

**ANNEXE J**

**LA CONFÉRENCE SUR L'HARMONISATION  
DES LOIS ET LES LOIS AUTOCHTONES**

**Merilee Rasmussen, Saskatchewan**

## **LE RÔLE DE LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA EN RELATION AVEC LES LOIS AUTOCHTONES**

### **SOMMAIRE**

L'harmonisation des lois entre les provinces est perçue depuis longtemps comme un objectif valable, dont le besoin pratique a seulement augmenté avec les développements de la technologie et des transports et avec la mobilité croissante de la société. Au moment où les peuples autochtones entreprennent l'exercice de leur compétence législative, que ce soit en raison d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, à la suite d'ententes négociées, ou par l'exercice de pouvoirs délégués, l'harmonisation des lois des peuples autochtones, tout comme des lois des provinces, devient aussi un objectif souhaitable.

### **INTRODUCTION**

La Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada émane d'une recommandation de l'Association du barreau canadien voulant que chaque gouvernement provincial nomme des commissaires pour participer à des conférences organisées dans le but de promouvoir l'uniformité des lois entre les provinces. La première de ces conférences a eu lieu en 1918.

En 1995, la Conférence a adopté un nouveau nom en français, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, afin de mieux refléter la nature et le processus d'harmonisation dans un pays possédant deux systèmes juridiques.

La Conférence doit maintenant se pencher sur la question de l'harmonisation de sorte qu'elle englobe et prenne en compte la mise en œuvre des ententes d'autonomie gouvernementale négociées avec les peuples autochtones du Canada et la reconnaissance des lois autochtones adoptées sur le fondement d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale que protège implicitement l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il peut aussi y avoir un besoin croissant de s'interroger sur la question de l'harmonisation et son rapport avec l'exercice de la compétence législative qui découle de pouvoirs délégués.

Le besoin d'uniformité et d'harmonisation naît directement de la division constitutionnelle des pouvoirs au Canada. La compétence que possèdent les provinces permet l'adoption de lois dans de nombreux domaines dans lesquels l'uniformité et l'harmonisation sont particulièrement souhaitables, surtout avec l'augmentation de la mobilité de la population et l'amélioration importante des technologies de télécommunication et de transport. Ce besoin sera manifeste à l'intérieur des provinces, et entre elles.

### **UNIFORMITÉ OU HARMONISATION?**

Il est intéressant de remarquer que le nom anglais de la Conférence utilise le terme « uniformité » et que le français parle d'« harmonisation ». Le terme uniformité semble sous-entendre une similitude alors que le terme harmonisation suggère la compatibilité.

Dans le contexte des lois autochtones, si le fondement de la compétence autochtone est la capacité d'établir des lois qui correspondent et qui sont liées aux besoins et aux préoccupations des peuples autochtones et, plus précisément, à la préservation de leur culture et de leur identité autochtone, alors le terme « uniformisation » est moins apte à décrire le besoin d'intégration<sup>1</sup> des systèmes de lois que le terme « harmonisation ». Autrement dit, la compétence autochtone n'est pas uniquement une question de savoir qui a le pouvoir de faire les lois; elle comprend une présomption voulant que si les peuples autochtones adoptent leurs propres lois, les lois découleront de la culture et de l'identité autochtones et renforceront celles-ci. Cela n'aurait donc aucun sens que les peuples autochtones ne fassent qu'adopter les lois qui ont, jusqu'à présent, été adoptées par des gouvernements non autochtones.

À cet égard, le lien entre les lois autochtones et les lois fédérales et provinciales ressemble davantage à la relation qui existe entre les versions en deux langues d'une loi. Comme entre les versions françaises et anglaises d'une loi, la littéralité d'une traduction d'une langue vers l'autre est moins importante que le résultat. L'objectif est d'atteindre le même résultat dans les deux versions de la loi, et il est reconnu que ce résultat peut découler de formulations qui ne soient pas exactement les mêmes. Cette priorité axée sur le résultat permet le même respect pour les deux langues en ne privilégiant aucune version particulière.

La situation pour les lois autochtones est semblable, mais pas exactement pareille. Il est nécessaire de produire des résultats globaux positifs qui sont, en règle générale, les mêmes que ceux que recherchent les lois non autochtones. Par exemple, en ce qui a trait aux questions d'éducation, l'objectif de tous les gouvernements est de voir encore plus d'étudiants obtenir un diplôme d'études secondaires ou post-secondaires. Les moyens par lesquels cet objectif sera atteint, et donc les lois conçues pour y parvenir, seront toutefois différents. La différence ne découle pas forcément de l'utilisation d'une autre langue, mais elle émane d'une distinction culturelle.

