



CRÉDITS

Éditeur original:



Femmes Autochtones du Québec Inc.

Ce document a été préparé par :

Louise Rock Natasha Wallace

Traduction vers l'anglais :

Alpha traduction Ken Hay

Révision française :

Rita de Viti

Mise en page:



Impression:



Remerciements:

Je tiens à remercier le Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada pour son support financier sans lequel cette étude n'aurait pas vu jour. J'exprime aussi ma gratitude à tout le personnel de Femmes Autochtones du Québec Inc. et à ses représentantes pour leur aide à la réalisation de ce document tant par la participation aux discussions que par l'encouragement et le support moral et matériel.

Les points de vue exprimés ici sont ceux de l'auteure et ne représentent pas nécessairement la politique officielle du Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada.

> DÉPÔT LÉGAL Troisième trimestre 2004 Bibliothèque nationale du Québec Femmes Autochtones du Québec Inc. ISBN 2-922779-05-X





TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION
PROBLÉMATIQUE
CHAPITRE I CONTEXTE HISTORIQUE ET SOCIALE Le contexte historique
L'applicabilité des lois provinciales dans les réserves
CHAPITRE III LE DROIT COUTUMIER AUTOCHTONE Caractéristiques
CHAPITRE IV LA GESTION DES TERRES DES PREMIÈRES NATIONSLa nature des droits autochtones sur les terres des réserves.22Les droits individuels sur les terres des réserves.23Le droit de résidence dans les réserves.25Les ententes sur l'autonomie gouvernementale.25La Loi sur les gestion des terres des Premières nations.27
CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS
TABLE DE LÉGISLATION
TABLE DE JURISPRUDENCE
BIBLIOGRAPHIE
ANNEXE A Lettre d'invitation
ANNEXE B Atelier présenté lors du Rassemblement annuel 2004

4

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves



INTRODUCTION

Sous l'influence et l'imposition du droit de la société dominante, les nations autochtones du Canada sont passées d'un système de justice coutumier et traditionnel à un système juridique étranger à leurs valeurs.

Ce passage, ayant affecté l'organisation politique et sociale dans les communautés autochtones à de multiples niveaux, a généré une panoplie de problèmes sociaux et a réduit ces collectivités à un état de dépendance et de marginalisation.

En créant un régime juridique spécial pour les Premières Nations, celui de la *Loi sur les Indiens*¹, le gouvernement canadien s'est imposé à la fois comme maître et protecteur des nations autochtones. Cette tutelle gouvernementale a eu pour effet d'ériger le gouvernement comme seul interlocuteur et intervenant possible pour changer une situation ou réparer une injustice.

Aussi, les femmes autochtones, qui ont subi et subissent encore tout le poids des bouleversements au sein de leurs communautés, n'ont cessé de demander l'intervention du gouvernement fédéral afin que leurs droits soient reconnus.

La question des biens immobiliers matrimoniaux s'inscrit dans cette lutte que mènent les femmes autochtones pour accéder à l'équité et à l'égalité.

Le présent document se veut une participation à la réflexion et au débat entrepris par divers intervenants sur le problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Outre l'aspect juridique dans lequel cette question s'inscrit, le document traite du contexte sociopolitique ainsi que des éléments factuels ayant une incidence directe ou indirecte sur le partage des biens immobiliers matrimoniaux.

¹ Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, chap. I-5



PROBLÉMATIQUE

Si on définit le droit comme l'ensemble des stratégies élaborées par une société afin d'assurer sa cohésion, sa survie et son bien-être collectif, il devient évident que la façon dont chaque collectivité vit le droit et construit ses stratégies régulatrices ne peut être que le reflet de ses valeurs, de sa conception et de sa vision du monde et des expériences vécues par ses membres. Et si on affirme que les peuples autochtones et les sociétés occidentales ne partagent pas tous les mêmes valeurs, les mêmes conceptions du monde et du rôle de l'être humain dans celui-ci, et ne se réfèrent pas aux mêmes mythes fondateurs, il nous sera indéniable de proposer que leurs systèmes respectifs de droit devraient différer.

Or, dans les faits, contrairement à la situation qui prévalait aux premiers temps de la colonie, l'État canadien moderne, dans son effort d'expansion et d'extension de sa souveraineté, a entrepris un processus d'acculturation et de colonisation juridique envers les Premières Nations du Canada. Cependant, conscientes des différences, les autorités canadiennes n'ont pas seulement tenté d'imposer aux autochtones les mêmes lois qu'aux autres Canadiens, mais elles ont instauré aussi un régime juridique spécial qui les régit, celui de la *Loi sur les Indiens*.

La *Loi sur les Indiens*, étant l'outil principal du gouvernement pour imposer une transition aux différentes collectivités autochtones, est perçue par ces derniers comme ayant eu un effet déstabilisateur et défavorable sur leurs cultures et comme ayant abouti à la perte subséquente de leurs institutions sociales, politiques et juridiques.

Cette transition ou ce passage restent néanmoins inachevés, car s'il semble évident que des décennies d'acculturation et de colonisation juridique ont transformé à jamais les conceptions qu'ont les Premières Nations du droit, il n'en demeure pas moins évident que la conceptualisation autochtone du rapport au territoire reste bien vivante. Ainsi, si plusieurs membres des communautés autochtones et surtout ses leaders politiques optent pour un discours autonomiste et nettement à connotations néotraditionnalistes, d'autres tranches de ces communautés et surtout les femmes insistent sur le fait que l'effet global du système juridique canadien actuel se traduit souvent par une absence de recours juridiques fondamentaux pour les femmes des Premières Nations, et par une dévaluation et une marginalisation de leurs rôles au sein de leurs collectivités.

C'est à se demander si le brandissement des valeurs traditionnelles par une certaine classe politique autochtone dans le but, quoique légitime, de faire aboutir le dossier de l'autodétermination, n'occulte pas les besoins véritables des communautés autochtones ainsi que les attentes de ses membres et leurs aspirations aussi légitimes à l'égalité.

À cet égard, la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves est un exemple édifiant de la nature complexe du malaise que vivent les peuples autochtones : d'abord parce que les biens immobiliers matrimoniaux ont une incidence sur la communauté autochtone dans sa totalité et ensuite parce qu'ils ont des effets et des répercussions considérables sur les rôles des femmes dans leurs collectivités.

Ainsi cette question soulève des problèmes liés aux droits fonciers et de propriété dans les réserves autochtones, soit ceux liés au statut de membre et de résidence dans les réserves; elle met aussi en

3

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves



évidence la perspective du pouvoir législatif et de l'autorité des peuples autochtones, ainsi que l'état de pauvreté chronique et de pénurie de logements dans lesdites réserves. En plus, elle se situe à la croisée des droits collectifs vis-à-vis des droits individuels, de l'équité et de l'égalité entre les sexes et d'une certaine vision culturelle inhérente aux droits ancestraux.

À la lumière de ce qui précède, nous pouvons dire d'ores et déjà qu'une approche fragmentaire ne peut suffire à apprécier toute la portée de la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Aussi notre problématique tentera autant que possible de soulever les enjeux et les principaux axes d'analyse qui touchent au patrimoine familial dans les réserves.

L'auteure a bénéficié d'une documentation aussi importante que pertinente qui s'est penchée sur le sujet : outre les sources qui relatent les perspectives des Premières Nations tels que le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, les mémoires et les études réalisées par des organisations des femmes des Premières Nations, le rapport de la représentante spéciale sur la protection des femmes des Premières Nations, ainsi que plusieurs études juridiques et universitaires. L'auteure a eu l'heur d'avoir accès au rapport intérimaire du comité sénatorial permanent des droits de la personne et des différents témoignages présentés devant ce comité ainsi qu'au document réalisé sur le sujet par *Cornet Consulting & Mediation*.

D'autre part, l'auteure a pu être éclairée directement par des femmes autochtones lors d'une table de discussion organisée autour de ce thème par Femmes autochtones du Québec (FAQ), ainsi que par des entretiens informels avec des autochtones (hommes et femmes) vivant dans les réserves.

Il appert, à première vue, que la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves présente beaucoup de difficultés à cerner sa portée et à brosser un portrait global dans lequel elle s'inscrit. Les documents et les témoignages dont l'auteure s'est largement inspirée font émerger, à notre avis, quelques lignes directrices : l'équilibre entre les droits collectifs et les intérêts individuels, le traitement des terres dans les réserves et le contexte socioéconomique dans les communautés autochtones.

Afin de mettre la lumière sur ces trois axes d'analyse, l'auteure a soulevé les questions suivantes :

1. Dans quelles mesures les traditions juridiques non autochtones ont-elles des répercussions sur les cultures et les valeurs des Premières Nations ayant trait aux terres et à la famille ? Car tout en s'adressant au gouvernement pour susciter son intervention, la plupart des femmes autochtones consultées insistent en même temps sur le fait que la *Loi sur les Indiens* est la source de la dégradation de leur situation et l'origine de plusieurs « barrières systémiques » qui ont été dressées contre l'obtention des droits sur les terres dans les réserves.

Dans cet ordre d'idées, la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves doit-elle être traitée dans le cadre de rapports entre conjoints ou dans le contexte des droits entre des entités individuelles sans égards aux valeurs et aux éléments factuels qui président dans les réserves ? C'est que plusieurs femmes autochtones soulèvent le fait que les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves peuvent s'étendre aux membres de familles, voir même aux clans, et soutiennent que les visions autochtones en ce qui concerne la famille ont souvent plus de portée que les concepts juridiques d'origine européenne.



Cette ambivalence dans le discours reflète un profond malaise au sein de la communauté autochtone. Car la norme de droit est située dans la société dominante et toute revendication de droit individuel se fait sur la base de la situation juridique à l'extérieur des réserves.

Le dilemme est donc comment, dans une réforme de droit, en l'occurrence le droit des biens immobiliers matrimoniaux, devrait-on tenir compte des valeurs culturelles propres aux Premières Nations ? En d'autres mots, si l'on peut imaginer une justice élaborée par et pour les communautés autochtones basée sur leurs représentations de la réalité, comment concilier les valeurs modernes et les valeurs autochtones traditionnelles dans l'élaboration de règles de droits destinées à apporter des solutions à des problèmes actuels ?

Toutefois, l'urgence et la précarité de leurs situations font dire à plusieurs participantes qu'une intervention immédiate est aussi urgente que nécessaire et que cela n'entrave nullement la lutte des communautés autochtones pour regagner un certain contrôle sur leur existence en tant que collectivités.

