occupe, les preuves établissent clairement que les titulaires des droits ancestraux dans le territoire revendiqué se sont traditionnellement définis comme étant le collectif de tous les Tsilhqot'in. La nation Tsilhqot'in est donc la véritable titulaire des droits<sup>31</sup> ». La Cour a toutefois reconnu qu'une approche qui varie en fonction des traditions et des coutumes de chaque peuple sera difficile à mettre en œuvre dans la pratique, en précisant que

[TRADUCTION]

[151] Il faudra sans aucun doute que les Premières Nations, les gouvernements et les tribunaux se penchent sur la question de savoir qui représente adéquatement les titulaires de droits dans des cas particuliers et comment ces représentants vont s'engager auprès des gouvernements. Je ne sous-estime pas les défis à relever pour résoudre ces questions, et je reconnais que dans ce domaine, le droit en est à ses débuts. Je ne pense toutefois pas que ces difficultés d'ordre pratique puissent empêcher la reconnaissance des droits ancestraux qui sont par ailleurs avérés.

Comme l'a souligné un universitaire, voici ce que cela signifie pour les tierces parties qui souhaitent conclure des accords avec les collectivités des Premières Nations :

Le groupe autochtone apte à contracter pourra par conséquent être, selon la preuve présentée et acceptée relativement aux pratiques et aux normes effectives des groupes à l'égard du territoire revendiqué, la « nation », c'est-à-dire l'entité *supracommunautaire*, la communauté locale souvent appelée « bande », ou encore un sous-groupe à l'intérieur de cette dernière tel un clan ou un groupe familial<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> *Ibid.* par. 145.

<sup>29</sup> *Ibid.* par. 148.

<sup>30</sup> *Ibid.* par. 149.

<sup>31</sup> *Ibid.* par. 150.

<sup>32</sup> Ghislain Otis, « Les droits ancestraux des Peuples autochtones au carrefour du droit public et du droit privé : le cas de l'industrie extractive » (2019) 60:2 *Les cahiers de droit* 451, p. 464.



Compte tenu des possibilités d'exercice du droit des Premières Nations de déterminer leur citoyenneté, la première étape consistera souvent à établir à quel niveau la communauté ou la nation *devrait, peut* ou *souhaite* exercer ce droit. Toutefois, le droit autochtone manque encore de certitude quant à la possibilité pour un groupe des Premières Nations de choisir d'exercer son droit de déterminer la citoyenneté par l'intermédiaire d'un certain organe (c'est-à-dire une nation, un regroupement de bandes, une bande, un clan ou une maison) lorsque cet organe ne remplissait pas traditionnellement ce rôle. Un auteur laisse entendre que les tribunaux accepteraient qu'un groupe autochtone démontre que ses structures politiques ont évolué depuis l'époque des premiers contacts avec les Européens et que ses droits sont exercés maintenant par un organe différent de l'entité traditionnelle; autrement dit, les tribunaux sont ouverts à une approche pragmatique qui reflète la façon dont les groupes s'organisent aujourd'hui plutôt qu'à l'époque précoloniale<sup>33</sup>. Cependant, nous soutenons que les tribunaux utilisent toujours une approche de « droits gelés<sup>34</sup> », et que les revendications de droits autochtones, comme le droit de déterminer la citoyenneté, sont toujours évaluées en fonction des preuves historiques et anthropologiques relatives aux pratiques « pré-contact » d'un groupe qui sont présentées devant les tribunaux. Quoiqu'il en soit, l'état du droit canadien sur cette question en est, comme l'a dit la Cour d'appel de Colombie-Britannique, « à ses débuts ».

En raison de cette incertitude, les Premières Nations peuvent décider qu'il est souhaitable de confirmer la validité et l'applicabilité des moyens qu'elles préfèrent pour exercer leur droit de déterminer la citoyenneté, soit par un traité avec la Couronne, soit par des mesures législatives. Comme nous l'avons vu dans les sections précédentes, la confirmation des droits par un traité ou une loi élimine une grande partie de l'incertitude juridique concernant l'identité du titulaire des droits, ainsi que la nature et l'étendue de ces droits. Cependant, il semble peu souhaitable de s'engager avec le gouvernement fédéral tout au long du processus compte tenu de son histoire honteuse en ce qui concerne le statut d'Indien et de son désir toujours présent de limiter et de contrôler l'appartenance aux communautés autochtones afin de réduire ses responsabilités financières<sup>35</sup>.

Nous pensons que tout scepticisme à l'égard du gouvernement fédéral de la part des Premières Nations désireuses de reprendre le contrôle de la citoyenneté est compréhensible. La capacité du gouvernement fédéral à dicter et à prendre le contrôle du processus est considérablement

---

<sup>33</sup> *Ibid.* p. 465-466.

<sup>34</sup> Voir par exemple John Borrows, "Challenging Historical Frameworks : Aboriginal Rights, The Trickster, and Originalism" (2017) 98:1 *Canadian Historical Review* 114, p. 120 et les documents cités à la note 24.

<sup>35</sup> Voir note 19, *supra*.





affaiblie, voire carrément interdite, par les articles 9 et 33 de la DNUDPA. Comme l'indique une analyse, [TRADUCTION] « le droit de déterminer l'identité [à l'article 33] indique clairement que les peuples des Premières Nations décident de leur appellation et de la manière dont ils identifient les groupes constitutifs de leur peuple<sup>36</sup> ». Nous pensons que les dispositions de la DNUDPA interdisent au gouvernement fédéral d'indiquer aux Premières Nations à *quel niveau de leur organisation* elles doivent affirmer le droit de déterminer leur citoyenneté. Par conséquent, dans tout processus de conclusion d'un traité confirmant le droit de déterminer la citoyenneté ou dans toute loi confirmant ce droit, le gouvernement fédéral doit accepter le groupement social présenté par la partie des Premières Nations comme étant le groupement approprié et légal pour l'exercice de ce droit.

## **B. Égalité et droits de la Charte**

Une deuxième question juridique importante non réglée est la mesure dans laquelle la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquerait aux codes de citoyenneté adoptés par les Premières Nations. Comme nous l'avons vu plus haut, nous pensons que cette question est d'une pertinence renouvelée compte tenu de l'application universelle de l'alinéa 6(1)a). Nous pensons que le débat concernant l'appartenance aux communautés des Premières Nations pourrait ne plus se concentrer sur l'élimination de la discrimination (ce qui est le cas depuis de nombreuses années, et à juste titre), mais se concentrer plutôt sur la reconstruction et la reconstitution de leurs propres règles et traditions.

### **1. L'applicabilité de la Charte**

La *Charte* a toujours été applicable aux codes électoraux des Premières Nations, même lorsque la communauté suivait ses propres règles électorales plutôt que la *Loi sur les Indiens*<sup>37</sup>. Au moins un tribunal a également appliqué la *Charte* à un code d'appartenance d'une bande adopté en vertu de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens*<sup>38</sup>. Plus important encore, les tribunaux ont laissé entendre que la *Charte* s'applique à toutes les activités entreprises par les conseils de bande puisqu'il s'agit d'un système de gouvernance créé par une loi fédérale, dans lequel certains droits sont exercés et

---

<sup>36</sup> Shin Imai & Catherine Gunn, "Indigenous Belonging: Membership and Identity in the UNDRIP: Articles 9, 33, 35, and 36", chapitre 8 dans Jessie Hohmann & Marc Weller, ed., *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples : A Commentary* (Oxford : Oxford University Press, 2018), à la partie IV.

<sup>37</sup> *Clifton v Hartley Bay (Electoral Officer)*, 2005 FC 1030, para. 45; *Thompson v. Leq'á:mel First Nation*, 2007 FC 707, para. 8; *Joseph v. Dzawada'enuxw (Tsawataineuk) First Nation*, 2013 FC 974, para. 51. Voir aussi : *Première nation Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30.

<sup>38</sup> *Scrimbitt*, *supra* note 6.



certaines obligations sont assumées<sup>39</sup>. Les tribunaux ont également statué que les pouvoirs de gouvernance exercés en vertu des traités modernes sont assujettis à la *Charte*<sup>40</sup>. Cependant, à notre connaissance, les tribunaux ne se sont jamais demandé si la *Charte* s'applique à une entité des Premières Nations qui n'est pas créée par une loi fédérale, comme une nation ou un clan<sup>41</sup>. Nous notons que la Commission royale était d'avis que la *Charte* s'appliquerait aux entités autochtones exerçant des pouvoirs d'autonomie gouvernementale<sup>42</sup>.

## 2. Le paragraphe 35(4) et la DNUDPA

Même si la *Charte* ne s'applique pas à l'exercice des droits inhérents, l'exercice de ces droits est néanmoins soumis à l'égalité des sexes en vertu du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle*. En outre, les articles 9, 33, 44 et 46 de la DNUDPA renforcent le respect des droits à l'égalité, des droits de la personne et des libertés fondamentales à l'échelle internationale.

