

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA**

**SECTION CIVILE**

**L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL  
EN RESSORT AUTOCHTONE**

**RAPPORT DE LA SASKATCHEWAN**

**Edmonton (Alberta)**

**Du 20 au 24 août 2006**

# L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE

## Contexte

[1] La Stratégie du droit commercial a été adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada en 1998 à la suite de consultations menées auprès de représentants des différents gouvernements (provinciaux, fédéral et des territoires), du milieu des affaires, d'organismes chargés de la réforme des lois, des universités et autres. Cette stratégie a d'abord été adoptée par les sous-ministres de la Justice, avant d'être approuvée par tous les ministres de la Justice en décembre 1999.

[2] D'après le site Web de la Conférence : « L'objectif de la Stratégie du droit commercial est de moderniser et d'harmoniser le droit commercial au Canada, en vue de créer une structure complète du droit commercial qui permettra de faire affaire plus facilement au Canada, ce qui entraînera des bénéfices directs pour les Canadiens et pour l'économie en général ».

[3] Depuis l'approbation de la Stratégie du droit commercial, la Conférence a élaboré un certain nombre de lois uniformes dans des domaines clés du droit commercial et s'est efforcée de promouvoir leur adoption dans différents ressorts provinciaux et territoriaux. Jusqu'à présent, il n'existait pas de mécanisme pour étendre la Stratégie du droit commercial dans des champs de compétence autochtone.

[4] Les gouvernements autochtones possèdent déjà, ou posséderont, une gamme de pouvoirs en relation avec les affaires commerciales, que celle-ci découle de l'exercice d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou d'initiatives d'autonomie gouvernementale fondées sur les droits issus de traités ou encore de la reconnaissance ou de la délégation de pouvoir par le biais d'ententes sur l'autonomie gouvernementale<sup>1</sup>.

[5] Le présent projet vise à établir et à mettre en oeuvre des méthodes pratiques d'élaboration et d'adoption de lois autochtones dans le cadre de la Stratégie du droit commercial.

## Partie 1 : Introduction à la question de compétence

[6] La description suivante des questions de compétence n'est présentée qu'en tant que contexte et non pas comme une solution au problème de la répartition des compétences. Les points de vue sur la compétence autochtone sont très divers, et il est peu probable d'en arriver à une entente éventuelle sur la définition de ses champs de compétence. Toutefois, il est possible de réaliser l'objectif des gouvernements autochtones, qui est de mettre en oeuvre leurs propres lois tout en répondant au souhait des gouvernements non autochtones de ménager des relations acceptables entre les lois fédérales, provinciales, territoriales et autochtones, et avec elles, en élaborant des lois modèles, de façon pratique, pour qu'elles soient adoptées par les gouvernements autochtones et reconnues par les gouvernements non autochtones. Une analyse du contexte des compétences nous permettra de mieux comprendre les préoccupations exprimées par les Autochtones qui souhaitent avoir leur propre législation tout en allant vers l'élaboration d'un processus d'adoption et de reconnaissance qui soit empreint de respect.

[7] La compétence autochtone se recoupe avec celle dont jouissent le gouvernement fédéral et les provinces aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit que le gouvernement fédéral peut légiférer sur les Indiens et leurs terres.

[8] On ne peut pas dire, de ce fait, que la compétence autochtone est prévue par la constitution canadienne; l'exercice de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) n'est peut-être là que pour remplir le vide juridique qui découle de l'absence pratique de lois autochtones. Qui plus est, il est clair que la compétence autochtone est reconnue par la constitution canadienne, et non pas accordée par elle<sup>2</sup>. Cette reconnaissance se produit grâce à la protection des droits ancestraux et issus de traités<sup>3</sup> et à l'établissement d'une relation fiduciaire dans la constitution, du fait que les gouvernements fédéral et provinciaux sont tenus de concilier leur pouvoir pour adopter des lois en ce qui concerne les peuples autochtones,

## **L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE**

avec leur obligation de respecter les droits ancestraux et issus de traités, comme l'a imposé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*<sup>4</sup>.

[9] Comme le gouvernement fédéral est le principal détenteur de la compétence en ce qui concerne les Indiens et leurs terres entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, c'est précisément la portée du pouvoir fédéral qui détermine à quel moment les gouvernements autochtones peuvent commencer à agir unilatéralement. Selon les termes utilisés par la Commission royale sur les peuples autochtones, la portée de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(24) se rapproche de celle du « centre du champ de compétence autochtone ». Néanmoins, malgré les arguments qui peuvent être présentés sur les limites précises où les compétences commencent ou se terminent, il est clair qu'il y a certaines questions sur lesquelles la compétence autochtone pourrait être exercée et qui entraîneraient l'adoption de lois semblables à des lois provinciales et d'autres qui entraîneraient l'adoption de lois semblables aux lois fédérales.

### **Les traités**

[10] Pour les peuples des Premières nations, les traités sont importants pour différentes raisons, dont la principale tient peut-être au processus intergouvernemental qu'ils ont établi et qui est fondé sur une entente signée de nation à nation; ce processus reconnaît que les Premières nations, qui étaient dotées d'une autonomie gouvernementale au moment où les traités ont été signés, continueraient à être autonomes dans le nouveau contexte. Les tribunaux n'ont jamais dit que les peuples autochtones n'avaient pas la capacité de conclure les traités; les traités sont toujours présumés valides. Il s'agit de savoir seulement quel est la teneur de ce traité. Bien que la formulation particulière du traité ne suffise pas en soi à établir son sens (du fait que le texte en soi ne contient dans ses dispositions aucune des ententes que les Premières nations avaient pu avoir dans leur histoire orale), le texte du Traité n° 4 représente toutefois bien ce type de problème et révèle, même dans la perspective d'un signataire non autochtone, ces espoirs pour l'avenir :

. . . ils [les signataires indiens] promettent et s'engagent à maintenir la paix et

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

le bon ordre entre chacun d'eux, entre eux-mêmes et les autres tribus sauvages, et entre eux-mêmes et autres sujets de Sa Majesté, sauvages, métis ou blancs . . .