Pour toutes ces raisons, le présent article emploiera donc le terme « harmonisation » pour décrire le processus par lequel les lois autochtones et non autochtones pourraient fonctionner côte à côte, de façon pratique, tout en accordant le respect voulu à la compétence de tous les corps législatifs.

## COMPÉTENCE ET DÉSIR D'HARMONISATION

Le champ d'application potentiel de la compétence autochtone chevauche les compétences accordées au gouvernement fédéral et aux provinces. Cette situation découle de la présence du paragraphe 91(24), qui permet au gouvernement fédéral d'adopter des lois relatives aux

---

<sup>1</sup>Le mot « intégration » est employé ici avec quelques hésitations. Il a été décrit comme un mot codé pour « assimilation ». (Voir, par exemple, Kerry Wilkins, « Still Crazy After All These Years: Section 88 of the Indian Act at 50 » (2000), 38 Alta. L. Rev. (No. 2) 458-503, au paragraphe 9. L'auteur mentionne que l'un des principaux facteurs de motivation du gouvernement fédéral pour l'adoption de cette disposition, qui énonce que sous quelques réserves, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux Indiens, était sa conviction que « [TRADUCTION] les provinces avaient un rôle à jouer dans l'atteinte du but d'assimilation à long terme reconnu – ou, comme on l'appellera plus tard, « l'intégration » – des peuples indiens à la société conventionnelle. L'article 88 reflétait aussi, à la base, cette conviction. » [citations omises]) Ce n'est pas le sens dans lequel le mot est employé ici. L'intention est de faire référence à la manière dont deux ou même trois systèmes juridiques – fédéral, provincial et autochtone – peuvent fonctionner de façon pratique dans le cadre d'un même endroit géographique, ou d'une population homogène.

« Indiens » et à leurs terres. Peu importe les arguments que l'on peut faire valoir par rapport aux limites de cette compétence, il est clair qu'il existe certains domaines où la compétence autochtone pourrait s'appliquer et qui donnerait lieu à des lois similaires aux lois provinciales, et d'autres, à des lois qui se rapprochent aux lois fédérales. Donc, pour les mêmes raisons que celles qui s'appliquent entre provinces, l'uniformité ou l'harmonisation des lois autochtones et des lois fédérales et provinciales peut aussi être indiquée.

De plus, puisque la compétence autochtone et son envergure potentielle sont liées à l'importance de l'harmonisation, il est nécessaire d'étudier, de façon préliminaire, l'étendue éventuelle de la compétence législative des Autochtones et la possibilité que les lois autochtones soient adoptées ou non dans un avenir rapproché. Le but d'un tel examen est de tenter d'établir l'ampleur et le degré de préoccupation que présentent l'uniformité et l'harmonisation dans ce contexte. Autrement dit, la mesure dans laquelle la question de l'harmonisation se posera est reliée à la mesure dans laquelle des lois autochtones peuvent être adoptées. Plus la gamme des lois autochtones pouvant être adoptées est grande, plus la question de l'harmonisation sera importante.

### LIMITES POTENTIELLES DES LOIS AUTOCHTONES

Les lois autochtones peuvent découler de trois sources: l'exercice du pouvoir législatif comme manifestation d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, ainsi que l'exercice du pouvoir législatif en application d'ententes négociées avec le Canada et les provinces, et en raison de la capacité d'établir des lois ou des règles sous le régime d'autres gouvernements.

#### Un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale

Il n'y a pas encore de jugement définitif ou complet de la Cour suprême du Canada duquel l'on puisse dire qu'il définit complètement la nature et l'étendue de la compétence autochtone. On peut néanmoins énoncer quelques suppositions générales. Tout d'abord, on peut présumer qu'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale peut être protégé en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui peut justifier l'exercice des pouvoirs législatifs autochtones<sup>2</sup>. Cela ne signifie pas que l'autonomie gouvernementale autochtone est illimitée. En effet, la Cour suprême a statué que les revendications d'autonomie gouvernementale doivent être examinées selon le même critère que celui appliqué aux autres revendications de droits autochtones<sup>3</sup>. La Cour énonce ce critère, notamment dans l'arrêt *Van der Peet*, de la manière suivante:

...pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question.<sup>4</sup>

<sup>2</sup>Voir, par exemple, *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, dans lequel la Cour suprême a considéré la possibilité qu'une revendication de compétence relative aux jeux de hasard à gros enjeux soit comprise dans un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, commence son analyse en déclarant ce qui suit: « À supposer, sans toutefois en décider, que le par. 35(1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale ». Bien qu'il affirme expressément qu'il s'agit d'une supposition et non pas d'une décision, il semblerait étrange que le tribunal se base sur une supposition s'il pensait qu'il n'était pas vraisemblable qu'elle soit vraie.