Le paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle* se lit comme suit : « Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes. » Selon au moins un jugement, en conséquence de cette disposition, toute affirmation, de la part d'une Première Nation de son droit inhérent de déterminer sa propre citoyenneté doit respecter l'égalité des sexes, sinon elle néglige un droit protégé par la Constitution<sup>43</sup>. La Commission royale souligne également que « les règles et les modalités régissant l'appartenance à un groupe ne peuvent exercer aucune discrimination fondée sur le sexe, car cela irait à l'encontre de la garantie donnée au paragraphe 35(4)<sup>44</sup> ».

En ce qui concerne la DNUDPA, l'article 46 précise clairement ceci : « Dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous

<sup>39</sup> *Taypotat c. Taypotat*, 2013 CAF 192, par. 38, rév. pour d'autres motifs, 2015 CSC 30; *Horse Lake First Nation v. Horseman*, 2003 ABQB 152, par. 17-19. Ce point est également largement discuté dans *Napash*, *supra* note 13.

<sup>40</sup> *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2020 YKSC 22, par. 131; *Band (Eeyouch) c. Napash*, 2014 QCCQ 10367, par. 105.

<sup>41</sup> Dans l'affaire *Miller c. Mohawk Council Of Kahnawà:ke*, 2018 QCCS 1784, la Cour supérieure du Québec a examiné l'application de la *Charte* à une loi d'appartenance adoptée par le conseil Mohawk de Kahnawake en dehors de la *Loi sur les Indiens*. Le Conseil a concédé que la *Charte* s'appliquait, mais il ressort clairement du jugement que la Cour a considéré que le Conseil « est une création de la *Loi sur les Indiens* (par. 178). Il est également clair que le Conseil n'a pas tenté de justifier sa loi sur l'appartenance en invoquant des droits inhérents et a demandé à la Cour de ne pas se prononcer sur cette question (par. 6).

<sup>42</sup> Commission royale, *supra* note 9, texte faisant suite à la recommandation 2.3.6.

<sup>43</sup> *Sawridge Band v. Canada*, [1996] 1 F.C. 3 (T.D.), rév. pour d'autres motifs [1997] 3 F.C. 580 (C.A.).

<sup>44</sup> Commission royale, *supra* note 9, texte précédant la recommandation 2.3.8.



sont respectés. » Des auteurs ont fait remarquer que, compte tenu de l'historique de la rédaction et des diverses dispositions de la DNUDPA qui ont trait aux droits de la personne, il est évident que la Déclaration n'envisage pas un droit absolu de détermination de l'appartenance<sup>45</sup>. Cependant, ces auteurs soutiennent en même temps ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les articles 44 et 46 devraient être appliqués avec sensibilité afin qu'ils n'aient pas pour conséquence de priver les populations autochtones concernées de leur autonomie. L'Association de droit international, dans son commentaire des articles 44 et 46, souligne que les droits collectifs et individuels « doivent être adéquatement équilibrés afin que l'on puisse déterminer comment et dans quelle mesure les deux types de droits peuvent être pris en compte ». Cela signifie que les actions [d'un groupe autochtone] doivent être examinées, mais qu'il ne faut pas tirer de conclusions hâtives de cet examen<sup>46</sup>.

Comme le soulignent les auteurs, une application non réfléchie des normes d'égalité ou d'autres droits de la personne individualistes aux codes de citoyenneté des Premières Nations risque de miner l'autonomie que suppose l'adoption de ces codes.

### 3. Possibilités de renforcer l'autonomie des Premières Nations

Une application stricte des droits à l'égalité de la *Charte* peut obliger les Premières Nations à accepter des citoyens ayant un lien ancestral avec la communauté, quel que soit le lien avec la culture moderne de la communauté. Certains auteurs soutiennent que les Premières Nations devraient s'engager dans la réappropriation culturelle de ceux qui ont été séparés de la communauté pour éviter de réaffirmer les notions colonialistes de la communauté autochtone<sup>47</sup>. Cependant, d'autres soutiennent que le fait de forcer les Premières Nations à accepter immédiatement tous les individus comme des citoyens à part entière fait dépendre leur citoyenneté de la race plutôt que de la culture<sup>48</sup>.

Cette question ne peut être réglée dans le présent document de discussion. **Cependant, nous pensons que la *Charte* pourrait jouer un rôle dans la décision relative à la manière dont la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations se fera.** Plus précisément, nous croyons que les règles de citoyenneté des Premières Nations pourraient, dans certaines

<sup>45</sup> Imai, *supra* note 35, partie IV.C.(i).

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Napoleon, *supra* note 19.

<sup>48</sup> Commission royale, *supra* note 9; Palmater, *supra* note 15, p. 164 et suivantes.



circonstances, être protégées contre les contestations fondées sur la *Charte* soit par l'article 25 de la *Charte*, soit à titre de programme d'amélioration en vertu du paragraphe 15(2) de la *Charte*, soit par la disposition de dérogation.

**a. Article 25 de la *Charte***

Nous pensons qu'il existe un argument solide en faveur de l'adoption des règles de citoyenneté des Premières Nations en vertu d'un droit inhérent ou issu d'un traité qui serait protégé par la *Charte* en vertu de l'article 25. Cette disposition se lit comme suit :

*Maintien des droits et libertés des autochtones*

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

- a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

Dans l'affaire *R. c. Kapp*<sup>49</sup>, le juge Bastarache, écrivant pour la décision concordante, a conclu que l'article 25 « a pour objectif de protéger les droits des peuples autochtones lorsque l'application des protections établies dans la *Charte* à l'endroit des individus diminuerait l'identité distinctive, collective et culturelle d'un groupe autochtone<sup>50</sup> ». En d'autres termes, l'objectif de l'article 25 est de confirmer qu'« un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités, mérite d'être soustrait à l'examen fondé sur la *Charte*<sup>51</sup> ». En pratique, cela signifie que lorsqu'il existe un conflit réel entre l'exercice d'un droit autochtone ou issu d'un traité et un droit protégé par la *Charte*, le droit individuel de la *Charte* devrait céder le pas au droit collectif. Cela est toutefois soumis à la règle, établie à l'article 28 de la *Charte*, selon laquelle l'égalité des sexes doit toujours être respectée, même lorsque l'article 25 est invoqué<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> 2008 CSC 41.

<sup>50</sup> *Ibid.*, par. 89.

<sup>51</sup> *Ibid.*, par. 103.

<sup>52</sup> *Ibid.*, par. 97.



L'article 25 a été utilisé pour protéger les dispositions de l'Accord définitif Nisga'a contre toute contestation fondée sur l'article 3 de la *Charte*. Dans l'affaire *Campbell*<sup>53</sup>, la Cour suprême de Colombie-Britannique a estimé que l'article 25 « se veut un "bouclier" empêchant les dispositions de la *Charte* de restreindre les droits ancestraux, les droits issus de traités ou autres droits<sup>54</sup> ».

La majorité des juges dans l'affaire *Kapp* a choisi de ne pas se prononcer sur le sens et l'étendue des protections offertes par l'article 25, et a laissé ouverte la question de savoir s'il constitue un « bouclier » ou simplement « une disposition servant à interpréter des droits garantis par la *Charte* qui sont susceptibles d'entrer en conflit<sup>55</sup> ».

Cette année, la Cour suprême du Yukon a conclu que si la règle d'une Première Nation constitue une violation des droits à l'égalité de l'article 15 qui ne peuvent être sauvegardés en vertu de l'article 1 de la *Charte* (dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique), alors la Cour procède à une analyse de l'article 25 en tenant compte de ce qui suit.

[TRADUCTION]

- « Le but de l'article 25 est de faire en sorte que les droits à l'autonomie gouvernementale des Premières Nations soient intégrés au tissu constitutionnel du Canada et protégés lorsque les tribunaux cherchent à concilier les droits ancestraux, les droits issus de traités ou autres droits ou libertés avec les intérêts de tous les Canadiens. »
- « L'article 25 permet aux Premières Nations de protéger, préserver et promouvoir l'identité de leurs citoyens grâce à des institutions, des normes et des pratiques gouvernementales uniques. L'utilisation du verbe « garantir » est significative. Le terme est impératif plutôt que discrétionnaire et oblige à laisser un espace constitutionnel pour d'autres droits ou libertés qui appartiennent aux peuples autochtones du Canada. »
- « La question de savoir si l'article 25 doit être un obstacle absolu ou une disposition interprétative dépend des faits et du contexte de chaque cas. Dans la version anglaise de l'article 25, le terme « abroger » signifie abolir ou supprimer une loi. La dérogation est un peu moins draconienne et signifie abolir en partie ou, détruire, altérer ou réduire l'effet d'une loi. Cependant, la formulation « abrogate or

<sup>53</sup> *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, 2000 BCSC 1123 (traduction de la citation dans 2008 CSC 41, par. 96)

<sup>54</sup> *Ibid*, par. 156.