[11] Les conclusions à tirer du texte du Traité, alliées à la compréhension qu'en ont les Indiens, sont incontournables. Les traités en soi, de par leur existence, reconnaissent les signataires autochtones en tant que nations dans un certain sens et de par le maintien de leur existence, et par leur protection constitutionnelle, nous continuons à le faire. Il s'ensuit donc que les gouvernements des Premières nations doivent au moins avoir le pouvoir d'adopter des lois pour se constituer eux-mêmes, déterminer qui sont leurs membres, régler leurs relations internes et régler les litiges qui découlent en vertu de leurs lois. Ils ont aussi le pouvoir de régler les relations intergouvernementales avec leurs « voisins », qu'ils soient fédéral ou provinciaux. Il incombe à toutes les parties, qu'elles soient autochtones, fédérales, provinciales ou territoriales, de reconnaître l'existence mutuelle de chacune et d'œuvrer en collaboration pour trouver des arrangements pratiques entre voisins, et parmi les voisins, ce qui, dans le contexte fédéral-provincial, s'appelle « les affaires intergouvernementales ». L'élaboration d'un mécanisme pour étendre la Stratégie du droit commercial de la Conférence au ressort autochtone dépendra de l'élaboration de cette relation intergouvernementale, et sera favorisée par celle-ci.

### **La gamme potentielle des lois autochtones**

[12] Les lois autochtones doivent provenir de trois sources : l'exercice du pouvoir législatif en tant que manifestation d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, l'exercice du pouvoir législatif en vertu d'ententes négociées avec le Canada et les provinces et la compétence prévue en vertu des pouvoirs des autres gouvernements de légiférer ou d'édicter des règles.

### Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale

[13] Il n'existe pas encore de constat définitif ou complet de la part de la Cour suprême du Canada dont on peut dire qu'il résume la nature et la portée de la compétence autochtone.

## **L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE**

Toutefois, on peut faire quelques suppositions générales. Pour commencer, on peut présumer qu'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale peut être protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui peut appuyer l'exercice du pouvoir législatif des Autochtones<sup>5</sup>. Cela ne veut pas dire qu'il existe un pouvoir d'autonomie gouvernementale illimité pour les Autochtones. En fait, la Cour suprême a jugé que les revendications en matière d'autonomie gouvernementale doivent être examinées selon le même critère que celui qui est appliqué aux autres revendications de droits ancestraux<sup>6</sup>. Le critère, qui est celui établi dans *Van der Peet*, a été présenté par la Cour suprême du Canada 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>7</sup>.

[14] Les tribunaux n'ont pas encore réglé les revendications des Autochtones en ce qui concerne la protection de leur droit à l'autonomie gouvernementale grâce au Traité. Il est trop tôt pour dire exactement comment la portée de la compétence autochtone peut s'étendre. Cela dépendra en particulier des questions qui sont actuellement en litige et aussi de l'ordre dans lequel elles seront présentées, ainsi que du succès des négociations sur l'autonomie gouvernementale.

[15] La question de la portée potentielle de la compétence autochtone a été traitée de la façon la plus exhaustive par la Commission royale sur les peuples autochtones. De l'avis de la Commission, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale est reconnu et affirmé par l'article 35 et « de façon générale, il s'étend à toutes les questions intéressant le bon gouvernement et le bien-être des peuples autochtones et de leurs territoires »<sup>8</sup>. D'après le professeur Hogg, le paragraphe 91(24) autorise le Parlement à faire des lois qui sont rationnellement liées à des politiques intelligibles à l'égard des Indiens, même si ces lois débordaient normalement la compétence fédérale<sup>9</sup>. Il s'agit là d'un pouvoir de légiférer assez large, et c'est pourquoi, si le gouvernement fédéral peut légiférer avec des lois rationnellement liées à des politiques intelligibles, il en va de même pour les gouvernements des Premières nations.

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[16] La Commission royale distingue, dans ce champ de compétences, la partie qui est « au centre » et celle qui est « aux confins ». La compétence au centre, qui est inhérente aux Autochtones, inclut les questions vitales pour le bien-être d'un peuple, pour sa culture et pour son identité, et qui n'ont pas une incidence importante sur les pouvoirs connexes ou sont autrement des questions à caractère essentiel pour le fédéral ou les provinces. La compétence qui se trouve aux confins désigne, bien sûr, tout ce qui, par ailleurs, pourrait relever de la compétence autochtone. De l'avis de la Commission, les peuples autochtones peuvent agir unilatéralement pour adopter des lois dans le centre de leur compétence, mais ils doivent négocier des ententes sur l'autonomie gouvernementale pour le faire aux confins de leur compétence.