La nature et la portée de cette intervention reste à déterminer, car comme notent certains témoins, une intervention unidimensionnelle ne réglera pas le problème et comme par le passé, en générera d'autres.

2. Les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves devront-elles mener à une forme d'uniformité dans le traitement des terres dans les réserves ? Car si les intervenants sont d'avis que cette question doit être comprise dans le contexte plus large de traitement des terres dans les réserves, ils doivent aussi relever que la multitude des régimes juridiques qui régissent les questions foncières dans les réserves se traduit souvent par une certaine différence dans le traitement des questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux d'une collectivité à l'autre.

La gestion des terres chez les Premières Nations n'est pas assujettie aux mêmes règles : certaines communautés autochtones allouent les terres selon leurs propres modes coutumiers, d'autres respectent scrupuleusement les règles édictées par la *Loi sur les Indiens*; certaines collectivités ont repris le contrôle de la gestion de leurs terres en se dotant d'un code foncier dans le cadre de la *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*², et d'autres ont conclu ou ratifié un accord sur l'autonomie gouvernementale. Dans certaines collectivités, le rôle des familles et des clans en ce qui a trait aux terres a une incidence directe sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Tous ces facteurs, combinés aux réalités contextuelles dans les réserves, ont un effet de dispersion sur le pouvoir de décision. À cet effet, une analyse du pouvoir décisionnel réel des conseils de bande s'impose.

Au fait, comme l'ont laissé entendre certains témoignages et au delà de l'examen de la portée de ce pouvoir selon les textes de la loi, la façon de l'exercer a une incidence directe sur les revendications des femmes.

² Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, L.C. 1999, chap. 24, « ci-après citée LGTPN »



3. Quelques soient les mesures prises pour pallier à la lacune des droits immobiliers matrimoniaux dans les réserves, l'existence d'un processus visant à mettre en œuvre les droits à l'autonomie gouvernementale des Premières Nations doit-elle avoir une incidence directe sur la nature et la portée de ces mesures ?

À cet égard, les avis sont partagés : certains intervenants soulignent l'importance que toute mesure ou initiative législative ne devrait aucunement perturber le processus en cours, d'autres estiment que toute réforme devrait respecter le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des Premières Nations. Toutefois, tous s'accordent à reconnaître l'urgence de mettre en place des recours et manifestent leurs craintes quant à la durée et à la portée dudit processus.

Cela soulève la question épineuse des droits collectifs vis-à-vis des droits individuels. En effet, l'Assemblée des Premières Nations a toujours défendu la position que toute adoption de loi ayant une incidence sur les droits et intérêts des Premières Nations sans le consentement de celles-ci est considérée comme empiètement de leurs droits ancestraux, et ce, compte tenu des engagements du gouvernement fédéral en matière d'autonomie gouvernementale et de ses obligations constitutionnelles envers les peuples autochtones.

Plus précisément, c'est la conception même des droits et du rôle que ceux-ci sont appelés à jouer au sein de la collectivité qui est en jeu : est-ce qu'on doit instaurer une forme des droits individuels qui favorisent la cohésion, le consensus et le règlement de conflits, ou doit-on aller de l'avant avec des droits qui peuvent entraîner l'éclatement de l'aspect collectif et aboutir à une polarisation des différences mais qui assurent une protection à des personnes qui en ont besoin ?

D'autre part, si une mesure doit être entreprise sur les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, plusieurs participantes à la table de discussion s'accordent à dire qu'elle doit s'inscrire dans une logique d'habilitation des femmes et de leurs collectivités.

4. Comment une mesure portant sur les biens immobiliers matrimoniaux peut-elle s'accommoder du statut juridique des conjoints en vertu de la *Loi sur les Indiens*? Car beaucoup de témoins ont souligné le fait que les relations conjugales dans les réserves peuvent être, et c'est souvent le cas, entre des personnes dont le statut juridique établi par la *Loi sur les Indiens* est différent. Ces relations, qui mettent en rapport des personnes appartenant à des bandes différentes ou ayant un statut spécial au regard de la loi, donnent lieu à des droits de résidence différents dans les réserves. Le cas ou l'un des conjoints n'a pas le statut indien est encore plus complexe.

Ainsi le statut juridique des conjoints et l'adoption ou non par la bande d'un code d'appartenance ont une influence directe sur le partage des biens immobiliers matrimoniaux après une rupture. Cette réalité touche aussi les enfants, car si « l'intérêt supérieur de l'enfant » doit toujours primer, comment peut-on appliquer ce principe tout en tenant compte des limitations en ce qui a trait au statut « d'Indien inscrit » et d'appartenance à une bande, au sens de la *Loi sur les Indiens*.

5. Une intervention au niveau juridique, quelle que soit sa portée, suffira-t-elle à régler la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves ? À cet égard, beaucoup de témoins ont soulevé le fait qu'il ne sert à rien d'avoir un droit dont on ne peut se prévaloir. Au-delà du tapage qui se fait autour de cette question de droit, il y a un problème de violence sociale, de pauvreté chronique et d'absence de ressources financières pour faire aboutir un recours juridique.



Plus précisément, le droit est-il le vecteur et le porteur du développement social ou doit-il suivre l'évolution de la communauté ? Cela nous amène à une constatation qu'un témoin a formulée en ces termes « la *Loi sur les Indiens* qui était supposée sauvegarder notre caractère particulier, nous a conduit à un état de délabrement et a fait de nous des êtres vidés de toute substance culturelle ».

En fait, l'accession des Indiens au développement ne doit-elle avant tout passer par une politique de responsabilisation qui favorise la suppression de la pauvreté et surtout l'épanouissement des individus ? Le collectivisme et les valeurs collectives doivent-ils pour autant occulter les droits individuels et la sécurité de la personne ?

Même si certains aspects des questions posées débordent du cadre de cette recherche, ils sont, à notre avis, pertinents pour éclairer et aider à mieux voir le tableau global dans lequel s'inscrit le problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Toutefois, ce document ne se prétend pas exhaustif et ne peut traiter de toute la portée des questions posées. Aussi, afin de porter une certaine réflexion et éclaircir autant que possible les points soulevés dans la problématique de la recherche, nous allons tout d'abord tenter de situer le problème des biens immobiliers dans les réserves dans son contexte historique et sociale. À cet égard, si la majorité, voire même tous les témoins et les participantes aux tables de discussion, s'accordent à dire que des décennies d'application de la *Loi sur les Indiens* ont eu des répercussions fâcheuses sur les communautés autochtones en général et sur la place des femmes dans ces collectivités en particulier, la dynamique sociale interne propre aux autochtones qui reproduit un certain modèle défiguré perpétuant le patriarcat et l'oppression n'a malheureusement pas fait l'objet d'une étude sérieuse.

L'auteure entretenait l'ambition de traiter le volet social à travers une enquête prêtant sa méthodologie aux sciences sociales, mais il s'est avéré impossible de réaliser ce type d'enquête faute de temps et de fonds nécessaires à sa finalisation. Aussi, dans l'aspect socioculturel, nous nous sommes contentés d'une description de quelques phénomènes ayant une incidence directe sur le sujet des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

La deuxième partie traite du cadre législatif où il est question de constitution, de partage de compétences et de la reconnaissance de certains aspects résiduels du droit coutumier autochtone. Dans cette partie, on a essayé de tracer les lignes de démarcation sans pour autant rentrer dans les détails juridiques.

Une ébauche sur le droit coutumier autochtone fait l'objet de la troisième partie. En réalité, nous avons traité ce sujet selon une perspective globale et brève qui se questionne sur la pertinence de tenir un discours traditionnaliste dans un contexte de mondialisation.

La quatrième partie est consacrée à la gestion foncière dans les réserves, elle traite des différents régimes qui régissent la gestion des terres et de leurs incidences directes sur le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves après une rupture de la relation conjugale.

Enfin, la conclusion et les recommandations font état des avenues possibles pour remédier à la situation.

-

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves



CHAPITRE I LE CONTEXTE HISTORIQUE ET SOCIALE

A. Contexte historique

1. Exclusion et citoyenneté

Les travaux de la Commission royale sur les peuples autochtones ont mis en évidence la marginalité des communautés autochtones au Canada. Or, la marginalisation des autochtones ne renvoie pas seulement aux standards de vie mais aussi à des niveaux sociaux et symboliques. En effet, l'état de délabrement dans lequel vivent les communautés autochtones est le résultat d'un long processus à la fois d'assimilation et d'exclusion.

Si l'exclusion signifie un acte de mise à distance, l'assimilation ou l'inclusion relèvent d'une volonté de domination et de mise en tutelle. Historiquement, les autochtones ont subi les doubles effets de cette politique à deux niveaux. Pour les femmes autochtones quant à elles, les effets de ce processus ont été doublement pernicieux, car comme nous allons le voir, ce sont elles qui ont supporté tout le poids de la destruction des systèmes politique et de l'organisation sociale et économique des autochtones.

Selon *Goulejac et Leonetti*³, l'exclusion peut s'opérer à trois niveaux : un volet économique qui relève essentiellement du standard de vie active dans la société, un volet social qui renvoie aux dislocations sociales et la désignation des liens sociaux, et un volet symbolique ou ce que Pierre Bourdieu appelle le « capital symbolique » qui implique le système de représentations collectives qui forgent les identités individuelles et communautaires.

La réduction de l'identité autochtone a englobé ces trois sphères. En effet, de peuples indépendants, voire même souverains avec qui on cherche des alliances pendant les guerres coloniales, les nations autochtones sont réduites à être des sujets dépendants de la Couronne qui avaient besoins d'être protégés et « civilisés ».

Les objectifs contradictoires de protection, d'assimilation et de civilisation des peuples autochtones que les autorités ont cherché à atteindre ont débouché sur une politique de mise en réserve. Toutefois, cette approche d'exclusion et d'isolation s'est opérée dans un but de contrôle et de domination : en fait, les réserves, dans l'esprit des autorités, n'étaient que des lieux « d'éducation » où les agents gouvernementaux prépareraient les Indiens à s'intégrer dans la société dominante; la politique de mise en réserve n'était en réalité qu'une mesure provisoire dans l'attente de l'extinction des peuples autochtones.

L'incorporation des autochtones à l'Etat-nation canadien qui s'est accompagnée de leur mise à l'écart par rapport à celui-ci, a eu pour conséquence d'une part, l'accès restreint et contrôlé aux ressources des territoires, et d'autres part, la destruction des « systèmes politiques et l'organisation sociale des autochtones, leur religion et les restes d'une économie auparavant viable ».4

La complexité inhérente à la marginalisation des peuples autochtones relève donc du fait que l'État s'est donné des stratégies particulières dans le but d'encadrer la production de normes et de coutumes spécifiques à ces peuples, des stratégies qui ont toujours visé à nier et à gommer l'existence d'un ordre juridique et social propre aux autochtones.

