

UNE PERSPECTIVE JURIDIQUE SUR LES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES
ET LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

Kent McNeil

L'épineuse question de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux gouvernements ¹ autochtones demeure en suspens depuis le rejet de l'Accord de Charlottetown, par le référendum du 26 octobre 1992. Comme chacun le sait, l'Accord aurait reconnu le fait que *les peuples autochtones possèdent le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au sein du Canada+, mais la Charte se serait appliquée immédiatement aux gouvernements des peuples autochtones.² Si l'Accord avait été approuvé, ces dispositions auraient réglé la question de l'application de la Charte aux gouvernements autochtones au moyen d'un compromis politique; mais son rejet a renvoyé la question devant les instances juridiques et politiques, qui en sont maintenant saisies.

En ce qui concerne les instances juridiques, les tribunaux canadiens devront décider si la Charte s'applique aux gouvernements autochtones selon la Constitution actuelle. Le présent article étudie quelques arguments juridiques qui peuvent être invoqués à cet égard. Il tente de déterminer si la Charte s'applique actuellement aux diverses formes de gouvernement autochtone et notamment aux

¹ Dans le présent article, l'expression *gouvernement+ visant un gouvernement autochtone, provincial, territorial ou fédéral, est utilisée généralement dans son sens le plus large, de manière à s'appliquer aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Cependant, si le contexte l'exige, ce terme est utilisé à l'occasion dans son sens plus limité, qui vise uniquement le pouvoir exécutif. A propos de ces usages, voir SDGMR c. Dolphin Delivery, [1986] 2 R.C.S. 573, à la page 598.

² Rapport du consensus sur la Constitution, Charlottetown, le 28 août 1992, texte définitif.

gouvernements autochtones traditionnels, aux conseils de bandes indiennes constitués en application de la Loi sur les Indiens, au gouvernement local des Cris de la Baie James et au gouvernement de la bande indienne sechelte. Un article complémentaire intitulé "Aboriginal Self-Determination and the Charter" (*L'autonomie gouvernementale des autochtones et la Charte+) sera plus ouvertement partisan : il étudiera les arguments politiques favorables et défavorables à l'application de la Charte aux gouvernements autochtones. Il s'appuiera dans une très large mesure sur l'expérience américaine relative à l'application des moyens de protection des libertés publiques aux gouvernements tribaux.

Au Canada, il n'y a aucun doute quant au fait que les droits et les libertés qui sont garantis par la Charte peuvent être invoqués par les particuliers autochtones contre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux.³ Cependant, il n'y a pratiquement aucune

³ Des autochtones ont invoqué avec succès les articles suivants de la Charte :

1) l'al. 2a) sur la liberté de conscience et de religion : Bearshirt c. R., [1987] 2 C.N.L.R. 55 (C.B.R. Alb.);

2) l'al. 2b) sur la liberté d'expression et de réunion : R. c. Skead, [1984] 4 C.N.L.R. 108 (C. prov. Alb.); Native Women's Association of Canada c. Canada, [1992] 4 C.N.L.R. 71, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.F.), autorisation de pourvoi accueillie par [1993], 2 C.N.L.R. vi (C.S.C.); comparer à Native Women's Association of Canada c. Canada (1992), 57 F.T.R. 115, [1992] 2 C.F. 462 (C.F., 1^{re} instance), (1992), 145 N.R. 253 (C.A.F.);

3) l'art. 7, sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne : R. c. Daniels, [1990] 4 C.N.L.R. 51 (C.B.R. Sask.), infirmée pour des motifs de compétence par [1991] 4 C.N.L.R. 113 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée par [1992] 1 R.C.S. vii;

4) l'art. 8, sur la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives : R. c. Noltcho, [1987] 1 C.N.L.R. 108 (C. prov. Sask.); Douglas c. R., [1984] 3 C.N.L.R. 65 (C. cté C.-B.); R. c. Jackson, [1992] 4 C.N.L.R. 121 (C. divis. Ont.); comparer à Milton c. R., [1987] 2 C.N.L.R. 101 (C.A. C.-B.);

5) l'al. 10b), sur le droit à un avocat: R. c. Jackson, supra;

6) l'al. 11b), sur le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : R. c. Bird, [1991] 2 C.N.L.R. 96 (C.B.R. Sask.);

jurisprudence sur l'application de la Charte aux gouvernements autochtones.⁴ Par conséquent, il faut aborder le problème directement, en étudiant les principes constitutionnels et les dispositions législatives pertinents pour essayer de construire une théorie juridique logique et cohérente.

I. LES GOUVERNEMENTS AUTOCHTONES TRADITIONNELS

Par l'expression *gouvernements autochtones traditionnels+ j'entends les gouvernements indiens, inuits et métis dont la compétence n'est pas légale ou constitutionnelle, mais qui sont constitués par les peuples autochtones dans l'exercice de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.⁵ Ce droit découle de la

7) l'al. 11d), sur la présomption d'innocence : Douglas c. R., supra; comparer avec l'arrêt Milton c. R., supra;

8) l'art. 12, sur la protection contre tous les traitements ou peines cruels ou inusités : R. c. Pratt, [1986] 1 C.N.L.R. 123 (C. prov. Sask.); R. c. Herman, [1986] 1 C.N.L.R. 72 (C. prov. Sask.); R. c. Chief, [1990] 1 C.N.L.R. 92 (C.A. Yukon); R. c. Daniels, supra; R. c. Iverak, [1991] 2 C.N.L.R. 135 (C. supr. T.N.-O.); R. c. McGillivray, [1991] 3 C.N.L.R. 113 (C.A. Sask.); comparer à R. c. Tabac, [1986] 1 C.N.L.R. 138 (C.A. T.N.-O.); R. c. Smokeyday, [1990] 1 C.N.L.R. 130 (C.B.R. Sask.);

9) le par. 15(1), sur les droits à l'égalité : R. c. Punch, [1986] 2 C.N.L.R. 114 (C. supr. T.N.-O.); R. c. Daniels, supra; R. c. Bob, [1991] 2 C.N.L.R. 104 (C.A. Sask.);

10) l'art. 28, sur l'égalité des sexes : R. c. Daniels, supra; Native Women's Association of Canada c. Canada, supra ([1992] 4 C.N.L.R. 71, [1992] 3 C.F. 192; comparer à [1992] 57 F.T.R. 115, [1992] 2 C.F. 462).

⁴ Les décisions judiciaires qui portent sur cette question sont les suivantes : Waskaganish Band c. Blackned, [1986] 3 C.N.L.R. 168 (C. prov. Qué.); Bande d'Eastmain c. Gilpin, [1987] 3 C.N.L.R. 54, [1987] R.J.Q. 1637 (C. sess. paix Qué.); Bande d'Eastmain c. Gilpin (N° 2), [1988] 3 C.N.L.R. 15, [1988] R.J.Q. 1987 (C. prov. Qué.) et R. c. Hatchard, [1993] 1 C.N.L.R. 96 (Div. gén. C. Ont.); elles sont discutées ci-après aux notes 96, 115, 117 et 139.

⁵ Je veux dire, par *traditionnels+, que les gouvernements autochtones n'ont pas besoin d'être copiés sur des formes qui existaient avant la colonisation européenne. J'ai choisi cette

souveraineté que les nations autochtones exerçaient à l'origine sur leurs peuples et territoires avant d'être colonisées et absorbées au sein de l'État canadien.⁶

expression à défaut d'une meilleure, pour suggérer la relation entre les diverses formes de gouvernement autochtone et les traditions culturelles des peuples autochtones. La mesure dans laquelle une nation autochtone choisit de conserver ou de reprendre des structures et des procédures gouvernementales antérieures, ou bien d'adopter de nouvelles formes de gouvernement, doit être décidée par les membres de cette nation pour que le principe de l'autonomie gouvernementale soit réel et efficace.

⁶ Voir Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, Le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones et la Constitution, Ottawa, le 13 février 1992, ci-après Le droit à l'autonomie gouvernementale, aux pages 16 à 23; ainsi que Partenaires au sein de la Confédération : Les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1993, ci-après Partenaires au sein de la Confédération, notamment à la page 36. Le caractère inhérent du droit des Métis (nés des unions entre des commerçants de fourrure européens et des femmes indiennes) à l'autonomie gouvernementale pourrait être contesté au motif que leur existence comme peuple distinct est postérieure à la colonisation européenne. Cependant, les Métis sont devenus une nation autochtone distincte dans la région de la Rivière-Rouge à la fin du XVIII^e et au début du XIX^e siècles, alors que le contrôle exercé par les Britanniques sur la région était, au mieux, incertain et que l'autorité britannique sur les Métis était discutable. En 1849 encore, l'absence d'autorité britannique sur les Métis par l'intermédiaire de la Compagnie de la Baie d'Hudson a été révélée dans la fameuse affaire Sayer, où la Compagnie s'est révélée incapable de protéger le monopole du commerce des fourrures que la Charte des Territoires de Rupert de 1670 visait à lui conférer, à cause de l'opposition des Métis. Voir W.L. Morton, Manitoba: A History, 2^e édition, Toronto, University of Toronto Press, 1967, à la page 77; Gerald Friesen, The Canadian Prairies: A History, Toronto, University of Toronto Press, 1987, aux pages 100 et 101. En 1869-1870, la puissance politique et militaire de la nation Métis s'est manifestée à nouveau lorsque celle-ci a résisté avec succès aux efforts britanniques et canadiens pour décider de son avenir sans son consentement. À l'époque, les Métis ont constitué leur propre gouvernement provisoire dans la région de la Rivière-Rouge et négocié l'entrée de la région dans la Confédération sous la forme de la province du Manitoba : voir George F.G. Stanley, The Birth of Western Canada: A History of the Riel Rebellions, Toronto, University of Toronto Press, 1961, aux pages 65 à 125; D.N. Sprague, Canada and the Métis, 1869-1885, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 1988, aux pages 33 à 64. Pour une évaluation critique des revendications de la Couronne britannique sur la souveraineté à l'égard d'une autre partie des terres de Rupert qui n'était pas

Bien que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ne soit pas reconnu explicitement par la Constitution du Canada, il est possible de plaider de manière convaincante que ce droit existe comme droit ancestral ou issu de traités reconnu et confirmé par le libellé général du paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.⁷ Selon une certaine catégorie d'arguments, le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral de common law qui a pu être réglementé par la législation fédérale mais qui n'a jamais été abrogé.

Par conséquent, celui-ci existait en 1982 lorsque le paragraphe 35(1) est entré en vigueur et il est donc protégé constitutionnellement par cet article, selon l'interprétation qu'en a fait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Sparrow c. R..⁸ Selon la deuxième catégorie d'arguments, qui renforce la première et mène à un résultat semblable, le paragraphe 35(1) a créé pour l'autonomie gouvernementale un espace constitutionnel, en plaçant les droits ancestraux et issus de traités au-delà du champ de la compétence fédérale et provinciale, sauf si l'exercice de la compétence fédérale à l'égard de ces droits peut être justifié au moyen des critères sévères énoncés dans l'arrêt

effectivement contrôlée par la Compagnie de la Baie d'Hudson, voir Kent McNeil, "Aboriginal Nations and Quebec's Boundaries: Canada Couldn't Give What It Didn't Have", dans Daniel Drache et Roberto Perrin, éditeurs, Negotiating with a Sovereign Quebec, Toronto, Lorimer, 1992, à la page 107.

⁷ Le par. 35(1) de l'annexe B du Canada Act 1982, (U.K.) 1982, ch. 11, stipule : *Les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.*

⁸ [1990] 1 R.C.S. 1075. Cet argument est développé dans Partenaires au sein de la Confédération, supra, note 6, aux pages 31 à 36. Voir aussi, infra, le texte des notes 88 à 91.

Sparrow.⁹ Autrement dit, pour empêcher la formation d'un vide juridique, la compétence autochtone doit exister et s'étendre à tout le moins aux domaines des droits ancestraux ou issus de traités qui ont été placés en dehors des champs de compétence fédéraux et provinciaux par le paragraphe 35(1).¹⁰

Je reconnais la validité de ces raisonnements et je fonderai donc mon analyse dans cet article sur la prémisse que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est déjà protégé constitutionnellement dans le paragraphe 35(1).¹¹ Étant donné que le droit est inhérent,

⁹ Voir Kent McNeil, "Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments" (1993), 19 Queen's Law Journal (pas encore publié), notamment aux pages dactylographiées 50 à 55. Simplement, le critère de l'arrêt Sparrow oblige le gouvernement fédéral à justifier toute atteinte aux droits ancestraux en prouvant, premièrement, qu'il avait un objectif législatif valide et, deuxièmement, que la législation atteint cet objectif en portant atteinte aussi peu que possible - dans les circonstances - aux droits ancestraux.

¹⁰ La compétence autochtone est nécessairement exclusive à l'égard des aspects des droits ancestraux ou issus de traités qui sont exclus des compétences fédérale et provinciale : comparer avec Partenaires au sein de la Confédération, supra, note 6, aux pages 38 et 39. En ce qui concerne les droits ancestraux et issus de traités qui peuvent être régis par une législation fédérale qui satisfait le critère de l'arrêt Sparrow, les compétences autochtone et fédérale sont concurrentes, la seconde étant prépondérante en cas de conflit direct : voir l'Accord, ibid. Cependant, pour que le critère de l'arrêt Sparrow soit satisfait, il incomberait au gouvernement fédéral de prouver l'existence d'un objectif législatif valide qui ne serait pas atteint correctement par des lois autochtones : voir McNeil, supra, note 9, aux pages 52 à 54 du document dactylographié.

¹¹ Comparer avec l'arrêt Delgamuukw c. R. (C.A. C.-B., 25/06/1993) : selon les motifs de M. le juge Macfarlane, aux pages 43 et 44, et de M. le juge Wallace, aux pages 114 à 116, le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale en Colombie-Britannique a été abrogé au plus tard lorsque cette province s'est jointe à la Confédération, en 1871. Cependant, en dissidence, M. le juge Lambert a déclaré, à la page 233, qu'en l'absence d'une loi fédérale qui indique clairement et précisément une intention d'abroger leurs lois coutumières, [Traduction] *Les lois coutumières des Gitksan et Wet'suwet'en relatives à l'autonomie gouvernementale ont été prorogées jusqu'à présent et sont maintenant protégées

c'est-à-dire qu'il découle de la souveraineté originale des nations autochtones, son expression n'est pas déterminée par la Constitution.

¹² Autrement dit, le paragraphe 35(1) a garanti le droit, sans préciser la manière dont il peut être exercé. Celle-ci est décidée par les peuples autochtones, qui sont libres de choisir leurs propres formes de gouvernement selon leurs propres traditions, leurs valeurs et leurs besoins actuels. ¹³ Le problème qui survient dans ce cadre et auquel le présent article cherche à donner une réponse est l'applicabilité de la Charte des droits et libertés et les limitations que celle-ci impose à ces formes de gouvernement autochtone, par rapport à son application et aux restrictions qu'elle impose aux gouvernements fédéral et provinciaux. Autrement dit, les gouvernements autochtones fonctionnent-ils en dehors du cadre de la Charte?

L'article 35 se trouve dans la Partie II de la Loi

constitutionnellement par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.+ Dans une autre dissidence, M. le juge Hutcheon a exprimé, aux pages 266 et 267, un point de vue semblable à celui de M. le juge Lambert.

¹² À cet égard, ce droit ressemble à celui des tribus indiennes aux États-Unis, qui s'applique en dehors du cadre de la Constitution américaine : voir Talton c. Maves, 163 U.S. 376 (1896); Santa Clara Pueblo c. Martinez, 436 U.S. 49 (1978). Cependant, il faut constater une différence importante: aux États-Unis, le droit à l'autonomie gouvernementale n'est pas protégé par la Constitution et il peut donc être réduit ou même éteint par l'exercice des pouvoirs souverains du Congrès, alors qu'au Canada il a été protégé depuis 1982 par le par. 35(1) de la Constitution et ne peut donc être réduit ou abrogé sans l'agrément des autochtones, une modification constitutionnelle ou bien une justification selon les critères de l'arrêt Sparrow : voir Right of Aboriginal Self-Government, supra, note 6, aux pages 13 à 15.