<sup>55</sup> *Kapp*, *supra* note 49, par. 64.



derogate » (abroger ou déroger) indique qu'un large éventail d'impacts suffisent pour déclencher la protection de l'article 25<sup>56</sup> ».

Dans ce contexte, une fois que le caractère constitutionnel de la règle de la Première Nation est [TRADUCTION] « établi par le fait qu'elle est fondée sur les centaines d'années de leadership de ceux qui résident sur le territoire et qui comprennent l'essence de l'identité de Gwitchin Vuntut et par le fait que la coutume ou la tradition existe toujours aujourd'hui », une règle qui violerait le paragraphe 15(1) de la *Charte* pourrait être protégée par l'article 25. La règle des Gwitchin Vuntut selon laquelle un chef ou un conseiller doit vivre sur le territoire a donc été maintenue<sup>57</sup>.

Nous en concluons que le droit d'une Première Nation d'établir et d'appliquer ses propres règles de citoyenneté devrait être protégé par l'article 25. Le juge Bastarache dans l'affaire *Kapp* et la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Campbell* notent tous deux que l'objet de l'article 25 est de protéger les droits détenus *collectivement* contre les contestations judiciaires fondées sur un régime de droits garantis par la *Charte* qui est de nature *individualiste*<sup>58</sup>. Il semblerait que le droit d'un peuple de définir son identité est, par sa nature même, un droit de la collectivité.

Puisque l'article 25 protège d'un examen fondé sur la *Charte* « les droits et libertés ancestraux, issus de traités ou autres, des peuples autochtones du Canada », nous affirmons que ce principe doit s'appliquer au contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations, quelle que soit la source de cette compétence (droit inhérent, traité ou nouvelle loi fédérale).

Toutefois, étant donné que, dans l'affaire *Kapp*, la Cour suprême du Yukon a suivi le point de vue de la majorité selon lequel « seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles de bénéficier de l'article 25 », il pourrait être prudent, si la transition doit se faire en vertu d'une loi fédérale, que cette loi précise que le droit est de nature constitutionnelle, afin de garantir qu'une défense fondée sur l'article 25 sera ouverte à une Première Nation dont le code de citoyenneté serait contesté pour violation de la *Charte*.

#### **b. Paragraphe 15(2) de la *Charte***

Nous préconisons également la possibilité de protéger les codes de citoyenneté des Premières Nations contre les contestations fondées sur la *Charte* en raison des droits à l'égalité si la

<sup>56</sup> *Dickson v. Vuntut Gwitchin First Nation*, *supra* note 39, par. 199-205

<sup>57</sup> *Ibid.* par. 207 et 217.

<sup>58</sup> *Kapp*, *supra* note 49, par. 89; *Campbell*, *supra* note 51, par. 155.



transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations est conçue comme un programme d'amélioration conformément au paragraphe 15(2) de la *Charte*.

On trouve un exemple intéressant de cette approche dans l'affaire *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*<sup>59</sup>. En vertu de la *Metis Settlements Act* de l'Alberta, une personne ne peut pas être membre d'un établissement métis si elle a le statut d'Indien. Plusieurs personnes ont contesté cette disposition au motif qu'elle était discriminatoire à leur égard en tant qu'Indiens inscrits. La Cour a estimé que, si la *Metis Settlements Act* établissait effectivement une distinction entre des groupes de personnes pour un motif analogue, elle n'était pas discriminatoire en raison de son objectif d'amélioration. La décision de la Cour laisse entendre que les règles qui établissent des distinctions entre les membres des Premières Nations et d'autres personnes, ou entre différents groupes de membres des Premières Nations, peuvent ne pas être discriminatoires lorsque leur objectif est de protéger et d'améliorer la culture du groupe des Premières Nations en question :

[83] J'estime que l'exclusion des Métis qui sont aussi des Indiens inscrits de quelque établissement que ce soit, dont celui de Peavine, tend et contribue à la réalisation de l'objet du programme améliorateur. Elle correspond aux distinctions historiques et sociales entre les Métis et les Indiens, elle appuie la réalisation de l'objet qui consiste à enrichir l'identité, la culture et l'autonomie gouvernementale des Métis et respecte le rôle des Métis en ce qui a trait à la définition du peuple qu'ils forment.

Toutefois, ce type d'argument peut ne pas fonctionner pour chaque distinction faite dans un code de citoyenneté. Dans l'affaire *Miller c. Mohawk Council Of Kahnawà:ke*<sup>60</sup>, la Cour supérieure du Québec a estimé que la suspension de l'appartenance à la communauté des membres qui ont épousé des non-Indiens ne pouvait être qualifiée de programme d'amélioration, car elle n'avait pas pour but d'améliorer la situation de certains individus, mais plutôt de protéger l'ensemble de la communauté. Selon le juge, un programme qui vise à améliorer la situation de la communauté dans son ensemble ne peut être qualifié de programme d'amélioration en vertu de l'article 15(2). Nous émettons respectueusement de sérieuses réserves quant à l'analyse du juge sur cette question car elle perd de vue la nature collective des droits autochtones qui est parfois en contradiction avec les fondements individualistes de la doctrine occidentale des droits de la personne, comme l'a souligné le juge Bastarache dans l'affaire *Kapp*.

---

<sup>59</sup> 2011 CSC 37.

<sup>60</sup> *Supra* note 39.



### c. Article 33 de la *Charte* – disposition de dérogation

Une troisième façon dont les questions de droits à l'égalité de la *Charte* peuvent influencer les décisions concernant la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations est la disposition de dérogation. Si des codes de citoyenneté sont adoptés en vertu d'une loi fédérale, le gouvernement fédéral pourrait choisir d'invoquer la disposition de dérogation pour protéger les dispositions des codes de citoyenneté des Premières Nations contre les contestations fondées sur la *Charte*.

Bien que les codes de citoyenneté ne soient pas directement adoptés par le Parlement, la jurisprudence montre qu'ils pourraient néanmoins être protégés d'un examen fondé sur la *Charte* si la loi habilitante contient une déclaration précisant qu'elle s'applique nonobstant les dispositions pertinentes de la *Charte* et si le gouvernement donne son approbation aux codes de citoyenneté adoptés en vertu de cette loi<sup>61</sup>.

Nous reconnaissons que l'utilisation de la disposition de dérogation est probablement politiquement irréalisable et qu'elle pourrait également être critiquée comme étant trop large, dans la mesure où elle pourrait protéger les Premières Nations contre les contestations fondées sur la *Charte* pour des actions qui ne sont pas liées à l'exercice de leurs droits inhérents ou issus de traités. Néanmoins, il s'agit d'une possibilité que les Premières Nations pourraient vouloir explorer en examinant la façon dont se fera la transition juridique vers le contrôle de la citoyenneté.

### 4. Conclusion sur l'égalité et les droits de la *Charte*

Les règles de citoyenneté des Premières Nations seront soumises aux protections des droits de la personne, mais la nature et l'étendue de ces protections varieront en fonction de la voie juridique par laquelle les Premières Nations affirmeront leur pouvoir en la matière. Par exemple :

- Si une Première Nation affirme son pouvoir d'établissement de règles de citoyenneté par l'intermédiaire d'un conseil de bande existant créé en vertu de la *Loi sur les Indiens*, les tribunaux concluront probablement que la *Charte* s'applique.

---

<sup>61</sup> L'article 33 permet au Parlement de déclarer « qu'une loi ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte ». Dans l'affaire *Barreau du Québec c. Maroist*, [1985] J.Q. n° 103, la Cour supérieure du Québec a appliqué le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312 et a conclu que, bien que le texte de l'article 33 ne fasse pas référence à des « règlements » ou à d'autres lois déléguées, la disposition de dérogation peut néanmoins s'appliquer à une loi déléguée si elle est approuvée par le gouvernement.





- Lorsque des droits inhérents ou issus de traités sont revendiqués par l'intermédiaire d'un organe autre qu'un conseil de bande, la *Charte* peut ne pas s'appliquer, mais le paragraphe 35(4) exige néanmoins que la revendication de ces droits soit conforme à l'égalité des sexes.
- Même si la *Charte* s'applique, l'article 25 soustraira probablement l'exercice d'un droit inhérent ou issu d'un traité permettant de déterminer la citoyenneté à un examen fondé sur la *Charte*, sauf pour des raisons d'égalité des sexes.
- L'affirmation des droits en vertu de la DNUDPA est toujours soumise aux droits de la personne et aux libertés fondamentales.