³ Vincent GAULEJAC et Isabel T. LEONETTI, La Lutte des places, Paris, Epi, 1994

⁴ Joyce A. GREEN, Vers une détente de l'histoire. L'héritage colonial du Canada remis en question, Recherches amérindiennes au Québec, 1995, XXV, 4: p. 35



En fixant l'existence des autochtones dans la *Loi sur les Indiens* et en créant des catégories juridiques fictives, le gouvernement a octroyé un statut juridique particulier aux autochtones qui les a empêchés de jouir pleinement d'une citoyenneté sociale. En effet, la *Loi sur les Indiens* donne à ces derniers « *un statut équivalent à celui d'un enfant mineur puisqu'ils sont soumis au contrôle du gouvernement qui a l'autorité de décider pour eux. Il s'agit d'un encadrement de tous les aspects de la vie des individus et des communautés : de la naissance à la mort d'un indien [...]. Ce régime de tutelle détermine aussi bien le statut d'Indien que l'appartenance à la bande, la structure politique et administrative que la gestion des réserves. »⁵*

Paradoxalement, la mise en réserve et sous tutelle des autochtones qui n'était dans l'esprit du colonisateur qu'une étape pour les préparer à devenir citoyen de la nation canadienne a donné aux autochtones, involontairement, un moyen, quoique minime, de résister aux efforts d'assimilation. D'ailleurs la publication du « livre blanc » en 1969 par le gouvernement Trudeau qui préconisait l'assimilation des Indiens à la majorité canadienne et l'abolition du système de réserves et du statut particulier des autochtones constitue à cet égard en premier lieu un aveu de la visée réductrice et assimilatrice de la politique de « protection des Indiens » et en second lieu, un constat d'échec de cette politique.

Cependant, des décennies d'assujettissement et de colonisation juridique ont marqué à jamais les collectivités autochtones et ont eu des répercussions sociales et culturelles dont les séquelles sont manifestes aussi bien dans l'organisation familiale, sociale et politique que dans le partage des tâches et le rapport au territoire.

2. Les biens immobiliers matrimoniaux dans le contexte historique

Cherchant à éliminer les valeurs culturelles des Premières Nations et à les assimiler, la politique gouvernementale a instauré une panoplie de dispositions discriminatoires à l'égard des femmes à travers l'adoption des normes européennes de l'époque qui favorisait la domination et le contrôle des femmes par les hommes.

« The 1869 Act advocated the principle of assimilation. In addition, the Act affirmed the principle that, like European women, Indian women should be subject to their husbands and by law the children belonged to him. »⁶

Ainsi, bien que de nombreuses sociétés des Premières Nations étaient des sociétés matriarcales et bien que les femmes autochtones jouaient un rôle prépondérant dans la reproduction sociale de leurs collectivités, la politique assimilatrice s'est opérée à leur dépens. En fait, jusqu'en 1985, la législation fédérale a imposé les règles patriarcales quant à la détermination du statut d'Indien, à l'appartenance à la bande et au droit de résidence dans les réserves. Aussi, la marginalisation des femmes autochtones au sein même de leurs communautés, dont les séquelles sont encore manifestes, ne date pas d'aujourd'hui. En effet, on peut faire « remonter les racines de la contradiction à la détermination structurale du colonialisme et du patriarcat, les séquelles de cette marginalisation se perpétuent encore, avec la pauvreté, la maladie, l'exploitation sexuelle et la violence physique dont sont victimes les femmes. »⁷

⁵ Renée DUPUIS, *La question indienne au Canada*. Montréal, Boréal, 1990, p. 48

⁶ Patricia A. MONTURE-OKANEE, « The roles and responsibilities of Aboriginal women: reclaiming justice », (1992) 56 Sask. L. Rev. 237

Madeleine D. STOUT et Gregory D. KIPLING, Les femmes au Canada: orientations de la recherche stratégique en vue de l'élaboration de politique. Ottawa, Condition féminine Canada, 1998, p. 12



Historiquement, ce sont les femmes qui ont fait les frais de ces dispositions ayant trait à l'admissibilité et à l'émancipation dans la *Loi sur les Indiens*.

Outre le volet qui fixait les règles d'admissibilité et l'instauration d'un système patriarcal, la « préparation des autochtones à la civilisation » ne peut s'accomplir sans leur « initiation » aux préceptes capitalistes. Ainsi, la *Loi sur les Indiens* a imposé un système de propriété foncière favorisant les droits de propriété et de possession des terres par des particuliers dans les réserves. Les « billets de location », les « certificats de possession » ou les « droits de surface » servaient d'abord à familiariser les autochtones aux concepts européens de propriété privée.

Dans les faits, même si « rien n'interdit à des femmes de posséder des biens au moyen d'un certificat de possession » [...] « l'effet cumulatif d'une série de textes législatifs qui ont exclu les femmes ou leur ont refusé le droit de propriété ou le droit de succession, ce à quoi il faut ajouter le langage sexiste qui apparaît dans les lois antérieures aux modifications de 1985, a engendré l'idée selon laquelle les femmes n'ont pas le droit d'obtenir de certificats de possession. »⁸

Des dispositions comme celle qui accordait au surintendant général d'être le seul et ultime juge des « vie et mœurs » de la veuve autochtone pour qu'elle puisse hériter ou garder des biens au nom d'enfants mineurs ont perpétué l'idée en question.9

En somme, la discrimination de nature sexiste, les obstacle juridiques ainsi que l'établissement de normes d'origine européenne en matière de gouvernance ont engendré une dégradation de la condition de la femme au sein des collectivités autochtones. Cette discrimination historique continue à entacher, voire même détruire les rôles traditionnels que les femmes autochtones jouaient comme dépositaires des valeurs et a dénaturé les traditions des Premières Nations en matière de relation entre les sexes et en ce qui a trait à la propriété des terres et aux rapports avec le territoire.

La question des biens immobiliers matrimoniaux s'inscrit donc dans un contexte de lutte des femmes autochtones pour recouvrir leurs droits et dans un contexte où avec l'adoption de la *Loi constitutionnelle* de 1982 et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le but avouée du gouvernement est « de promouvoir le respect de la dignité et de la valeur des personnes et l'égalité véritable des groupes défavorisés, dont les femmes et les autochtones. »¹⁰

B. Le contexte socioculturel

« Le fait d'être un groupe désavantagé au sein d'un autre groupe désavantagé a de nombreuses et complexes conséquences sociales, économiques et politiques. »¹¹

En effet, les indicateurs démographiques et sociaux tendent à démontrer que les autochtones du Canada sont désavantagés au plan socioéconomique par rapport au canadiens non autochtones. La pauvreté, le manque d'occasions de s'instruire, le chômage, les conditions de vie précaires, l'abus d'alcool et la violence familiale illustrent sans équivoque cet état de choses.

Vu le cadre de ce document, il n'est pas dans notre intention d'analyser ces conditions socioéconomiques. Toutefois, il paraît évident que cette réalité a une incidence directe sur les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves. Aussi, nous allons tenter d'esquisser les

⁸ Canada, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Vol. 4, Perspectives et réalités, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996, chap. 2.

⁹ Loi sur les Indiens, S.R.C. c. 98, art. 2

¹⁰ Gwen BRODSKY et Shelagh DAY, La Charte canadienne et les droits des femmes. Progrès ou recul ?, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989, p. 29

¹¹ Mary EBERTS, Mémoire juridique à l'Association des femmes autochtones du Canada, 1991.



implications que les données socioéconomiques peuvent avoir sur le partage du patrimoine familial. Car la justice n'est pas une équation mathématique, mais plutôt une démarche visant l'équité en tenant compte des expériences et du vécu réel.

1. Une pauvreté chronique

L'état de pauvreté chronique dans lequel vivent les autochtones dans les réserves n'est un secret pour personne. La majorité des autochtones vivant dans les réserves sont des assistés sociaux et souvent la résidence familiale constitue le seul bien immobilier que la famille possède.

Cet état de pauvreté a une incidence directe sur la capacité d'un conjoint de se prévaloir des recours judiciaires si jamais ils existent.

D'abord, les distances et les caractéristiques géographiques rendent les recours judiciaires difficilement abordables pour les femmes autochtones dans certaines réserves. En plus, dans le contexte de biens immobiliers, l'aide juridique n'est pas accessible car la société d'aide juridique estime qu'il s'agit d'actifs qui peuvent permettre à la clientèle de se payer les services d'un avocat.

D'autres part, les ordonnances risquent d'être non exécutoires et de rester de l'encre sur du papier si le conjoint n'est pas solvable comme c'est le cas actuellement lors des recours pour les pensions alimentaires.

En somme, la gestion de la justice a une incidence directe sur la capacité des femmes de se prévaloir des recours qui leur sont offerts.

2. Des collectivités diverses

Au 31 décembre 1998, parmi les 624 bandes d'affiliation au Canada, il y a 4,8% de moins de 100 membres, 15,4 % de moins de 250 membres, 21 % de moins de 500, 25,1% de moins de 1000, 22,3% de moins de 2,000 et 22,3% de plus de 2,000. Ainsi d'après ces données statistiques, les collectivités indiennes sont relativement petites et présentent une diversité culturelle au niveau des expériences et du vécu quotidien. Des répondantes ont relevé que vivre un rupture dans un réserve est beaucoup plus difficile qu'ailleurs surtout si la relation était aggravée par une situation de violence familiale. Et qu'en général, c'est la famille au sens large qui apporte le soutien nécessaire quoique insuffisant. Dans plusieurs cas, les femmes choisissent de quitter la réserve faute de ressources et pour échapper à la pression.

Il y a aussi le fait que ces communautés se présentent sous des degrés différents de pénétration par la culture de la société dominante, et ce selon leur proximité ou non des centres urbains.

3. La violence familiale

Dans une étude portant sur la situation des femmes autochtones de l'Ontario publié en 1990 par l'Association des femmes autochtones de cette province et citée par Mary Ellen Turpel¹², 91 % des répondantes ont indiqué que la violence familiale était un problème important dans leur communauté, 71 % ont indiqué l'avoir subie personnellement.