[17] La conception fondamentale qu'avait la Commission d'un droit inhérent des autochtones à l'autonomie gouvernementale ne diffère pas beaucoup de la description essentielle de l'autonomie gouvernementale, qui découle de l'application du critère établi dans *Van der Peet*. Cela ne veut pas dire que les tribunaux pourront conclure vraisemblablement qu'il existe un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale dans l'abstrait; c'est plutôt que si la portée d'un droit inhérent devait être invoquée au cours de litiges sur l'exercice unilatéral de celui-ci, tout commencerait par la revendication fondamentale de l'autonomie gouvernementale qui se manifeste au travers de la constitution par un peuple de ses structures gouvernementales, par sa capacité de déterminer l'appartenance au groupe et par sa capacité de transmettre<sup>10</sup> la langue et la culture aux générations à venir de façon à préserver leur identité et leur existence. Les règles qui gouvernent ces aspects de leurs interrelations seraient conformes, tant aux principes de la CRPA sur le centre du champ de compétence autochtone, qu'au critère établi dans *Van der Peet*. À mesure que des extensions du droit inhérent ont été soumises à une validation dans différentes affaires, cette gamme de compétences a pu être étendue. Toutefois, il semble peu probable qu'elle puisse aller plus loin que les confins du champ de compétence prévu pour le gouvernement fédéral en vertu du paragraphe 91(24) car, à ce stade, l'exercice de la compétence dépasserait par définition tout lien éventuel avec les Indiens ou avec leurs terres, et cesserait d'être « autochtone ».

[18] La question sur la mesure dans laquelle le gouvernement fédéral peut adopter des lois

## **L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE**

applicables aux Indiens et à leurs terres n'est toujours pas réglée. Bien que l'analyse habituelle du « caractère véritable » doive être rappelée pour comprendre la portée de la compétence fédérale, le critère a habituellement été énoncé par les tribunaux (d'une manière qui n'est pas particulièrement utile) comme étant la question de savoir si la Loi est liée aux « Indiens en tant qu'Indiens ».

[19] D'une part, il est clair que le paragraphe 91(24) doit autoriser le Parlement à adopter des lois sur d'autres choses que sur celles pour lesquelles il a le pouvoir de légiférer en vertu d'autres chefs de compétences, parce que, dans le cas contraire, le paragraphe 91(24) n'aurait pas eu de raison d'être. D'autre part, il est peu probable que l'article permette au Parlement de faire des lois du simple fait que les lois sont rendues applicables seulement aux Indiens, comme l'a expliqué le professeur Hogg.

[20] Il est aussi évident que le Parlement est habilité, en vertu du paragraphe 91(24), à adopter des lois qui s'appliquent aux Indiens où qu'ils soient<sup>11</sup>, autrement dit, les lois fédérales qui concernent les Indiens ne sont pas limitées sur le plan constitutionnel aux Indiens qui vivent sur les réserves. Si la compétence autochtone est soumise aux mêmes limites que le gouvernement fédéral dans l'exercice de sa compétence en vertu du paragraphe 91(24), cette compétence peut aussi, et pour les mêmes raisons, s'étendre aux Indiens, où qu'ils soient, sur les réserves ou en dehors de celles-ci.

[21] Toutefois, les affaires dans lesquelles le paragraphe 91(24) a été examiné ont pour la plupart abordé le problème d'un autre angle, à savoir si les lois provinciales s'appliquent ou non, compte tenu de la compétence fédérale. Même cette question était restée largement théorique depuis 1951, à l'époque où la *Loi sur les Indiens* avait été modifiée pour prévoir que les lois provinciales d'application générale sont également applicables aux Indiens, sous réserve des dispositions de quelque traité et de toute loi fédérale incompatible (y compris la *Loi sur les Indiens* elle-même). L'existence de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, dans sa forme actuelle, signifie que les lois provinciales s'appliquent toujours, soit en tant que telles (*ex proprio vigore*), soit parce que le Parlement l'a déclaré quand il a exercé sa compétence conformément au paragraphe 91(24), en adoptant l'article 88. Maintenant, toutefois, la raison

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

pour laquelle la loi provinciale s'applique est importante parce qu'elle détermine la portée probable de la compétence autochtone, ainsi que l'issue de tout conflit de lois.

### Ententes sur l'autonomie gouvernementale négociées

[22] Bien qu'il existe une gamme de compétences pouvant probablement être exercées du fait d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, l'exercice de la compétence par le peuple autochtone peut aussi découler d'ententes négociées avec les gouvernements fédéral et provinciaux, ce qui ne rend pas la discussion qui précède tout à fait théorique. En effet, les positions de négociation des gouvernements, et les compromis qui seront en fin de compte acceptés par les parties, sont évidemment influencés par la perception qu'ils ont de la force juridique de leur position de négociation.

[23] Un certain nombre de négociations sur l'autonomie gouvernementale qui ont eu lieu au Canada ont abouti. Un nombre encore plus grand de négociations sur l'autonomie gouvernemental sont en cours de règlement dans tout le pays. Pratiquement toutes les provinces et tous les territoires sont potentiellement visés par la perspective de l'adoption de lois autochtones et le souhait qui en découle d'harmoniser, au sein du régime juridique existant, les lois fédérales et provinciales. Un facteur clé pour déterminer la gamme de compétence qui peut être prévue dans les ententes sur l'autonomie gouvernementale est la mesure dans laquelle le Canada et les provinces sont prêts à négocier. Le Canada, en particulier, joue un rôle essentiel dans ces négociations, et la politique du Canada en matière de droit inhérent est donc un facteur important dans l'examen de la portée éventuelle de la compétence autochtone en vertu de ces ententes<sup>12</sup>. La politique du Canada le conduit à accepter d'entreprendre des négociations sur les matières qu'il a classées en trois listes.