#### IV. Le problème du financement

Quel que soit le mécanisme juridique utilisé par les Premières Nations pour affirmer leur contrôle sur la citoyenneté, il reste à savoir comment les politiques de financement du Canada vont évoluer pour tenir compte des Premières Nations qui décident de l'appartenance à la communauté.

Comme il est mentionné dans le document de discussion sur la relation entre le contrôle de l'appartenance aux Premières Nations et les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* par le projet de loi S-3, le financement accordé aux conseils de bande par le gouvernement fédéral est, pour la plupart des programmes, fonction du nombre de membres inscrits de la bande qui résident dans la réserve. Et comme l'indique le présent document,

- seulement quelques programmes qui n'ont pas d'équivalent au niveau provincial sont offerts à tous les membres inscrits des bandes sans égard à leur lieu de résidence;
- seulement quelques programmes fédéraux sont offerts à tous les résidents d'une réserve, qu'ils soient membres d'une bande ou Indiens inscrits, alors que la plupart des programmes de financement ne sont destinés qu'aux membres inscrits des bandes qui vivent dans les réserves;
- aucun programme ne fournit de financement en fonction de l'appartenance sans égard au statut<sup>62</sup>.

La récente politique de financement du gouvernement montre que ces conclusions restent vraies.<sup>63</sup> En pratique, cela signifie que les bandes ne reçoivent pas de financement pour une partie

<sup>62</sup> Assemblée des Premières Nations, *Processus de collaboration du Canada sur les réformes de l'inscription des Indiens : Document de discussion*, 19 février 2019, p. 18, 36. [https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2020/01/00-19-02-06-Discussion-Paper-Citizenship\\_FR.pdf](https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2020/01/00-19-02-06-Discussion-Paper-Citizenship_FR.pdf)



de leurs membres si elles ont adopté des codes d'appartenance en vertu de la *Loi sur les Indiens* qui reconnaissent les Indiens non inscrits comme membres. En conséquence, ces bandes peuvent être confrontées à un manque de financement et être obligées de prendre des décisions difficiles sur la manière de fournir des services appropriés à leurs membres.

De plus, même lorsque les Premières Nations ont signé, avec la Couronne, des traités modernes ou des ententes d'autonomie gouvernementale qui reconnaissent la compétence des Premières Nations dans la détermination de leurs propres règles de citoyenneté, le Canada a continué à leur fournir un financement en fonction du nombre d'Indiens inscrits présents dans la communauté plutôt que du nombre réel de citoyens<sup>64</sup>. En d'autres termes, le simple fait de signer un traité qui garantit le droit d'une nation de déterminer sa citoyenneté ne garantit pas que cette nation reçoive les ressources nécessaires pour donner un sens à ce droit.

Le gouvernement fédéral a exprimé son intention de travailler avec l'APN pour élaborer conjointement une nouvelle relation financière entre les Premières Nations et le gouvernement<sup>65</sup>, et nous avons entendu des rumeurs selon lesquelles les critères de financement de certains programmes pourraient être modifiés<sup>66</sup>. Nous **recommandons que, si la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations doit entraîner un élargissement réel et durable de la souveraineté et de l'autodétermination des Premières Nations, l'approche du gouvernement fédéral en matière de financement soit radicalement révisée pour que les Premières Nations reçoivent un financement suffisant qui facilite la pleine mise en œuvre de leur droit.**

---

<sup>63</sup> Gouvernement du Canada, *Politique du programme de financement du soutien des bandes*, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1100100013828/1565364945375> (consulté le 11 juin 2020); Gouvernement du Canada, *Programme d'aide au revenu dans les réserves*, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1100100035256/1533307528663> (consulté le 11 juin 2020); Gouvernement du Canada, *Programme d'aide aux étudiants de niveau postsecondaire*, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1100100033682/1531933580211> (consulté le 11 juin 2020).

<sup>64</sup> *Teslin Tlingit*, supra note 18.

<sup>65</sup> Gouvernement du Canada, *Une nouvelle approche : Co-développement d'une nouvelle relation financière*; en ligne : [https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-ACH/STAGING/texte-text/reconciliation\\_new\\_fiscal\\_rel\\_approach\\_1512565483826\\_fra.pdf](https://www.aadnc-aandc.gc.ca/DAM/DAM-INTER-HQ-ACH/STAGING/texte-text/reconciliation_new_fiscal_rel_approach_1512565483826_fra.pdf) (consulté le 11 juin 2020).

<sup>66</sup> Ces rumeurs circulaient parmi nos clients qui nous ont parlé du financement de l'éducation, et Services aux Autochtones Canada a annoncé qu'une nouvelle approche de financement pour les étudiants des Premières Nations serait en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> avril 2019. Toutefois, nous ne savons pas exactement dans quelle mesure cette « nouvelle approche » représente une amélioration ou si elle prévoit un financement pour les personnes qui n'en bénéficiaient pas auparavant; Services aux Autochtones Canada, *Nouvelle approche de financement pour l'éducation des Premières Nations de la maternelle au secondaire*, (avril 2019), en ligne <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1553859736924/1553859762978> (consulté le 11 juin 2020).



## V. Questions liées à la transition

### A. Personnes ayant le statut d'Indien mais n'ayant pas la citoyenneté des Premières Nations

Dans le cadre juridique actuel où le gouvernement fédéral détermine l'admissibilité au statut d'Indien et où les bandes ont la possibilité d'adopter des codes d'appartenance qui leur donnent un certain contrôle limité sur l'appartenance à la bande, les individus ayant des ancêtres des Premières Nations peuvent se trouver dans l'une des quatre situations juridiques suivantes :

1. Ils peuvent être à la fois Indiens inscrits et membres d'une bande.
2. Ils peuvent être Indiens inscrits sans être membres d'une bande, auquel cas ils sont placés sur la « liste générale ». Cette situation se présente lorsqu'un individu fait remonter son ascendance à une bande dont le code d'appartenance ne lui permet pas d'être membre de la bande.
3. Ils peuvent être membres d'une bande sans avoir le statut d'Indien. Cette situation se produit lorsqu'une bande a adopté un code d'appartenance qui accorde le statut d'Indien à des individus en fonction de facteurs qui ne sont pas pris en compte dans la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, l'appartenance à une bande peut être accordée à un enfant d'un membre ayant le statut en vertu de l'article 6(2), même si l'autre parent de cet enfant n'a pas le statut d'Indien (avec pour conséquence que l'enfant ne sera pas lui-même admissible au statut d'Indien).
4. Ils peuvent n'avoir ni statut d'Indien ni appartenance à une bande, malgré leur ascendance. Par exemple, ils peuvent être les petits-enfants d'une personne qui a été émancipée. Même s'ils ont conservé des liens culturels et familiaux avec la Première Nation de leurs grands-parents, ils n'auront pas droit au statut d'Indien ni à l'appartenance à une bande (à moins que le code d'appartenance de la bande n'en dispose autrement).

On ne sait pas trop ce qu'il adviendra de cette structure si l'on arrive à un contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations. Les questions que pose la transition vers ce contrôle sont notamment les suivantes : si une personne a le droit d'être considérée comme membre d'une bande en vertu des règles actuelles (que ces règles se trouvent dans les règles d'appartenance de la *Loi sur les Indiens* ou dans le code d'appartenance propre à une bande), acquiert-elle automatiquement un droit à la citoyenneté? Quel sera le statut juridique des personnes qui sont ou étaient des Indiens inscrits mais qui ne peuvent prétendre à la citoyenneté dans aucune Première Nation?



Nous ne pouvons pas répondre à ces questions sans en savoir plus sur les structures juridiques qui seront adoptées pour faciliter le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations. **Nous croyons cependant qu'une certaine catégorie résiduelle du « statut d'Indien » devra rester en place en vertu de la loi fédérale même après que toutes les Premières Nations auront obtenu le contrôle de leur propre citoyenneté.**

Premièrement, comme la Cour suprême l'a récemment déclaré dans l'affaire *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, le gouvernement fédéral est constitutionnellement responsable de tous les « Indiens », même des « Indiens non inscrits »<sup>67</sup>. Bien que le nombre d'« Indiens non inscrits » puisse être considérablement réduit suite à l'application universelle de l'alinéa 6(1)a)<sup>68</sup>, il restera sans aucun doute des individus dans cette catégorie<sup>69</sup>. Ce qui découle de la décision *Daniels* est que, même si les Premières Nations adoptent le contrôle de leur citoyenneté, la Couronne fédérale restera responsable des individus ayant des ancêtres des Premières Nations sans être citoyens d'une Première Nation.