¹³ Voir Partenaires au sein de la Confédération, supra, note 6, aux pages 41 et 42.

constitutionnelle de 1982, c'est-à-dire tout de suite après la Charte, qui représente la Partie I. L'emplacement de cet article en dehors de la Charte est conforme au point de vue selon lequel cette disposition reconnaît et confirme le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale, étant donné que l'objectif premier de la Charte consiste à protéger les droits individuels contre les contraventions commises par le gouvernement. ¹⁴ D'autre part, l'article 35 définit un espace constitutionnel au sein duquel les gouvernements autochtones peuvent fonctionner et il protège les autochtones, soit comme particuliers, soit comme groupes, contre les contraventions à leurs droits ancestraux ou issus des traités qui sont commises par les gouvernements fédéral et provinciaux. ¹⁵ Par conséquent, l'article 35 a, contrairement aux dispositions de la Charte, une double fonction dont l'une protège les pouvoirs gouvernementaux des peuples autochtones. Pour ce motif, il eut été inadéquat de placer l'article 35 dans la Charte. ¹⁶

¹⁴ Certains droits garantis par la Charte, comme par exemple le droit à l'éducation dans l'une des deux langues officielles du Canada (l'article 23), sont parfois considérés comme des droits collectifs parce qu'ils bénéficient à certains groupes au sein de la société canadienne. Toutefois, il s'agit également de droits individuels, parce qu'ils bénéficient à des citoyens canadiens à titre de particuliers.

¹⁵ Par exemple, dans l'arrêt Sparrow, la Cour suprême du Canada a décidé que les droits de pêche ancestraux des membres de la Nation Musqueam sont protégés contre la législation fédérale restrictive qui ne respecte pas les critères de justification énoncés par la Cour : voir, supra, note 9.

¹⁶ Une autre raison de placer l'article 35 en dehors de la Charte aurait pu être d'éviter l'application de l'article 1, qui assujettit les droits garantis par la Charte à une règle de droit, dans des limites qui (sont) raisonnables et dont la justification (peut) se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique : voir Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 Supreme Court L.R. 255, aux pages 255

Cependant, l'emplacement de l'article 35 en dehors de la Charte ne signifie pas nécessairement que les gouvernements autochtones qui fonctionnent dans l'espace constitutionnel créé par cette disposition ne sont pas assujettis aux dispositions de la Charte. Les gouvernements fédéral et provinciaux sont évidemment assujettis aux dispositions de celle-ci, même s'ils exercent des compétences qui ont leur source en dehors de la Charte.¹⁷ Cependant, ils sont explicitement assujettis à la Charte par le paragraphe 32(1), qui énonce :

32(1) La présente Charte s'applique :

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Dans l'arrêt SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.¹⁸, la Cour suprême

et 256; Brian Slattery "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982), 8 Queen's Law Journal 232, à la page 234. À la page 1102 de l'arrêt Sparrow, supra, note 8, la Cour suprême du Canada a reconnu que l'article 1 ne s'applique pas à l'article 35, mais elle a tout de même créé un critère de justification des empiétements fédéraux aux droits ancestraux qui est très semblable au critère de l'article 1 utilisé pour justifier les contraventions aux droits garantis par la Charte : voir supra, note 9. Compte tenu de cette décision, l'emplacement de l'article 35 en dehors de la Charte doit recevoir une autre explication. Il est possible, et telle serait plus vraisemblablement l'intention des politiciens qui ont accepté la Loi constitutionnelle de 1982, que la Charte porte principalement sur les droits et libertés des personnes et des citoyens d'une manière générale, alors que l'article 35 ne vise que les droits et les libertés des peuples autochtones du Canada. Autrement dit, la Partie I de la Loi contient la *Charte canadienne+ alors que la Partie II contient la *Charte des peuples autochtones+.

¹⁷ Qui dérivent principalement des articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Victoria, ch. 3 (U.K.).

¹⁸ supra, note 1.

du Canada a décidé que la Charte ne s'applique pas aux actes privés.

C'est ainsi que M. le juge McIntyre a justifié ce principe: J'estime donc que l'article 32 de la **Charte** mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la **Charte** : il s'agit des branches législative, exécutive et administrative.¹⁹

Commentant ce passage dans sa publication récente intitulée Partenaires au sein la Confédération ²⁰, la Commission royale sur les peuples autochtones a déclaré que *cette affirmation donne à entendre que l'article 32 vise à tracer une ligne de démarcation entre les acteurs privés et gouvernementaux, et non à énumérer de façon exhaustive les organismes gouvernementaux auxquels s'applique la Charte+. ²¹ Par conséquent, la Commission a proposé que la Charte s'applique pour protéger individuellement les autochtones dans leurs rapports avec leurs propres gouvernements.²² Respectueusement, je ne suis pas d'accord. Non seulement, il n'existe dans l'arrêt Dolphin Delivery aucun indice de l'intention de M. le juge McIntyre de placer les gouvernements autochtones traditionnels dans le cadre de l'article 32 ²³, mais l'expression qu'il a utilisée, *c'est-à-dire les branches législative, exécutive et administrative du

¹⁹ Ibid, à la page 598. Voir aussi l'arrêt McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229, notamment à la page 264.

²⁰ supra, note 6.

²¹ Ibid, page 67, à la note 139.

²² Ibid., à la page 39. Comparer à A.C. Hamilton et C.M. Sinclair, Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba, Winnipeg, Queen's Printer, 1991, vol. 1, aux pages 333 et 334.

²³ Au contraire, à la page 598, celui-ci a déclaré : *Je suis d'avis que le mot "gouvernement" utilisé à l'article 32 de la **Charte** désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial.+

gouvernement+, ne s'applique pas aux gouvernement autochtones qui choisissent de se constituer selon des principes qui ne sont pas conformes aux modèles fédéral et provinciaux que M. le juge McIntyre avait, sans doute, à l'esprit.²⁴

De plus, si le législateur avait souhaité faire état, à l'article 32, des institutions gouvernementales d'une manière générale, il aurait pu utiliser à cet effet un libellé général. Le législateur a plutôt choisi de préciser les gouvernements qu'il visait.²⁵ Il se pourrait fort bien que le législateur ait pensé que le libellé du paragraphe 32(1) comprendrait toutes les institutions gouvernementales, étant donné que la jurisprudence avait décidé que

²⁴ La Commission royale a reconnu que certains groupes autochtones peuvent choisir légitimement de reconstituer des *structures gouvernementales traditionnelles+ : Partenaires au sein de la Confédération, supra, note 6, à la page 41. De telles structures n'auraient pas nécessairement des fonctions législatives, exécutives et administratives distinctes. Par exemple, voir Karl N. Llewellyn et E. Adamson Hoebel, The Cheyenne Way, Norman, University of Oklahoma Press, 1941, notamment aux pages 67 à 98; Tom Porter, "Traditions of the Constitution of the Six Nations", dans Leroy Little Bear, Menno Boldt et J. Anthony Long, éditeurs, Pathways to Self-Determination: Canadian Indians and the Canadian State, Toronto, University of Toronto Press, 1984, à la page 14; Ovide Mercredi et Mary Ellen Turpel, In the Rapids: Navigating the Future of First Nations, Toronto, Viking, 1993, aux pages 98 à 102.

²⁵ Voir Bryan Schwartz, First Principles, Second Thoughts: Aboriginal Peoples, Constitutional Reform and Canadian Statecraft, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 1986, à la page 385. La règle fondamentale d'interprétation législative expressio unius est exclusio alterius prévoit que [Traduction] *l'énonciation d'au moins une chose d'une catégorie particulière peut être interprétée comme une exclusion implicite de toutes les autres choses de cette catégorie+ : P. St. J. Langan, Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12^e édition, London, Sweet & Maxwell, 1976, à la page 293; voir aussi F.A.R. Bennion, Statutory Interpretation: A Code, 2^e édition, London, Butterworths, 1992, aux pages 873 à 879. Si l'on applique cette règle d'interprétation au par. 32(1), seuls les gouvernements fédéral et provinciaux ainsi que les leurs délégués sont visés : voir l'arrêt SDGMR c. Dolphin Delivery, supra, note 1, aux pages 602 et 603.

tous les pouvoirs législatifs au Canada avaient été partagés entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales par la Loi constitutionnelle de 1867.²⁶ En 1982, les seuls gouvernements autochtones qui fonctionnaient officiellement tiraient leur compétence de la législation fédérale, notamment de la Loi sur les Indiens.²⁷ Toutefois, si les législateurs qui ont adopté la Charte ne visaient pas les gouvernements autochtones traditionnels, c'est là une raison supplémentaire d'exclure ceux-là du champ d'application de celle-ci. Il serait anormal d'appliquer la Charte aux gouvernements autochtones de cette manière indirecte, comme à la suite d'une arrière-pensée. Il faudrait plutôt entreprendre une étude approfondie des conséquences que la Charte pourrait avoir en ce qui les concerne, et des débats publics devraient avoir lieu sur cette question. Non seulement les peuples autochtones devraient-ils être consultés, mais leur consentement devrait être une condition préalable à l'application de la Charte à leurs gouvernements.²⁸ Il ne faut pas

²⁶ Voir Bank of Toronto v. Lambe (1887), 23 App. Cas. 575, à la page 587; Union Colliery co. v. Bryden, [1899] A.C. 326, aux pages 353 et 354; Murphy c. C.P.R., [1958] R.C.S. 626, à la page 643; Jones c. P.-G. N.-B., [1975] 2 R.C.S. 182, à la page 195; un argument convaincant selon lequel cette jurisprudence ne contredit pas le principe de la prorogation du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale, étant donné que le partage complet n'induit pas nécessairement l'exclusivité de la compétence, se trouve dans Partenaires au sein de la Confédération, supra, note 6, aux pages 31 à 34. Comparer à Delgamuukw c. R., supra, note 11, par M. le juge Macfarlane, aux pages 43 et 44.

²⁷ S.R.C. 1970, ch. I-6. Voir aussi le débat sur le gouvernement local cri constitué en application de la Convention de la Baie James et du Nord québécois, dans la section A de la Partie III du présent article.

²⁸ Voir Mercredi et Turpel, supra, note 24, aux pages 96 à 103. Le gouvernement fédéral, ainsi que tous les gouvernements provinciaux à l'exception de celui du Québec, ont accepté d'être régis par la Charte. L'absence de participation du Québec a été ressentie

oublier que les peuples autochtones n'ont pas participé directement au rapatriement de la Constitution, et à l'inclusion de la Charte en 1981-1982. Au contraire, une forte opposition au rapatriement s'est manifestée parmi eux.²⁹ L'imposition unilatérale de la Charte

très profondément et deux tentatives sérieuses ont été faites pour résoudre les problèmes soulevés par cette province et obtenir son consentement à l'Accord constitutionnel de 1982 (l'Accord du lac Meech de 1987 et l'Accord de Charlottetown de 1992). Cette erreur ne devrait pas être répétée ailleurs en imposant unilatéralement la Charte aux gouvernements autochtones. Il ne faut pas non plus prétendre que les peuples autochtones ont déjà donné leur accord à l'application de la Charte à leurs gouvernements parce que les dirigeants des quatre organismes nationaux autochtones y ont consenti dans l'Accord de Charlottetown. L'Accord était un compromis dans lequel les parties ont fait des concessions en échange de certains avantages. L'acceptation de l'application de la Charte à leurs gouvernements constituait probablement une concession qui n'aurait pas été faite par l'ensemble des dirigeants autochtones sans la contrepartie des avantages qui ont été anéantis par le rejet de l'Accord lors du référendum : voir Native Women's Association of Canada c. Canada, [1992] 4 C.N.L.R. 71, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.F.), notamment aux pages 78 et 79, sur les positions des autochtones à l'égard de l'application de la

Charte avant l'Accord. Il ne faut pas confondre les compromis de cette nature avec les autres éléments de l'Accord qui n'ont pas été reniés par son rejet, étant donné qu'on y trouve la reconnaissance de certaines réalités canadiennes comme l'existence d'une société distincte au Québec et le caractère inhérent du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale : voir Ron George, "A Few Questions for the Prime Minister", Globe and Mail, le 28 août 1993, à la page D7.

Des commentaires sur l'Accord et les droits ancestraux se trouvent dans les travaux suivants : Mercredi et Turpel, supra, note 24, aux pages 207 à 228; Mary Ellen Turpel, "The Charlottetown Discord and Aboriginal Peoples' Struggle for Fundamental Political Change", dans K. McRoberts et P. Mohahan, éditeurs, The Charlottetown Accord, the Referendum and the Future of Canada, Toronto, University of Toronto Press, 1993 (sera publié sous peu); Kent McNeil, "The Decolonization of Canada: Moving Towards Recognition of Aboriginal Governments" (1994), 7 Western Legal History (sera publié sous peu).

²⁹ Des représentants de quelques-unes des Premières Nations sont intervenus à Londres contre la nouvelle Constitution et ont essayé de bloquer le rapatriement devant les tribunaux britanniques : voir Douglas Sanders, "The Indian Lobby", dans Keith Banting et Richard Simeon, éditeurs, And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act, Toronto, Methuen, 1983, à la page 301; R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs; Ex Parte Indian Association of Alberta, [1982] 2 All E.R. 118 (C.A.). Voir aussi Bande d'Eastmain c. Gilpin, supra, note 4, à la page 66 des

à leurs gouvernements au moyen d'une interprétation discutable du paragraphe 32(1) nous ramènerait en arrière d'une douzaine d'années, à une époque où les peuples autochtones n'avaient pas fréquemment l'occasion de participer à la prise de décisions importantes relatives à leurs droits constitutionnels.³⁰

Un autre argument, plus juridique, permet d'éviter d'interpréter le paragraphe 32(1) de façon à inclure les gouvernements autochtones.

Dans une série de décisions, la Cour suprême du Canada a décidé que les traités et les lois qui ont des conséquences sur les peuples autochtones devraient être interprétés de façon favorable à ceux-ci dans toute la mesure du possible.³¹ Autrement dit, toute ambiguïté doit être résolue en choisissant l'interprétation la plus avantageuse pour les droits des autochtones. Par l'application de cette règle

C.N.L.R.

³⁰ Aussi tardivement qu'en 1987, l'Accord du lac Meech qui aurait pu avoir des conséquences négatives sur les droits ancestraux a été conclu sans la participation ni le consentement des peuples autochtones : voir Louis Bruyère, "Aboriginal Peoples and the Meech Lake Accord" (1985), 5 C.H.R.Y.B., à la page 49; George Erasmus, "Twenty Years of Disappointed Hopes", dans Boyce Richardson, éditeur, Drumbeat: Anger and Renewal in Indian Country, Toronto, Summerhill Press, 1989, 1, aux pages 6 et 7, 26 et 27. Il est bien connu que l'exclusion des autochtones du processus a été un facteur important dans la défaite de l'Accord : voir M.E. Turpel et P.A. Monture, "Ode to Elijah: Reflections of Two First Nations Women on the Rekindling of Spirit at the Wake for the Meech Lake Accord" (1990), 15 Queen's Law Journal, page 345; J.R. Miller, Skyscrapers Hide the Heavens: A History of Indian-White Relations in Canada, édition révisée, Toronto, University of Toronto Press, 1991, aux pages 299 à 303.

³¹ Nowegijick c. R., [1983] 1 R.C.S. 22, à la page 36; Simon c. R., [1985] 2 R.C.S. 387, à la page 402; Horse c. R., [1988] 1 R.C.S. 187, aux pages 202 et 203; R. c. Horseman, [1990] 1 R.C.S. 901, aux pages 906 à 908 et 930; P.G. du Québec c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la page 1035; Mitchell c. Bande indienne Peguis, [1990] 2 R.C.S. 85, aux pages 98 à 100, 142 à 147. Comparer à Bande d'Eastmain c. Canada, [1993] 3 C.N.L.R. 55, [1993] 1 R.C.F. 501 (C.A.F.), aux pages 61 à 65.

au paragraphe 32(1)³², tous les doutes qui sont relatifs à l'application de ce paragraphe aux gouvernements autochtones devraient être résolus en faveur des droits ancestraux. Si cet article peut être interprété de façon à appliquer - ou non - la Charte aux gouvernements autochtones, la question à laquelle il convient alors de répondre est laquelle de ces interprétations est la plus favorable aux droits ancestraux?

L'interprétation de cette disposition de manière à appliquer la Charte aux gouvernements autochtones peut être plus favorable aux droits garantis par la Charte aux autochtones individuellement, mais non pas à leurs droits ancestraux. Les droits ancestraux sont généralement considérés non pas comme des droits individuels mais comme des droits collectifs qui sont dévolus aux peuples autochtones en qualité d'entités politiques et sociales.³³ Nous avons vu que l'un des droits d'un peuple autochtone est l'autonomie gouvernementale. Les limitations externes à l'exercice de ce droit entraînent nécessairement une restriction du droit lui-même.³⁴ Étant donné que

³² Dans l'arrêt Sparrow c. R., [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pages 1107 et 1108, la Cour a appliqué cette règle d'interprétation au par. 35(1), ce qui a indiqué clairement sa pertinence pour l'interprétation des lois constitutionnelles.