<sup>3</sup>*Ibid.*

<sup>4</sup>*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au par. 4.

En conséquence, il semblerait que la portée potentielle d'un droit autochtone à l'autonomie gouvernementale doit être reliée à ces pratiques, coutumes ou traditions qui font partie intégrante de la culture<sup>5</sup>. Cependant, les tribunaux ne font que commencer à se poser la question et il est prématuré de tenter de prédire exactement de quelle façon la portée de la compétence autochtone peut s'étendre. Cela dépendra partiellement des questions particulières qui seront soumises aux tribunaux et de l'ordre dans lequel elles le seront, et partiellement du succès des négociations relatives à l'autonomie gouvernementale.

La Commission royale sur les peuples autochtones a examiné de façon exhaustive la question de la portée potentielle de la compétence autochtone. De l'avis de la Commission, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est reconnu et affirmé par l'art. 35 et « [d]e façon générale [...] s'étend à toutes les questions intéressant le bon gouvernement et le bien-être des peuples autochtones et de leurs territoires »<sup>6</sup>. La Commission divise cette sphère de compétence en deux parties, qu'elle appelle le « centre » et les « confins ». Le centre de la compétence inhérente autochtone comprend les questions essentielles au bien-être d'un peuple, à la culture et à l'identité et qui n'ont pas un impact majeur sur les compétences adjacentes ni ne posent autrement de questions de prépondérance fédérale ou provinciale. Les confins se composent, bien sûr, de tout ce qui reste. Tout le reste équivaut en gros à la portée de la compétence fédérale en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit le pouvoir d'adopter des lois en rapport avec les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». Les peuples autochtones peuvent agir unilatéralement afin d'adopter des lois dans le centre de leur compétence, mais ils doivent négocier des ententes d'autonomie gouvernementale pour adopter des lois dans les confins de celle-ci.

La conception fondamentale qu'exprime la Commission d'un droit autochtone inhérent à l'autonomie gouvernementale n'est pas très différente de la description de base de l'autonomie gouvernementale qui découle de l'application du critère de l'arrêt *Van der Peet*. Cela ne veut pas dire que les tribunaux sont susceptibles de juger qu'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale existe dans l'abstrait. C'est plutôt que si la portée d'un droit inhérent devait être déterminée par des procès relatifs à son exercice unilatéral, cela commencerait par la revendication fondamentale à l'autonomie gouvernementale, qui se manifeste par l'établissement de structures gouvernementales par un peuple, par la capacité de déterminer le statut de membre du groupe, ainsi que par la capacité de transmettre<sup>7</sup> sa langue et sa culture aux générations futures de façon à préserver son identité et son existence. Les règles

---

<sup>5</sup>Il faut reconnaître que l'étendue des revendications possibles d'autonomie gouvernementale sera effectivement déterminée, dans un sens pratique, par la manière dont les revendications seront caractérisées. Peter Hogg, dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada*, souligne ce fait dans son commentaire sur la décision de la Cour dans l'arrêt *Pamajewon*. Comme nous l'avons souligné ci-dessus, cet arrêt soulève une question relative à la réglementation des jeux de hasard à gros enjeux dans des réserves. Hogg (à la page 27-21) mentionne que si la revendication avait été caractérisée de façon large comme étant reliée à la capacité de gérer les réserves, elle aurait certainement satisfait au critère de l'arrêt *Van der Peet*. Le tribunal a cependant décidé de caractériser la revendication comme étant reliée aux jeux de hasard et a donc statué que la réglementation des jeux de hasard ne constituait pas une activité faisant partie intégrante de la culture autochtone.

<sup>6</sup>La décision *Pamajewon* a été rendue le 22 août 1996. Le rapport final de la Commission royale a été communiqué le 21 novembre 1996. Depuis ce temps, la jurisprudence a fait plusieurs renvois au rapport de la Commission, mais aucun dans le contexte du droit à l'autonomie gouvernementale ou de la portée possible de la compétence autochtone en application d'un tel droit.