¹² Mary Ellen TURPEL, *Home/land*, (1991) 10 Can. J. Fam. L. 17, p. 36

1

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux

dans les réserves



Le phénomène de la violence familiale au sein des collectivités s'apparente à une véritable « épidémie ». Et d'après l'Association des femmes autochtones de l'Ontario, ce problème a un lien causal avec la perte de contrôle de leur identité par les autochtones « living under bureaucratic control with no real self-government of self-determination, means that we do not control every day affairs including our family life, and as a result, the level of social problems in our communities is frequently severe [...] the first and fore most place where the impact of these social problems is felt, is in the family. The treatment of the members of family is a reflection of the treatment of the community on a broader base. This is especially true for us because we have an important cultural value in our communities which the notion of extended family. »¹³

On peut aussi relier ce phénomène à l'agression subie par les sociétés autochtones à travers les politiques d'exclusion et d'assimilation qui ont touché au cœur du sacré indien et qui ont abouti aux dislocations sociales et à la désintégration des liens sociaux ainsi qu'à la perte de repères identitaires et à un sentiment d'inutilité et de frustration.

Quoi qu'en soient les causes de la violence familiale dans le contexte des Premières Nations, les femmes qui veulent se sortir d'une relation de violence doivent souvent le faire à leur dépens. L'ampleur de ce phénomène a des répercussions et des conséquences graves surtout que le droit fédéral ne dit rien au sujet de la violence familiale dans son aspect civil dans le contexte des réserves.

La Commission royale sur les peuples autochtones décrit comme suit la situation des femmes autochtones faisant face à ce problème :

« Le fait que la résidence soit au nom de l'époux soulève un problème lorsque la femme maltraitée souhaite assurer sa sécurité`en demandant une injonction interdisant à son époux l'accès au foyer conjugal. L'accusation de voies de fait est traitée comme une affaire pénale mais si l'épouse souhaite obtenir l'occupation exclusive de la résidence conjugale, elle doit intenter une action civile devant un autre tribunal. Lorsque le foyer conjugal se trouve dans une réserve, le tribunal provincial n'est pas habilité à entendre l'affaire, parce qu'elle relève de la compétence fédérale sur les terres réservées pour les indiens, bien qu'il n'existe aucune loi fédérale applicable à cette situation. En conséquence, la femme n'a bien souvent d'autres choix que de quitter le foyer conjugal. En raison de manque de logement dans la plupart des réserves, les femmes doivent généralement demander l'hospitalité à des membres de leur famille qui vivent déjà dans des logements surpeuplés, à moins qu'elles ne quittent la collectivité. Cela ne fait qu'aggraver le traumatisme des mauvais traitements puisque la femme perd ainsi sa maison, sa famille étendue et son milieu. »¹⁴

À cet égard, les participantes à la table de discussion ont insisté sur la nécessité de prévoir des logements et des refuges dans les réserves pour accueillir les familles après la rupture et pour atténuer la pression subie par les femmes qui tentent désespérément de se sortir d'une relation violente. D'autres ont proposé des logements sociaux destinés à accueillir les époux violents.

En somme, le contexte socioculturel dresse devant nous une panoplie de caractéristiques sociales propres aux autochtones qu'il faut prendre en considération. Les participantes de la table de discussion sont généralement d'avis qu'une approche globale qui habilite les femmes au sein de leurs collectivités est nécessaire. Elles optent plutôt pour un modèle qui implique la collectivité entière dans le règlement des questions reliées à la violence familiale et aux partages des biens immobiliers matrimoniaux. D'ailleurs les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones favorisent clairement la reconnaissance d'une compétence inhérente pour les autochtones en ce qui a trait au droit de la famille en général.

¹³ Ontario Native Women Association, Breaking the Cycle of Aboriginal Family Violence. A Proposal for Change, Thunder Bay, O.N.W.A., November 1990.

¹⁴ Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Vol. 5, *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, dossier 13691.



CHAPITRE II LE CONTEXTE LÉGISLATIF

A. Le cadre constitutionnel

L'article 15 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982 stipule que

« La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

Ce principe énoncé dans la constitution canadienne appelle à entreprendre une action afin que les femmes autochtones qui résident dans les réserves bénéficient de la même protection et jouissent des mêmes recours judiciaires que les femmes vivant à l'extérieur des réserves en ce qui a trait au patrimoine familial.

Toutefois, cette intervention nécessaire doit tenir compte de plusieurs facteurs au niveau même de l'interprétation des lois constitutionnelles.

En premier lieu, le droit de la famille relève pour l'essentiel du pouvoir législatif provincial puisque la compétence sur la « propriété et les droits civils dans la province » est conférée selon le paragraphe 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à la province. Ainsi, le législateur provincial a le pouvoir de légiférer dans les domaines reliés aux biens, aux obligations, à l'adoption, au patrimoine familial, à la garde d'enfants, etc. En plus, l'administration même de la justice est une affaire qui relève de la province selon le paragraphe 92 (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En second lieu, le paragraphe 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au gouvernement fédéral, la compétence en ce qui concerne les « *Indiens et les terres réservées aux Indiens* ». Et c'est par l'entremise de la *Loi sur les Indiens* que le gouvernement exerce cette compétence. On fait remarquer que cette loi comprend des dispositions qui réglementent les questions reliées aux successions et aux testaments, un domaine de compétence provincial à l'extérieur des réserves. Toutefois, cette loi reste muette en ce qui a trait aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

Le débat quant à la portée de cette compétence conférée par la constitution canadienne est toujours d'actualité. À cet égard, l'arrêt *P.G. Canada c. Canard*¹⁵ a étendu cette compétence aux droits régissant les biens fonciers et aux droits civils des Indiens. Nous verrons plus loin l'applicabilité des lois provinciales dans les réserves.

En troisième lieu, les obligations fiduciaires de la Couronne envers les Indiens confèrent au gouvernement la possibilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones pour s'acquitter de ses responsabilités historiques. Toutefois, la portée de l'obligation de fiduciaire a été l'objet de limitation par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Wewaykum c. Canada*¹⁶. En effet, la Cour a précisé que :

« l'obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n'a pas un caractère général, mais existe plutôt à l'égard des droits particuliers des Indiens [...] et que jusqu'à présent la Cour n'a pas élargi la protection de l'obligation de fiduciaire applicable aux actes accomplis par la Couronne à l'égard de droits fonciers autochtones [...] à d'autres intérêts des Indiens à l'exception de terres ne faisant pas l'objet de droits visés au paragraphe 35 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982. »¹⁷

¹⁵ [1976] 1 R.C.S. 170

¹⁶ [2002] 4 R.C.S. 245

¹⁷ id., par.81



En d'autres mots, la Cour ne « prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celleci exerce ses fonctions législatives ou administratives. »¹⁸

Cette interprétation limitative écarte toute argumentation concernant les biens immobiliers matrimoniaux fondée sur l'obligation de fiduciaire car dans le contexte matrimonial, il n'est pas question des actes de la Couronne et de ses activités relevant de la gestion des terres, mais plutôt d'un régime juridique et constitutionnel qui dans les faits n'offre pas la même protection des intérêts des femmes autochtones dans les réserves que celle accordée aux autres femmes canadiennes.

En quatrième lieu, il faut tenir compte du pouvoir législatif qu'une Première Nation peut exercer en vertu d'une interprétation de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Car selon les leaders des Premières Nations, l'application de l'article 35 leur confère un pouvoir législatif inhérent à leurs droits ancestraux et leur octroie une autonomie gouvernementale, et par conséquence toute intervention législative à l'égard des questions qui affectent la gestion des affaires touchant les collectivités autochtones doit relever de la compétence des Premières Nations.

À cet égard, notons d'abord que le gouvernement a adopté une politique qui favoriserait l'autonomie gouvernementale. Toutefois, la portée de cette autonomie gouvernementale reste très restreinte pour le gouvernement qui n'envisage pas un niveau important d'autodétermination par l'intermédiaire de mesures telles que le contrôle autochtone sur les institutions et le développement de la culture et du droit coutumier autochtones.

Dans le cadre de l'orientation gouvernementale en matière d'autonomie gouvernementale, quelques ententes ont été conclues. Toutefois, l'approche de ces ententes n'est pas uniforme et elles ne traitent pas uniformément en matière de compétence sur le patrimoine familial. Nous ferons un survol de ces ententes et de la manière dont elles ont abordé les questions liées aux biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves.

La politique gouvernementale en ce qui a trait à l'autonomie gouvernementale se résume en ces points annoncés officiellement le 10 août 1995 :

- la reconnaissance d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;
- ce droit ne peut être exercé en dehors de la constitution canadienne;
- la primauté de la *Charte canadienne* des droits et libertés;
- l'harmonisation des lois fédérales, provinciales, territoriales et autochtones.

En cinquième lieu, l'interprétation de l'article 25 de la *Charte canadienne* des droits et libertés donne lieu a beaucoup d'appréhension chez les femmes autochtones quant à l'applicabilité de l'égalité, et particulièrement quant à l'applicabilité de l'égalité des sexes à l'égard des communautés autochtones.

L'article 25 de la Charte canadienne stipule que :

« Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment : a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763; b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. »

¹⁸ id., par.76



Dans le contexte de l'égalité des sexes, les engagements pris par le gouvernement du Canada se rattachent à des objectifs très larges comprenant entre autres de promouvoir l'égalité des sexes dans toutes les facettes de la vie culturelle et améliorer l'autonomie et le mieux être financiers des femmes et aussi intégrer les perspectives des femmes dans les affaires publiques.¹⁹

Toutefois, historiquement, le gouvernement est particulièrement réticent à aborder le problème de la discrimination dans le contexte des Premières Nations. Ainsi, beaucoup de questions d'ordre politique et juridique concernant l'application de la *Charte canadienne* à la législation des Premières Nations n'ont pas encore été traitées.

L'interprétation de l'article 28 de la Charte canadienne se lit comme suit :

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

Une interprétation de cet article conjuguée à la portée que peut donner une interprétation de l'article 25 de la *Charte canadienne* peut nous renseigner sur l'applicabilité du principe d'égalité des sexes dans le contexte des Premières Nations.

Au fait, si les tribunaux ont souvent affirmé le caractère collectif des droits autochtones et en particulier celui des droits ancestraux²⁰, l'attribution d'un droit à une collectivité n'empêche pas l'exercice individuel de ce droit. Aussi les dispositions du paragraphe 35 (4) de la *Charte canadienne* garantissent ces droits également aux personnes des deux sexes.

Néanmoins, comme nous l'avons souligné dans la problématique, les droits immobiliers matrimoniaux ont une incidence sur la collectivité entière et mettent les femmes autochtones dans un position peu confortable : accorder une priorité aux droits collectifs tel que l'autonomie gouvernementale ou prioriser les droits d'égalité des individus.