³³ Ce principe est confirmé par la Loi constitutionnelle de 1982, dont les articles 25 et 35 font état des droits ancestraux ou issus de traités *des peuples+ autochtones et non pas *du peuple+ ou bien *des personnes+. Un commentaire sur le caractère collectif des droits ancestraux se trouve dans William Pentney, "The Rights and Freedoms of the Aboriginal Peoples of Canada and the Constitution Act, 1982, Part I: The Interpretive Prism of Section 25" (1988), U.B.C. Law Review, 21, aux pages 23 à 27.

³⁴ Aux États-Unis, le Congrès a imposé aux gouvernements tribaux, sans le consentement de ceux-ci, des garanties relatives à la protection des libertés publiques en adoptant l'Indian Civil Rights Act de 1968, 82 Statutes, 77-78 (Public Law 90-284). Nul ne doute que la loi a limité la souveraineté tribale en imposant à celle-ci

les peuples autochtones n'ont pas consenti à l'application de la Charte à leurs gouvernements, une interprétation du paragraphe 32(1) qui a cet effet, a pour conséquence une restriction de leur droit à l'autonomie gouvernementale qui est imposée de l'extérieur. Le caractère désirable ou indésirable de cette restriction est un autre problème qui doit être étudié dans l'article intitulé "Aboriginal Self-Determination and the Charter". J'entends simplement ici que l'imposition de cette restriction au moyen de l'interprétation du paragraphe 32(1) constitue une contravention au principe bien établi selon lequel les ambiguïtés législatives doivent être résolues en faveur des peuples autochtones.

L'inclusion des gouvernements autochtones au moyen de l'interprétation du paragraphe 32(1) soulève un problème supplémentaire du fait que cette disposition a été assujettie à la

clause *nonobstant+, selon laquelle :

33(1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci 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.

Le paragraphe 33(1) donne au Parlement et au législateur provincial la capacité d'éviter l'application pleine et entière du paragraphe 32(1). Par conséquent, si le paragraphe 32(1) est interprété de manière à s'appliquer aux gouvernements autochtones, le paragraphe 33(1) devrait-il être interprété de la même manière? Or, cela

des limites qui n'existaient pas auparavant. Comme je l'ai indiqué dans l'article complémentaire intitulé "Aboriginal Self-Determination and the Charter+", le problème à débattre à cet égard n'est pas l'existence mais le caractère désirable de la restriction.

nécessiterait une interprétation extrêmement lâche du libellé de cette disposition. Notamment le mot *loi+ ("Act of Parliament or of the legislature") devrait être interprété de manière à s'appliquer aux dispositions législatives prises par les gouvernements autochtones, même si celles-ci ne sont pas des *lois+ au sens ordinaire. Cependant, l'alternative qui consiste à appliquer la Charte aux gouvernements autochtones sans donner à ceux-ci la faculté qu'ont les autres gouvernements d'invoquer la clause nonobstant, semble à la fois inappropriée et injustifiable.³⁵

Le problème dont nous venons de débattre peut être évité en interprétant le paragraphe 32(1) d'une manière favorable au droit à l'autonomie gouvernementale, en exemptant les gouvernements autochtones de l'application de la Charte. Cette interprétation est renforcée par le libellé de l'article 25 :

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

³⁵ Tout en appliquant la Charte aux gouvernements autochtones, l'Accord de Charlottetown aurait donné à ceux-ci le droit d'invoquer la clause nonobstant, comme les autres gouvernements : voir le Rapport du consensus sur la Constitution, supra, note 2, aux pages 20 et 21. Il est intéressant de constater que le Projet de texte juridique du 9 octobre 1992 de l'Accord aurait modifié (à la page 36) le par. 32(1) de manière à ce que la Charte s'applique explicitement :

- c) à tout les corps législatifs et gouvernements des peuples autochtones du Canada, pour tous les domaines relevant de leurs corps législatifs respectifs.

Par conséquent, selon les rédacteurs du texte juridique, le libellé actuel du par. 32(1) ne semble pas s'appliquer aux gouvernements autochtones.

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.³⁶

Étant donné que j'ai déjà conclu que le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral ou issu de traités pour les fins du paragraphe 35(1), il en découle que ce droit est également protégé par le libellé encore plus précis de l'article 25.³⁷ À ce titre, ce droit ne peut être abrogé ni faire l'objet d'une dérogation au moyen d'autres dispositions de la Charte. La dérogation et l'abrogation sont des opérations distinctes, ce qui protège le droit à l'autonomie gouvernementale contre deux dangers possibles : 1) la destruction du fait d'une incompatibilité totale avec un droit ou une liberté garanti par la Charte, par exemple si l'existence même de gouvernements autochtones contrevenait, pour une raison ou une autre, aux droits démocratiques garantis par les articles 3 à 5; et 2) les limitations causées par un conflit partiel avec un droit ou une liberté garanti par la Charte, par exemple si un gouvernement autochtone exerçant son droit à l'autonomie gouvernementale passait une loi qui contrevenait aux droits à l'égalité garantis par l'article 15.³⁸

³⁶ Loi constitutionnelle de 1982, modifiée par la Proclamation de 1983 modifiant la Constitution, TR/84-102.

³⁷ Voir Partenaires au sein de la Confédération, supra, note 6, à la page 39. De plus la Proclamation royale de 1763, qui est visée également à l'article 25, reconnaissait probablement l'autorité des gouvernements autochtones sur les affaires intérieures des nations autochtones : voir, ibid., aux pages 15 à 19; Bruce Clark, Native Liberty, Crown Sovereignty: The Aboriginal Right of Self-Government in Canada, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1990, notamment aux pages 70 à 83.

³⁸ Voir Pentney, supra, note 33, à la page 29.

On a cependant prétendu que les autochtones jouissent, à titre individuel, de la protection de la Charte dans leurs relations avec leurs propres gouvernements, même si l'article 25 protège le droit à l'autonomie gouvernementale contre la révision en application de la Charte. Voici comment la Commission royale sur les peuples autochtones présente l'argument dans Partenaires au sein de la Confédération :

Cette approche établit une distinction entre le droit même à l'autonomie gouvernementale et l'exercice des pouvoirs gouvernementaux qui découlent de ce droit. Dans la mesure où celui-ci est un droit ancestral, l'article 25 en empêche l'abolition ou la limitation opérées en application de la Charte. Cependant, dans ses rapports avec les gouvernements, chaque membre des groupes autochtones jouit au même titre que les autres Canadiens, des droits prévus par la Charte, et cette protection s'étend aux gouvernements autochtones. La Charte régleme donc, selon ce point de vue, la manière dont ces derniers exercent leur pouvoir, mais elle n'a pas pour effet de supprimer le droit même à l'autonomie gouvernementale.³⁹

Respectueusement, cet argument ne tient pas suffisamment compte de la double protection qu'offre l'article 25. Notamment, il ne donne pas suffisamment d'importance au terme anglais "derogate". L'application de la Charte à la protection individuelle des autochtones dans leurs rapports avec leurs propres gouvernements implique nécessairement une restriction aux pouvoirs de ces gouvernements qui ne peut être qualifiée que de dérogation au droit à l'autonomie gouvernementale.⁴⁰

³⁹ Partenaires au sein de la Confédération, supra, note 6, à la page 39 (les notes de bas de page ont été omises). Voir aussi Brian Slattey, "First Nations and the Constitution: A Question of Trust" (1992), 71 Canadian Bar Review 261, aux pages 286 et 287.

⁴⁰ Voir Donahoe c. Société Radio-Canada, [1993] 1 R.C.S 319, l'exposé de M. le juge McLachlin à la page 389 (*la Charte a empiété sur la compétence suprême des branches législatives+); P.G. Canada

On ne peut échapper à cette conclusion en essayant de distinguer entre le droit à l'autonomie gouvernementale, d'une part, et l'exercice des pouvoirs qui découlent de ce droit, d'autre part. Cette distinction peut être valable dans le cadre de l'application de la Charte au Parlement du Canada et aux législatures provinciales⁴¹, mais parce qu'il n'y a aucun doute à l'égard du fait que la Charte s'applique à ceux-ci. Le fait de sortir cette distinction de ce contexte particulier et d'essayer de l'utiliser de manière à justifier l'application de la Charte aux gouvernements autochtones permet d'éviter le problème initial qui consiste à décider si la Charte s'applique à eux de quelque manière que ce soit. Il est clair que l'article 25 visait à protéger le droit à l'autonomie gouvernementale, non seulement contre l'abrogation, mais également contre la dérogation au moyen de la Charte. Par conséquent, il faut se demander si l'application de la Charte aux relations entre les individus autochtones et leurs propres gouvernements constitue une dérogation au droit à l'autonomie gouvernementale. Compte tenu de la nature de ce droit, je crois que la réponse doit être positive, étant donné que toute restriction à l'exercice de ce droit provoque nécessairement une dérogation à celui-ci. Lorsque le Parlement et les législatures provinciales sont en cause, une telle dérogation est autorisée par

c. Coon Come et al., [1991] 3 C.N.L.R. 40, [1991] R.J.Q. 922 (C.A. Qué.), à la page 938 (*la charte opère globalement comme une limite aux pouvoirs législatifs des gouvernements et à certaines formes de leur action+).

⁴¹ Voir le Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ontario), [1987] 1 R.C.S. 1148, aux pages 1206 et 1207; P.-G. Saskatchewan c. Carter, [1991] 2 R.C.S. 158, à la page 179; Donahoe c. Société Radio-Canada, supra, note 40, aux pages 390 à 393, 404 et 405.

le paragraphe 32(1) de la Charte, mais lorsqu'il s'agit des gouvernements autochtones qui exercent leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, cette dérogation est explicitement interdite par l'article 25.⁴²

Par conséquent, le droit à l'autonomie gouvernementale est protégé de l'application générale de la Charte par l'article 25, étant donné qu'il s'agit d'un droit ancestral.⁴³

⁴² La jurisprudence citée, supra, à la note 41, révèle que la distinction entre un droit constitutionnel, d'une part, et l'exercice de celui-ci, d'autre part, dépend étroitement de la distinction entre l'abrogation, d'une part, et la dérogation, d'autre part, à ce droit. Le fait de conclure que les gouvernements autochtones sont assujettis à la Charte dans l'exercice de leur droit à l'autonomie gouvernementale équivaut à la conclusion que la Charte peut déroger à ce droit. Cette conclusion contrevient au libellé explicite de l'article 25. Dans l'arrêt Donahoe c. Société Radio-Canada, supra, note 40, à la page 368, M. le juge McLachlin a énoncé que *du fait qu'il a un statut constitutionnel, [un] droit n'en est pas un qui peut être abrogé par la **Charte**+. Étant donné que le droit à l'autonomie gouvernementale bénéficie d'un statut constitutionnel, comme les autres droits ancestraux ou issus de traités, grâce au par. 35(1), il n'aurait pas eu besoin de l'article 25 pour être protégé contre l'abrogation du fait de la Charte. Pour mettre en oeuvre l'article 25 lorsque le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale est en jeu et pour donner un sens à l'expression anglaise "derogate from" ainsi qu'au verbe anglais "abrogate", cette disposition doit protéger non seulement l'existence, mais aussi l'exercice du droit contre la Charte.

⁴³ Cependant, il semble que l'article 25 ne protège pas les droits et les libertés collectifs des peuples autochtones contre les revendications de droits individuels qui ne sont pas garantis par la Charte. Dans la décision Thomas c. Norris, [1992] 2 C.N.L.R. 139 (C.S. C.-B.), à la page 157, M. le juge Hood a noté que les deux avocats avaient convenu que l'article 25 n'était pas pertinent dans le cas d'une défense contre des accusations de voies de faits, d'actes de violence ou d'emprisonnement injustifié fondées sur le droit ancestral des défendeurs d'exercer la tradition sacrée de la danse des esprits des Indiens Salich de la côte. Cette conclusion doit être correcte, étant donné que le demandeur n'invoquait aucun droit garanti par la Charte, en dehors du fait que M. le juge Hood a conclu que la Charte est inapplicable aux différends de nature privée qui ne mettent pas en cause une forme ou une autre d'intervention gouvernementale (les défendeurs n'invoquaient aucun droit à l'autonomie gouvernementale). M. le juge Hood a rejeté la défense fondée sur le par. 35(1), au motif que la danse pour les esprits, ou bien les aspects de celle-ci

Toutefois, l'article 25 est assujetti aux dispositions de la Charte qui ont explicitement prééminence sur les autres dispositions de la même Charte et, notamment, l'article 28 :

qui comportent le recours à la force, n'ont pas survécu à la réception du droit anglais en Colombie-Britannique. Cependant, même si cela avait été le cas, le savant magistrat était incapable de concevoir la manière dont l'exercice de ce droit pouvait l'emporter sur le droit de common law du demandeur de ne pas faire l'objet de voies de faits. L'avocat des défendeurs a tenté de prétendre que le critère de l'arrêt Sparrow, relativement à la justification (voir, supra, note 9), devrait être respecté pour que la common law prévale. Mais, aux pages 160 et 161, M. le juge Hood a énoncé son incompréhension et son absence de sympathie à l'égard de cet argument : [Traduction] *Je ne peux concevoir aucune raison d'imposer au demandeur l'obligation de justifier la prééminence de la common law sur le prétendu droit ancestral, ou bien de justifier la jouissance de ces droits civils de ne pas faire l'objet de voies de faits ou d'emprisonnement injustifié. De plus, si une justification ou une réconciliation étaient nécessaires, la protection des droits individuels du demandeur contre la perpétration de ces délits prévaudrait pour d'évidentes raisons.+ À la page 162, M. le juge Hood a conclu que, contrairement aux prétentions de l'avocat de la défense, [Traduction] *les droits et libertés (du demandeur) ne sont pas "assujettis aux droits collectifs de la nation autochtone dont il fait partie"+. À mon humble avis, M. le juge Hood n'a pas suffisamment tenu compte de la constitutionnalisation des droits ancestraux par rapport aux droits de common law qui ne sont pas constitutionnalisés pour leur part. Par conséquent, en cas de conflit, les droits ancestraux devraient prévaloir sauf si le critère de l'arrêt Sparrow était satisfait s'il était applicable pour justifier le contraire. Bien que ce critère s'applique clairement à la législation fédérale, il est probable qu'il ne puisse être invoqué pour justifier une législation provinciale qui contreviendrait aux droits ancestraux : voir Slattery, supra, note 39, aux pages 284 et 285, ; Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada, 3^e édition, Toronto, Carswell, 1992, à la page 693. Si ce point de vue est correct, le critère ne devrait pas permettre de justifier des contraventions à la common law provinciale (comme la contravention au droit provincial des délits qui était prétendue dans l'arrêt Thomas), même si le critère permet de justifier des contraventions aux droits ancestraux par la common law fédérale : sur la distinction entre les common law fédérale et provinciales, voir Roberts c. Canada, [1989] 1 R.C.S. 322, qui a été commenté dans Brian Slattery et J.M. Evans, "Federal Jurisdiction - Pendent Parties - Aboriginal Title and Federal Common Law - Charter Challenges - Reform Proposals: Roberts v. Canada" (1989), 68 Canadian Bar Review 817. Des commentaires sur l'arrêt Thomas se trouvent dans Thomas Isaac, "Individual Versus Collective Rights: Aboriginal Peoples and the Significance of Thomas v. Norris" (1992), 21 Manitoba Law Journal 618.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.⁴⁴

Il serait possible de prétendre que les droits et les libertés visés dans cet article sont uniquement ceux qui sont *garantis+ par la Charte, ce que ne sont pas les droits et les libertés des peuples autochtones.⁴⁵ Cependant, l'expression *qui y sont mentionnés+ est d'une portée plus générale que le terme *garantis+ et elle peut être interprétée de manière à étendre la portée de l'article 28 aux droits et libertés garantis par l'article 25.⁴⁶

⁴⁴ L'article 28 semble être la seule disposition qui pourrait réellement restreindre de cette manière les droits garantis par l'article 25. Le par. 16(3), selon lequel *la présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais+ est lui-même limité par l'article 22 selon lequel *les articles 16 à 20 n'ont pas pour effet de porter atteinte aux droits et privilèges, antérieurs ou postérieurs, à l'entrée en vigueur de la présente Charte et découlant de la loi ou de la coutume, des langues autres que le français ou l'anglais+. Comme l'a indiqué Bruce Wildsmith, dans l'article intitulé "Aboriginal Peoples and Section 25 of the Canadian Charter of rights and Freedoms", Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988, à la page 24, il n'y a aucun doute que le libellé de l'article 22 interdit d'invoquer le par. 16(3) de manière à porter atteinte à l'utilisation des langues autochtones, quel que soit le rapport entre le par. 16(3) et l'article 25.