[24] Liste n° 1 : les questions qui peuvent être négociées, surtout parce qu'elles sont internes au groupe, intégrales à sa culture et essentielles à son fonctionnement en tant que gouvernement. Dans bon nombre de cas, si ce n'est dans la majorité, il s'agit de questions pour lesquelles des lois autochtones pourraient probablement être adoptées, qu'il existe ou non une entente sur l'autonomie gouvernementale. Il s'agit, entre autres, de matières comme l'éducation, les services à l'enfance et à la famille, la santé, le logement, les services sociaux,

## **L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE**

la justice et la chasse, et des questions liées à la gestion des terres de réserve.

[25] Liste n° 2 : les questions qui dépassent les problèmes internes au groupe ou intégrales à sa culture (p. ex., le divorce, le droit du travail, le jeu, les pénitenciers). Bien que le gouvernement fédéral soit prêt à négocier une certaine compétence autochtone dans ce domaine, dans la mesure de sa propre compétence, le Canada estime que [TRADUCTION] « le principal pouvoir de légiférer appartiendra aux gouvernements fédéral et provinciaux », de sorte que les lois fédérales et provinciales auront un caractère prépondérant si elles sont en conflit avec les lois autochtones.

[26] Liste n° 3 : les questions sur lesquelles, de l'avis du Canada, il n'existe pas de raisons impérieuses pour que les gouvernements autochtones exercent leur pouvoir de légiférer puisqu'il s'agit de questions essentielles qui dépassent largement le groupe. Cette liste comprend notamment les questions liées à la souveraineté canadienne (comme la défense) ou l'ordre public (le droit pénal positif).

[27] La politique fédérale donne donc une idée de la mesure dans laquelle il sera possible pour les ressorts autochtones d'exercer une compétence par le biais d'arrangements négociés et, par conséquent, en termes pratiques, de la mesure dans laquelle il sera possible d'avoir une autorité législative autochtone comme telle.

[28] La longue liste des ententes, qu'il s'agisse d'ententes de principe (EP) ou d'ententes définitives, montre qu'il est possible d'exercer un pouvoir de légiférer autochtone dans bon nombre de régions du pays. L'entente de principe conclue avec le Conseil tribal de Meadow Lake et l'entente définitive avec les Nisga'a en sont deux exemples.

[29] Le Conseil tribal de Meadow Lake comprend un groupe de neuf Premières nations dans le Nord de la Saskatchewan. Leur entente de principe vise une gamme complète de matières, y compris la citoyenneté dans les Premières nations, les terres, les ressources naturelles et l'environnement, la nourriture, les services sociaux, la santé, les questions économiques, le transport, les travaux publics et privés et l'infrastructure, la justice, les structures

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

gouvernementales et le potentiel d'étendre des négociations à d'autres matières. Au début, la compétence que visaient les Premières nations du Conseil tribal de Meadow Lake concernait leur pouvoir sur leur propre territoire, mais il existe un engagement à discuter des questions liées aux territoires traditionnels qui dépassent largement les limites de la réserve. Il est aussi reconnu de façon pratique que l'entente définitive devrait être ratifiée par tous les membres des Premières nations du Conseil tribal de Meadow Lake, qu'ils résident dans les réserves ou non. L'article 39.01 de l'entente de principe reconnaît de façon précise le besoin potentiel d'harmoniser les lois fédérales, provinciales et celles de la Première nation de Meadow Lake, ainsi que la prestation de programmes et de services, et d'en arriver à d'autres arrangements de coopération.

[30] L'accord définitif Nisga'a est un accord conclu entre le Canada, la Colombie-Britannique et la nation Nisga'a. Il traite aussi d'une vaste gamme de pouvoirs des Nisga'a sur des questions liées aux terres et aux ressources, au gouvernement, à l'appartenance à la nation ou à la citoyenneté, à la langue et à la culture, aux services sociaux, à la santé, aux services à l'enfant et à la famille, à l'éducation et à la justice, entre autres choses. Les lois fédérales et provinciales existantes continuent à s'appliquer en dépit de la compétence des Nisga'a, et la relation entre ces lois est réglementée par une série de règles sur la prépondérance en matière de conflit et d'incompatibilité. Le gouvernement Nisga'a est tenu, par l'accord, de donner avis de son intention de légiférer dans différents domaines<sup>13</sup> et de consulter le Canada et la Colombie-Britannique à propos de certaines questions, à leur demande. De la même manière, la Colombie-Britannique est tenue, de par l'accord, de donner avis au gouvernement Nisga'a de son intention de modifier les lois qui auraient une incidence importante sur les lois des Nisga'a<sup>14</sup> et de consulter le gouvernement Nisga'a à cet égard.

### Pouvoirs délégués

[31] Actuellement, la *Loi sur les Indiens* offre le cadre législatif de base pour l'élection des conseils de bande et la gouvernance des Premières nations sur leurs territoires. Au cours des récentes années, on a tenté de réviser ce cadre législatif, mais une résistance importante s'est manifestée. L'objectif déclaré de la loi proposée, savoir *Loi sur la gouvernance des Premières nations*<sup>15</sup>, était d'offrir aux bandes des outils de gouvernance plus efficaces « en attendant la

## **L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE**

« négociation du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et sa mise en œuvre ». Cette loi aurait autorisé les bandes à élaborer, en vue de l'adoption par leurs membres, des codes sur la sélection des chefs, l'administration du gouvernement et la gestion financière, ainsi que sur la reddition de comptes et afin de rendre des lois applicables sur les réserves dans une vaste gamme de matières, notamment la santé, la prestation de services, l'utilisation des territoires de réserve et les activités menées sur celles-ci, les ressources et la langue et la culture et envisager de faire appliquer les lois des bandes en réprimant les infractions commises. Toutefois, la législation n'a pas été édictée, et le Parlement a été dissout. La législation n'a pas été déposée à nouveau.