<sup>7</sup>La capacité d'enseigner aux membres du groupe au sujet de la langue et de la culture a été examinée dans l'arrêt *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, voir, par exemple, le par. 56.

qui régissent ces aspects de leur interrelation satisferaient au concept de centre de la compétence autochtone défini par la CRPA et au critère de l'arrêt *Van der Peet*. Alors que de nouvelles extensions d'un droit inhérent seront mises à l'épreuve dans des affaires précises, ces limites fondamentales de la compétence pourraient être étendues. Cependant, il semble peu vraisemblable qu'elle puisse aller au-delà des limites extérieures du champ d'application de la compétence accordée au gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24), puisque l'exercice de la compétence irait alors, par définition, au-delà de tout lien possible avec les Indiens ou leurs terres, et cesserait d'être « autochtone ».

Ainsi, quelle que soit la portée qu'aura en bout de ligne la compétence autochtone découlant d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il semblerait que cette compétence comprendra au moins les éléments qui se situent dans le centre de la compétence, selon le cadre tracé par la Commission royale, et pas davantage que ce que le gouvernement fédéral serait en mesure de faire en vertu du paragraphe 91(24).

La question de savoir dans quelle mesure le gouvernement fédéral peut adopter des lois applicables aux Indiens et à leurs terres demeure non résolue. Alors que l'analyse habituelle de l'essence et de la substance doit être faite relativement à l'étendue du pouvoir fédéral, les tribunaux ont habituellement statué (d'une manière pas très utile) que le critère applicable était de savoir si la loi était ou non en relation avec les « Indiens en leur qualité d'Indiens ».

D'un côté, il est clair que le par. 91(24) doit autoriser le Parlement à adopter des lois portant sur d'autres sujets que ceux sur lesquels il a le pouvoir de le faire en application d'autres chefs de compétence, sinon le par. 91(24) n'aurait pas été nécessaire. Par ailleurs, il est peu probable que ce paragraphe permette au Parlement d'adopter n'importe quelle loi simplement parce qu'elle s'applique uniquement aux Indiens. Selon le professeur Hogg, le Parlement serait probablement limité par la restriction, à savoir que toute loi doit être « [TRADUCTION] reliée rationnellement à des politiques intelligibles relatives aux Indiens »<sup>8</sup>.

Il est également clair que le Parlement possède, en vertu du par. 91(24), la capacité d'adopter des lois qui s'appliquent aux Indiens où qu'ils se trouvent<sup>9</sup>. C'est donc dire que les lois fédérales ne doivent pas nécessairement se limiter aux Indiens qui vivent dans des réserves. Si elle est circonscrite par les mêmes limites que celles applicables au gouvernement fédéral lorsqu'il exerce sa compétence en vertu du par. 91(24), la compétence autochtone peut aussi, et pour des motifs similaires, s'étendre aux Indiens là où ils se trouvent, dans une réserve ou à l'extérieur.

Jusqu'à maintenant, pour les causes où l'on a examiné le par. 91(24), on s'est penché sur une autre perspective – à savoir si les lois provinciales s'appliquent ou non à l'endroit de la compétence fédérale. Cette question demeure forcément théorique depuis 1951, moment où la *Loi sur les Indiens* a été modifiée afin de prévoir l'application des lois provinciales d'application générale aux Indiens, sous réserve des modalités des traités et de toute loi

---

<sup>8</sup>À la page 27-4.

<sup>9</sup>Voir *Four B Manufacturing Ltd. c. Les travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, dans lequel le juge Beetz affirme ce qui suit: « Le pouvoir du Parlement de faire des lois relatives aux Indiens est le même, que les Indiens soient sur une réserve ou à l'extérieur d'une réserve. Le fait même qu'il vise les Indiens sur une réserve ne lui confère pas plus de pouvoir. Par ailleurs, il n'est pas amoindri parce qu'il vise les Indiens à l'extérieur d'une réserve ».

fédérale incompatible (y compris la *Loi sur les Indiens* elle-même). L'existence de l'article 88, dans sa version actuelle, signifie que les lois provinciales s'appliqueront toujours, soit de leur propre chef (*ex proprio vigore*), soit parce que le Parlement l'a déclaré en exerçant sa compétence en vertu du par. 91(24) par l'adoption de l'article 88. La raison pour laquelle une loi provinciale s'applique est cependant importante, parce qu'elle détermine la portée probable de la compétence autochtone et aussi les retombées provoquées par des conflits possibles entre les lois.