⁴⁵ En reconnaissant et en confirmant les droits ancestraux et issus de traités, l'article 35 fournit une garantie, mais qui se trouve en dehors de la Charte. L'article 25 fait office de bouclier plutôt que de garantie sur le fond pour les droits autochtones : voir Steinhauer c. R., [1985] 3 C.N.L.R. 187 (C.B.R. Alta), à la page 191; Augustine c. R., Barlow c. R., [1987] 1 C.N.L.R. 20 (C.A. N.-B.), à la page 44; R. c. Agawa, [1988] 3 C.N.L.R. 73 (C.A. Ont.), à la page 77, demande d'autorisation de pourvoi rejetée par [1990] 2 R.C.S. v; ainsi que les discussions dans Wildsmith, supra, note 44, aux pages 9 à 23; Pentney, supra, note 33, aux pages 27 à 30.

⁴⁶ Voir Slattery, supra, note 16, aux pages 240 à 242; Mary Eberts, "Sex-based Discrimination and the Charter", dans Anne F. Bayefsky et Mary Eberts, éditrices, Equality Rights and the Canadian

Les ambiguïtés qui auraient pu subsister à cet égard ont été probablement éliminées lorsque le paragraphe (4) a été ajouté à

l'article 35, en 1983 :

35(4) 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.⁴⁷

Bien que cette modification ne s'applique qu'au paragraphe 35(1), il serait incohérent que la jouissance des droits ancestraux et issus de traités soit garantie également aux hommes et aux femmes pour les fins de cet article et non pas pour les fins de l'article 25. Comme l'a écrit William Pentney en ce qui a trait au cadre général de la relation entre les articles 25 et 35, [Traduction] *les dispositions constitutionnelles devraient être interprétées en tenant compte d'autres garanties constitutionnelles pertinentes, de manière à s'assurer que le document tout entier soit interprété et appliqué d'une manière cohérente.⁴⁸ Pour éviter toute incompatibilité, les droits garantis par l'article 35 devraient être assujettis à la même garantie d'égalité entre les deux sexes que les droits garantis par l'article 35. Cette interprétation pourrait être appuyée par

Charter of Rights and Freedoms, Toronto, Carswell, 1985, page 183, à la page 217; Dale Gibson, The Law of the Charter: Equality Rights, Toronto, Carswell, 1990, aux pages 211 et 212; Thomas Isaac et Mary Sue Maloughney, "Dually Disadvantaged and Historically Forgotten?: Aboriginal Women and the Inherent Right of Self-Government" (1992), 21 Manitoba Law Journal 453, aux pages 465 à 467. Comparer à Douglas Sanders, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 Canadian Bar Review 314, à la page 327.

⁴⁷ Proclamation de 1983 modifiant la Constitution, TR/84-102. Voir Eberts, supra, note 46, à la page 218; Isaac et Maloughney, supra, note 46, aux pages 468 et 470 à 471.

⁴⁸ Pentney, supra, note 33, à la page 30, qui s'appuie sur la décision Dubois c. R., [1985] 2 R.C.S. 350, aux pages 365 et 366.

l'intention législative, étant donné que le paragraphe 35(4) a été probablement ajouté dans le but d'atteindre le même objectif à l'égard du paragraphe 35(1) qu'on pensait que l'article 28 accomplissait déjà à l'égard de l'article 25 : s'assurer de l'absence d'aucune forme de discrimination fondée sur le sexe en ce qui concerne la jouissance des droits garantis aux peuples autochtones. De plus, le consentement des autochtones au principe de l'égalité entre les sexes qui est énoncé à l'article 28 peut être déduit implicitement du consentement que les dirigeants des quatre organisations autochtones nationales ont donné à l'ajout du paragraphe 35(4), en 1983.⁴⁹

Si ce qui précède est juste, l'article 28 a pour effet d'imposer quelques restrictions constitutionnelles au droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Les gouvernements autochtones ne pourraient prendre de lois ou de décisions administratives qui discriminaient selon le sexe. Toutefois, la mise en oeuvre de cette limitation pourrait être difficile. Voici le libellé de la disposition de la Charte sur les recours :

24(1) Toute personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Cette disposition ne peut pas s'appliquer directement aux droits et

⁴⁹ Cette modification a été agréée lors de la première des quatre conférences des Premiers ministres sur les questions autochtones auxquelles ont participé les dirigeants de l'Assemblée des Premières Nations, du Comité inuit sur les affaires nationales, du Ralliement national des Métis et du Conseil national des autochtones du Canada. En ce qui concerne la conférence, voir Schwartz, supra, note 25, aux pages 95 à 146; Norman Zlotkin, "The 1983 and 1984 Constitutional Conferences: Only the Beginning", [1984] 3 C.N.L.R. 3, notamment à la page 10.

aux libertés visés à l'article 25, étant donné que ceux-ci ne sont pas garantis par la Charte.⁵⁰ Cependant, selon l'interprétation qui précède, l'article 28 garantit également ces droits et ces libertés aux hommes et aux femmes. Par conséquent, on peut prétendre que la garantie d'égalité entre les sexes qui assure que les hommes et les femmes autochtones jouissent également des droits et libertés garantis à l'article 25 pourrait être mise en oeuvre par l'application du paragraphe 24(1). Autrement dit, ce ne sont pas les droits et libertés garantis par l'article 25 qui peuvent faire l'objet d'un recours, mais la garantie d'égalité dans la jouissance de ces droits qui est énoncée à l'article 28.⁵¹

Le paragraphe 24(1) stipule que la mise en oeuvre doit être effectuée par un *tribunal compétent*.⁵² Le choix d'un tel tribunal ne pose probablement pas de difficulté particulière lorsque c'est le gouvernement fédéral ou un gouvernement provincial qui a contrevenu aux droits garantis par la Charte; mais il peut s'avérer difficile lorsqu'on prétend que c'est un gouvernement autochtone qui a

⁵⁰ Voir la note 45, supra.

⁵¹ Même si les tribunaux décidaient que le par. 24(1) ne s'applique pas dans ce cadre, ils utiliseraient probablement le par. 52(1) pour décider que l'article 28 est quand même applicable, de la même manière que la Cour suprême a conclu dans l'arrêt Sparrow c. R., supra, note 8, que l'article 35 était applicable même s'il se trouvait en dehors de la Charte et, comme le tribunal l'a décidé dans l'arrêt R. c. Agawa, supra, note 45, aux pages 77 et 78, que cette disposition n'est donc pas visée par le par. 24(1).

⁵² Une interprétation judiciaire de cette disposition se trouve dans les arrêts suivants : Singh c. M.E.I., [1985] 1 R.C.S. 178, à la page 222; Mills c. R., [1986] 1 R.C.S. 863; R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588, notamment aux pages 603 et 604; R. c. Smith, [1989] 2 R.C.S. 1120, aux pages 1128 à 1130. Voir aussi Hogg, supra, note 43, aux pages 918 à 921.

contrevenu au principe de l'égalité entre les sexes. L'attribution d'une compétence à un tribunal canadien non autochtone - surtout de première instance - contreviendrait au principe de l'autonomie gouvernementale étant donné qu'elle donnerait compétence en ce qui concerne les droits constitutionnels d'une autochtone à un juge qui, dans la plupart des cas, ne serait pas membre de cette nation.⁵³ Pour être complète et efficace, l'autonomie gouvernementale des autochtones doit s'étendre au pouvoir judiciaire autant qu'aux pouvoirs législatif et exécutif.⁵⁴ Le contrôle judiciaire des actes exécutifs et législatifs devrait être entrepris - à tout le moins - à partir de l'intérieur de la nation autochtone concernée. Par conséquent, un *tribunal compétent+ devrait être un tribunal de la nation autochtone dont le gouvernement a été accusé d'avoir contrevenu au principe de l'égalité entre les sexes qui est protégé par l'art. 28.⁵⁵ Ce qui présume que cette nation autochtone dispose d'un

⁵³ Le Canada a vécu une dénégation équivalente de son autonomie gouvernementale dans le domaine judiciaire tant que le Conseil privé est demeuré la Cour d'appel de dernier ressort. Les appels au Conseil privé ont été abolis dans une étape de la progression du Canada vers l'indépendance : voir Hogg, supra, note 43, aux pages 202 à 204. À la Cour suprême du Canada, les intérêts provinciaux sont protégés, même d'une manière imparfaite, par la représentation régionale : ibid, à la page 205. En ce qui concerne le Québec, qui est une société distincte dotée d'un système de droit civil, cette représentation se monte à trois des neuf juges : Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 6. S'il avait été approuvé, l'Accord de Charlottetown aurait constitutionnalisé la représentation actuelle du Québec et donné aux provinces davantage à dire dans le choix des juges de la Cour suprême : Rapport du consensus sur la Constitution, supra, note 2, aux pages 10 et 11.

⁵⁴ Bien qu'il n'y ait pas nécessairement une séparation de ces pouvoirs semblable à celle qu'on trouve dans le système de gouvernement anglo-canadien: voir, supra, le texte de la note 24.

⁵⁵ Les questions d'égalité entre les sexes devraient être décidées en tenant compte de la culture et des valeurs des peuples concernés. Il serait très dangereux de permettre qu'elles soient

quelconque moyen judiciaire de règlement des différends. Il est donc très important que les nations autochtones créent des organes judiciaires adaptés culturellement à mesure qu'elles évoluent vers l'autonomie gouvernementale. Autrement, elles risquent de faire l'objet d'interventions judiciaires extérieures par défaut.

En résumé, sous réserve des dispositions de l'article 28, les gouvernements autochtones traditionnels ne sont pas assujettis aux dispositions de la Charte. Le paragraphe 32(1), qui indique que la Charte s'applique aux gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ⁵⁶, ne visent pas les gouvernements autochtones. De plus, l'article 25 protège les droits et libertés des peuples autochtones, y compris leur droit à l'autonomie gouvernementale, contre toute abrogation ou dérogation par la Charte. Par conséquent, les gouvernements autochtones traditionnels ne sont pas limités par la Charte en ce qui concerne l'exercice du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, sous réserve de l'égalité entre les sexes que l'article 28 les oblige à respecter.

décidées, surtout en première instance, par des juges peu familiers du cadre culturel. Dans l'article intitulé "Aboriginal Self-Determination and the Charter", nous verrons comment ce problème important a été résolu aux États Unis en ce qui concerne l'Indian Civil Rights Act, supra, note 34.

⁵⁶ Voir aussi l'article 30 : *Dans la présente charte, les dispositions qui visent les provinces, leur législature ou leur assemblée législative, visent également le territoire du Yukon, les territoires du Nord-Ouest ou leurs autorités législatives compétentes+.

II. LES GOUVERNEMENTS PAR LES CONSEILS DE BANDE CONSTITUÉS EN APPLICATION DE LA LOI SUR LES INDIENS

La Loi sur les Indiens ⁵⁷ est une loi fédérale qui a été adoptée par le Parlement dans l'exercice de ses compétences sur *les Indiens et les terres réservées pour les Indiens+. ⁵⁸ Les dispositions modifiées des articles 74 à 86 de cette Loi pourvoient au gouvernement des bandes indiennes par un chef et des conseillers. Cependant, la Loi indique clairement que l'existence des gouvernements des bandes ne découle pas nécessairement de ces dispositions. Voici comment

le paragraphe 2(1) définit un *conseil de la bande+ :

a) Dans le cas d'une bande à laquelle s'applique l'article 74, le conseil constitué conformément à cet article;

b) dans le cas d'une bande à laquelle l'article 74 n'est pas applicable, le conseil choisi selon la coutume de la bande ou, en l'absence d'un conseil, le chef de la bande choisi selon la coutume de celle-ci.

Par conséquent, la Loi envisage que des conseils de gouvernement de bande puissent être constitués en application de la coutume ancestrale. ⁵⁹ Le paragraphe 74(1) permet au ministre des Affaires indiennes, *lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande+ de déclarer par arrêté que le chef et les conseillers seront

⁵⁷ L.R.C. (1985), ch. I-5.

⁵⁸ Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Victoria, ch. 3 (U.K.), par. 91(24).

⁵⁹ Bien que cette définition soit apparue pour la première fois dans la version de 1951 de la Loi sur les Indiens, L.C. 1951, ch. 29, al. 2(1)c), elle présume clairement que le choix des conseils ou des chefs de bande conformément à la coutume autochtone n'avait pas été abrogé par les versions antérieures de la Loi. Noter que lorsque la légalité d'un choix effectué en application de la coutume est contesté devant un tribunal qui n'est pas autochtone, la coutume doit être prouvée : voir Baptiste c. Goodstoney Indian Band, [1991] 1 C.N.L.R. 34 (C.F., 1^{re} inst.), à la page 39.

choisis au moyen d'élections.⁶⁰ Bien que cette procédure permette de modifier la méthode de choix du chef et des conseillers en remplaçant les méthodes coutumières par des élections, elle ne changerait rien au fait que le conseil de bande est une entité pré-existante dont la constitution ne découle pas de la Loi sur les Indiens.⁶¹ Cette conclusion est appuyée par une jurisprudence récente selon laquelle la coutume de la bande relativement au choix d'un chef et de conseillers est rétablie si un arrêté ministériel pris relativement à la bande en application du paragraphe 74(1) est abrogé.⁶²

La compétence législative des conseils de bande est énoncée principalement aux articles 81 à 83 et 85.1. L'article 81 énonce une liste d'objets, et notamment l'observation de la loi et le maintien de l'ordre, l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition,

⁶⁰ Dans l'arrêt Badger c. Canada, [1991] 2 C.N.L.R. 17, [1991] 1 R.C.F. 191 (C.F., 1^{re} inst.), il a été décidé, à la page 21, que l'agrément préalable des membres d'une bande ou d'un conseil de bande n'est pas nécessaire pour que le ministre prenne ou abroge un arrêté en application du par. 74(1), même si cet agrément est souhaitable. Voir aussi la décision Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada (1991), 43 F.T.R. 132.

⁶¹ Voir Jack Woodward, Native Law, Toronto, Carswell, 1989, aux pages 82 et 83; Partenaires au sein de la Confédération, supra, note 6, aux pages 34 et 35.

⁶² Voir Jock c. Canada, [1992] 1 C.N.L.R. 103, [1991] 2 C.F. 355 (C.F., 1^{re} inst.); Sparvier c. Bande indienne Cowessess n° 73, [1993] 3 C.F. 142 (C.F., 1^{re} inst.); Corbière c. R. (C.F., 1^{re} inst., le 9 septembre 1993, non publié). Dans l'arrêt Corbière, M. le juge Strayer a déclaré, à la note 10 de la page dactylographiée n° 8 :

[Traduction] Au moyen du par. 74(1), le Ministre peut déclarer par arrêté que les élections au sein d'une bande particulière doivent être tenues en conformité avec les dispositions de la Loi. Cette déclaration peut également être abrogée. Lorsque c'est le cas, le conseil doit être élu selon la coutume de la bande, compte tenu de la définition de l'expression *conseil de la bande+ qui figure à l'article 2 [de la Loi sur les Indiens].

à l'égard desquels *le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre+.⁶³

L'article 82 accorde au ministre 40 jours pour annuler un règlement administratif pris en application de l'article 81. L'article 83 permet aux conseils de bande de prendre, *sous réserve de l'approbation du ministre+, des règlements administratifs pour la taxation des droits fonciers et l'attribution de permis aux entreprises, notamment.⁶⁴ Les règlements administratifs qui visent la possession, l'utilisation et la vente de boissons alcooliques sur les réserves peuvent être pris en application de l'article 85(1) et ne peuvent être annulés par le ministre, mais ils doivent être approuvés par la majorité des électeurs de la bande lors d'un vote au cours d'une assemblée spéciale convoquée pour étudier ce règlement administratif.⁶⁵

Il a été généralement présumé que la compétence des conseils de bande est limitée à la prise des règlements administratifs visés par la Loi sur les Indiens.⁶⁶ Bien que cette conclusion soit

⁶³ L.R.C. (1985), ch. I-5, modifiée par L.C. 1985, ch. 27, art. 15 à 15.1 [L.R.C. (1985), ch. 32 (1^{er} supp.), art. 15].

⁶⁴ L.R.C. (1985), ch. I-5, modifiée par L.C. 1988, ch. 23, art. 10 [L.R.C. (1985), ch. 17 (4^e supp.), art. 10].

⁶⁵ L'article 85.1 a été ajouté à la Loi sur les Indiens par L.C. 1985, ch. 27, art. 16 [L.R.C. (1985), ch. 32 (1^{er} supp.), art. 16].