[32] La *Loi sur les Indiens* prévoit un pouvoir délégué pour les bandes d'adopter des règlements applicables sur les terres des réserves en ce qui concerne en général les activités sur ces terres. La *Loi* renferme aussi des dispositions sur la violation du droit de propriété dans les réserves par des personnes autres que les membres de la bande<sup>16</sup> et des directives sur l'inaliénabilité des biens d'un Indien ou de la bande sur une réserve à des fins d'exécution de dettes<sup>17</sup>.

### **Conflit de lois**

[33] Les tribunaux ont traité la division rigide des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux de façon souple et pragmatique. C'est pourquoi, il existe deux façons pour le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux d'édicter des lois valables qui enfreignent apparemment la compétence de l'autre partie.

[34] D'après la « doctrine du caractère véritable », une loi est valide dans la mesure où son essence ou son « caractère véritable » correspond au champ de compétence de l'organe législatif qui l'adopte. Lorsqu'une disposition législative ou réglementaire dépasse véritablement la compétence de l'organe qui l'adopte, elle sera déclarée invalide. Toutefois, il se peut qu'un acte réglementaire porte véritablement sur une question tout en ayant un effet incident sur d'autres points qui sont du ressort exclusif de l'autre palier de gouvernement. Il s'agit là de la « doctrine de l'effet incident ou accessoire ».

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[35] Les tribunaux ont aussi reconnu que certaines lois pouvaient avoir plus qu'un seul caractère véritable, les deux aspects ayant en gros d'une importance égale, de sorte que les lois valides peuvent être édictées par un gouvernement ou par l'autre. Il s'agit de la « règle du double aspect ».

[36] Le principe de « l'exclusivité des compétences » reconnaît que les lois provinciales qui dépassent l'effet incident et qui empiètent sur le caractère essentiel de la compétence fédérale doivent être interprétées de façon restrictive. Autrement dit, les lois provinciales sont valides dans leur application générale, mais elles sont interprétées par les tribunaux comme ne visant pas la question visée par la compétence fédérale. À l'heure actuelle, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* rend la doctrine inapplicable de façon pratique dans le contexte autochtone<sup>18</sup>, et ce, parce que l'article 88 rend applicables aux Indiens des lois provinciales d'application générale qui, autrement, ne s'appliqueraient pas aux Autochtones parce qu'elles empiètent sur le caractère essentiel de la compétence fédérale prévue conformément au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Autrement dit, en l'absence de l'article 88, ces lois provinciales devraient être interprétées de façon restrictive.

[37] Enfin, il est à noter que des lois provinciales par ailleurs valides ne sont pas applicables si elles entrent en conflit avec une loi fédérale valide, et ce, parce qu'entre les gouvernements fédéral et provinciaux, la doctrine de la prépondérance fédérale est toujours la règle. Un conflit de lois se produit lorsqu'il n'est pas possible d'obéir à une loi sans désobéir à une autre et lorsqu'une loi viole de façon essentielle les objectifs de politiques d'une autre. En l'absence d'un conflit effectif opérationnel de ce genre, toutes les lois valides doivent être respectées. À noter que les lois provinciales déclarées « inopérantes », par opposition à « invalides », s'appliqueront à nouveau dans leur totalité lorsque la législation fédérale sera soit modifiée, soit abrogée, de façon à faire disparaître le conflit.

[38] Il semble raisonnable de présumer que les tribunaux s'appuieront sur des notions constitutionnelles existantes, qui ont été élaborées dans le contexte fédéral ou provincial, lorsqu'ils s'intéresseront aux lois autochtones. D'après cette hypothèse, on peut faire un

## **L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE**

certain nombre de prédictions :

1. Une loi autochtone qui, de par son caractère véritable, porte sur une question visée par le centre du champ de compétence de la CRPA ou qui est reconnue dans une entente sur l'autonomie gouvernementale, ou autorisée en vertu d'un pouvoir délégué sera valide, même lorsqu'elle pourra avoir « un effet incident » sur des questions qui sont techniquement externes au centre du champ de compétence ou de l'entente, et même s'il existe un autre aspect de la loi qui conférerait une compétence à un autre gouvernement pour l'édicter.

2. À moins qu'un conflit réel ne se produise dans l'application, toutes les lois valides devront être respectées. Cela veut dire potentiellement trois régimes juridiques : fédéral, provincial et autochtone.

3. En cas de conflit effectif dans l'application, une règle de la prépondérance devra être élaborée. À partir de cette règle existante de la prépondérance fédérale, il est logique qu'une loi provinciale qui entre en conflit avec une loi autochtone doive recevoir une interprétation restrictive parce que la loi autochtone serait autrement visée par la portée du par. 91(24). En l'absence d'une loi autochtone, une loi semblable ne pourrait avoir été adoptée que par le gouvernement fédéral et, en tant que loi fédérale, elle aurait toujours eu un caractère prépondérant par rapport à une loi provinciale. Autrement dit, si une loi autochtone est liée aux « Indiens » ou à leurs terres, une loi provinciale conflictuelle devrait lui céder le pas. C'est explicitement ce qui se passe dans le contexte du pouvoir exercé en vertu de l'autorité déléguée que prévoit maintenant la *Loi sur les indiens*, du fait que l'article 88 limite explicitement l'application des lois provinciales qu'il renforce de cette façon.