La deuxième raison pour laquelle nous croyons qu'une certaine forme résiduelle du « statut d'Indien » doit demeurer dans la loi fédérale est que l'existence d'un tel statut contribuera probablement à mettre les codes de citoyenneté des Premières Nations à l'abri des contestations fondées sur la *Charte*. L'existence d'un statut résiduel d'Indien pourra notamment contribuer à éviter la marginalisation des personnes à qui la citoyenneté aura été refusée en maintenant l'accès aux programmes fédéraux et aux autres droits associés au statut d'Indien. Cela est particulièrement important si le code de citoyenneté d'une Première Nation est jugé discriminatoire, car on pourrait démontrer que cette discrimination est néanmoins « raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique<sup>70</sup> ». Par conséquent, le maintien du statut pourrait contribuer à démontrer que seulement une atteinte minimale au droit de l'individu à la non-discrimination découle du compromis qui réaffirme l'autodétermination des Premières Nations et leur droit d'exclure des individus afin de favoriser

---

<sup>67</sup> 2016 CSC 12.

<sup>68</sup> Le juge de première instance a noté que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives au mariage étaient l'une des « principales causes » de la création de la population indienne non inscrite : *Daniels c. Canada*, 2013 CF 6, par. 115.

<sup>69</sup> Le jugement de première instance dans l'affaire *Daniels* a défini les Indiens non inscrits comme [TRADUCTION] « ceux à qui le statut peut être accordé par la législation fédérale. Il s'agit des personnes qui ont un lien ancestral, pas nécessairement génétique, avec les personnes considérées comme « Indiens » en droit ou en fait, ou de toute personne qui s'identifie comme Indien et est acceptée comme telle par la communauté indienne, ou par une communauté, une branche ou un conseil d'une association ou d'une organisation indienne organisée localement et à laquelle cette personne souhaite être associée », par. 122.

<sup>70</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 66.



l'objectif de protection de leur culture, tout en garantissant les droits découlant du statut pour ceux à qui la citoyenneté des Premières Nations est refusée.

Ce compromis serait très similaire à celui qui a été conclu lors de l'entrée en vigueur du projet de loi C-31, qui permettait aux bandes d'adopter leur propre code d'appartenance. Bien que ce compromis ait fait l'objet de critiques importantes puisqu'il permettait aux bandes de refuser le statut aux descendants des femmes qui avaient été involontairement émancipées à la suite d'un mariage, il n'en demeure pas moins valable à ce jour.

La troisième raison pour laquelle nous pensons que le gouvernement fédéral doit maintenir le « statut d'Indien » dans la loi fédérale malgré l'affirmation du contrôle des Premières Nations sur la citoyenneté est que le principe est décrit dans la DNUDPA. L'article 9 précise que « 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 ». Un auteur qui connaît bien le contexte canadien donne la signification suivante au « droit d'appartenance » :

...lorsque l'État a été complice de la création de groupes d'individus autochtones qui n'appartiennent pas à une communauté ou à une nation autochtone, il a l'obligation positive de créer des mécanismes en consultation avec les individus autochtones en question pour faciliter la création de nouveaux groupements de communautés et de nations autochtones afin de mettre en œuvre le droit d'appartenance<sup>71</sup>.

Enfin, on peut affirmer que puisque c'est le gouvernement fédéral qui a refusé aux Premières Nations le droit de déterminer leur citoyenneté, il doit rectifier la situation en prenant en charge les coûts de soutien aux personnes qui ont une ascendance des Premières Nations mais qui ne sont pas citoyennes d'une Première Nation. Cependant, il existe aussi des arguments convaincants qui s'opposent à cette approche. Plus précisément, Val Napoleon met en garde contre le danger de s'engager sur la voie du nationalisme ethnique à un moment où les Premières Nations devraient adopter une approche inclusive fondée sur un nationalisme civique visant à réintégrer tous les descendants culturellement déconnectés<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Imai, *supra* note 35, partie IV.C.(iii).

<sup>72</sup> Napoleon, *supra* note 19, p. 139 et suivantes.



## B. Bandes ayant des codes d'appartenance en vertu de la *Loi sur les Indiens*

La transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations donne lieu à une réflexion particulière en ce qui concerne les bandes qui ont adopté un code d'appartenance en vertu de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens*; actuellement, environ 37 % des bandes sont dans cette situation<sup>73</sup>. Nous soutenons que ces bandes sont confrontées à deux questions clés : premièrement, les procédures de modification prévues dans les codes existants doivent-elles être suivies lorsqu'une Première Nation décide de prendre le contrôle de la citoyenneté? Deuxièmement, quelles considérations pourraient s'appliquer lorsqu'un nouveau code de citoyenneté refuserait la citoyenneté aux personnes qui ont un droit d'appartenance existant en vertu du code d'appartenance en vigueur?

L'article 10 de la *Loi sur les Indiens* permet aux bandes de prendre le contrôle de leur liste de membres auprès du Registraire des Indiens. Cet article a été ajouté à la loi en 1985, en même temps que le projet de loi C-31, qui rendait le statut d'Indien aux femmes qui s'étaient mariées à des non-Indiens et à leurs enfants. Bien que l'article 10 ne dicte pas explicitement les règles des codes d'appartenance, il précise dans quelle mesure une bande a le contrôle de ses règles d'appartenance :

### *Droits acquis*

10(4) Les règles d'appartenance fixées par une bande en vertu du présent article ne peuvent priver quiconque avait droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande avant leur établissement du droit à ce que son nom y soit consigné en raison uniquement d'un fait ou d'une mesure antérieurs à leur prise d'effet.

Cette disposition n'a pas fait l'objet de beaucoup d'attention judiciaire, mais elle exige au moins que les codes d'appartenance garantissent le maintien de l'appartenance à la bande à toute personne dont le nom figurait auparavant sur la liste du ministère au moment où la bande prend le contrôle de l'appartenance, quel que soit le contenu du code<sup>74</sup>. La loi peut même aller plus loin et exiger que les règles d'appartenance garantissent l'appartenance à la bande à toute personne qui *aurait pu* figurer sur la liste de la bande avant que celle-ci n'en prenne le contrôle, même si son nom n'avait pas été inscrit. Si cette interprétation est correcte, la bande sera liée par les règles du ministère pour toutes les personnes qui étaient en vie au moment où la bande a adopté ses règles

<sup>73</sup> Gouvernement du Canada, *Transfert aux Premières Nations de la responsabilité de déterminer les membres et les citoyens*, supra note 3.

<sup>74</sup> *Omeasoo v. Canada (Min. of Indian Affairs and Nor.Dev.) and Buffalo et al.*, [1989] 1 CNLR 110.



d'appartenance. Par conséquent, la bande serait obligée d'accepter toute personne qui s'inscrit des années après sa prise de contrôle de l'appartenance, même si cette personne n'a pas le droit d'être membre selon les termes du code d'appartenance de la bande. La difficulté d'interprétation de ce paragraphe provient de l'utilisation par le Parlement de l'expression anglaise « had the right » (avait droit). D'autres articles de la *Loi* traitant de l'inscription et de l'appartenance à une bande utilisent l'expression « entitled » (avait droit) pour indiquer qu'une personne a le droit d'être inscrite en tant qu'Indien ou d'être inscrite sur la liste de la bande.

La plupart des codes d'appartenance adoptés en vertu de l'article 10 contiennent des dispositions stipulant comment le code peut être modifié. Par exemple, un code peut prévoir que les modifications doivent être approuvées par une majorité fixe de membres ayant droit de vote présents à une assemblée générale extraordinaire convoquée pour examiner les modifications proposées. Mais que se passe-t-il lorsque la bande fusionne avec une entité plus grande, telle qu'une nation, pour adopter un nouveau code de citoyenneté? Un tribunal exigera-t-il que la procédure de modification du code d'appartenance soit suivie? Ou bien cette procédure sera-t-elle inapplicable parce que : a) l'entité qui adopte le code est différente; ou b) l'adoption d'un nouveau code de citoyenneté est de nature différente parce qu'il ne s'agit pas d'un droit statutaire en vertu de la *Loi sur les Indiens* mais plutôt d'un droit inhérent ou issu d'un traité?

À ce jour, les tribunaux ont établi les principes suivants en ce qui concerne la nature des codes d'appartenance adoptés en vertu de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* :

- lorsqu'une bande adopte une liste de bande en vertu de l'article 10, elle n'exerce pas de pouvoirs inhérents ou coutumiers, mais plutôt des pouvoirs statutaires délégués en vertu de la *Loi sur les Indiens*<sup>75</sup>;
- puisque l'adoption et la tenue d'une liste de bande constituent un pouvoir légal délégué, le non-respect par une bande de son propre code d'appartenance peut être qualifié de violation de la *Loi sur les Indiens* elle-même et être sanctionné par les tribunaux<sup>76</sup>.

Dans leurs décisions, les tribunaux se sont abstenus de considérer quelle aurait été la situation juridique si les codes avaient été adoptés en vertu d'un droit coutumier. Cette question reste ouverte.