En dernier lieu, le droit international auquel le Canada souscrit, impose au gouvernement une double obligation. D'abord, ce droit reconnaît à tous les peuples le droit à l'autodermination ce qui inclut la fonction gouvernementale. Bien que le Canada n'a pas encore souscrit à la déclaration universelle des droits des peuples autochtones qui reconnaît leur droit à disposer d'eux-mêmes ainsi que leur droit collectif et individuel de proprité, de possession et d'usage des terres qu'ils occupent traditionnellement, le gouvernement est en train de reconnaître dans les faits, quelques aspects de cette déclaration. D'autres part, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²¹ dont le Canada est partie, comporte une obligation une obligation expresse de protéger l'égalité des droits des époux. En effet, les États parties doivent entre autre se conformer au paragraphe 23 (4) du Pacte qui stipule que les États parties doivent prendre les dispositions nécessaires pour assurer l'égalité des droits et des responsabilités des époux au moment du mariage, pendant le mariage et au moment de sa dissolution.

B. L'applicabilité des lois provinciales dans les réserves

Avec l'avènement de la Confédération canadienne en 1867, l'alinéa 91 (24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* plaça les Indiens et les terres réservées aux Indiens sous la responsabilité du gouvernement fédéral.

¹⁹ Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, Politique sur l'analyse comparative de l'égalité des sexes, Ottawa, Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1999.

²⁰ R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1112; R. c. Delgamuukw, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1083. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés. A.G. 222 (XX1), 21 N.U. GAOR, Supp. (no 16) 52, Doc. N.U. A/6316 (1966)

²¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés. A.G. 222 (XX1), 21 N.U. GAOR, Supp. (no 16) 52, Doc. N.U. A/6316 (1966)



Par le fait même, la compétence législative exclusive comporte des limites. En premier lieu, ces limitations sont enchâssées dans la Constitution canadienne. Ainsi, avant de légiférer en matière d'Indiens et des terres réservées aux Indiens, le Parlement doit tenir compte de la Charte canadienne des droits et libertés, de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et dans l'Ouest, de la Loi constitutionnelle de 1930²² confirmant les conventions sur les ressources naturelles.

En second lieu, les « terres réservées aux Indiens » ne sont pas pour autant des enclaves ou des fiefs dans lesquelles ne s'applique aucune loi provinciale : dans l'arrêt Construction Montcalm Inc c. Commission du salaire minimum²³, le jugement stipule que l'article 91 a pour effet de limiter la compétence ratione materiae de la province mais non pas sa compétence territoriale.

Les limitations de l'applicabilité des lois provinciales aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens ont été traitées par plusieurs auteurs. Ces derniers ont proposé des critères et des tests d'applicabilité qu'on peut résumer comme suit²⁴ :

- les lois provinciales s'appliquent aux terres réservées aux Indiens dans la mesure où elles n'affectent pas directement l'usage du sol;
- dans la mesure où elles ne sont pas discriminatoires;
- dans la mesure où elles n'entrent pas en conflit avec une loi fédérale.

L'article 88 de la Loi sur les Indiens traite exclusivement de ces limites, il se lit comme suit :

« Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime. »

Ainsi, une loi provinciale d'application générale ne sera applicable aux Indiens où qu'ils se trouvent dans la province que dans la mesure où elle réussit à passer à travers les mailles des exceptions citées dans l'article 88.

Dans l'affaire Derrickson²⁵, la Cour a statué qu'une loi provinciale portant sur le partage des biens matrimoniaux fonciers affectait les terres réservées aux Indiens sous un rapport essentiel, et par conséquent une telle loi ne peut s'appliquer ex proprio vigore.

Le juge Chouinard a trouvé que la loi provinciale en la matière²⁶ et ses dispositions relatives au partage des biens familiaux entraient en conflit véritable avec plusieurs dispositions de la Loi sur les Indiens portant sur les terres, et par conséquent il conclut que cette loi devrait être écartée en vertu de la règle de la prépondérance telle qu'annoncée dans l'arrêt Multiple Access Ltd c. McCutcheon²⁷. Dans ce jugement, le juge a fait sienne une citation de P.W. Hogg: « que ces lois soient sages ou non est naturellement une question fort controversée, mais cela est sans effet sur leur constitutionalité »28, ayant dans ses pensées les conséquences qui peuvent s'ensuivre pour les conjoints suite à ce jugement.

La règle de l'immunité interjuridictionnelle a pris naissance dans des jugements concernant des compagnies à charte fédérale pour aboutir à ce qu'une loi provinciale sera mise à l'écart dès qu'elle a pour effet d'affecter l'objet de compétence fédérale sous un rapport essentiel²⁹.

Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (R.-U.)

^[1979] T.R.C.S. 754, 777
Douglas SANDERS, Aboriginal People and the Law, Carleton University Press, Ottawa, 1985, p. 453
Derrickson c. Derrickson, [1986] T.R.C.S. 285
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121
[1982] 2 R.C.S. 161

Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.), [1988] 1 R.C.S. 749



Qu'en est-il maintenant des terres réservées aux Indiens ? Que comprennent-elles ? Le professeur Hogg est d'avis que toutes les terres visées à l'alinéa 91 (24), quelles soient des réserves au sens strict de la *Loi sur les Indiens* ou des territoires où subsiste un titre aborigène reconnu par la Proclamation royale de 1763, tombent sous la compétence législative du fédéral et que par conséquent, il revient au Parlement de les administrer et de les contrôler.³⁰ Le professeur Henri Brun abonde dans le même sens « [...] en ce qui regarde cette dernière compétence, elle porte non seulement sur les « réserves indiennes » au sens de la Loi fédérale sur les Indiens, mais aussi sur toutes les terres où les autochtones disposent de droits ancestraux. »³¹

En somme, les lois provinciales d'application générale s'appliquent sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens sous des réserves constitutionnelles et sous réserves que ces lois n'affectent pas directement l'usage des terres.

C. La reconnaissance du droit coutumier autochtone

En terme de reconnaissance de coutumes autochtones, on peut distinguer un aspect législatif et un volet judiciaire. En effet, bien que l'adoption de modifications majeures à la constitution canadienne en 1982 a confirmé la possibilité de l'applicabilité du droit coutumier autochtone en droit canadien, l'intégration des coutumes autochtones dans des textes législatifs et dans des décisions judiciaires était antérieure à cette date.

Sur le plan législatif, notons que la *Loi sur les Indiens* reconnaît l'enfant adopté selon la coutume indienne peut obtenir le statut d'Indien. Dans le même esprit, le chapitre 3 de la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* inclut l'adoption coutumière dans la définition du terme « adoption ».

Sur le plan judiciaire, les tribunaux ont généralement reconnu la preuve d'une coutume autochtone spécialement en ce qui a trait à la famille et aux liens familiaux. Les tribunaux se sont appuyés en cela sur des motifs tel que la nécessité, la reconnaissance des droits coutumiers autochtones par la common law ainsi que sur la doctrine des droits autochtones. Ainsi, dans l'arrêt *Re Kitchooalik c. Tucktoo*³², la Cour d'appel des territoires du Nord Ouest a décidé que les lois territoriales n'ont jamais eu comme objet d'exclure les coutumes bien établies par les Inuit en matière d'adoption. Le jugement stipule en ces termes que la coutume « a toujours été reconnue par la common law bien qu'auparavant la preuve de l'existence immémorable d'une coutume ait été nécessaire. »³³

De plus dans l'affaire *Johnstone c. Connolly* ³⁴, la Cour d'appel a confirmé la validité d'un mariage entre un Canadien et une Indienne dans les territoires du Nord-Ouest, selon les rites et usages cris en vigueur à cette époque se justifiant par le fait que « *les lois et les usages des tribus indiennes en matières de droits civils n'ont pas été abolis et son demeurés en vigueur sans le moindre changement après l'introduction des lois françaises et ensuite des lois anglaises au Canada.* »³⁵

Ainsi, quoique leur reconnaissance est restreinte à certains domaines de droit, les normes coutumières autochtones survivent encore dans le contexte du régime juridique canadien. À notre avis, la reconnaissance et la confirmation constitutionnelle du fait que les peuples autochtones du Canada détiennent des droits ancestraux et des droits découlant des traités signés avec eux peuvent déboucher sur un nouveau statut juridique à ces normes.

³⁰ Peter W. HOGG, Constitutional Law of Canada, 2e édition, Toronto, Carswell, 1985, p. 554

³¹ Henri BRUN, Droit constitutionnel, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 3e édition, 1997, p. 532

^{32 [1972] 28} D.L.R. (3d) 483

³³ id., 488

^{34 [1869] 17} R.J.R.Q. 266

³⁵ Renée DUPUIS, Le statut juridique des peuples autochtones en droit canadien, Scarborough, Carswell, 1999, p. 92



Le droit canadien recèle un nombre important d'éléments qui confèrent un statut particulier aux autochtones. Toutefois, cette continuation de régimes juridiques propres aux autochtones dans le régime juridique canadien³⁶ appelle-t-elle à la codification du droit coutumier autochtone?



³⁶ Brian SLATTERY, First Nations and the Constitution: a Question of Trust, (1992) 71 Rev. du Bar. can. 261, p. 278



CHAPITRE III LE DROIT COUTUMIER AUTOCHTONE

A. Caractéristiques

Dans les colonies britanniques, notamment en Inde et en Afrique, les autorités impériales n'ont pas tenté d'imposer le droit anglais à des populations dont la religion et la culture étaient fondamentalement différentes de celles des Britanniques. Les populations autochtones sont donc demeurées régies par leurs propres systèmes juridiques.

Au Canada, l'existence d'un bi-juridisme législatif d'origine européenne atteste qu'on a reconnu ce droit seulement aux populations d'origine européenne. Est-ce à dire que les « sauvages » constituaient à l'époque des groupes disparates sans cohésion, ni lois, ni cultures ?

Il n'est pas dans notre mandat de parler d'histoire ou de dénigrer les pratiques coloniales de l'époque. Il est néanmoins pertinent à nos yeux de tracer une esquisse du droit coutumier autochtone, d'abord parce qu'une tranche importante des Premières Nations tient un discours néotraditionnaliste visant à transformer le pouvoir politique et juridique, et ensuite parce que certains rapports, par delà les divisions culturelles recommande non seulement la réforme du système de justice pénale mais également la création de systèmes juridiques autochtones institutionnalisés et autonomes.