4. Une loi autochtone qui découle de l'exercice d'un droit ancestral ou issu de traités protégé par l'article 35 (ce qui ne comprendrait pas une loi édictée en vertu d'un pouvoir délégué, à moins que ce pouvoir ne soit prévu dans une entente sur l'autonomie gouvernementale qui constitue un traité au sens de l'article 35) peut

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

seulement être violée par des lois qui peuvent être justifiées au regard du critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*<sup>19</sup>. On peut soutenir qu'une loi provinciale qui viole un droit protégé par la constitution est invalide ou, du moins, inapplicable<sup>20</sup>. Ainsi, dans les affaires qui concernent les lois provinciales ayant jusqu'à présent été appliquées en vertu de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, la question de la justification ne se pose jamais vraiment. Les lois provinciales qui s'appliquent conformément à l'article 88 devront aussi être justifiées au regard du critère de *Sparrow*, mais il est à présumer que le gouvernement fédéral devrait le faire parce qu'il a adopté la loi qui incorpore la loi provinciale par renvoi.

### Résumé

[39] L'existence potentielle d'une vaste gamme de lois autochtones, soit à titre d'exercice d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, soit du fait de la négociation d'ententes sur l'autonomie gouvernementale ou de pouvoirs délégués, une fois combinée au contexte constitutionnel complexe, semble bien indiquer que l'harmonisation des lois constituerait un objectif utile. De fait, l'harmonisation est une question qui est traitée dans les ententes négociées, et une considération sans aucun doute essentielle dans les négociations en cours.

[40] Même avec la restriction que pose un point de vue quelque peu limité du gouvernement fédéral en relation avec ses propres pouvoirs conformément au par. 91(24)<sup>21</sup> et en dépit de sa volonté de s'engager dans des discussions sur la compétence autochtone, il existe une vaste gamme de domaines dans lesquels la compétence autochtone peut être exercée. La plupart, sinon tous ces champs de compétence, seraient, si les peuples autochtones n'étaient pas en cause, du ressort des provinces. De plus, il est possible que la compétence autochtone s'applique aux peuples autochtones où qu'ils soient. Dans ce contexte, la question qui se pose quant à savoir quelles lois s'appliquent à qui et dans quelles circonstances est de nature pratique, et il faut y répondre, tout comme au besoin ou au souhait de ménager une certaine harmonisation entre les régimes législatifs fédéraux, provinciaux et autochtones.

### Partie 2 : Modèle de processus pour l'adoption et la reconnaissance de lois

## L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE

### **commerciales uniformes**

[41] Même un examen rapide du contexte des compétences permet de constater la relation exceptionnellement complexe qui existe entre les lois fédérales, provinciales et autochtones, qui est caractérisée par une vaste gamme de perspectives juridiques. Beaucoup de temps, d'énergie et de ressources ont été dépensés, et le seront à l'avenir, pour énoncer ces perspectives au nom de toutes les parties. Toutefois, il peut être instauré un processus afin d'élaborer des lois commerciales uniformes afin qu'elles soient adoptées dans le champ de compétence autochtone, sans avoir à trouver une entente sur l'établissement des limites de ce champ de compétence.

[42] Aux États-Unis, le National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) a élaboré une loi intitulée *Model Tribal Secured Transactions Act*. D'après le *Guide to the Model Act*, la loi est fondée sur l'article 9 révisé du *Uniform Commercial Code* (UCC) et vise à garantir une grande harmonie entre les lois des différentes tribus d'Indiens d'Amérique et entre les législatures de ces tribus et des États. Le guide de mise en oeuvre fait aussi valoir qu'il existe des différences dans la *Model Act* par rapport à l'UCC, à cause de la nécessité de tenir compte des contextes commerciaux, juridiques et culturels des tribus. Néanmoins, la loi modèle intègre les pratiques essentielles, la terminologie et les processus de l'UCC. Ainsi, la loi modèle n'est pas seulement une loi qui découle de l'UCC avec un changement dans le nom de l'organe légiférant, mais une législation commerciale élaborée pour répondre aux besoins particuliers des tribus d'Indiens américains auxquelles l'adoption de la loi est recommandée. La NCCUSL a établi un comité de liaison pour œuvrer avec les tribus d'Indiens des États-Unis et leurs chefs, conseillers et conseillers juridiques, afin d'élaborer une loi modèle.

[43] Il faut aussi noter que la Commission du droit du Canada participe à un projet qui concerne les sûretés fédérales sur les réserves. L'étude découle des effets importants que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ont eus sur les sûretés détenues en ce qui concerne les biens dans les réserves. Comme il a été déjà mentionné au présent article, en parlant en général de l'application des jugements monétaires sur des biens situés dans les réserves, cette

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

application est virtuellement impossible à cause de l'article 89 de la *Loi*, et le prêt conventionnel est donc largement restreint dans les réserves. Le présent article ne vise pas à gêner les travaux de la Commission du droit du Canada, mais à élaborer un processus de mise en œuvre de lois uniformes en vue de leur adoption dans le cadre de la compétence autochtone, qui pourra en fin de compte être appliqué de façon positive au produit du travail de la Commission du droit.

[44] Un tel modèle de processus doit respecter la compétence autochtone et exigerait des compromis, tant des gouvernements autochtones que des gouvernements non autochtones. Par le biais d'un processus équitable qui respecte les intérêts de tous les intervenants, il serait possible de dépasser les inquiétudes stratégiques concernant la question de la compétence pour atteindre l'objectif pragmatique qui est le point de départ fondamental de la Stratégie du droit commercial de la Conférence.