<sup>75</sup> *Cameron v. Albrich*, 2011 BCSC 549; *Ermineskin v. Ermineskin Band Council*, [1995] FCJ No. 821.

<sup>76</sup> *Ibid.* Voir également *Scrimbitt*, *supra* note 6.



En nous appuyant sur l'état actuel du droit, nous estimons que les questions suivantes concernant les codes d'appartenance établis en vertu de l'article 10 devraient être prises en compte dans le cadre de la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations :

- **Lorsqu'une bande qui a un code d'appartenance en vertu de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* souhaite un nouveau code de citoyenneté, il peut être judicieux de suivre la formule de modification décrite dans son code d'appartenance existant.** Cela afin de garantir que son passage à un code de citoyenneté ne soit pas annulé par la suite par un tribunal pour non-respect de la procédure de modification existante. Les tribunaux préfèrent une procédure régulière et défavorable aux changements apportés soudainement ou unilatéralement aux droits d'un individu. Pour ces raisons, il serait très difficile pour une bande ayant déjà un code d'appartenance de convaincre un tribunal qu'elle peut ignorer le processus existant parce qu'elle adopte maintenant une loi sur la citoyenneté en vertu d'un droit inhérent ou issu d'un traité. La démarche la plus sûre pour une Première Nation dans cette situation serait de suivre le processus décrit dans le code existant. Afin d'apaiser les inquiétudes concernant le maintien de l'application de la *Loi*, le nouveau code de la citoyenneté pourrait préciser qu'il n'a pas été adopté en vertu de l'article 10 de la *Loi*, mais plutôt en vertu des droits inhérents ou issus de traités de la communauté.
- **Lorsqu'une Première Nation dotée d'un code d'appartenance décide d'exercer son droit de déterminer la citoyenneté par l'intermédiaire d'un organe qui n'est pas la bande ou le conseil de bande existant (par exemple, par l'intermédiaire de la « Nation »), elle doit prendre des mesures pour réduire le risque que le code de citoyenneté soit annulé pour non-respect des droits procéduraux de la communauté tels qu'ils sont énoncés dans le code d'appartenance existant.**
- **Si un système peut être conçu pour faciliter le passage de toutes les Premières Nations au contrôle de la citoyenneté, il faudrait modifier la *Loi sur les Indiens* afin de supprimer l'article 10.** Cela indiquerait clairement aux tribunaux que les codes d'appartenance ne sont plus valides et que les règles relatives à l'appartenance à une communauté doivent maintenant être trouvées dans les codes de citoyenneté nouvellement adoptés.

Nous tenons également à souligner qu'en vertu de la doctrine des droits acquis, dans l'interprétation d'une loi, les tribunaux présumeront que les droits existants en vertu des lois





précédentes sont préservés dans le cadre de la nouvelle législation<sup>77</sup>. Si cette présomption peut être surmontée par une formulation expresse dans la nouvelle loi ou par la démonstration que la nouvelle loi a pour effet nécessaire et inévitable de révoquer les droits acquis<sup>78</sup>, il s'agit néanmoins d'une présomption puissante, qui a encore plus de force dans les situations où le préjudice potentiel pour l'individu est élevé<sup>79</sup>.

Par conséquent, pour surmonter ce problème, les **groupes des Premières Nations adoptant un nouveau code de citoyenneté qui retire certains statuts, droits ou privilèges à certaines parties de la population doivent clairement indiquer dans le nouveau code qu'il est censé s'appliquer à toutes les situations et que tout droit non conforme aux nouvelles règles est ainsi révoqué**. Les groupes devraient travailler avec un conseiller juridique sur la formulation exacte d'une telle disposition.

### C. Citoyenneté des Premières Nations et droits ancestraux et issus de traités

Les droits ancestraux et issus de traités reconnus et confirmés en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont des droits collectifs. Ils sont détenus par un collectif<sup>80</sup> et appartiennent à des individus du fait de leur appartenance à la bande ou à la nation et/ou de leur descendance des premiers titulaires de droits. Toutefois, dans l'état actuel du droit, la capacité à faire valoir ces droits ne correspond pas nécessairement au statut d'Indien ou à l'appartenance à une bande. C'est pourquoi, pendant la transition du contrôle de la citoyenneté, les Premières Nations peuvent souhaiter obtenir des certitudes quant à la personne qui peut exercer les droits collectifs.

Dans les sections suivantes, nous présenterons l'état actuel du droit en ce qui concerne la capacité d'exercer les droits ancestraux et issus de traités.

#### 1. Droits ancestraux

En général, une personne qui possède le statut d'Indien et qui est membre d'une bande pourra exercer les droits ancestraux détenus collectivement par sa communauté. Toutefois, le lien entre le statut d'Indien/l'appartenance à une bande et la capacité d'exercer ces droits n'est pas parfait.

<sup>77</sup> Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. (Montréal : Les Éditions Themis, 2009), par. 596; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] SCR 629

<sup>78</sup> Côté, *supra*, par. 643 et suivants.

<sup>79</sup> *Ibid.* par. 609.

<sup>80</sup> *R. c. Sparrow* [1990] 1 RCS 1075, p 1112.



Par exemple, dans l'affaire *R. c. Lavigne*, un homme qui avait été arrêté pour avoir chassé pendant la période de fermeture de la chasse sans permis approprié s'est défendu avec succès contre les accusations en faisant valoir qu'il exerçait un droit autochtone en vertu de l'article 35<sup>81</sup>. Même si M. Lavigne n'était pas inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens* et n'était pas membre d'une bande, le juge de première instance a décidé qu'il était un Mi'kmaq ayant droit à la protection garantie par l'article 35. La décision a été confirmée en appel.

D'autre part, dans l'affaire *R. c. Lamb*, une femme accusée d'avoir chassé l'orignal pendant la période de fermeture, qui était inscrite en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qui était membre de la bande de la Première Nation de Burnt Church (Esgenoôpetitj), a été reconnue coupable après que le tribunal eut estimé qu'elle ne pouvait pas faire valoir une défense fondée sur les droits ancestraux<sup>82</sup>. M<sup>me</sup> Lamb n'était pas Autochtone et a acquis son statut d'Indienne et son appartenance à la bande par mariage avant 1985. Elle a divorcé quelques années plus tard et n'avait plus aucun lien avec la Première Nation de Burnt Church lorsque les faits se sont produits. Elle a également admis au procès qu'elle ne s'était pas identifiée comme Autochtone. Dans cette affaire, le simple fait qu'une personne soit titulaire d'une carte de bande a été jugé insuffisant pour établir le droit d'exercer des droits ancestraux garantis par la Constitution.

Ces divergences entre le statut/l'appartenance à une bande et la capacité d'exercer les droits ancestraux découlent de l'application du critère élaboré par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Powley*<sup>83</sup> aux revendications de droits des Métis. Dans l'affaire *Powley*, la Cour suprême a établi que, pour revendiquer valablement des droits ancestraux associés à une communauté métisse, un individu doit démontrer les trois choses suivantes : (1) l'auto-identification à la communauté qui détient les droits; (2) un lien ancestral avec cette communauté; et (3) l'acceptation par la communauté<sup>84</sup>. Bien que le critère ait été élaboré pour les droits des Métis, il a été appliqué plus récemment dans des cas comme ceux décrits ci-dessus, où un défendeur revendique des droits ancestraux et où la Couronne conteste le statut de l'individu.

L'application du critère *Powley* aux revendications de droits autochtones fait obstacle à la capacité des Premières Nations de déterminer elles-mêmes les personnes qui appartiennent à leur communauté et qui jouissent des droits collectifs de la nation. Dans l'affaire *Powley*, la Cour suprême a considérablement miné l'importance des règles d'appartenance à la communauté, en

---

<sup>81</sup> *R. c. Lavigne*, [2007] NBJ No 169.

<sup>82</sup> *R. c. Lamb*, 2020 NBCA 22.

<sup>83</sup> [2003] 2 RCS 207, 2003 CSC 43.

<sup>84</sup> *ibid.*



déclarant : « Il importe de se rappeler que, indépendamment des critères d'appartenance établis par la communauté contemporaine, seuls les membres possédant des liens ancestraux démontrables avec la communauté historique peuvent revendiquer un droit protégé par l'article 35<sup>85</sup> ». Selon un auteur, l'approche de la Cour suprême à cet égard est discutable principalement parce qu'elle « s'inscrit en continuité avec une politique judiciaire qui remonte aux pratiques coloniales du début du 20<sup>e</sup> siècle<sup>86</sup> ».

En plus d'insister sur l'ascendance directe, les tribunaux ne prennent pas toujours véritablement en compte le point de vue des Premières Nations en ce qui concerne la partie « acceptation par la communauté » du critère. Par exemple, dans le cas de M. Lavigne, les tribunaux ont estimé qu'il y avait suffisamment de preuves pour conclure que la communauté Mi'kmaq de la Première Nation de Pabineau avait accepté M. Lavigne comme l'un des leurs, même si personne de Pabineau n'a témoigné au procès.