⁶⁶ Voir John S. Molloy, "The Early Indian Acts: Developmental Strategy and Constitutional Change", dans Ian A.L. Getty et Antoine S. Lussier, éditeurs, As Long as the Sun Shines and the Water Flows: A Reader in Canadian Native Studies, Vancouver, University of British Columbia Press, 1983, à la page 56; Richard H. Bartlett, Indian Act of Canada, 2^e édition, Saskatoon, University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988, notamment aux pages 16 à 23; Paul Band c. R., [1984]

probablement correcte si les conseils de bande ont été constitués en application de la Loi sur les Indiens ⁶⁷, elle est erronée s'ils existaient en application de la coutume ancestrale avant d'être inclus dans les dispositions électorales de la Loi au moyen d'une déclaration du ministre en application du paragraphe 74(1). La compétence originale exercée par un conseil de bande coutumier serait fondée sur les coutumes de la bande, lesquelles, sans doute, auraient été antérieures à l'adoption de la Loi sur les Indiens et de la législation équivalente antérieure. ⁶⁸ Autrement dit, un conseil de bande coutumier exercerait une compétence inhérente plutôt que déléguée, de la même manière, qu'un gouvernement autochtone traditionnel. ⁶⁹ Effectivement, un conseil de bande coutumier peut être une forme de

1 C.N.L.R. 87 (C.A. Alb.), aux pages 93 et 94.

⁶⁷ Dans ce cas, leur compétence ne dépasserait probablement pas celle qui leur aurait été déléguée par le Parlement. À titre de délégués du Parlement, ils seraient limités par la législation déléguante : voir Bennion, supra, note 25, à la page 160; Denys C. Holland et John P. McGowan, Delegated Legislation in Canada, Toronto, Carswell, 1989, aux pages 194 à 209; John Mark Keyes, Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch, Toronto, Butterworths, 1992, aux pages 181 à 200.

⁶⁸ Sous sa forme originale en 1876, la Loi sur les Indiens pourvoyait aux gouvernements par les conseils de bande : voir L.C. 1876, ch. 18, art. 61 à 63. Des dispositions équivalentes se trouvaient dans une loi fédérale antérieure intitulée : Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'Acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux ("An Act for the Gradual Enfranchisement of Indians, the Better Management of Indian Affairs, and to Extend the Provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42"), L.C. 1869, ch. 6, art. 10 et 12.

⁶⁹ Un exposé lumineux de la façon dont une bande, les Chippewas de la Nawash, a exercé son droit inhérent à l'autonomie gouvernementale malgré les dispositions de la Loi sur les Indiens, se trouve dans l'article de John J. Borrows, "A Genealogy of Law: Inherent Jurisdiction and First Nations Self-Government" (1992), 30 Osgoode Hall Law Journal 291, aux pages 340 à 353.

gouvernement autochtone traditionnel.⁷⁰

Un conseil de bande coutumier qui n'est pas régi par les dispositions électorales de la Loi sur les Indiens jouit néanmoins de la même capacité réglementaire d'origine législative qu'un conseil de bande.⁷¹ Cependant, la Loi ne limite pas la compétence des conseils de bande à cette capacité de prendre des règlements administratifs.

Si un conseil de bande coutumier exerçait auparavant une compétence plus étendue, il n'y a aucune raison de conclure que la Loi sur les Indiens a abrogé implicitement cette compétence étendue.⁷² Au

⁷⁰ Il faut souligner que tous les conseils de bande en application de la Loi sur les Indiens ne découlent pas de gouvernements autochtones traditionnels. En fait, dans certains cas le conseil de bande a été créé en imposant les dispositions de la Loi sur les Indiens à un peuple autochtone contrairement au souhait de celui-ci, de manière à supprimer son gouvernement traditionnel. Par exemple, un gouvernement de bande par conseil a été imposé aux Six Nations en 1924, créant une partition durable entre le gouvernement traditionnel et le gouvernement de la bande: voir Darlene M. Johnston, "The Quest of the Six Nations Confederacy for Self-Determination" (1986), 44 U. of T. Fac. L. Rev. 1, aux pages 14 à 23; Logan c. Styres (1959), 20 D.L.R. (2nd) 416 (H.C. Ont.); Isaac c. Davey (1977), 77 D.L.R. (3d) 481 (C.S.C.). La discussion dans le texte ne porte que sur les conseils de bande coutumiers qui sont devenus des conseils de bande en application de la Loi sur les Indiens. Elle ne s'applique pas aux gouvernements autochtones traditionnels qui ont été remplacés, avec ou sans succès, par des conseils de bande en application de la Loi sur les Indiens. De plus, je n'ai pas l'intention de défendre la Loi sur les Indiens ou de suggérer que le gouvernement de bande par conseil que prévoit cette Loi constitue un moyen adéquat d'expression de l'autonomie gouvernementale des autochtones. Au contraire, je conviens avec Mercredi et Turpel (supra, note 24, aux pages 80 à 95) que la Loi est une *relique coloniale* qui doit céder la place au Canada à une véritable autonomie gouvernementale des autochtones.

⁷¹ Parce que les dispositions de la Loi sur les Indiens sur la compétence réglementaire s'appliquent au *conseil de la bande* lequel, comme nous l'avons vu, est défini au par. 2(1) de manière à viser à la fois les conseils élus et les conseils coutumiers. Voir le texte de la note 59, supra.

⁷² La Loi sur les Indiens ne prévoit pas seulement le choix des conseils de bande par les moyens coutumiers; elle reconnaît aussi la validité de l'adoption coutumière dans la définition qu'elle donne

contraire, des arguments solides militent contre une telle abrogation implicite.

d'un enfant, au par. 2(1) : *les "enfants" sont compris parmi les enfants nés du mariage ou hors mariage, les enfants légalement adoptés, ainsi que les enfants adoptés selon la coutume indienne+. Cet ajout de l'adoption coutumière dans les dispositions d'interprétation de la Loi a été effectué en 1985 par L.C. 1985, ch. 27, par. 1(1), maintenant L.R.C. (1985), 1^{er} supp., ch. 32, par. 1(1). Auparavant, entre 1956 et 1985, le par. 48(16) stipulait que la définition d'un *enfant+ pour les fins de la distribution de biens en cas de succession ab intestat comprenait *notamment un enfant légalement adopté, ainsi qu'un enfant adopté selon la coutume indienne+ : L.C. 1956, ch. 40, art. 13, et L.R.C. (1985), ch. I-5. Ces définitions d'un *enfant+ appuient la jurisprudence qui soutenait la validité des adoptions coutumières: voir Re Adoption of Katie (1961), 32 D.L.R. (2d) 686, (C. territ. T.N.-O.); Re Beaulieu's Adoption Petition (1969), 3 D.L.R. (3d) 479 (C. territ. T.-N.-O.); Re Deborah (1972), 5 W.W.R. 203 (C.A. T.N.-O.); Re Wah-Shee (1975), 57 D.L.R. (3d) 743 (C. supr. T.N.-O.); Re Tagornak Adoption Petition, [1984] 1 C.N.L.R. 185 (C. supr. T.N.-O.); voir aussi la discussion dans Norman K. Zlotkin, "Judicial Recognition of Aboriginal Customary Law in Canada: Selected Marriage and Adoption Cases" [1984] 4 C.N.L.R. 1; comparer à Michell c. Dennis and Dennis, [1984] 2 C.N.L.R. 91 (C. supr. C.-B.) et Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia, [1992] 1 C.N.L.R. 84 (C. supr. C.-B.). Les dispositions législatives et la jurisprudence qui reconnaissent les adoptions coutumières soutiennent également le principe que la Loi sur les Indiens n'a pas abrogé le droit inhérent des bandes indiennes de se gouverner elles-mêmes. Les coutumes indiennes ne sont pas statiques, étant donné qu'elles doivent évidemment s'adapter à la société mouvante qu'elles doivent servir. Le Conseil privé a reconnu cette réalité en 1919 dans le cadre de l'adoption coutumière Maorie en Nouvelle-Zélande, dans l'arrêt Hineiti Rirerire Arani v. Public Trustee, [1840-1932] N.Z.P.C.C. 1, à la page 6 :

[Traduction] Il se peut que ... les Maoris disposent, en tant que race, d'une certaine capacité interne de se gouverner eux-mêmes qui permet à la ou aux tribus de modifier leurs coutumes par consentement mutuel, et il se

peut également que la coutume d'une telle race ne soit pas placée de plain-pied avec la coutume d'un bourg anglais ou d'un autre territoire local, laquelle doit demeurer en l'état étant donné qu'il n'existe aucune autorité interne de nature quasi-législative qui peut la modifier.

La capacité de l'organisme dirigeant une nation indienne, d'un conseil de bande ou d'un autre organisme de modifier les coutumes dépend de sa compétence coutumière : voir les discussions qui suivent dans le texte des notes 79 à 87, infra, sur le choix des conseils de bande par des moyens coutumiers.

Une règle générale d'interprétation législative énonce que la législation doit être interprétée dans toute la mesure du possible de manière à ne pas contrevenir aux droits acquis.⁷³ Si, comme je l'ai conclu, le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit ancestral inhérent ⁷⁴, la Loi sur les Indiens doit être interprétée d'une manière qui en permet la protection. Cette conception est appuyée par une autre règle que nous avons déjà vue, c'est-à-dire celle selon laquelle les ambiguïtés législatives doivent être interprétées en faveur des droits ancestraux.⁷⁵ De plus, dans l'arrêt Sparrow c. R., la Cour suprême du Canada a décidé que l'extinction législative de droits ancestraux doit être *claire et expresse*.⁷⁶

Par conséquent, si le Parlement avait voulu que la Loi sur les Indiens abroge toutes les compétences des conseils de bande qui n'étaient pas énumérées dans la Loi, il aurait dû l'indiquer d'une manière claire et expresse.⁷⁷ Le fait d'accorder une compétence particulière pour prendre des règlements ou des arrêtés relatifs à certaines matières

⁷³ Voir Langan, supra, note 25, aux pages 251 à 256; S.G.G. Edgar, Craies on Statute law, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1971, aux pages 118 à 121; Elmer A. Driedger, Construction of Statutes, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1983, aux pages 183 à 185. Dans Colet c. R., [1981] 1 R.C.S. 2, à la page 10, la Cour suprême du Canada a décidé que la législation doit être interprétée de manière stricte en faveur des droits privés de la propriété.

⁷⁴ Voir, supra, le texte des notes 7 à 10.

⁷⁵ Voir, supra, le texte de la note 31.

⁷⁶ supra, note 8, à la page 1099.

⁷⁷ Voir Delgamuukw c. R., supra, note 11, par MM. les juges Lambert et Hutcheon, dissidents, aux pages 233, 266 et 267. Cependant, la majorité a décidé en l'instance que le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale avait déjà été abrogé en Colombie-Britannique, au plus tard lorsque cette province s'est jointe à la Confédération en 1871.

ne devrait donc pas être interprété comme une abrogation implicite du droit antérieur du conseil de bande à l'autonomie gouvernementale à l'égard d'autres matières.⁷⁸ La jurisprudence récente soutient la conclusion selon laquelle la compétence des conseils de bande n'est pas limitée à la prise de règlements administratifs qui est prévue dans la Loi sur les Indiens. L'arrêt Jock c. Canada⁷⁹ portait sur la contestation de la validité du Règlement d'élections d'Akwesasne, adopté par une résolution du conseil de bande d'Akwesasne du 23 avril 1988. Ce règlement prévoyait le retour à ce que M. le juge Teitelbaum désignait comme [Traduction] *le règlement électoral coutumier+ énoncé dans le règlement contesté au lieu des règles électorales de la Loi sur les Indiens que la bande avait appliquées auparavant, du fait d'une déclaration en application du paragraphe 74(1). En refusant d'accorder un bref de quo warranto et une déclaration d'invalidité de l'élection en application du règlement, M. le juge Teitelbaum a déclaré que le retour à la coutume d'une bande ne nécessite pas d'arrêté ministériel.⁸⁰ Apparemment, ce retour au statu quo ante est automatique lors de l'abrogation d'un arrêté ministériel pris en application du paragraphe 74(1).⁸¹ Toutefois, dans l'arrêt Jock, les coutumes en question n'étaient pas des coutumes

⁷⁸ À cet égard, la règle expressio unius (voir supra, note 25) est rendue inapplicable par les règles qui favorisent la protection du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale.

⁷⁹ supra, note 62.

⁸⁰ Ibid, aux pages 110 et 111. Noter que, pour des motifs de procédure, les demandeurs n'ont pas donné suite à leur demande de déclaration.

⁸¹ Voir aussi, supra, la note 62.

antérieures qui avaient été ressuscitées, mais un soi-disant règlement électoral coutumier pris par une résolution d'un conseil de bande.

Si ce règlement était valide, il semble alors qu'un conseil de bande constitué en application de la Loi sur les Indiens peut créer, par voie de résolution, de nouvelles procédures coutumières d'élection.

Étant donné que cette compétence n'est pas attribuée au conseil de bande par la Loi, cela suggère une autre source de compétence, c'est-à-dire la coutume de la bande. Cet arrêt demeure cependant troublant, étant donné que M. le juge Teitelbaum ne s'est pas demandé si la coutume de la bande d'Akwesasne accordait effectivement cette compétence au conseil de bande.⁸² Il est possible que la compétence ait été sise dans la bande dans son ensemble, de façon à ce qu'elle soit exercée conformément à la coutume, par référendum ou par d'autres moyens.⁸³ Il semble que le conseil de bande ait présumé qu'il avait la compétence nécessaire pour passer le règlement coutumier d'élection, sans disposer de preuves qui le justifieraient.⁸⁴

⁸² M. le juge Teitelbaum n'était pas obligé de trancher cette question, étant donné qu'il fondait sa décision sur le fait que les demandeurs n'avaient pas respecté tous les critères d'attribution d'un bref de quo warranto : Jock c. Canada, supra, note 62, à la page 118.

⁸³ En fait, le conseil de bande avait adopté le règlement électoral avant la fin d'une enquête pour déterminer si les membres de la bande appuyaient le projet de règlement : ibid, à la page 109.

⁸⁴ Comparer à Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada, supra, note 60, aux pages 144 et 145, dans lequel M. le juge Rouleau a indiqué qu'un référendum serait illégal pour décider si un conseil de bande devrait être élu ou choisi coutumièrement, si la tenue d'un référendum violait la coutume de la bande. À son avis, en ce qui concerne l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, *Il est vrai que la Loi Constitutionnelle de 1982 enchâsse les coutumes des peuples autochtones mais si ces derniers décidaient de ne plus élire le Conseil de bande suivant la coutume, on ne peut les accuser de violer leurs propres coutumes+. Autrement dit, un peuple autochtone peut décider de passer outre à ses propres coutumes, mais

L'arrêt Sparvier c. Bande indienne Cowessess n° 73⁸⁵ portait sur une demande d'annulation d'une décision d'un tribunal électoral prise en application de la Cowessess Indian Reserve Elections Act.

Selon M. le juge Rothstein, cette Loi, adoptée en 1980 par la bande Cowessess

a codifié, en partie du moins, les coutumes de la bande pour choisir un chef et des conseillers. Ce rétablissement de la coutume de bande a été approuvé par le gouvernement fédéral le 10 novembre 1980, lorsque le décret C.P. 6016 a été modifié par la radiation, de son Annexe, de la bande d'indiens Cowessess. Cette mesure a fait en sorte que les membres de la bande Cowessess ne choisissent plus leurs chefs et leurs conseillers conformément à la Loi sur les Indiens [...], mais plutôt selon la coutume de leur bande.

Par conséquent, la Cowessess Indian Reserve Elections Act, édictée par la bande indienne Cowessess n° 73, régit maintenant l'élection du chef et des conseillers.⁸⁶

Malheureusement, M. le juge Rothstein n'a pas précisé si l'Elections Act avait été adopté au moyen d'une résolution du conseil de bande, d'un référendum ou par d'autres moyens. Le magistrat a présumé que cette Loi était valide. Étant donné que la Loi sur les Indiens n'accorde aux bandes ou aux conseils de bande aucune compétence pour adopter des lois régissant leurs élections, il est nécessaire que cette compétence découle d'une autre source, c'est-à-dire de la compétence inhérente de la bande comme entité dotée de l'autonomie

pour être valide, cette décision doit respecter les formes coutumières de prise de décisions. Voir aussi Badger c. Canada, supra, note 60, dans lequel M. le juge Strayer a refusé de décider de la validité d'un référendum ou d'une résolution d'un conseil de bande visant à approuver le retour à la coutume de la bande pour le choix du conseil de celle-ci.

⁸⁵ supra, note 62.

⁸⁶ Ibid, [1993] 3 C.F. 150. Le décret C.P. 6010 du 12 novembre 1951 avait placé la bande Cowessess sous le régime des dispositions électorales de la Loi sur les Indiens.

gouvernementale.

Les arrêts Jock et Sparvier indiquent qu'en prorogeant explicitement la validité de la coutume de bande en ce qui concerne le choix des conseils de bande, la Loi sur les Indiens a reconnu que la compétence des bandes indiennes et des conseils qui les gouvernent n'est pas limitée à la capacité réglementaire énoncée dans la Loi.