### **Ententes d'autonomie gouvernementale négociées**

Bien qu'il y ait un éventail de compétences qui puissent être exercées en raison d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, il est plus probable que l'exercice de la compétence par les peuples autochtones se produira à la suite d'ententes négociées avec les gouvernements fédéral et provinciaux. Ceci ne rend pas la discussion précédente complètement théorique, étant donné que le pouvoir de négociation des gouvernements et les compromis que les parties accepteront en bout de ligne, agiront sur les deux parties et sur leur perception individuelle du pouvoir juridique détenu par chacune de ces dernières.

Un certain nombre de négociations relatives à l'autonomie gouvernementale ont été conclues au Canada. Un nombre encore plus grand de négociations qui portent sur l'autonomie gouvernementale ont lieu en ce moment à travers le Canada<sup>10</sup>. Presque chaque province et territoire sont potentiellement touché par la possibilité d'adoption de lois autochtones et le désir d'harmonisation avec les régimes juridiques actuels de lois fédérales et provinciales. Lorsqu'il s'agit d'établir l'étendue de la compétence autochtone dans le cadre de l'autodétermination, il faut tenir compte de la participation du Canada et des provinces, et jusqu'à quel point ils sont prêts à négocier. Le Canada, en particulier, est un intervenant clé dans de telles négociations, et la politique de droit inhérent du Canada est par conséquent un facteur important lors de l'examen de la portée potentielle de la compétence autochtone en application de ces ententes<sup>11</sup>. La politique du Canada lui permet d'accepter d'entreprendre des négociations à l'égard des grandes questions qui ont été réparties dans les listes suivantes.

La liste n° 1 fait référence aux sujets qui peuvent être négociés, parce qu'ils sont majoritairement internes au groupe, partie intégrante de sa culture, et essentiels à son fonctionnement en tant que gouvernement. Pour bon nombre, sinon pour la totalité des cas, il s'agit de questions liées aux lois autochtones pouvant être adoptées, qu'il existe ou non une entente d'autonomie gouvernementale. Sont comprises des questions telles que l'éducation, les services à l'enfance et à la famille, la santé, le logement, les services sociaux, la justice et la chasse, ainsi que des questions reliées à la gestion des réserves.

La liste n° 2 comprend des sujets qui vont au-delà des questions s'appliquant au groupe même ou qui font partie intégrante de sa culture (par ex.: le divorce, le travail, les jeux de hasard et les pénitenciers). Bien que le gouvernement fédéral soit prêt à négocier un certain

.....  
<sup>10</sup>Voir annexe 1.

<sup>11</sup>Cela ne veut pas dire que les politiques provinciales ou territoriales ne sont pas elles aussi importantes. Cependant, le Canada, étant un joueur important dans *chaque* négociation, influencera *toutes* les négociations. De même, alors que le facteur supplémentaire des politiques provinciales ou territoriales est potentiellement *plus* limitatif, la politique du Canada est une limitation qui s'appliquera *toujours*.

pouvoir autochtone dans ces domaines, dans la mesure de sa propre compétence, le Canada croit que « [TRADUCTION] la principale autorité législative demeurera auprès des gouvernements fédéral et provinciaux » de sorte que les lois fédérales et provinciales prévaudront en cas de conflit avec les lois autochtones.

La liste n°3 expose les sujets pour lesquels, selon le Canada, il n'existe pas de motifs impérieux pour que les gouvernements autochtones exercent un pouvoir législatif, puisqu'il s'agit essentiellement de questions qui vont bien au-delà du groupe. Cette liste comprend des sujets reliés à la souveraineté canadienne (comme la défense) ou des questions d'ordre public (comme les règles de fond du droit pénal).

La politique fédérale indique où pourra se situer la limite de la compétence autochtone grâce aux ententes négociées et ainsi, en termes pratiques, la mesure dans laquelle la compétence autochtone sera possible en soi.

La longue liste d'ententes, qui comprend des ententes de principe et des ententes définitives (voir, ici encore, l'annexe 1) fait entrevoir la possibilité d'exercice du pouvoir législatif dans de nombreuses parties du pays. L'entente de principe conclue avec le Meadow Lake Tribal Council (MLTC) et l'Accord définitif nisga'a en sont deux exemples.