## 2. Droits issus de traités

Avant les traités modernes de la fin du 20<sup>e</sup> siècle, aucun critère d'appartenance n'était précisé dans le libellé des traités signés par les peuples des Premières Nations et le Canada<sup>87</sup>. Par conséquent, les tribunaux exigeaient parfois que les personnes faisant valoir des droits issus de traités prouvent qu'elles étaient des descendants directs de membres de la bande signataire originaire<sup>88</sup>.

Dans l'affaire *Simon c. La Reine*, la Cour suprême a adopté une approche différente. Au lieu d'exiger que le défendeur démontre une « descendance directe » du groupe signataire du traité, la Cour a établi que la preuve d'un « lien suffisant » avec la tribu indienne signataire suffisait pour que M. Simon invoque le traité pour sa défense<sup>89</sup>. La Cour a estimé que le fait d'exiger la preuve d'une descendance directe dans ce cas porterait atteinte aux droits issus du traité, en enlevant toute valeur au droit de chasser fondé sur ce traité<sup>90</sup>.

La question de savoir ce qui constitue un « lien suffisant » reste cependant floue. De plus, il y a une contradiction entre le critère du « lien suffisant » établi dans l'affaire *Simon* et le critère *Powley* utilisé plus récemment par les tribunaux canadiens, lequel exige la preuve que les ancêtres du

<sup>85</sup> *Ibid.* par. 34.

<sup>86</sup> Motard, *supra* note 19, p. 512.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Par exemple : *R. v. Moses*, [1969] OJ No 1609 (ONSC).

<sup>89</sup> *Simon c. La Reine*, [1985] 2 RCS 387, p. 407-408.

<sup>90</sup> *Ibid.*



demandeur appartenait, par naissance, adoption ou autrement, à une communauté historique des Premières Nations<sup>91</sup> ».

Selon cette jurisprudence, il est possible qu'une personne qui est citoyenne d'une Première Nation signataire d'un traité se voie refuser la possibilité de faire valoir les droits collectifs de cette Première Nation issus d'un traité si elle ne peut pas démontrer un lien ancestral qui remonte directement au moment de la signature du traité.

### 3. Droits découlant des accords de transfert des ressources naturelles

Des accords de transfert des ressources naturelles ont été conclus entre le gouvernement canadien et chacune des provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, dans le but principal de transférer le contrôle des ressources naturelles et des terres de la Couronne du gouvernement fédéral aux provinces. En promulguant la *Loi constitutionnelle de 1930*, le Parlement impérial a donné force de loi à ces accords. Ceux-ci garantissent certains droits aux « Indiens », mais ils ne définissent pas ce mot<sup>92</sup>.

Déterminer qui est considéré comme un « Indien » au sens des accords de transfert des ressources naturelles reste une question d'interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1930*. Comme il s'agit d'une question d'interprétation constitutionnelle, les tribunaux doivent analyser la définition qui prévalait au moment où les accords ont été conclus. Ils ne peuvent pas s'appuyer sur les modifications ultérieures de la définition prévues dans les lois ordinaires comme la *Loi sur les Indiens*.<sup>93</sup>

Dans l'affaire *R. v. Ferguson*, la Cour provinciale de l'Alberta a statué que M. Ferguson pouvait bénéficier des immunités prévues par l'accord de transfert des ressources naturelles de l'Alberta même s'il n'était ni bénéficiaire d'un traité ni Indien inscrit au sens de la *Loi sur les Indiens*<sup>94</sup>. La Cour provinciale a interprété l'accord de transfert des ressources naturelles à la lumière de la version de la *Loi sur les Indiens* qui était en vigueur au moment de sa signature pour conclure que M. Ferguson était un « Indien non soumis à un traité » au sens de cette loi, et que dans l'accord, le mot « Indien » englobait également tout « Indien non soumis à un traité ».

<sup>91</sup> *Powley*, supra note 78, par. 32. Cette contradiction est examinée dans Motard, supra note 19.

<sup>92</sup> *R. c. Horse* [1988] 1 RCS.

<sup>93</sup> *R. v. Grumbo*, [1998] SJ n° 331, par. 24.

<sup>94</sup> *R. v. Ferguson*, [1993] 2 CNLR. 148 (AB PC) (confirmé par : *R. v. Ferguson*, [1994] 1 CNLR 117).



Dans une affaire similaire, un tribunal a décidé qu'une personne sans statut d'Indien faisant valoir des droits en vertu d'un accord de transfert des ressources naturelles doit prouver qu'elle est de sang indien et a un mode de vie indien<sup>95</sup>.

#### 4. Annuités découlant des traités

Les sous-sections précédentes traitaient de la question de savoir qui peut exercer des activités traditionnelles protégées par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les accords de transfert des ressources naturelles. Une autre question relative à la distinction entre les « bénéficiaires de traités » et le statut d'« Indien » se pose en ce qui concerne les annuités découlant des traités.

Selon la politique actuelle du gouvernement fédéral, les annuités sont payables aux individus qui sont des Indiens inscrits et qui sont membres d'une bande visée par un traité, ainsi qu'aux individus qui sont des Indiens inscrits sur la liste générale et qui sont « associés » à une bande visée par un traité<sup>96</sup>. En revanche, les membres d'une bande qui ne sont pas inscrits en tant qu'Indiens ne reçoivent pas d'annuités au titre d'un traité<sup>97</sup>. Si cette approche était maintenue après le passage au contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations, le gouvernement fédéral pourrait faire une discrimination entre les citoyens d'une Première Nation et n'accorder des annuités issues d'un traité qu'aux personnes qu'il croit être les descendants des signataires originaires du traité.

#### 5. Conclusion sur la citoyenneté et les droits ancestraux et issus de traités

**Alors qu'elles se préparent à affirmer leur pleine compétence en matière de citoyenneté, les Premières Nations pourraient souhaiter demander aux gouvernements fédéral et provinciaux de garantir que les personnes reconnues par la communauté comme citoyens pourront exercer les droits ancestraux et issus de traités. Actuellement, les individus qui sont citoyens ou membres d'une Première Nation peuvent se voir refuser la possibilité de faire valoir des droits ancestraux ou issus de traités si un tribunal estime qu'ils ne sont pas des descendants directs d'une communauté ancestrale.**

<sup>95</sup> *R. v. Desjarlais*, [1996] 1 CNLR 148.

<sup>96</sup> *Manuel d'administration des paiements prévus par des traités*, Affaires autochtones et du Nord Canada, CIDM#8884268, 2017, p. 10.

<sup>97</sup> Il existe des exceptions à la règle, dont l'une est que des annuités peuvent être versées à un Indien non inscrit qui est élu chef d'une bande visée par un traité.



Cette incohérence doit être éliminée. Cela peut se faire de deux manières. La première consiste à conclure un traité confirmant le contrôle d'une Première Nation sur sa citoyenneté et assorti d'une disposition qui reconnaît que tous les citoyens jouissent de manière égale des droits collectifs de cette nation. La deuxième façon de faire serait d'établir un texte législatif ayant le même effet.

Nous soulignons que, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, même si ce changement a lieu, il sera toujours possible que des individus qui ne sont ni citoyens d'une Première Nation ni Indiens inscrits se voient reconnaître des droits ancestraux ou issus de traités.

#### **D. Modifications nécessaires à apporter à la *Loi sur les Indiens***

Si le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations devient une réalité, il faudra apporter plusieurs modifications à la *Loi sur les Indiens* pour que les citoyens des Premières Nations aient accès à certains privilèges juridiques associés au statut d'Indien. Comme nous l'avons souligné dans la première partie de ce document, la présente discussion suppose que pendant la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations, tous les autres aspects du cadre juridique canadien régissant les peuples des Premières Nations restent inchangés.

Dans un scénario où toutes les Premières Nations détermineraient leur propre citoyenneté, la *Loi sur les Indiens* pourrait être modifiée en supprimant les articles 5 à 14.3 et en remplaçant le terme « Indien » dans les autres articles par « citoyen d'une Première Nation » (ou bien « citoyen d'une nation autochtone désignée » ou « citoyen d'un peuple des Premières Nations désigné »). Comme nous l'avons vu plus haut, si les ancêtres des Premières Nations ne sont pas citoyens des Premières Nations, ce nouveau terme devra peut-être être ajouté dans la *Loi* à côté du mot « Indien » et la *Loi* devra préciser que le gouvernement fédéral ne joue aucun rôle dans la détermination du statut de citoyen.