Les bandes ont un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale qui peut être utilisé pour codifier, et sans nul doute pour modifier, les procédures qu'elles utilisent pour choisir leurs chefs et leurs conseillers.⁸⁷

Toutefois, il peut être plaidé que la protection de la compétence inhérente des bandes indiennes de développer leurs propres coutumes pour le choix de leurs dirigeants est une exception, sanctionnée par la législation, au régime général établi par la Loi sur les Indiens, lequel, dans la plupart des autres cas, limite les pouvoirs des conseils de bande à ceux qui sont spécifiquement énumérés dans la Loi.⁸⁸ Toutefois, même si cet argument est valable, il est

⁸⁷ Ni l'arrêt Jock, ni l'arrêt Sparvier, n'énonce que les procédures électorales doivent être fondées sur une coutume immuable. Au contraire, les deux décisions suggèrent que les procédures ne perdent pas leur nature coutumière du fait qu'elles sont énoncées sous une forme législative. Ce point de vue est compatible avec le rejet, par la Cour suprême du Canada, d'une approche du par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, selon laquelle les droits sont immuables : voir l'arrêt Sparrow, supra, note 8, à la page 1093 : *l'expression "droits ancestraux existants" doit recevoir une interprétation souple de manière à permettre à ces droits d'évoluer avec le temps*. Voir aussi supra, aux notes 72 et 84.

⁸⁸ Voir Joe c. John, [1991] 3 C.N.L.R. 63 (C.F., 1^{re} inst.), aux pages 70 et 76. Comparer à Joe c. Findley (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 166 (C. supr. C.-B.). Une autre exception porte sur la compétence d'une bande pour créer une coutume relativement à l'adoption, laquelle est également reconnue par la Loi sur les Indiens : voir supra, note 72.

contradictoire parce qu'il reconnaît que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale n'a pas été abrogé par la Loi sur les Indiens. De plus, en reconnaissant l'existence de ce droit dans le cadre du choix des conseils de bande, le Parlement a reconnu également que le droit n'avait pas été abrogé par d'autres actes législatifs ou de prérogative. Étant donné que le droit à l'autonomie gouvernementale peut toujours être exercé, quoique sous une forme atténuée, il doit avoir été *existant+ en 1982, lorsque la Loi constitutionnelle de 1982 est entrée en vigueur. À ce titre, il est protégé constitutionnellement par le paragraphe 35(1).⁸⁹ Par conséquent, toute restriction apportée à ce droit dans la Loi sur les Indiens serait invalide à compter de ce moment, à moins qu'elle ne puisse être justifiée en application du critère énoncé dans l'arrêt Sparrow.⁹⁰ Par conséquent, depuis 1982 au moins, la compétence des

⁸⁹ Voir Partenaires au sein de la Confédération, *supra*, note 6, à la page 35. Comparer à R. c. Jones and Pamajewon, [1993] 3 C.N.L.R. 209 (Div. prov. C. Ont.) dans lequel il a été décidé que le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de la Première Nation Shawanaga avait été abrogé d'une manière claire et expresse par la Proclamation royale de 1763, par le Traité Robinson de 1850 avec les Hurons et par le par. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867. Par conséquent, le tribunal a conclu que le par. 201(1) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui rend illicite le fait de tenir une maison de jeux s'applique sur la réserve Shawanaga en dépit des résolutions du conseil de la bande Shawanaga qui établissaient une loterie et déclaraient que les lois fédérales et provinciales ne s'appliquaient pas sur les terres Shawanaga. Voir aussi R. c. Gladue et Kirby, [1987] 4 C.N.L.R. 92 (C. prov. Alta), dans lequel il a été décidé que l'al. 81m) de la Loi sur les Indiens qui permet aux conseils de bande de passer des règlements administratifs pour *la réglementation ou l'interdiction de jeux, sports, courses et concours athlétiques d'ordre public et autres amusements du même genre+ ne leur accorde pas la capacité de régir les loteries ou les paris. Toutefois, ces décisions n'ont pas tenu compte des conséquences de la définition du *conseil de la bande+ dans la Loi sur les Indiens en ce qui concerne la qualité du droit à l'autonomie gouvernementale comme droit existant en application du par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

⁹⁰ Voir supra, note 9. Les restrictions aux coutumes

bandes indiennes et de leurs conseils dirigeants n'est pas limitée au pouvoir d'adopter des règlements administratifs qui est énoncé dans cette Loi.⁹¹

Je conclus donc que la compétence d'un conseil de bande comprend à la fois la capacité réglementaire visée dans la Loi sur les Indiens ainsi que la compétence inhérente que le conseil de bande exerçait avant d'être assujéti à cette Loi.⁹² En fait, la capacité

indiennes seraient également invalides si elles ne satisfaisaient pas les critères, étant donné que le droit d'une bande indienne d'être gouvernée par sa propre coutume est un droit ancestral protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 : voir Re Tagornak Adoption Petition, supra, note 72; Six Nations Traditional Hereditary Chiefs c. Canada, supra, note 60.

⁹¹ Comparer à Sault c. LaForme, [1990] 1 C.N.L.R. 140, [1989] 2 C.F. 701 (C.F., 1^{re} inst.), dans lequel le par. 35(1) n'a pas été invoqué. Un autre arrêt opposé, Re Stacey and Montour and the Queen (1981), 63 C.C.C. (2d) 61 (C.A. Qué.) a été décidé avant l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1982. Noter également que la compétence d'une bande peut être plus étendue que celle de son conseil, selon la portée de la compétence du conseil en application de la coutume de la bande : voir, supra, les notes 72 et 84.

⁹² Cette conclusion s'applique également aux conseils de bande qui ont été placés dans le cadre des dispositions électorales de la Loi sur les Indiens au moyen d'une déclaration en application du par. 74(1) qui a été faite avant l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982, ainsi qu'aux conseils de bande qui ne l'ont pas été. Cette situation est justifiée par le fait que le droit d'une bande de choisir son conseil conformément à la coutume n'est pas abrogé par une déclaration en application du par. 74(1). La jurisprudence indique clairement que cette déclaration a uniquement pour effet de suspendre ce droit, lequel revient en vigueur automatiquement dès l'abrogation de la déclaration : voir, supra, note 62. Les droits qui peuvent être remis en vigueur de cette manière doivent avoir été *existants* selon le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, même s'il était impossible de les exercer lorsque cette disposition est entrée en vigueur : voir McNeil, supra, note 16, à la page 258. Une autre conséquence serait qu'une déclaration en application du par. 74(1) qui serait faite sans l'agrément de la bande en question pourrait être contestée comme une contravention au droit de la bande - qui a été constitutionnalisés en 1982 - de choisir son conseil conformément à sa propre coutume. Une contestation de cette nature pourrait également être effectuée si le consentement avait été donné à l'origine mais retiré par la suite. Si ce point de vue est correct, une bande pourrait utiliser son droit constitutionnel de choisir son conseil

réglementaire pourrait être elle-même une nouvelle expression, sous forme législative, d'une partie de la compétence que les conseils de bande avaient toujours eue.⁹³ Dans cette mesure, les dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à la capacité de prendre des règlements administratifs seraient simplement déclaratoires. Il en découle que les conseils de bande n'exercent pas leur autorité à titre de simples délégués du Parlement.⁹⁴ De cette source ne découlent ni leur existence, ni la totalité de leur pouvoirs. ⁹⁵

coutumièrement de manière à obliger le ministre à abroger une ordonnance en application du par. 74(1).

⁹³ Cette hypothèse n'a pas été étudiée dans l'arrêt Alliance de la fonction publique du Canada c. Francis, [1982] 2 R.C.S. 72, à la page 76 duquel M. le juge Martland a déclaré : *Les pouvoirs que peuvent exercer le conseil de bande et la bande découlent des dispositions de la Loi sur les Indiens.+ Voir aussi Bear c. John Smith Indian Band Chief and Council, [1983] 4 C.N.L.R. 32 (C.B.R. Sask.).

⁹⁴ Cette conclusion ne s'oppose pas à la jurisprudence qui a décidé qu'un conseil de bande est un *office fédéral+ selon les articles 2 et 18 de la Loi sur la Cour fédérale, c'est-à-dire la version modifiée de L.R.C. (1985), ch. F-7 : voir Rider c. Ear, [1979] 4 C.N.L.R. 119 (C. supr. Alta, Section de 1^{re} inst.); Gabriel c. Canatonquin, [1978] 1 C.F. 124 (C.F., 1^{re} inst.), confirmé par [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.F.); Beauvais c. R., [1982] 4 C.N.L.R. 43 (C.F., 1^{re} inst.); Jock c. Canada, supra, note 62, aux pages 106 et 107. L'article 2 de cette loi, modifié par l'article 1 du chapitre 8 D.L. 1990 définit un *office fédéral+ comme *conseil, bureau, commission ou autre organisme ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867+. Le fait que les conseils de bande exercent des pouvoirs qui leur sont conférés par la Loi sur les Indiens, comme l'a décidé l'arrêt Jock, ne signifie pas que ceux-ci sont incapables de détenir une compétence inhérente, ou bien que les dispositions de la Loi sur les Indiens qui leur attribuent des compétences ne peuvent pas être au moins partiellement déclaratoires.

⁹⁵ Comparer à Frank Cassidy et Robert L. Bish, éditeurs, Indian Government: Its Meaning in Practice, Lantzville, C.-B., Oolichan

Nous sommes donc capables d'étudier maintenant le problème de l'application de la Charte aux conseils de gouvernement de bande. Étant donné que les conseils de bande ne sont pas de simples délégués du Parlement, ils ne tombent probablement pas dans le cadre du paragraphe 32(1) lequel, comme nous l'avons déjà vu, rend la Charte applicable aux gouvernements fédéral et provinciaux.⁹⁶ On se

Books, 1989, aux pages 40 à 42; Whitebear Band Council c. Carpenters Provincial Council of Saskatchewan, [1982] 3 C.N.L.R. 181 (C.A. Sask.), aux pages 185 et 186; Paul Band c. R., supra, note 66, à la page 549. Dans l'arrêt Alliance de la fonction publique du Canada c. Francis, supra, note 93, M. le juge Martland a déclaré, à la page 78, que *(1)e conseil de bande a été créé par la Loi sur les Indiens+. Toutefois, étant donné que M. le juge Martland n'a pas étudié l'effet de la définition du *conseil de la bande+ au par. 2(1), il semble que cette déclaration ait été faite per incuriam. Comme Jack Woodward l'a souligné, supra, à la note 61, aux pages 165 et 166, les énoncés généraux faits occasionnellement par les tribunaux à l'égard des conseils de bande tendent à être [Traduction] *viciés par une généralisation excessive+.

⁹⁶ Voir Wildsmith, supra, note 44, à la page 39. Le par. 32(1) est discuté, supra, dans le texte des notes 18 à 35. Comparer à Hamilton et Sinclair, supra, note 22, vol. 1, à la page 333. Voir aussi R. c. Hatchard, supra, note 4, qui porte sur un règlement administratif d'une bande qui interdit la possession de boissons alcooliques sur le territoire d'une réserve. En l'instance, un policier de bande qui était employé par le conseil de bande et dont la compétence découlait uniquement de celui-ci avait fouillé les bagages de l'accusé lorsque ceux-ci avaient été apportés sur le territoire de la réserve Big Trout Lake, dans une région éloignée du nord de l'Ontario. L'accusé avait prétendu que la fouille contrevenait à l'article 8 de la Charte et, par conséquent, que les stupéfiants illicites qui avaient été trouvés ne pouvaient être retenus en preuve en application du par. 24(1). M. le juge Statch a décidé, à la page 109, que le policier n'était ni un *agent de la paix+ en application de l'article 2 du Code criminel, ni un citoyen ordinaire : [Traduction] *le régime général de la Loi sur les Indiens en ce qui concerne les conseils de bande élus introduit ce qui ressemble à un organisme de gouvernement au sein d'un "groupe d'Indiens" reconnu spécifiquement par la Loi. Ce degré d'organisation et ce genre de structure se comparent mal à la plupart des notions relatives à l'activité d'un "simple citoyen"+ M. le juge Statch est parti, sans en décider, de la présomption selon laquelle la Charte s'appliquait aux actes du policier. Toutefois, à la page 115, il a conclu que la preuve ne devait pas être exclue en application du par. 24(2), étant donné que :

rappellera également que l'article 25 prévoit que *le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada+. La compétence inhérente qu'exercent les conseils de bande fait partie de leur droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. Dans la mesure où cette compétence découle de la Loi sur les Indiens⁹⁷, les pouvoirs qui leurs sont conférés par la Loi sembleraient être des *droits ou libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada+ selon l'article 25.⁹⁸ Étant donné que les pouvoirs inhérents

[Traduction] ... le préjudice qui pouvait être causé à l'intégrité du système judiciaire du fait de l'exclusion de la preuve serait tellement élevé que ce serait l'exclusion de la preuve et non pas son admission qui jetterait le discrédit sur l'administration de la justice. Je crois que l'ensemble de la communauté canadienne serait outragé si les efforts collectifs d'une communauté autochtone éloignée pour éliminer de son sein les effets socialement destructeurs des boissons alcooliques étaient contrés par l'exclusion d'une preuve essentielle dans les circonstances dont j'ai constaté l'existence.

⁹⁷ C.-à-d. dans la mesure où, le cas échéant, les dispositions de la Loi sur la capacité réglementaire accordent aux conseils de bande des compétences dont ceux-ci ne jouissaient pas déjà dans le cadre de leur droit à l'autonomie gouvernementale.

⁹⁸ Accord Woldsmith, supra, note 44, à la page 38; voir aux pages 27 à 29, discuté, infra, à la note 139. Voir aussi Sanders, supra, note 46, à la page 327; Pentney, supra, note 33, aux pages 56 et 57. Comparer à Corbière c. R., supra, note 62, dans lequel M. le juge Strayer a décidé que les dispositions du par. 77(1) de la Loi sur les Indiens qui limitent le droit de voter lors des élections du conseil de bande au membre de la bande qui *réside ordinairement sur la réserve+ sont inconstitutionnelles parce qu'elles contreviennent au par. 15(1) de la Charte en discriminant contre les membres qui ne sont pas résidants. Dans cette décision, l'article 25 de la Charte n'a pas été invoqué, peut-être à cause du fait que la disposition dont il était question niait l'existence de droits ou de libertés au lieu d'en accorder. Par conséquent, l'arrêt Corbière indique que la Charte peut être utilisée pour annuler certains aspects de la Loi sur les Indiens qui limitent les droits ou les libertés des peuples autochtones. Cet arrêt n'a pas décidé que la Charte

et législatifs des conseils de bande sont protégés par cette disposition contre l'abrogation ou la dérogation au moyen de la Charte, il en découle que cette dernière ne peut s'appliquer d'une manière générale de façon à restreindre l'exercice de leurs pouvoirs.⁹⁹ Cependant, pour les motifs qui ont déjà été débattus en ce qui concerne les gouvernements autochtones traditionnels, la garantie de l'égalité des sexes qui figure à l'article 28 s'applique aux conseils de bande lorsque ceux-ci exercent leurs pouvoirs inhérents et législatifs.¹⁰⁰

III. LES AUTRES FORMES DE GOUVERNEMENT AUTOCHTONE

Le problème de l'application de la Charte survient aussi dans un autre contexte, c'est-à-dire lorsqu'un gouvernement autochtone est reconnu par le gouvernement canadien et, comme c'est habituellement le cas de nos jours, cette reconnaissance est confirmée législativement. Par exemple, il se peut qu'un accord de règlement des revendications territoriales contienne des dispositions relatives

s'applique aux caractéristiques de la Loi qui accordent des droits ou des libertés aux peuples autochtones auxquels elle s'applique. De plus, dans l'arrêt Renvoi au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ontario), supra, note 41, à la page 1206, M. le juge Estey a dit, en obiter dictum, que le par. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, (voir, supra, note 58) *autorise le Parlement du Canada à légiférer au profit de la population indienne selon un mode préférentiel, discriminatoire ou distinctif, par rapport aux autres.+ Cet énoncé suggère que même en l'absence de l'art. 25, la Charte ne pourrait être utilisée par d'autres Canadiens pour contester les droits et les libertés que la Loi sur les Indiens confère aux autochtones.

⁹⁹ L'argument en opposition à l'application de la Charte dans ce cadre est similaire à l'argument plus détaillé qui était présenté ci-dessus à l'égard des gouvernements autochtones traditionnels : voir, supra, le texte des notes 17 à 43.

¹⁰⁰ Voir, supra, le texte des notes 44 à 55.