La majeure partie des sources permettant un certain repérage du droit traditionnel autochtone sont les récits et les comptes rendus de missionnaires ou d'administrateurs européens des nouvelles colonies. Même si ces sources projetaient un regard méprisant ou romantique, selon le cas, sur l'organisation sociale et politique des peuples autochtones, on peut néanmoins y déceler plusieurs détails au sujet des paliers décisionnels (familles, clans, nations, confédération) et à propos des concepts juridiques (vendetta, responsabilité collective) ainsi que des détails concernant les modes de résolution de conflits (conciliation, offre symbolique de présents, ostracisme etc.)³⁷.

Même si les premiers observateurs européens n'ont jamais considéré les traditions et les coutumes autochtones comme des systèmes juridiques et politiques au même titre que les leurs, il n'en demeure pas moins évident qu'une survivance relative des structures d'autorités traditionnelles a persisté à exister sous une perspective d'ignorance mutuelle. D'ailleurs, la doctrine du two-row wampum appuie fortement cette constatation : le wampum est une sorte de ceinture composée de rangées de perles colorés qui servait d'instrument pour la consignation de diverses informations. Le two-row wampum présentait deux bandes parallèles, deux barques qui avancent dans l'eau, côte à côte, sans jamais se rejoindre. Ces deux barques symbolisent les Iroquois et les Européens, peuples amis mais gardant chacun leur propre culture et leurs propres lois.

Les peuples autochtones possédaient à l'époque de la colonisation des structures familiales, sociales et politiques complexes. Ces institutions étaient chargées entre autres de créer et de faire appliquer les normes et des préceptes correspondant aux valeurs partagés par les membres de la communauté.

Dans l'affaire *Calder*, les juges ont soulevé le fait qu'il faut éviter de concevoir le « titre indien » à l'aide de catégories appartenant au système foncier du droit anglais ³⁸. Après avoir étudié les systèmes autochtones de propriétés, les juges ont conclu que :

³⁸ R. c. Calder, [1973] R.C.S. 313, 354

³⁷ Reuben G. THWAITES, The Jesuit Relations and Allied Documents, Cleveland, Burrows Brothers, 1896-1901.; Lewis H. MORGAN, League of the Iroquois, New-York, Corinth Books, 1962.

19

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves



« [...] de fait, les Nishgas forment et ont formé de temps immémorial, une entité culturelle distincte, possédant des notions aborigènes de propriété propres à leur culture [...]. »³⁹

À première vue, les données recueillies auprès de nombreux peuples autochtones suggèrent que les systèmes juridiques autochtones étaient diversifiés. Toutefois, les mécanismes traditionnels de résolution de conflits de la plupart des nations autochtones comportaient au moins deux éléments communs dominants : la souplesse et le caractère pragmatique de la décision, ainsi que le lieu de complémentarité entre la décision et le rétablissement de l'harmonie au sein de la collectivité.

Afin de se rattacher à notre sujet sur les biens immobiliers matrimoniaux, notons d'abord les différences entre les conceptions qui ont trait à la propriété dans le droit positif ou objectif et dans le droit coutumier autochtone.

Dans la conception positiviste, que ce soit d'origine romaine ou d'origine common law, l'importance est placée sur la valeur vénale de la terre, sur l'individualisme et sur l'exclusivisme du droit de propriété. Cette organisation particulière de l'espace rend beaucoup plus étanches les rapports sociaux d'une part et d'autre part le fond de terre lui-même 40 dans le sens où elle camoufle les acteurs sociaux sous la figure d'une « personne juridique » et où ce qui importe réellement, c'est la capacité d'acquérir des biens.

Dans les traditions juridiques autochtones, le rapport au territoire ainsi qu'aux personnes qui partagent ce territoire semblait déterminant. Le territoire est en quelque sorte gardé en fiducie par les membres de la génération présente pour le bénéfice des générations futures. Cette responsabilité commune de « gardiennage » de la terre permettait aux nations autochtones traditionnelles d'assurer leur cohésion et leur survie.

Actuellement, dans les réserves, l'organisation socioéconomiques dans les communautés autochtones, régie par les textes législatifs fédéraux, a donné lieu à un système de propriété « tronqué » : parce que le titre de propriété dans les réserves qu'on le nomme « droit de superficie » ou autre et toutes les conditions qui s'y rattachent, reste imprécis par la façon dont on peut le transférer et par la façon dont peut l'acquérir.

En second lieu, examinons les répercussions que peuvent engendrer une reconnaissance du droit coutumier autochtone. En d'autres mots, peut-on réconcilier le système fondé sur le droit coutumier autochtone avec les exigences des règles juridiques qui tiennent de la propriété privée ? Car la question des biens immobiliers matrimoniaux est belle et bien formulée en termes de droits de propriété privée.

Le droit coutumier autochtone se distingue par ses préceptes et par les institutions auxquelles il fait appel pour les régir et toute tentative de dissocier ces deux éléments peut avoir pour effet de le dénaturer et le déformer. Il requiert une certaine forme d'organisation sociale qui n'est plus à l'ordre du jour même chez les communautés autochtones à cause des transformations sociales subies par celles-ci.

Ainsi, à mon avis, une reconnaissance du droit coutumier ne peut se faire que dans le cadre d'une véritable reconnaissance réelle d'autonomie gouvernementale aux autochtones. Autonomie qui laisserait à ceux-ci le soin de traduire leurs valeurs et leurs conceptions selon des normes qui leur sont propres.

³⁹ id., 375

⁴⁰ Alain BISSONNETTE, « Droits autochtones et droit civil : opposition ou complémentarité ? Le cas de la propriété foncière », dans Droit civil et droits autochtones : confrontation ou complémentarité, Outremont, Association Henri-Capitant, juin 1992, p. 7



Autre chose, il faut plutôt jeter le regard vers les fondements et les conceptions qui sous-tendent la forme coutumière de ce droit et non vers la façon dont il s'est extériorisé. Car le droit coutumier a toujours été appelé à évoluer et l'imposition de l'extérieur des lois étrangères à ses valeurs a eu pour effet de l'écarter et de le figer sans lui laisser l'opportunité de suivre l'évolution des collectivités autochtones.

La reconnaissance du droit coutumier autochtone ne peut donc dans l'immédiat répondre aux nombreux problèmes vécus dans les collectivités puisque la portée de ce droit est tributaire de l'étendue de l'autonomie gouvernementale et des pouvoirs législatifs sur lesquels les négociations avec le gouvernement vont déboucher.

Il faut aussi noter que les tentatives de rétablir une forme du droit coutumier dans les États qui ont acquis leur indépendance se sont heurtées à un difficulté majeure : l'altération de ce droit par les pratiques coloniales et par les transformations internes propres aux peuples indigènes sous l'effet de la colonisation. Ainsi, on peut noter que les effets politiques et économiques du colonialisme ont eu un effet considérable sur les rapports entre les sexes soit en renforçant les valeurs patriarcales préexistantes ou en remplaçant carrément les valeurs matriarcales par des valeurs patriarcales européennes du 19e siècle. D'ailleurs, la *Loi sur les Indiens* ne s'est-elle pas inspirée de ces valeurs qui présidaient chez les Européens à l'époque ?

La deuxième difficulté réside dans les tentatives de convertir les traditions orales en des codes juridiques écrits, au risque de leur enlever leur souplesse et leur sens réel.

En somme, reconnaître le droit coutumier dans les réserves qui sont soumis à la *Loi sur les Indiens* sera une entreprise vouée à l'échec car l'application de cette loi est incompatible avec l'esprit même des traditions autochtones.

B. Droit coutumier et droits ancestraux

La constitutionnalisation des droits ancestraux en 1982 a poussé cette notion sur l'avant de la scène. Toutefois, les principes et le fondement conceptuel de ses droits restent confus. Les décisions de la Cour suprême à ce sujet oscillent entre deux principes majeurs :

1. Le principe de continuité dont on peut voir l'ébauche dans l'affaire *Van der Peet* ⁴¹ où le juge Lamer identifia l'objectif de la reconnaissance des droits ancestraux comme suit :

« A mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le paragraphe 35 (1), et ce pour une fait simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives comme ils l'avaient fait pendant des siècles. » 42

Le principe de continuité se base donc sur le fait que les pratiques et les activités des autochtones ne sont pas éteintes par l'arrivée des Européens.

⁴¹ R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507

⁴² id., 538



- 2. L'autre approche de la Cour suprême en est une factuelle puisqu'elle s'attache à l'existence factuelle d'une pratique ou à l'occupation effective d'un territoire à l'époque de l'arrivée des Blancs pour conclure à la reconnaissance d'un titre ancestral. C'est dans l'arrêt *Côté* ⁴³ qu'on peut voir cette approche. En fait, la Cour a soulevé :
 - « le fait qu'il n'y a aucune raison justifiant de considérer, a priori que les coutumes, pratiques et traditions déterminantes de ces sociétés et collectivités devaient se limiter aux autochtones, pratiques et traditions d'un territoire spécifique. » 44

La Cour ajoute ensuite qu' :

« en conséquence, la fait qu'une coutume, pratique ou tradition se soit poursuivie, sans être éteinte, après l'arrivée des Européens, quoique en l'absence du lustre formel que lui aurait donné sa reconnaissance juridique par le droit colonial français, ne doit pas saper la protection constitutionnelle accordée aux peuples autochtones. » 45

En somme, les droits ancestraux englobent deux aspects majeurs des droits autochtones, l'un est la répartition des ressources et du territoire et l'autre se rattache plutôt à l'autonomie gouvernementale. L'autonomie gouvernementale comme droit inhérent aux droits ancestraux peut se baser sur le principe de continuité avec la reconnaissance du maintien en vigueur des systèmes juridiques autochtones. Cette approche donne l'opportunité aux autochtones de jouer un rôle prépondérant dans le contrôle de l'exercice de leurs droits.

Le droit coutumier autochtone ne peut donc répondre aux besoins actuels des peuples autochtones que dans le cadre d'une reprise générale de leurs institutions en main.

À cet égard, le rapport de la Commission royale des peuples autochtones recommande la mise en œuvre d'un long processus destiné à permettre la « réémergence de nations autochtones se gouvernant elles-mêmes. » Toutefois, d'un point de vue purement anthropologique, un système juridique fondé sur les coutumes et les traditions autochtones ne peut que conduire à la dénaturation de ces règles s'il est appliqué dans le cadre d'un système judiciaire de type occidental. La même constatation peut valoir si la structure des gouvernements autochtones est calquée sur celles des gouvernements provinciaux et fédéral.

Ainsi, si jamais les discussions sur l'autonomie gouvernementale débouchent à ce que l'État canadien permettent aux peuples autochtones de répondre eux-mêmes à leurs besoins, ce sera à eux d'adapter leurs structures traditionnelles et de redonner vie aux règles coutumières. Cette démarche est un processus de longue haleine et nécessite une vision pragmatique de la part de toutes les parties.