On s'assurerait ainsi que les citoyens des Premières Nations sont exonérés d'impôts et de saisie, et que le ministre a les mêmes pouvoirs à l'égard des citoyens des Premières Nations qu'à l'égard des Indiens (comme les pouvoirs sur les testaments et les successions des Indiens résidant habituellement dans les réserves et les pouvoirs à l'égard des « Indiens mentalement incapables<sup>98</sup> »).

Déterminer l'opportunité d'un tel pouvoir n'entre pas dans le cadre de ce document. Nous voulons simplement souligner ce qui doit être fait pour empêcher que les lacunes du cadre juridique actuel

<sup>98</sup> Voir notamment les articles 42, 43, 45, 46, 51, 52, 70, 87 et 89.



ne se retrouvent dans la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations. Par exemple, en 2013, un projet de loi d'initiative parlementaire a proposé d'éliminer le rôle du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien dans l'administration des successions et l'approbation des testaments des Indiens résidant dans les réserves. L'Association du Barreau canadien s'est opposée à cette modification en l'absence de mesures transitoires, car elle aurait créé un vide législatif en ce qui concerne le transfert des intérêts fonciers des réserves aux successions, ainsi que des résultats incohérents entre les différentes provinces et aurait pu invalider les testaments existants<sup>99</sup>.

Une question du même ordre et encore plus compliquée est celle des réserves. Une réserve est définie comme une « parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande<sup>100</sup> ». En d'autres termes, une réserve est en partie définie par la relation à une bande particulière (ou à plusieurs bandes dans le cas de réserves partagées). Cette relation juridique fait partie intégrante des deux concepts (en effet, l'une des composantes de la définition de « bande » est qu'il s'agit d'un « groupe d'Indiens à l'usage et au profit communs desquels des terres, appartenant à Sa Majesté, ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951)<sup>101</sup>. Seuls les membres d'une bande ont le droit de résider dans cette réserve ou d'y acquérir des droits de possession, et seuls les membres de la bande peuvent consentir à une cession ou à une désignation de terres dans la réserve<sup>102</sup>.

Cette imbrication des concepts juridiques de « bande » et de « réserve » se complique si une Première Nation décide d'exercer un contrôle sur la citoyenneté au niveau de la « nation », ou dans une forme d'organisation qui ne correspond pas à la structure de bande imposée par le gouvernement fédéral. Dans ce scénario, comment ces communautés des Premières Nations vont-elles déterminer lesquels de leurs citoyens ont des droits dans les réserves? Cela semble être l'une des parties les plus complexes du processus puisqu'il touche également à la nature des conseils de bande qui, du moins tel qu'imaginés dans la *Loi sur les Indiens*, ont pour principal objectif la gouvernance de la réserve. La transition vers la citoyenneté au niveau de la nation signifie-t-elle que les réserves ne seront plus liées à une communauté locale, mais plutôt à une nation plus grande? Si tel est le cas, cela soulève la question de savoir si cette forme de gouvernement local est appropriée. Des considérations semblables s'appliquent à l'« argent des

<sup>99</sup> Association du Barreau canadien, Section du droit autochtone, *Loi modifiant la Loi sur les Indiens et prévoyant le remplacement de cette loi*, avril 2013 <https://www.cba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=08749669-e3e2-46b5-a5bb-d03cf6e3c00c> (en anglais)

<sup>100</sup> *Loi sur les Indiens*, par. 2(1)

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Voir les articles 20, 22-25 et 37-41.



Indiens<sup>103</sup> » et au règlement des revendications particulières, ou à d'autres cas qui concernent les droits d'une bande sur les terres et les réserves.

Par exemple, au Québec, l'Accord sur la gouvernance de la Nation crie de 2017 a attribué certains pouvoirs au gouvernement de la Nation crie, mais chaque Première Nation « peut, à des fins de bonne administration locale et en vue d'assurer le bien-être général de ses membres, adopter des lois concernant les Terres de catégorie IA qui lui ont été attribuées et les habitants de ces terres ». En outre, les membres de chaque Première Nation crie et leurs familles conservent toujours le droit de résider sur ces terres<sup>104</sup>.

Comme nous l'avons déjà dit, le but du présent document n'est pas de réimaginer la gouvernance des Premières Nations. La réponse aux questions de gouvernance variera d'une communauté à l'autre, d'une nation à l'autre. **Cependant, nous affirmons que si le transfert du contrôle de la citoyenneté aux Premières Nations doit se faire en douceur, sans conflit ni litige coûteux, il faut que les Premières Nations clarifient la relation entre le collectif national nouvellement constitué ou révisé et les communautés des bandes existantes**<sup>105</sup>.

#### E. Modifications à apporter à d'autres lois fédérales

En plus des changements qui devront être apportés à la *Loi sur les Indiens*, la transition vers le contrôle de la citoyenneté par les Premières Nations exigera que le gouvernement fédéral modifie d'autres lois afin de préserver les droits des citoyens des Premières Nations. En général, les lois mentionnées ci-dessous comprennent des dispositions qui utilisent le mot « Indien ». L'interprétation de ces dispositions et les droits qu'elles reconnaissent aux citoyens des Premières Nations pourraient donc être affectés si le statut juridique d'« Indien » venait à disparaître. Nous avons classé ces lois par catégories pour donner au lecteur une idée des domaines législatifs qui pourraient être concernés.

##### 1. Fiscalité et emploi :

---

<sup>103</sup> L'« argent des Indiens » désigne les « sommes d'argent perçues, reçues ou détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des Indiens ou des bandes » - par. 2(1) de la Loi

<sup>104</sup> *Entente sur la gouvernance de la Nation crie*, art. 6.2, 9.3 <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1504798011685/1542989671051#chp10>

<sup>105</sup> Cela ne serait toutefois pas nécessaire si les Premières Nations décidaient d'exercer leurs droits de déterminer la citoyenneté au niveau de la bande plutôt qu'à un autre niveau, ou si la transition s'accompagnait d'une réimagination du système des réserves.





- Emploi exonéré de cotisations à payer et montant des salaires et traitements cotisables pour les Indiens : *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, articles 6(2)(j.1), 12 (2.1) et 14.
- Détermination des taux régionaux de chômage et calcul des revenus pour les travailleurs indépendants : *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, articles 54 (x) et 152.01 (3).
- Allègement de la taxe de vente sur les télécommunications pour les Indiens : *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C., 1985, ch. E-15, article 21.27 (5).
- Exclusion d'une propriété fédérale occupée par un Indien : *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. 1985, ch. M-13, article 2 (3) (e) (ii).

## 2. Culture

- Congé pour pratiques traditionnelles autochtones : *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, article 206.8 (4).
- Protection contre l'exportation de biens culturels autochtones : *Nomenclature des biens culturels canadiens à exportation contrôlée*, C.R.C. ch. 448 (*Loi sur l'exportation et l'importation de biens culturels*, L.R.C. 1985, ch. C-51), article 2, groupe I et article 2, groupe II.

## 3. Statut d'Indien et questions de citoyenneté et d'immigration

- Droit d'entrer et de séjourner au Canada pour les Indiens inscrits qui ne sont pas citoyens : *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, articles 19 (1) et 45.
- Admissibilité des étudiants indiens : *Loi fédérale sur l'aide financière aux étudiants*, L.C. 1994, ch. 28, article 2(1).
- Admissibilité des parents indiens inscrits à l'allocation pour enfants du Canada, qu'ils soient citoyens canadiens ou résidents permanents : *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), article 122.6 (e) (v).

## 4. Autres

- Exemptions fiscales et insaisissabilité sur le territoire d'Eeyou Istchee : *Loi sur l'accord concernant la gouvernance de la nation crie d'Eeyou Istchee*, L.C. 2018, ch. 4, art. 1, articles 11, 14, 15 et 16 à 20.



- Application de la loi aux époux ou conjoints de fait si au moins l'un d'eux est membre d'une Première Nation ou Indien : *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, L.C. 2013, ch. 20, article 6.
- Exemptions fiscales et insaisissabilité pour les Indiens qui ne sont pas des bénéficiaires naskapis : *Loi sur les Naskapis et la Commission crie-naskapie* (L.C. 1984, ch. 18) articles 20.1, 187 à 193.
- Application de la *Loi sur les Indiens* pour déterminer quels membres de la bande sont des « Indiens » : *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte*, L.C. 1986, ch. 27, article 35 (2).
- Exemptions fiscales et biens des mineurs et des inaptes : *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 35, articles 17 (2), 22.1 et 32.

Il convient de noter que nous n'avons tenu compte que de la législation fédérale et que la législation provinciale est très probablement également concernée. En outre, il existe d'autres lois fédérales qui seraient affectées si la catégorie juridique de « bande indienne » devait disparaître. Il s'agit notamment des lois concernant la protection des terres et de l'environnement, la santé, la gouvernance et la fiscalité.