à l'autonomie gouvernementale du peuple autochtone qui l'a signé. La Charte s'applique-t-elle, ou non, à ce gouvernement autochtone?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'étudier la situation dans laquelle se trouve ce peuple autochtone ainsi que la nature de la reconnaissance qui a été accordée à son gouvernement.

A titre d'illustration, nous discuterons deux cas de reconnaissance de gouvernements autochtones: premièrement, celui des Cris de la Baie James au Québec et, deuxièmement, celui des Indiens Secheltes en Colombie-Britannique.

A. Le gouvernement local cri selon la Convention de la Baie James et du Nord québécois

Le 11 novembre 1975, la Convention de la Baie James et du Nord québécois (la Convention) a été signée dans le but de régler les revendications territoriales des Cris et des Inuits du Nord québécois et de permettre la poursuite du projet hydro-électrique de la Baie James.¹⁰¹ Je n'essaierai pas d'analyser ici l'ensemble de cette Convention complexe et je n'entrerai pas non plus dans la controverse qui fait rage à l'égard de sa mise en oeuvre.¹⁰² Notre modeste objectif

¹⁰¹ La Convention et les modifications apportées à celle-ci sont imprimées au Québec dans l'ouvrage intitulé Convention de la Baie-James et du Nord québécois et conventions complémentaires, Édition 1991, Québec, Les Publications du Québec, 1991. La Convention a été ratifiée par des lois fédérales et provinciales, notamment la Loi sur le règlement des revendications des autochtones de la Baie James et du Nord québécois, L.C. 1976-1977, ch. 32 et la Loi approuvant la Convention de la Baie James et du Nord québécois, L.C. 1976, ch. 46 (maintenant L.R.Q. 1977, ch. C-67) : voir Administration régionale crie c. Canada, [1991] 3 C.N.L.R. 82, [1991] 3 C.F. 533 (C.A.F.), demande d'autorisation de pourvoi rejetée par [1991] 3 R.C.S. x.

¹⁰² Voir Cassidy et Bish, supra, note 95, aux pages 144 à 154; Wendy Moss, "The Implementation of the James Bay and Northern Quebec Agreement", dans Bradford W. Morse, éditeur, Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Métis and Inuit Rights in Canada, Ottawa, Carleton University Press, 1985, aux pages 684 à 694;

consiste plutôt à isoler une partie de la Convention qui porte sur le gouvernement local cri sur les terres de catégories 1A ¹⁰³, et à décider si la Charte s'y applique.¹⁰⁴

Le paragraphe 9.0.1 de la Convention énonce que *sous réserve de toutes les autres dispositions de la Convention, il est recommandé au Parlement d'adopter une législation spéciale concernant une administration locale pour les Cris de la Baie James sur les terres de la catégorie 1A qui leurs sont attribuées.+ Cette disposition continue en énonçant, en termes généraux, le contenu de la législation projetée. Le paragraphe 9.0.2 stipule notamment que la Loi sur les Indiens s'applique à ces terres jusqu'à ce qu'une telle législation soit adoptée. Le Parlement s'est conformé en 1984 aux obligations énoncées au paragraphe 9.0.1 en adoptant la Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec (la Loi sur les Cris et les Naskapis).¹⁰⁵

Matthew Coon-Come, grand chef, grand conseil des Cris du Québec, dans Frank Cassidy, éditeur, Aboriginal Self-Determination, Lantzville, C.-B., Oolichan Books, 1992, aux pages 114 à 118. Les Cris ont contesté notamment la validité des dispositions de rétrocession foncière de la Convention, au motif que les gouvernements fédéral et provinciaux n'avaient pas rempli leurs obligations en application de la Convention : voir P.-G. Canada c. Coon-Come et al., supra, note 40.

¹⁰³ Selon l'article 5.1.2. de la Convention, *(l)es terres de la catégorie 1A désignent des terres mises de côté à l'usage et au bénéfice exclusifs des bandes crie respectives de la Baie James+.

¹⁰⁴ Nous n'étudierons pas le gouvernement local cri sur les terres de catégorie 1B, l'Administration régionale crie, le Conseil régional de zone de la Baie James et le gouvernement local au nord du 55^e parallèle qui sont tous prévus aux articles 10 à 12 de la Convention.

¹⁰⁵ L.C. 1984, ch. 18. Noter que la Loi s'applique à la fois au gouvernement local cri selon la Convention et au gouvernement local Naskapi selon la Convention du Nord-Est québécois qui a été signée le 31 janvier 1978 avec les Naskapis de Shefferville. Pour plus de simplicité, notre analyse de la législation se limite à l'application de celle-ci aux Cris de la Baie James. Toutefois, cette

L'article 12 de la Loi sur les Cris et les Naskapis constitue huit bandes crie en personnes morales. L'article suivant énonce:

13. À l'entrée en vigueur de la présente partie, les bandes antérieures crie mentionnées aux alinéas 12(1)a) à h) cessent d'exister et leur actif, leurs droits, titres, intérêts, obligations et responsabilités, y compris ceux de leurs conseils, sont transmis aux bandes mentionnées aux alinéas 12(2)a) à h) respectivement.

L'article 21 énumère les missions de la bande, y compris l'usage, la gestion, l'administration et la réglementation relatives aux terres de catégorie 1A, ainsi que la promotion et la préservation de *la culture, (d)es valeurs et (d)es traditions crie+. Une autre mission consiste à *exercer les pouvoirs et fonctions que les lois fédérales ou leurs règlements ainsi que les Conventions lui confèrent ou conféraient à la bande antérieure+.¹⁰⁶

La Loi prévoit également la constitution de conseils de bande¹⁰⁷ par l'intermédiaire desquels chaque bande *exerce ses pouvoirs et fonctions.+¹⁰⁸ La définition législative de la compétence de la bande, qui est exercée par l'intermédiaire du conseil de la bande, est énoncée principalement dans la liste des pouvoirs réglementaires qui sont énumérés aux articles 45 à 48. La disposition suivante accorde une

analyse s'appliquerait aux Naskapis étant donné que les droits de ceux-ci à l'autonomie gouvernementale en application de la Loi sont identiques à ceux des Cris. Sur la mise en oeuvre de la Loi, voir les rapports de la Commission crie-naskapie de 1986, 1988 et 1981, publiés à Ottawa.

¹⁰⁶ L.C. 1984, ch. 18, al. 21j). Les *Conventions+ visées sont la Convention de la Baie James et du Nord québécois et la Convention du Nord-Est québécois.

¹⁰⁷ Ibid, art. 25.

¹⁰⁸ Ibid., art. 26.

compétence étendue sur les questions d'administration locale :
45(1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, la bande peut, à des fins de bonne administration locale et en vue d'assurer le bien-être général de ses membres, prendre des règlements administratifs concernant... [suit une liste de chefs de compétence particuliers comme *santé et hygiène+, *ordre et sécurité publics+, *protection de l'environnement+ et *imposition à des fins locales...+ [des intérêts sur les terres] de certaines catégories].

Les articles 46 à 48 confèrent la capacité réglementaire à l'égard des *terres et ressources+, du *zonage+ et de *la chasse, la pêche et le piégeage, ainsi que ... la protection de la faune+. Certains règlements administratifs, et notamment ceux qui portent sur les impôts fonciers, le zonage, la chasse, la pêche et le piégeage, doivent être agréés par les électeurs de la bande lors d'une assemblée spéciale ou d'un référendum.

Le paragraphe 55(1) énonce qu'

... un membre de la bande ou toute personne intéressée peut demander à la Cour provinciale ou à la Cour supérieure du Québec la cassation totale ou partielle d'un règlement administratif ou d'une résolution de la bande pour illégalité ou vice de forme ou de procédure.

En ce qui nous concerne, cette disposition soulève le problème de l'inclusion des contraventions à la Charte des droits et libertés dans la notion d'*illégalité+. Apparemment, telle n'était pas l'intention du Parlement, étant donné que le paragraphe 56(2) prévoit que *les actions d'illégalité visées à l'article 55 se prescrivent par six mois à partir de l'entrée en vigueur du texte en cause.+ Selon une lecture conjointe des articles 55 et 56, la notion de d'*illégalité+ devrait être comprise de façon à exclure les contraventions à la Charte, étant donné qu'il serait inconstitutionnel qu'une loi fédérale prescrive un recours juridique destiné à contester

une contravention de cette nature, d'une part, et que les lois devraient être interprétées de manière à protéger leur constitutionnalité dans la mesure du possible, d'autre part.¹⁰⁹ Toutefois, l'absence de contrôle judiciaire pour des motifs relatifs à la Charte, à l'article 55, ne met pas fin à notre réflexion, étant donné que l'application de la Charte ne peut être exclue par le libellé d'une loi ordinaire.¹¹⁰

Par conséquent, nous devons utiliser le même genre d'analyse dont nous avons fait usage ci-dessus en ce qui concerne les conseils de gouvernement de bande dans le cadre de la Loi sur les Indiens, afin de décider si la Charte s'applique aux gouvernements locaux des Cris de la Baie James. Nous avons vu que les bandes crie de la Baie James qui agissent par l'intermédiaire de leurs conseils de bande succèdent aux bandes constituées en application de la Loi sur les Indiens qu'elles ont remplacées.¹¹¹ Les conseils de bande succèdent également aux conseils de bande constitués en application de la Loi sur les Indiens, les conseillers continuant à exercer leurs fonctions jusqu'à deux ans après l'entrée en vigueur de la partie pertinente de la Loi sur les Cris et les Naskapis.¹¹² Bien que la compétence législative que les nouveaux conseils de bande peuvent exercer soit

¹⁰⁹ Voir Hogg, supra, note 43, aux pages 859 et 860.

¹¹⁰ La capacité d'une loi d'étendre la portée de la Charte en présumant que celle-ci s'applique à un gouvernement autochtone qui n'y serait pas autrement assujéti constitue un tout autre problème. Cela ne serait probablement pas le cas étant donné que cela équivaldrait à modifier les articles 25 et 32 de la Charte. Comparer à Wildsmith, supra, note 44, à la page 41.

¹¹¹ Voir le texte de la note 105, supra.

¹¹² L.C. 1984, ch. 19, art. 58.

plus étendue que celle dont disposaient leurs prédécesseurs en application de la Loi sur les Indiens, les premiers ne sont pas davantage des délégués du Parlement que les conseils de bande qu'ils ont remplacés.¹¹³ Ni la Convention, ni la Loi sur les Cris et les Naskapis n'ont abrogé le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que les Cris de la Baie James avaient conservé en application de la Loi sur les Indiens.¹¹⁴ La compétence des Cris de la Baie James sur leurs terres et leurs peuples découle de ce droit inhérent plutôt que de la législation qui en régleme l'exercice. Par conséquent, l'énonciation, au paragraphe 45 de la Loi sur les Cris et les Naskapis du fait qu'une bande *peut... prendre des règlements administratifs concernant les terres de catégorie 1A qui lui ont été attribuées et les habitants de ces terres+ confirme une compétence préexistante mais n'en crée pas une.¹¹⁵ Pour ce motif, les conseils de bande des

¹¹³ Comparer à Waskaganish Band c. Blackned, supra, note 4, notamment aux pages 187, 191 et 192.

¹¹⁴ Le par. 2.1 de la Convention stipule qu'en contrepartie des droits et des avantages énumérés dans la Convention, *les Cris de la Baie James ... cèdent, renoncent, abandonnent et transportent par les présentes tous leurs revendications, droits, titres et intérêts autochtones, quels qu'ils soient aux terres et dans les terres et territoires et du Québec+ (le *territoire+ est défini au par. 1.16 comme la superficie complète des terres prévues aux Lois de 1898 et de 1912 relatives à l'extension des frontières du Québec: voir la discussion dans McNeil, supra, note 6, et Mary Ellen Turpel, "Does the Road to Québec Sovereignty Run Through Aboriginal Territory?", dans Drache et Perin, supra, note 6, à la page 93). Cette cession ne porte que sur les droits fonciers ancestraux et non pas sur le droit à l'autonomie gouvernementale qui, comme tous les autres droits ancestraux, est réputé être prorogé jusqu'à ce qu'il soit abrogé d'une manière claire et précise : voir, supra, le texte de la note 76 et la page 102 de l'arrêt Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral), [1991] 4 C.N.L.R. 84, [1991] 2 C.F. 422 (C.F., 1^{re} inst.), dans lequel M. le juge Rouleau a décidé, en appliquant le critère de l'intention claire et précise, que les droits des Cris ne pouvaient être abrogés qu'explicitement.

¹¹⁵ Dans l'affaire Bande d'Eastmain c. Gilpin, supra, note 4,

Cris de la Baie James, tout comme avant eux les conseils de bande constitués en application de la Loi sur les Indiens, ne sont pas placés dans le cadre de la Charte par le par. 32(1).¹¹⁶

La proposition selon laquelle l'article 25 de la Charte fournit une protection supplémentaire est encore plus convaincante l'égard d'un gouvernement local cri.¹¹⁷ Bien que les conseils de gouvernement

un règlement administratif qu'un conseil de bande avait adopté en application de l'article 45 de la Loi sur les Cris et les Naskapis afin d'imposer un couvre-feu aux adolescents de moins de 16 ans avait été contesté au motif qu'il effectuait une discrimination selon l'âge. L'avocat de l'accusé ne s'est pas appuyé sur l'article 15 de la Charte, mais il a plutôt prétendu que la compétence déléguée à la bande par le Parlement excluait la capacité de discriminer de cette manière. M. le juge de Cour provinciale Lavergne a rejeté cet argument et confirmé la légalité du règlement administratif. Le magistrat a conclu que le droit des Cris à l'autonomie gouvernementale en application de la Convention et de la Loi sur les Cris et les Naskapis est constitutionnalisés par le par. 35(3) de la Loi constitutionnelle de 1982, qui fait de celui-ci un droit unique et distinct des pouvoirs réglementaires délégués à d'autres organismes. À la page 1644 des R.J.Q., M. le juge Lavergne a conclu qu'

il faut tenir, par implication nécessaire, que les textes auxquels il a été référé plus haut [c.-à-d. la Convention et la Loi, *N. du T.*] ont entendu octroyer aux bandes crie, à l'intérieur des champs de compétence y spécifiés, pleine latitude de légiférer selon les besoins de leurs communautés qu'ils auront eux-même identifiés.

Dans cette perspective, la Cour est d'accord avec la proposition que les Cris détiennent une espèce de souveraineté résiduaire lorsqu'il s'agit de leurs gouvernements locaux.

Voir également Bande d'Eastmain c. Gilpin (n° 2), supra, note 4, débattu ci-dessous à la note 117.

¹¹⁶ Voir Thomas Isaac, "The Constitution Act, 1982 and the Constitutionalization of Aboriginal Self-Government in Canada: Cree-Naskapi (of Quebec) Act", [1991] 1 C.N.L.R. 1, aux pages 5 et 6.

¹¹⁷ Wildsmith, supra, note 44, écrit aux pages 39 et 40 : [Traduction] *Contrairement aux dispositions de la Loi sur les Indiens, le statut des conventions de règlement des revendications territoriales comme sources de droits et de libertés en application de l'article 25 est clair et indiscutable+. Wildsmith poursuit et conclut que les dispositions de la Convention de la Baie James et

de bande constitués en application de la Loi sur les Indiens soient obligés de s'appuyer sur l'expression de portée générale *droits ou libertés - ... issus de traités ou autres+ pour protéger leur compétence législative contre une abrogation ou une dérogation par la Charte, les droits des Cris de la Baie James de se gouverner eux-mêmes en application des dispositions du paragraphe 9.0.1 de la Convention (qui est mis en oeuvre par la Loi sur les Cris et les Naskapis¹¹⁸) sont protégés d'une manière spécifique par l'alinéa b) de l'article 25, qui protège *les droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis+. ¹¹⁹ Par conséquent, cette disposition protège

du Nord québécois sur le gouvernement autochtone donnent naissance à des droits et libertés en application de l'article 25 qui sont, par conséquent, protégés contre la Charte. Comparer à Waskaganish Band c. Blackned, supra, note 4, dans lequel le tribunal n'a même pas fait état de l'article 25 dans sa discussion de l'application de la Charte à un conseil de bande cri constitué en application de la Loi sur les Cris et les Naskapis. Dans l'affaire Bande d'Eastmain c. Gilpin (n° 2), supra, note 4, l'article 25 a été soulevé afin de protéger un règlement administratif cri imposant un couvre-feu contre une contestation en application du par. 15(1) de la Charte à l'encontre d'une prétendue discrimination fondée sur l'âge. À la page 18, le tribunal a déclaré qu'il n'était pas obligé d'aborder la question de l'article 25, étant donné que la discrimination n'avait pas été prouvée et que, même si c'eut été le cas, le règlement administratif aurait été protégé par l'article 1 de la Charte.