⁴³ R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139

⁴⁴ id, par. 38

⁴⁵ id., par. 174



CHAPITRE IV LA GESTION DES TERRES DANS LES RÉSERVES

A. La nature des droits autochtones sur les terres des réserves

Dans le cadre de la première décision sur le degré de protection conféré aux droits autochtones en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour suprême du Canada a soulevé la remarque suivante :

« Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fut fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la proclamation royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté [...]. »⁴⁶

Ainsi la détermination des droits autochtones demeure assujettie au droit interne canadien, malgré la sensibilité internationale et la volonté des nations autochtones de faire valoir leur droit à l'autodétermination.

L'article 18 de la *Loi sur les Indiens* prévoit que Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté. L'article 29 de la *Loi sur les Indiens* proclame l'insaisissabilité des terres de la réserve sous le régime d'un acte judiciaire. Toutefois, dans l'affaire Guérin ⁴⁷, la Cour suprême a décidé que le fédéral ne pouvait se retrancher derrière son pouvoir discrétionnaire en déterminant ce qui était bon pour les autochtones lors de la négociation d'un bail avec des promoteurs sur les terres indiennes situées à l'intérieur d'une réserve indienne suivant la *Loi sur les Indiens*. La Cour a mis le fédéral dans l'obligation d'agir dans le contexte d'une relation de fiducie pour le compte des autochtones.

Dans cette même affaire, la Cour a statué que :

« Il est vrai que le droit sui generis des indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire [...] il est également vrai [...] que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées. » Ainsi, « ces deux aspects du titre indien vont de pair car en stipulant que le droit des Indiens ne peut être cédé qu'à eux-mêmes, Sa Majesté voulait au départ être mieux en mesure de représenter les Indiens dans les négociations avec des tiers. »⁴⁸

Il est cependant pertinent de noter que si la relation entre les autochtones et la Couronne existe depuis le premier jour de l'arrivée des Européens dans le « Nouveau monde » et a créé une sorte d'obligation de la Couronne vis-à-vis les autochtones en lien avec leurs droits ancestraux, leur titre aborigène et les traités, la nature de cette relation a été décidée sans le consentement des autochtones.

Avant les négociations, des ententes dites d'autonomie gouvernementale ou celles qui ont mené à l'adoption de la *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations* ⁴⁹, l'administration et la gestion des terres dans les réserves étaient une affaire exclusive du Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien.

⁴⁶ R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1103

⁴⁷ R. c. Guérin, [1984] 2 R.C.S. 335

⁴⁸ id., 382

⁴⁹ Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, précitée, note 2



La Loi sur les Indiens prévoit par l'entremise de l'article 60 que le gouverneur en conseil a le pouvoir d'attribuer à une bande, lorsque celle-ci le demande, le droit d'exercer le contrôle et l'administration qu'il juge acceptables sur les terres situées dans la réserve que la bande occupe. Dans les faits, les conseils de bande ont acquis ce droit délégué. Ainsi pratiquement, c'est le conseil de bande qui autorise les attributions et les opérations entre les membres de la bande et qui signe des baux et des ententes toujours pour le compte du Ministre. Aussi, toujours dans la mesure de l'autorisation accordée aux termes de l'article 60, l'article 81 de la Loi sur les Indiens, dans son alinéa 81 (1) (i), donne à la bande la possibilité de prendre des décisions relatives à des règlements administratifs concernant l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande ainsi que l'aménagement de terres de la réserve pour l'usage commun.

Les terres dans les réserves peuvent appartenir à des différentes catégories juridiques qui peuvent leur conférer un statut différent quant à l'applicabilité des différentes lois. On peut en distinguer les catégories suivantes :

« terres désignées »

Dans un document intitulé « Pour mieux comprendre le cadre réglementaire du prêt commercial dans les réserves », Affaires Indiennes et du Nord Canada (AINC) qualifie la terre désignée comme une « terre retenue au profit d'une première nation et destinée à un usage particulier pour une période de temps donnée à la suite d'une procédure de désignation comportant une acceptation du gouverneur du conseil. Les terres désignées conservant leur statut de réserve en vertu de la Loi à de nombreuses fins, mais avec plusieurs exclusions importantes [...]. » 50

« terre traditionnelle »

Des familles ou des clans peuvent avoir des droits sur des terres qui leur ont été octroyées par la tradition ou l'usage. Toutefois, dans l'arrêt Sundown, la Cour suprême a affirmé que le camp de chasse construit par monsieur Sundown appartient en réalité à la bande dont il est membre.⁵¹

« terres assujetties à la Loi sur les Indiens »

En application de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*, un membre d'une bande peut se voir attribuer une terre. Cette attribution lui donne le droit de l'occuper et d'y installer sa résidence.

« terres appartenant à la bande en général »

Ce sont des terres détenues par la bande pour tous les membres de celle-ci. Le droit d'une personne d'y installer une résidence ou d'y opérer une activité est tributaire de la politique de la bande.

B. Les droits individuels sur les terres des réserves

Le régime foncier prévu par la *Loi sur les Indiens* ne prévoit aucun droit de propriété en fief simple sur les terres de la réserve. Le système d'attribution de droits individuels de « possession » de parcelles de terres dans les réserves s'apparente plus à l'attribution d'un droit d'usage et d'occupation que le conseil de la première nation octroie à un de ses membres.

La Loi sur les Indiens donne aux conseils de bande, en vertu de l'article 20, le pouvoir d'attribuer des terres dans une réserve avec l'approbation du Ministre. Le conseil de bande détient ainsi un pouvoir

⁵⁰ Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, Pour mieux comprendre le cadre réglementaire du prêt commercial dans es réserves indiennes, Ottawa, 1999, p. 8

⁵¹ R. c. Sundown, [1999] 1 R.C.S. 313, 412



délégué : la nature et la portée de pouvoir restent cependant à déterminer. Ce pouvoir se situe à la croisée des droits collectifs et des droits individuels. En fait, si la gestion des terres dans les réserves doit se faire au profit et dans l'intérêt commun de la bande, le système d'attribution de parcelles de terres à des individus dénote de la matérialisation de cet intérêt commun ou collectif au niveau de l'intérêt individuel.

Ainsi dans l'arrêt *Canada c. Boyer*, la Cour d'appel fédérale a soupesé les rapports entre l'intérêt collectif et l'intérêt individuel comme suit :

« L'attribution d'une parcelle de terrain faisant partie d'une réserve, le droit à l'usage de ce terrain et au profit qu'il peut procurer, de collectif qu'il était, devient le droit individuel et personnel du locataire. L'intérêt de la bande, entendu dans son sens technique et juridique, a disparu ou, à tout le moins a été suspendu. » 52

Sur la nature du pouvoir du conseil de bande, la jurisprudence a statué que dans l'exercice du pouvoir d'attribution qui lui est accordé au paragraphe 20 (1), le conseil de bande avait une obligation de fiduciaire à l'égard de tous les membres de la bande et par conséquent il devait tenir compte de droits de tous les autres membres de la bande. Cette relation de fiducie découle de l'obligation de fiducie de la Couronne envers tous les membres de la bande.⁵³

L'alinéa (3) (b) de l'article 2 de la *Loi sur les Indiens* exige que le pouvoir d'attribution du conseil de bande doit être exercé en vertu du consentement donné par une majorité des conseillers de la bande présente à une réunion du conseil dûment convoquée. Toutefois, il n'existe pas de règles uniformes auxquelles sont assujettis ces attributions et le contexte socioéconomique de chaque collectivité prévaut dans ces conditions. En d'autres mots, un code d'éthique qui établie les priorités dans l'attribution doit faire l'objet d'un consensus au sein de la communauté et le conseil de bande est tenu de le respecter. Doit-on tenir compte en priorité de l'état matrimonial ou doit-on aller selon la capacité du membre à mettre en valeur le terrain ?

L'article 24 de la *Loi sur les Indiens* prévoit qu'un Indien qui est légalement en possession d'une terre dans une réserve peut transférer son droit à un autre membre de la bande ou à la bande elle-même. Ce droit de transfert confère à un conjoint, sans le consentement de l'autre, à un tiers même s'ils sont tous membres de la bande, étant donné qu'il n'existe pas un régime de droits matrimoniaux dans les réserves.

D'ailleurs, même en l'existence d'un régime de droits matrimoniaux, l'article 27 se dresse devant tout transfert de possession puisqu'il stipule qu'un certificat de possession ou d'occupation ne peut être annulé ou corrigé que lorsque le certificat est délivré par erreur à une personne à qui il n'était pas destiné ou au nom d'une telle personne ou contient une erreur d'écriture ou une description erronée de quelque fait important.

De plus, même s'il est question de certificat de possession dans la *Loi sur les Indiens*, plusieurs bandes n'utilisent plus les certificats de possession dans le but non avoué de garder toutes les terres des réserves comme des terres communales.

Toutefois, dans l'affaire *George c. George*⁵⁴, même si le mari a prétendu ne pas être en possession légale du foyer conjugal parce qu'aucun certificat de possession ne lui avait été délivré, la Cour a été d'avis que le comportement du conseil de bande et du Ministre des affaires indiennes constitue une approbation de possession du mari.

⁵² [1986] 2 C.F. 393 (C.A.) p.15

⁵³ Lower Nicola Indian Band c. Trans-Canada displays Ltd, [2000] 4 Canadian Native Law Reporter 185, 2000 B.C.S.C. 1209

⁵⁴ (1996) [1997] 2 Canadian Native Law Reporter 62



Le paragraphe 58 (13) de la *Loi sur les Indiens* accorde au Ministre le droit de louer au profit de tout Indien qui le désire la terre dont il détient un certificat de possession. Toutefois, le Ministre dans son exercice du pouvoir discrétionnaire est tenu de respecter et les intérêts du certificat de possession et les intérêts collectifs de la bande. Ainsi dans l'arrêt *Bande indienne Tsartlip c. Canada*, la Cour d'appel fédérale a statué qu'il :

« est clair que l'intention du parlement était d'exiger le consentement du conseil de bande chaque fois qu'une personne non membre de la bande et à plus forte raison un non indien, devait exercer un droit sur une réserve pendant une période de plus d'une année. » 55

En somme, il ressort que la *Loi sur les Indiens* n'a pas réussi à ériger ou à établir un régime foncier uniforme et complet qui régit les droits individuels sur les terres des réserves.