[45] Il est recommandé qu'un comité ou un groupe de travail soit constitué pour établir et assurer une représentation appropriée de la part des gouvernements autochtones et pour élaborer un processus en vue de l'adoption par la Conférence de lois harmonisées dans le cadre de la Stratégie du droit commercial, lesquelles seraient proposées pour adoption par les gouvernements autochtones.

### **Partie 3 : Exemples pratiques**

[46] Il est toujours difficile de traiter les questions dans l'abstrait. C'est pourquoi il est proposé que l'élaboration du modèle de processus dont il est question à la partie 2 procède sur la base de propositions concrètes en vue de lois uniformes. L'objectif consiste alors à définir des éléments particuliers de législation à partir de la Stratégie du droit commercial qui se prêteraient plus facilement à une élaboration par le biais du modèle de processus.

[47] Il existe trois lois uniformes dans la Stratégie du droit commercial qui se distinguent comme candidates éventuelles à l'utilisation pour préparer le processus prévu par le présent

## **L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE**

article. Il s'agit de la *Loi uniforme sur le commerce électronique*, la *Loi uniforme sur l'arbitrage* et la *Loi uniforme sur la vente internationale de marchandises*. Elles ressortent parce qu'elles ont été adoptées virtuellement dans tous les ressorts provinciaux et territoriaux et qu'il serait par conséquent raisonnable de façon pratique d'oeuvrer à l'extension de leur application dans le contexte autochtone.

### **Partie 4 : Mise en oeuvre**

[48] La mise en oeuvre de lois uniformes par les gouvernements autochtones peut être plus compliquée que la mise en oeuvre par les gouvernements fédéral et provinciaux. En Saskatchewan par le passé, les lois uniformes adoptées par la Conférence ont été édictées avec une disposition énonçant que la loi devait être interprétée à la lumière de cet objectif qui était d'uniformiser les lois des provinces l'ayant adoptée. Ce type de disposition ne semble plus figurer en général dans les lois uniformes. Toutefois, il s'agit d'un mécanisme qui pourrait être utile pour informer ceux dont la conduite vise à être réglementée par la législation, en ce qui concerne les intentions des législateurs lorsqu'ils l'édictent. Cette approche a l'avantage d'être totalement prévue par la compétence habilitante. La loi serait applicable en justice dans la mesure où le tribunal ou tout autre décideur dans le processus est persuadé que l'application de la législation comme telle peut être appuyée de façon pragmatique.

[49] Une autre approche éventuelle pour la mise en oeuvre consiste à garantir la reconnaissance par d'autres ressorts par le biais de leurs lois. La difficulté de cette approche tient au fait qu'elle n'exige pas seulement l'adoption d'une loi uniforme par le gouvernement autochtone, mais aussi une reconnaissance particulière au sens législatif par les autres gouvernements. Autrement dit, il faut une intervention législative de tous les gouvernements et non pas d'un seul.

[50] Bien entendu, il est possible d'élaborer un système mixte, par exemple, celui dans lequel le cadre législatif autorise la désignation des lois uniformes adoptées par les gouvernements autochtones en vue de leur reconnaissance par voie réglementaire ou par voie d'ordonnance,

## CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

plutôt que par modification législative, voire par une reconnaissance légale par les gouvernements autochtones de l'adoption de la loi uniforme. Bien qu'il s'agisse, d'une certaine manière, d'un processus plus simple qui ne mettrait pas en cause tout l'appareil législatif dans tous les autres ressorts, au cas par cas, il s'agirait cependant d'un mécanisme qui imposerait aux autres gouvernements de choisir activement de reconnaître la loi autochtone. Il semble évident que la reconnaissance par les autres gouvernements et les tribunaux de l'adoption de la loi uniforme par un gouvernement autochtone serait plus facile politiquement que l'adoption d'une loi qui n'a pas été élaborée par le biais de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

[51] Il ne fait pas doute qu'il existe d'autres approches à la mise en oeuvre qui peuvent être adoptées, et d'autres avantages et inconvénients dans chaque forme d'action que ceux qui sont mentionnés brièvement dans le présent article. Il se pose surtout des questions qui devraient être traitées par le comité ou le groupe de travail chargé d'élaborer le processus.

### **Conclusion**

[52] La compétence autochtone ne consiste pas seulement à établir qui est chargé de légiférer au bout du compte; elle sous-entend aussi que si les peuples autochtones adoptent leurs propres lois, ces lois à la fois découleront de la culture et de l'identité autochtones et viendront les renforcer. Il ne serait pas logique alors pour les peuples autochtones de simplement adopter des lois qui n'ont pas été adoptées jusqu'à présent par les gouvernements non autochtones.

[53] À cet égard, la relation entre les lois autochtones et les lois fédérales et provinciales est beaucoup plus comparable à celle qui existe entre les deux versions linguistiques d'une même loi. Tout comme entre les versions française et anglaise de la loi, le caractère littéral de la traduction d'une langue à l'autre est moins important que le résultat. L'objectif est d'en arriver au même résultat avec l'une et l'autre version de la loi et de reconnaître que ce résultat peut découler de formulations qui ne sont pas exactement identiques. À cause de cette insistance sur le résultat, on assiste au respect légal des deux langues sans qu'une version en

## **L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE**

particulier ne soit privilégiée.