Le MLTC comprend un groupe de neuf Premières nations du Nord de la Saskatchewan. Leur entente de principe couvre une gamme complète de sujets, notamment le statut de citoyen des Premières nations, les terres, les ressources naturelles et l'environnement, la culture, les services sociaux, la santé, les questions économiques, le transport, les travaux et infrastructures publics et privés, la justice, les structures gouvernementales, ainsi que la possibilité d'inclure d'autres questions dans le cadre des négociations. Les Premières nations du MLTC concentreront initialement l'exercice de leur compétence sur leurs propres terres, mais ils s'engagent à discuter de questions reliées aux territoires traditionnels qui s'étendent bien au-delà des limites des réserves. On doit aussi tenir compte de la sensibilisation au fait que l'entente définitive devra être ratifiée par tous les membres des Premières nations du MLTC, qu'ils vivent dans une réserve ou à l'extérieur. L'article 39.01 de l'entente de principe reconnaît expressément le besoin potentiel d'harmoniser les lois fédérales, provinciales et de la Première nation de Meadow Lake, ainsi que la prestation des programmes et services, et aussi la nécessité de conclure d'autres accords de coopération.

L'Accord définitif nisga'a est un accord conclu entre le Canada, la Colombie-Britannique et la Nation nisga'a. Il traite également d'un large éventail de compétences nisga'a à l'endroit de nombreuses questions touchant notamment aux terres et aux ressources, au gouvernement, à l'appartenance ou au statut de citoyen, à la langue et à la culture, aux services sociaux, à la santé, aux services à l'enfance et à la famille, à l'éducation, ainsi qu'à la justice, entre autres. Les lois fédérales et provinciales actuelles continuent à s'appliquer, même lorsqu'il existe une compétence nisga'a, et la relation entre ces lois est régie par une série de règles de prépondérance relatives aux conflits et à l'incompatibilité. En application de l'accord, le gouvernement nisga'a doit aviser de son intention d'adopter des lois dans de nombreux domaines<sup>12</sup> et consulter le Canada et la Colombie-Britannique relativement à un certain

---

<sup>12</sup>Voir l'article 27 du chapitre 11.

nombre de questions, à leur demande. De même, l'accord exige que la Colombie-Britannique avise les Nisga'a de son intention de modifier des lois qui auraient une incidence importante sur les lois nisga'a,<sup>13</sup> et de consulter les Nisga'a à cet égard.

### **Pouvoirs délégués**

Actuellement, la *Loi sur les Indiens* prévoit un cadre législatif de base pour l'élection des conseils de bande et la gestion publique des Premières nations sur leurs terres. Le gouvernement fédéral a récemment déposé un projet de loi à la Chambre des communes afin de modifier certaines de ces règles fondamentales<sup>14</sup>. Selon les buts énoncés à l'article 3 du projet de loi, la *Loi sur la gouvernance des premières nations*<sup>15</sup> vise à offrir aux bandes des outils de gouvernance plus efficaces « en attendant la négociation du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et sa mise en œuvre ». Elle autorise les bandes à élaborer, en vue de leur adoption par leurs membres, des codes relatifs au choix des dirigeants, au gouvernement ainsi qu'à la gestion financière et à l'obligation de rendre compte. Elle permet aux bandes de préparer d'avance des textes législatifs qui pourraient s'appliquer à une grande variété de questions, notamment la santé, la prestation de services, l'utilisation des terres situées dans les réserves et les activités qui se déroulent sur celles-ci, les ressources, ainsi que la langue et la culture, et elle prévoit la possibilité de faire respecter la loi des bandes autochtones par le biais de poursuites judiciaires en cas d'infraction. Étant une loi fédérale, la *Loi sur la gouvernance des premières nations* l'emportera sur les lois provinciales conformément aux règles habituelles de prépondérance.

En raison de la variété de sujets sur lesquels la compétence autochtone peut être exercée, que ce soit unilatéralement à la suite d'une revendication d'autonomie gouvernementale en tant qu'activité ou pratique qui constitue un élément d'une coutume faisant partie intégrante de leur culture distincte, ou en tant que domaine de compétence reconnu dans une entente d'autonomie gouvernementale négociée, ou encore, à la suite d'un pouvoir délégué pour établir des textes législatifs contenus dans la *Loi sur la gouvernance des premières nations* ou dans d'autres lois, le besoin ou le désir potentiel d'harmonisation des lois dans ce nouveau contexte est manifeste. Une autre question aura cependant une influence sur le processus d'harmonisation – celle du conflit ou de la relation entre les régimes législatifs qui existe dans n'importe laquelle de ces situations.

## **CONFLIT DE LOIS**

Un bref examen de la question du conflit de lois dans le contexte fédéral-provincial nous permettra de mieux comprendre lorsque l'on traite aussi de la compétence autochtone.

Les tribunaux ont abordé la division rigide des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux d'une manière souple et pragmatique. Par conséquent, les gouvernements fédéral et provinciaux peuvent tous deux adopter des lois valides qui empiètent, semble-t-il, sur la compétence de l'autre.