¹¹⁸ Le par. 2.1 de la Convention prévoit que les Cris rétrocèdent leurs droits fonciers *en considération des droits et des avantages accordés aux présentes+. L'article 9 de la Convention établit clairement un *droit+ à l'autonomie gouvernementale des Cris, étant donné que le par. 9.0.4 stipule que *les dispositions du présent chapitre ne peuvent être amendées qu'avec le consentement du Canada et de la partie autochtone intéressée+. Puisque l'article 9 accorde un droit, partiellement en échange de la rétrocession d'autres droits, le droit à l'autonomie gouvernementale qu'accorde cette disposition doit jouir de la même protection en application de l'article 25 de la Charte que les droits qui ont été rétrocédés : voir Wildsmith, supra, note 44, à la page 40.

¹¹⁹ Voir Isaac, supra, note 116, aux pages 6 et 11. Cette disposition a été modifiée et le par. 3 de l'article 35 a été ajouté

constitutionnellement le gouvernement local cri contre l'application des dispositions de la Charte, à l'exception de l'article 28 qui, comme nous l'avons déjà vu, déroge à l'article 25 dans l'intérêt de l'égalité entre les sexes.¹²⁰

B. L'administration indienne sechelte

Le 17 juin 1986, la Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte¹²¹ (la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte) a reçu la sanction royale. Cette loi fédérale, qui a été adoptée conformément au voeu énoncé par les membres de la bande sechelte lors d'un référendum¹²², a constitué une nouvelle entité juridique, c'est-à-dire la bande indienne sechelte (la bande) destinée à remplacer la bande sechelte antérieure.¹²³ La Loi a également remplacé le conseil de la bande sechelte constitué en application

de manière à s'assurer que les conventions de règlement des revendications territoriales antérieures et postérieures à la Charte soient protégées constitutionnellement : voir la Proclamation de 1983 modifiant la Constitution, TR/84-102. Les Cris de la Baie James ont joué un rôle dans l'adoption de ces modifications par la Conférence des premiers ministres sur les Affaires autochtones, de 1983 : voir Roy MacGregor, Chief: The Fearless Vision of Billy Diamond, Markham, Ontario, Penguin Books, 1990, aux pages 201 et 202.

¹²⁰ Voir, supra, les notes 44 à 55. Le par. 35(3) de la Loi constitutionnelle de 1982 offre également une protection de fond de nature constitutionnelle au gouvernement local cri, en empêchant toute contravention à celui-ci au moyen de dispositions législatives qui ne respectent pas le critère de l'arrêt Sparrow : voir Cassidy et Bish, supra, note 95, aux pages 147 et 148; Isaac, supra, note 116, Bande d'Eastmain c. Gilpin, supra, note 4, à la page 66; Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral), supra, note 114, à la page 102.

¹²¹ L.C. 1986, ch. 27.

¹²² Voir le préambule, ibid.

¹²³ Ibid., articles 5 et 6.

de Loi sur les Indiens par un nouvel organisme dirigeant, le conseil de la bande indienne sechelte (le conseil) qui est doté de pouvoirs législatifs plus étendus que ceux que la Loi sur les Indiens confère aux conseils de bande.¹²⁴ De plus, la législation pourvoit à la constitution du conseil de district de l'administration indienne sechelte (le conseil de district), qui est doté des pouvoirs législatifs qui lui auront été transférés de la bande ou du conseil par le gouverneur en conseil ou qui lui auront été conférés par une loi de la législature de la Colombie-Britannique.¹²⁵

Tout d'abord, le conseil a remplacé le conseil de bande constitué en application de la Loi sur les Indiens en qualité d'organisme dirigeant de la nouvelle bande. Celle-ci a repris tous les droits et toutes les obligations de la bande constituée en application de la Loi sur les Indiens et du conseil de cette dernière ¹²⁶, mais selon la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte, dans le cadre de ses attributions la bande agit par l'intermédiaire du conseil.¹²⁷

¹²⁴ Ibid., art. 8 et 9, aux pages 14 à 16 et 44.

¹²⁵ Ibid., art. 17 à 22. La loi intitulée Sechelt Indian Government District Enabling Act, S.B.C. 1987, ch. 16, article 3, prévoit que si [Traduction] *le conseil de district prend des lois ou des règlements administratifs qu'une municipalité a la capacité d'adopter en application d'une loi provinciale, ces lois ou règlements administratifs sont, pour les fins de la présente Loi, réputés avoir été adoptés en application de cette loi-là.+ Une analyse descriptive de la structure gouvernementale de la bande sechelte se trouve dans l'article de John P. Taylor et Gary Paget intitulé "Federal/Provincial Responsibility and the Sechelt" dans David C. Hawkes, éditeur, Aboriginal Peoples and Government Responsibility: Exploring Federal and Provincial Roles, Ottawa, Carleton University Press, 1991, à la page 297. Un point de vue plus critique se trouve dans Cassidy et Bish, supra, note 95, aux pages 135 à 144.

¹²⁶ L.C. 1986, ch. 27, par. 5(2).

¹²⁷ Ibid., art. 9. En qualité d'entité juridique, la bande exerce les attributions d'une personne physique (art. 6) et elle est

Il semble donc qu'en plus des pouvoirs législatifs qui lui sont spécifiquement attribués par la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte, le conseil peut exercer n'importe quel droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que le conseil de bande constitué en application de la Loi sur les Indiens aurait pu exercer avant d'être remplacé par le nouveau Conseil.¹²⁸ Bien que le présent article ne vise pas à étudier la portée du droit à l'autonomie gouvernementale du conseil de la bande sechelte constitué en application de la Loi sur les Indiens, on peut déduire de notre discussion antérieure générale à l'égard des conseils de gouvernement de bande en application de la Loi sur les Indiens que ce droit n'était probablement pas limité à la capacité de prendre des règlements administratifs qui était attribuée au conseil de bande par la Loi sur les Indiens.¹²⁹ Par conséquent, bien qu'il ait été constitué par la Loi sur l'autonomie

tenu de respecter sa constitution dans l'exercice de ses attributions (art. 7). Cette constitution est créée en application des art. 10 et 11.

¹²⁸ L'article 4 de la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte indique clairement l'absence d'intention d'abroger aucun pouvoir dont jouissait auparavant le conseil de bande constitué en application de la Loi sur les Indiens : *La présente loi a pour objet de permettre à la bande indienne sechelte d'exercer l'autonomie gouvernementale et de faire fonctionner des institutions autonomes sur les terres secheltes et d'obtenir le contrôle et la gestion des ressources et des services à la disposition de ses membres.*

¹²⁹ Voir, supra, le texte des notes 57 à 95. Noter également que l'article 3 de la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte énonce qu'*il demeure entendu que la présente loi ne porte pas atteinte aux droits existants, ancestraux ou issus de traités des membres de la bande indienne sechelte ou des autres peuples autochtones du Canada, droits dont il est fait état à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982+. Par conséquent, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale du peuple sechelte qui pouvait exister avant l'adoption de la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte a été protégé.

gouvernementale sechelte, le conseil succède à un conseil de bande qui n'était probablement pas un simple délégué du Parlement et il exerce les pouvoirs de celui-ci.¹³⁰ Donc, on peut prétendre que le Conseil n'est pas visé par l'alinéa 32(1)a) de la Charte qui applique celle-ci au Parlement et au gouvernement du Canada.¹³¹

Pour sa part, le conseil de district est constitué uniquement par la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte. Ses membres sont ceux du conseil ¹³², mais il s'agit d'une entité juridique distincte constituée par la Loi.¹³³ Ses pouvoirs consistent en une combinaison de pouvoirs municipaux qui lui sont conférés par la législature de la Colombie-Britannique, d'une part, et de pouvoirs qui lui sont transférés par la bande ou par le conseil, d'autre part.¹³⁴

En ce qui concerne ces pouvoirs municipaux, il n'y a aucun doute à l'égard du fait que le conseil de district exercerait les compétences qui lui ont été déléguées par la législature provinciale et qu'il se trouverait donc dans le cadre de l'alinéa 31(1)b) de la Charte, qui applique cette dernière à la législature et aux gouvernements des provinces.¹³⁵ Toutefois, les pouvoirs qui lui auraient été

¹³⁰ Comparer à Cassidy et Bish, supra, note 95, notamment à la page 141 : [Traduction] *L'approche à l'égard des Secheltes se fonde sur la délégation de pouvoirs+.

¹³¹ Voir, supra, le texte des notes 17 et 18.

¹³² L.C. 1986, ch. 27, par. 19(2).

¹³³ Ibid., art. 18 et par. 19(1).

¹³⁴ supra, note 125.

¹³⁵ Voir Re McCutcheon and City of Toronto (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C. Ont.), à la page 203, dans lequel M. le juge Linden a déclaré [Traduction] *Le paragraphe 32(1) envisage que les arrêtés municipaux soient assujettis à la Charte+. Voir aussi Re Hardie and District of Summerland (1985), 24 D.L.R. (4th) 257 (C. supr. C.-B.).

transférés par la bande ou par le conseil pourraient comprendre des pouvoirs qui découlent du droit inhérent des Secheltes à l'autonomie gouvernementale. Lorsqu'il exercerait ces pouvoirs, le conseil de district ne serait un délégué, ni du Parlement, ni de la législature provinciale. Tout au moins dans cette mesure, il ne serait donc pas assujetti à la Charte.¹³⁶

L'article 25 de la Charte est également pertinent en la matière. Tous les droits ou libertés ancestraux ou issus de traités dont jouissent les Secheltes seraient protégés par l'article 25 contre une abrogation ou une dérogation du fait de la Charte. Par conséquent, leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ainsi que les droits ou libertés de gouvernement qui sont attribués au conseil ou au conseil de district par la législation fédérale ou provinciale seraient protégés contre la Charte par l'article 25.¹³⁷ Il en découle que ni le conseil, ni le conseil de district ne serait assujetti, d'une manière générale, aux dispositions de la Charte dans l'exercice d'aucun des pouvoirs qui lui sont délégués par la Loi sur l'autonomie gouvernementale sechelte ou en application de celle-ci.¹³⁸ Cependant,

¹³⁶ Il ne serait pas très pratique que le conseil de district soit assujetti à la Charte dans l'exercice de certains de ses pouvoirs et non pas de certains autres, étant donné que cela créerait de la confusion et pourrait causer des différends coûteux. Il serait préférable que les pouvoirs du conseil de district soient assujettis à la Charte dans leur totalité, ou bien aucunement. Pour les raisons indiquées au prochain paragraphe à l'égard de l'article 25 de la Charte, il serait plus compatible avec la Constitution que la Charte ne s'applique pas du tout.

¹³⁷ Voir, supra, le texte des notes 96 à 99.

¹³⁸ Accord Wildsmith, supra, note 44, aux pages 27 et 28. Toutefois, Wildsmith suggère plus loin, à la page 28, que [Traduction] *sans dire que le droit à l'autonomie gouvernementale en application de l'article 25 est assujetti à la Charte, un tribunal pourrait néanmoins mettre en oeuvre les valeurs enchâssées dans la Charte,

pour les motifs qui ont déjà été discutés à l'égard des gouvernements autochtones traditionnels, les conseils de bande constitués en application de la Loi sur les Indiens et le gouvernement local cri de la Baie James seraient assujettis à la garantie d'égalité des sexes énoncée à l'article 28.¹³⁹

IV. CONCLUSIONS

Notre discussion a indiqué l'existence d'arguments juridiques convaincants qui permettent de conclure qu'en dehors des dispositions de l'article 28 garantissant l'égalité entre les sexes, la Charte

en décidant que le Parlement n'avait jamais eu l'intention que les pouvoirs qu'il avait conférés au conseil de bande [sechelte] seraient utilisés de manière à contrevenir aux libertés, comme par exemple celles d'expression ou de religion+. Aux pages 28 et 29, l'auteur suggère également que la Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), Annexe III, pourrait être [Traduction] *une source possible de limitation aux formes législatives d'autonomie gouvernementale des autochtones... "La Déclaration canadienne des droits ne contient aucune disposition comparable à l'article 25 et, ni la Loi sur les Indiens, ni la Loi sur l'autonomie gouvernementale de la bande sechelte, ne s'applique par dérogation à la Déclaration+. Voir aussi l'arrêt Waskaganish Band c. Blackned, supra, note 4, dans lequel M. le juge Ouellet a conclu que la Déclaration canadienne des droits s'applique à un conseil de bande cri constitué en application de la Loi sur les Cris et les Naskapis. Cependant, Wildsmith et M. le juge Ouellet ont présumé que les pouvoirs exercés par les conseils de bande en application de ces lois avaient été conférés par une loi, ce qui, nous l'avons vu, n'est pas nécessairement le cas. Dans la mesure où les conseils de bande exercent des pouvoirs qui découlent du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale, aucune limitation ne peut découler d'une intention législative implicite ni de la Déclaration canadienne des droits, dont l'application se limite à la législation fédérale. Toutefois, cela ne veut pas dire que la Cour suprême du Canada n'imposera pas des limitations à sa propre initiative, étant donné que, dans l'arrêt Sparrow c. R., elle a déjà limité la portée des droits ancestraux et issus de traités visés par l'article 35 en décidant que la législation fédérale peut légalement contrevenir à ces droits si elle est conforme au critère de justification imposé par la Cour : voir, supra, la note 9.

¹³⁹ Voir, supra, le texte des notes 43 à 55.

ne s'applique pas aux formes de gouvernement autochtone qui ont été étudiées dans le présent article. Cependant, il se peut que les tribunaux soient tentés d'atténuer ces arguments, de crainte que les droits et libertés fondamentaux ne soient pas protégés si les gouvernements autochtones étaient autorisés à exercer leurs fonctions en dehors de la Charte. Cette forme d'activisme judiciaire devrait être évitée. L'applicabilité de la Charte est un problème politique qui ne devrait pas être résolu tant qu'il n'aura pas été soigneusement étudié et débattu publiquement, et tant aussi que les conséquences de l'application de la Charte aux gouvernements autochtones n'auront pas été correctement comprises. À l'heure actuelle, nous sommes encore loin de comprendre correctement la portée et la nature de ce problème.¹⁴⁰

La Charte a été conçue pour s'appliquer aux formes parlementaires de gouvernement fondées sur le droit et les traditions euro-canadiennes.¹⁴¹ Les structures de ces gouvernements étaient bien connues lorsque la Charte a été adoptée et les conséquences à long terme de celle-ci étaient prévisibles, bien que fort incertaines. Tel n'est pas le cas en ce qui concerne les gouvernements autochtones

¹⁴⁰ À mon avis, la décision, dans l'Accord de Charlottetown, d'appliquer la Charte aux gouvernements autochtones a été prise beaucoup trop rapidement et sans penser suffisamment à ses conséquences. J'étudierai ce problème, aux conséquences importantes, dans l'article connexe intitulé "Aboriginal Self-Determination and the Charter".

¹⁴¹ Voir Menno Boldt et J. Anthony Long, "Tribal Philosophies and the Canadian Charter of Rights and Freedoms", dans Menno Boldt et J. Anthony Long, éditeurs, The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights, Toronto, University of Toronto Press, 1985; Mary Ellen Turpel, "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretive Monopolies, Cultural Differences" (1989-1990), Canadian Human Rights Yearbook, à la page 3.

traditionnels. De nombreux peuples autochtones sont encore en train de choisir la forme des gouvernements qui seront constitués au moyen de l'exercice de leur droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Les tribunaux autochtones n'ont actuellement aucun statut officiel et ils pourraient être structurés d'une manière très différente des autres tribunaux canadiens. L'application aux tribunaux autochtones des droits garantis par la Charte, comme par exemple le droit à un avocat ou le droit de garder le silence, pourrait limiter les structures de ceux-ci et les obliger à se conformer à des modèles euro-canadiens qui sont inappropriés culturellement.

Je crains que le pouvoir judiciaire, peut-être dans le cadre d'une affaire difficile, décide que la Charte s'applique d'une manière générale aux gouvernements autochtones avant que les conséquences de cette décision ne soient suffisamment comprises. Une fois que la Cour suprême du Canada aura pris une décision de cette nature, il sera difficile de s'en écarter, sinon au moyen d'une modification constitutionnelle qui exonérerait les gouvernements autochtones de l'application de la Charte. A mon avis, la probabilité de la discussion, et plus encore de l'adoption, d'une telle modification serait très faible. Cependant, si les tribunaux font preuve de réserve judiciaire et refusent d'appliquer la Charte aux gouvernements autochtones, je suis certain que le problème fera l'objet d'un débat public approfondi. Je souhaite que ce processus donne lieu à une solution politique qui établira un équilibre approprié entre les droits individuels et collectifs qui sont au coeur du débat.