[54] La situation pour les lois autochtones est semblable, mais pas tout à fait la même. Il est nécessaire de produire des résultats génériques positifs qui sont en général les mêmes que ceux que recherchent les lois non autochtones. Par exemple, pour les questions d'éducation, l'objectif de tous les gouvernements est d'avoir un plus grand nombre de diplômés de l'enseignement secondaire et postsecondaire. Le moyen pris pour atteindre cet objectif et, par conséquent, les lois adoptées à cette fin seront, toutefois, différents. Cette différence ne découle pas nécessairement de l'utilisation d'une terminologie différente, mais elle est le fruit d'un socle de culture différent.

[55] La Stratégie du droit commercial adoptée par la Conférence est une reconnaissance pragmatique du fait que le droit commercial est un domaine juridique important où il faut ménager une harmonie, en partant du principe selon lequel le commerce, à bon nombre d'égards, ne tient pas compte de la langue et de la culture. À bon nombre d'égards, il s'agit de ce même pragmatisme que celui qui anime la présente proposition en vue de l'adoption d'un processus pour élaborer des lois uniformes dans le cadre de la Stratégie du droit commercial, lesquelles seront adoptées éventuellement par les gouvernements autochtones. La Conférence a une occasion de jouer un rôle important en continuant « de moderniser et d'harmoniser le droit commercial au Canada, en vue de créer une structure complète du droit commercial qui permettra de faire affaire plus facilement au Canada, ce qui entraînera des bénéfices directs pour les Canadiens et pour l'économie en général », notamment pour les peuples autochtones.

## Notes en fin de texte

---

1. Consulter l'article sur ce sujet, rédigé pour la Conférence de 2002 par Merrilee Rasmussen, c.r., qui est intitulé « The Role of the Uniform Law Conference in relation to Aboriginal Laws ».

2. *Campbell c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] B.C.J. No. 1524.

3. Article 35 de la *Loi de 1982 sur le Canada*.

4. [1990] 1 R.C.S. 1075.

5. Voir, par exemple, *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, où la Cour suprême a examiné la possibilité qu'une réclamation présentée à un ressort en vue de réglementer les jeux de hasard à gros enjeux puisse faire partie du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Le juge en chef Lamer, au nom de la majorité des juges de la Cour, commence son analyse en énonçant ce qui suit : « À supposer, sans toutefois en décider, que le par. 35(1) vise les revendications du droit à l'autonomie gouvernementale ». Même s'il s'agit expressément d'une hypothèse et non d'une décision, il semble étrange que la Cour procède à partir d'une hypothèse qui, selon elle, n'avait aucune probabilité d'être valable.

6. *Idem*.

7. *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au par. 45. Le professeur Brian Slattery a fait valoir, dans le cadre des commentaires qu'il a formulés à la conférence *Sur la voie de la justice*, organisée par le Saskatchewan Institute of Public Policy et la First Nations University of Canada, du 1<sup>er</sup> au 3 Mars 2006, que cette affaire constituait un droit ancestral à l'intégrité culturelle. (La publication des actes de la Conférence est en cours.)

8. L'arrêt *Pamajewon* a été rendu le 22 août 1996. Le rapport final de la Commission royale a été publié le 21 novembre 1996. Déjà, à cette époque, de nombreux renvois étaient faits, dans la jurisprudence, au Rapport de la Commission royale, mais aucun dans le contexte du droit à l'autonomie gouvernementale ou de la portée possible de la compétence autochtone en vertu de ce droit.

9. À la p. 27-4.

10. La capacité d'enseigner aux membres du groupe la langue et la culture a été évoquée dans l'affaire *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139. Voir, par exemple, le par. 56.

11. Voir *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, où le juge Beetz déclare « 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. Il n'a pas plus de force parce qu'il vise des Indiens sur une réserve qu'il n'est amoindri parce qu'il vise des Indiens à l'extérieur d'une réserve. »

12. Il ne faut pas en conclure que les politiques concernant les négociations entre une province et un territoire ne sont pas aussi importantes. Toutefois, le Canada, à titre d'acteur important de *chaque* négociation, aura une influence sur *toutes* les négociations. Une fois de plus, bien que le facteur supplémentaire des politiques provinciales et territoriales soit susceptible d'être *plus* restrictif, la politique du Canada est de restreindre ce qui s'appliquera *dans tous les cas*.

13. Voir l'article 27 du chapitre 11.

14. Voir l'article 30 du chapitre 11.

15. Projet de loi C-61, première lecture, le 14 juin 2002.

16. Articles 20 et 30.

## L'IMPLANTATION DE LA STRATÉGIE DU DROIT COMMERCIAL EN RESSORT AUTOCHTONE

---

17. Articles 89 et 90.

18. Ceci ne sera pas modifié par l'adoption de la *Loi sur la gouvernance des Premières nations*.

19. *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

20. Dans l'affaire *Delgamu'ukw*, le juge en chef Lamer a déclaré que le par. 91(24) protège l'essentiel de la quiddité indienne contre les empiètements provinciaux et que la quiddité indienne comprend les droits ancestraux (et sans contredit ceux issus de traités).

21. Le Canada semble, parfois, être d'avis que sa compétence en vertu du paragraphe 91(24) est limitée aux seuls éléments sur lesquels il a déjà légiféré par le biais des dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Ceci n'est pas du tout vrai. La compétence du Parlement n'est pas définie par le Parlement; elle est définie par la Constitution. Toutefois, ce qui complique les choses, c'est l'hypothèse selon laquelle toute compétence autochtone exercée en ce qui concerne les éléments de la liste n° 1 est de nature provinciale, et non fédérale. Autrement dit, ce n'est pas une compétence que le Canada peut exercer conformément au par. 91(24).