.....  
<sup>13</sup>Voir l'article 30 du chapitre 11.

<sup>14</sup>La *Loi sur la gouvernance des premières nations* n'abroge pas la *Loi sur les Indiens*, mais un certain nombre de dispositions seront remplacées ou touchées.

<sup>15</sup>Projet de loi C-61, première lecture le 14 juin 2002.

Selon la « doctrine de l'essence et de la substance », une loi est valide en autant que sa vraie nature, ou « l'essence et la substance », se situe à l'intérieur des paramètres de la compétence du corps législatif qui l'adopte. Lorsqu'une loi ou une disposition législative dépasse en essence et en substance la compétence de l'assemblée législative qui l'adopte, elle sera déclarée invalide. Toutefois, il est admis qu'un texte législatif puisse porter en essence et en substance sur une chose, mais ait un effet accessoire sur des questions qui relèvent de la compétence exclusive de l'autre palier de gouvernement. C'est ce qu'on appelle la « doctrine de la compétence accessoire ».

Les tribunaux ont aussi reconnu que certaines lois pouvaient avoir plus qu'une « essence et substance », les deux étant grosso modo égales en importance, de sorte que des lois valides peuvent être adoptées par l'un ou l'autre gouvernement. Il s'agit de la « doctrine du double aspect ».

La doctrine de « l'exclusivité des compétences » reconnaît que les lois provinciales qui dépassent l'effet accessoire et qui empiètent sur un caractère essentiel de la compétence fédérale doivent être « atténuées ». C'est-à-dire que les lois provinciales sont valides dans leur application générale, mais que les tribunaux les interprètent comme ne s'appliquant pas aux questions relevant de la compétence fédérale. Actuellement, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* rend la doctrine inapplicable dans un sens pratique<sup>16</sup>. C'est parce que l'article 88 rend applicable aux Indiens les lois provinciales d'application générale, qui, autrement, ne s'appliqueraient pas à eux parce que ces lois empiètent sur le caractère essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24). C'est donc dire qu'en l'absence de l'article 88, ces lois provinciales auraient reçu une interprétation atténuante.

Il faut enfin remarquer que des lois provinciales par ailleurs valides sont inopérantes si elles sont incompatibles avec une loi fédérale valide. La raison en est que, entre les gouvernements fédéral et provinciaux, la prépondérance fédérale est toujours la règle. Un conflit survient lorsqu'il est impossible d'obéir à une loi sans contrevenir à l'autre, ou lorsqu'une loi réduit à néant les objectifs politiques d'une autre. En l'absence d'incompatibilité d'application réelle de ce type, toutes les lois valides doivent être respectées. Il faut remarquer que les lois provinciales déclarées « inopérantes » par opposition à « invalides » s'appliqueront de nouveau dans leur totalité si la loi fédérale est modifiée ou abrogée de façon à éliminer l'incompatibilité.

Il semble raisonnable de tenir pour acquis que les tribunaux bâtiront vraisemblablement sur les concepts constitutionnels existants qui ont été élaborés dans le contexte fédéral-provincial lorsqu'ils se pencheront sur les lois autochtones. On peut émettre un certain nombre de prévisions à partir de cette supposition:

1. Une loi autochtone qui porte en essence et en substance sur un sujet qui se trouve au centre de sa compétence selon la CRPA, ou qui est reconnue dans une entente d'autonomie gouvernementale, ou qu'un pouvoir délégué autorise à adopter, sera

---

<sup>16</sup>Il n'y aura pas de changement avec l'adoption de la *Loi sur la gouvernance des premières nations*.

valide, même lorsqu'elle aura un « impact ou un effet accessoire » sur des sujets qui sont techniquement à l'extérieur du centre de la compétence ou de l'entente, et même s'il y a un autre aspect de la loi qui donnerait à un autre gouvernement la compétence de l'adopter.

2. À moins qu'il se produise une incompatibilité d'application réelle, toutes les lois valides devront être respectées. Pourraient être potentiellement comprises des lois fédérales, provinciales et autochtones.
3. Lorsqu'une incompatibilité d'application réelle se produira, il faudra élaborer une règle de prépondérance. À partir de la règle existante de la prépondérance fédérale, il serait logique qu'une loi provinciale, qui est incompatible avec une loi autochtone, reçoive une interprétation atténuante, parce que la loi autochtone serait autrement tombée sous la portée du par. 91(24). En l'absence de la loi autochtone, seul le gouvernement fédéral aurait pu adopter une loi semblable, et à titre de loi fédérale, elle serait toujours prépondérante par rapport à une loi provinciale. Autrement dit, si une loi autochtone vise les « Indiens » ou leurs terres, celle-ci aura préséance sur la loi provinciale incompatible. C'est clairement le résultat dans le contexte d'une compétence exercée en application d'un pouvoir délégué prévu dans la *Loi sur les Indiens* ou, dans l'avenir, dans la *Loi sur la gouvernance des premières nations*, puisque l'article 88 limite expressément l'application des lois provinciales qu'elle rend applicables de cette manière.
4. Seules des lois qui peuvent être justifiées conformément au critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Sparrow*<sup>17</sup> peuvent empiéter sur une loi autochtone qui résulte de l'exercice d'un droit ancestral ou issue de traité protégé par l'art. 35 (ceci ne comprendrait pas une loi adoptée en application d'un pouvoir délégué, à moins que le pouvoir soit contenu dans une entente d'autonomie gouvernementale qui équivaut à un traité au sens de l'art. 35). Il est permis de croire qu'une loi provinciale qui empiète sur un droit protégé par la Constitution est invalide ou à tout le moins inapplicable<sup>18</sup>. Par conséquent, dans les situations mettant en cause des lois provinciales qui ont été jusqu'à présent appliquées en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, la question de la justification ne se pose en fait jamais. Les lois provinciales qui s'appliquent en vertu de l'article 88 auraient aussi été justifiées conformément au critère de l'arrêt *Sparrow*, mais on présume que le gouvernement fédéral aurait à faire la justification parce qu'il a adopté la loi qui incorpore par renvoi la loi provinciale.

---

<sup>17</sup>*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

<sup>18</sup>Dans l'arrêt *Delgamu'ukw*, le juge en chef Lamer affirme que le par. 91(24) protège le cœur de la quiddité indienne de l'intrusion des provinces et que le cœur de la quiddité indienne comprend les droits ancestraux (et sans aucun doute les droits issus de traités).

## RÉSUMÉ

Il semble évident que la possibilité d'un large éventail de lois autochtones, qu'elles découlent de l'exercice d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ou, plus vraisemblablement, de la négociation d'ententes d'autonomie gouvernementale ou de pouvoirs délégués, ainsi que le contexte constitutionnel complexe laissent entrevoir que l'harmonisation des lois serait un objectif très valable. En effet, les ententes qui ont été négociées traitent de l'harmonisation, et c'est sans aucun doute une considération importante dans les négociations en cours.

Malgré les contraintes découlant de la vision quelque peu limitée du gouvernement fédéral relativement à ses propres pouvoirs en vertu du par. 91(24)<sup>19</sup> et de sa volonté d'entreprendre des discussions au sujet de la compétence autochtone, il y a une grande variété de domaines dans lesquels la compétence autochtone peut être exercée. La plupart, sinon la totalité, de ces domaines de compétence relèveraient de la compétence des provinces s'il ne s'agissait pas des peuples autochtones. Il pourrait en outre être possible que la compétence autochtone soit étendue de façon à s'appliquer aux Autochtones là où ils se trouvent. Dans ce contexte, les questions de savoir quelles lois s'appliquent à qui et dans quelles circonstances sont des questions pratiques auxquelles il faudra répondre et qui portent en elles le besoin ou le désir d'assurer un degré d'harmonisation entre les régimes législatifs fédéral, provinciaux et autochtones.

Se pose alors la question de savoir dans quelle mesure la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada doit s'intéresser, si elle le doit, à cette question d'harmonisation et comment elle peut participer de façon utile à la promotion de l'harmonisation, qui est en soi un terme élastique qui décrit « [TRADUCTION] un concept flexible englobant une diversité de mesures qui varient selon le contexte dans lequel une question est traitée »<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup>Le Canada semble à l'occasion exprimer l'opinion que sa compétence découlant du par. 91(24) se limite uniquement aux affaires sur lesquelles il a déjà légiféré sous la forme de dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Cette opinion est clairement incorrecte. La compétence du Parlement n'est pas définie par le Parlement, mais par la Constitution. Toutefois, la question est compliquée par la présomption voulant que toute compétence autochtone exercée relativement à un élément de la liste I soit de compétence provinciale et non fédérale. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une compétence que le Canada peut exercer en vertu du par. 91(24).

<sup>20</sup>R.C.C. Cuming, *Perspectives on the Harmonization of Law in Canada*, Toronto, University of Toronto Press en collaboration avec la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada et les Éditions du gouvernement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, 1985, à la p.3.