Cet état de chose, qui découle du fait de la juxtaposition de différents politiques d'attribution et de transfert et de preuve d'occupation crée une certaine ambiguïté quant aux questions reliées aux droits immobiliers matrimoniaux.

C. Le droit de résidence dans les réserves

Les paragraphes 81 (1) (p.1) et 81 (1) (p.2) de la *Loi sur les Indiens* confèrent au conseil de bande le pouvoir d'adopter des règlements d'ordre administrative portant sur « la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve » ainsi que des règlements concernant des « mesures relatives aux droits des conjoints ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle le conseil peut établir des règlements administratifs à l'égard des membres de la bande. »

Le conseil de bande possède un pouvoir discrétionnaire en matière de résidence dans les réserves. En plus, l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* donne à ce même conseil la possibilité de décider des règles relatives à l'appartenance à la bande. Aussi, ces deux outils peuvent concourir à exclure une personne. Le conseil peut même invoguer des raisons socioéconomiques pour justifier ses règlements.

L'article 18.1 de la *Loi sur les Indiens* définit les droits de résidence des enfants de membres de la bande de la façon suivante « *le membre d'une bande qui réside sur la réserve de cette dernière peut y résider avec ses enfants à charge ou tout enfant dont il a la garde.* » Ainsi le droit des enfants de résider dans la réserve est un droit dérivé et tributaire à ce qu'un de leurs parents réside dans la réserve.

Si un des conjoints n'est pas un membre de la bande ou a fortiori n'a pas le statut d'Indien, il n'a pas de droit de résidence dans les réserves.

D. Les ententes sur l'autonomie gouvernementale

Plusieurs Premières Nations ont signé des ententes en matière d'autonomie gouvernementale et de revendications territoriales globales. Le caractère général qui ressort de ces ententes est principalement une reconnaissance de la compétence de la Première Nation concernée sur les terres de la réserve ou les terres ayant été octroyées par l'entente. Ainsi, dans la *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la* bande Selkirk, l'article 13.3 dans ses paragraphes 13.3.1 et 13.3.2 stipule que la Première Nation Selkirk

⁵⁵ Bande indienne Tsartlip c. Canada (Ministère des Affaires Indiennes et du Nord canadien), [2000] 2 C.F. 314



a le pouvoir d'édicter des textes législatifs en matière d'utilisation de gestion et d'administration des terres ainsi qu'en matière « d'attribution ou d'aliénation de droits et intérêts dans les terres visées par le règlement, y compris l'expropriation par la Première Nation Selkirk à des fins qu'elle détermine. »⁵⁶

Toutefois, l'approche du gouvernement fédéral en ce qui a trait à l'autonomie gouvernementale se limite au transfert de quelques compétences et ne va pas jusqu'à la définition juridique du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Néanmoins, le gouvernement fédéral s'est déclaré disposer à négocier des compétences autochtones dans des domaines tel que le mariage, l'adoption, les droits de propriété y compris les successions et la gestion des terres ainsi que le divorce.

En ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, les ententes relatives à l'autonomie gouvernementale ainsi que les ententes globales ne font aucune mention expresse concernant la compétence en question. Ainsi, cette question de compétence oscille entre deux interprétations possible : soit que le pouvoir de légiférer en la matière est accordé à la Première Nation de façon implicite étant donné son pouvoir législatif en matière d' « allocation ou aliénation des droits et intérêts à l'égard des terres visées par l'entente. »57, soit que les lois provinciales en vigueur s'appliquent prenant en compte la mention expresse que ces lois provinciales d'application générale s'appliquent à la bande signataire de l'entente.

L'accord définitif Nisga'a par exemple prévoit que les terres que l'entente attribue à la nation Nisga'a ne sont pas des terres visées par le paragraphe 91 (24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Aussi, tant que la Première Nation Nisga'a ne légifère pas dans le domaine des biens immobiliers matrimoniaux, ce sont les lois provinciales en la matière qui s'appliqueraient.

En somme, les ententes sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations nécessitent pour la plupart une certaine clarification quant à la compétence en matière des biens immobiliers matrimoniaux.

⁵⁶ Canada, *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Selkirk*, Ottawa, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1998.

⁵⁷ Canada, Entente sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations de Champagne et Aishihik, Ottawa, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1993, article 13.3.2, p. 29



E. La Loi sur la gestion des terres des Premières Nations

En février 1996, un accord-cadre relatif à la gestion des terres des Premières Nations a été signé entre le gouvernement du Canada et quatorze Premières Nations. Cet accord offre aux Premières Nations signataires de se soustraire aux dispositions relatives à la gestion des terres de la *Loi sur les Indiens* et d'établir leur propre régime foncier qui sera appelé à régir la gestion des terres et des ressources naturelles.

La *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations* ⁵⁸ a été sanctionnée le 17 juin 1999. Toutefois, même si l'accord-cadre stipule que cet accord est un « accord de gouvernement à gouvernement dans le cadre de la Constitution du Canada », l'initiative de la LGTPN ne modifiera pas la relation fiduciaire du gouvernement du Canada envers les Premières Nations qui fonctionneront selon leur propre code foncier. Tout au plus, les responsabilités du gouvernement vont diminuer étant donné que les terres conserveront leur statut de terres de réserve et que la *Loi sur les Indiens* s'appliquera dans tous les domaines autres que la gestion des terres.

En ce qui concerne les biens immobiliers matrimoniaux, les Premières Nations qui adhèrent à la LGTPN sont appelées à établir un processus communautaire pour élaborer des règles et des procédures pour traiter de la question des biens matrimoniaux dans les douze mois suivant la date d'entrée en vigueur du code foncier. En vertu de l'accord, les Premières Nations signataires devront adopter des lois qui s'appliqueront à l'utilisation, à l'occupation, à la possession des intérêts fonciers et à la division de ces intérêts en cas de rupture d'une union.

L'initiative sur la gestion des terres des Premières Nations a aussi intégré un pouvoir d'expropriation qui confère aux conseils des communautés concernées le droit de procéder à une expropriation avec l'autorisation des membres et en application de la *Loi sur l'expropriation du Canada*. Un survol de la *LGTPN* nous permet de faire les remarques suivantes :

- 1. D'abord la *LGTPN* exige que chaque collectivité qui y adhère entreprenne un processus de consultation populaire pour « *l'établissement de règles applicables, en cas d'échec du mariage, en matière soit d'utilisation, d'occupation ou de possession des terres de la <i>Première Nation, soit de partage des intérêts sur celles-ci.* »⁵⁹ Ce processus de consultation devrait normalement assujettir le pouvoir législatif du Conseil de bande à l'approbation des membres admissibles comme électeurs. La rédaction des règles et procédures qui s'ensuit puis l'adoption et l'incorporation du texte législatif dans le code foncier ou dans les lois de la Première Nation devraient donc refléter une volonté majoritaire des membres.
- 2. La nature de ce pouvoir législatif qui est accordée à la Première Nation signataire n'est pas clarifiée. S'agit-il d'un pouvoir délégué relevant de la nature du pouvoir règlementaire accordé aux conseils de bande ou s'agit-il d'un transfert de compétence dans le cadre de la reconnaissance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale?
- **3.** Le terme « mariage » utilisé dans l'accord-cadre et dans la *LGTPN* laissent à entendre que le texte législatif à adopter ne s'applique pas nécessairement à l'union de fait ou à toute autre forme de cohabitation de nature non conjugale. Paradoxalement, si une veuve qui était en union de fait pendant plus qu'une année avec son défunt conjoint peut hériter selon les dispositions de la Loi sur les Indiens, *pourquoi ne pas prendre en considération cet état de chose lors d'une dissolution d'une union.*

⁵⁸ Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, précitée, note 2

⁵⁹ Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, précitée note 2, al. 6 (1)



Actuellement, quatre (4) bandes parmi les quatorze (14) qui ont adhéré à l'accord-cadre et auxquelles s'applique la *LGTPN* ont adopté des textes législatifs en matière de biens matrimoniaux.

À première vue, ces textes qui se ressemblent constituent un progrès certains par rapport au vide juridique qui prévalait sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Ces textes prévoient une médiation obligatoire après quoi les lois provinciaux applicables en matière des droits matrimoniaux peuvent s'appliquer.



20

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves



CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Le problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves soulève une multitude de questions qui relèvent d'ordres autant juridique, culturel et social qu'historique. Il est la preuve, comme plusieurs autres problèmes d'ailleurs, de l'échec d'une politique incohérente dont les autochtones ont subi et subissent encore les effets pervers. Il est la manifestation d'un malaise d'ordre structurel qui questionne la *Loi sur les Indiens* dans son esprit ou sa philosophie ainsi que dans sa forme. Car l'agression culturelle, économique et juridique qu'ont subie les peuples autochtones, les a placés dans une situation dans une situation insoutenable : un pied dans la modernité des lois qui les régissent transpirant le paternalisme et le parti pris colonial.

Ce « malaise autochtone » est manifeste et global. Aussi appelle-t-il à être traité dans sa globalité. En d'autres termes, il est temps à mon avis, de tenter d'évaluer les vrais causes du triste bilan d'une tutelle et d'une domination juridique qui étaient censées gérer une « transition » vers un « monde meilleur », mais qui a abouti à une marginalisation et à un sentiment de résignation, d'inutilité et de frustration. Il est temps de réviser l'autorité souveraine canadienne pour la décoloniser et la traduire dans un nouvel ordre constitutionnel égalitaire et juste et d'instaurer une justice distributive afin de permettre aux peuples autochtones de s'épanouir autant au niveau collectif qu'au niveau individuel.

Le problème des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves s'inscrit historiquement dans une lutte de longue haleine des femmes autochtones pour le recouvrement de leurs droits en tant que femmes et en tant qu'autochtones. Les femmes des Premières Nations ont fait les frais pendant une longue période des politiques d'assimilation, d'exclusion et de mise en tutelle des peuples des Premières Nations. Elles ont subies et subissent encore doublement les effets de ces politiques : elles subissent des désavantages et les discriminations du système comme tous les autres autochtones, mais encore les injustices dérivées à l'intérieur de leurs communautés. En somme, les femmes autochtones en général, et celles vivant dans les réserves en particulier, vivent une situation marquée par l'absence de protection et l'absence de recours juridiques fondamentaux comparativement à la situation des non autochtones hors réserve.

La question des biens immobiliers matrimoniaux s'inscrit également dans un contexte de développement et de reconnaissance du droit autochtone en général puisque l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne vise pas seulement les autochtones mais aussi la Couronne puisqu'elle doit tenir compte de la spécificité et de la différence autochtone dans ses législations.

D'autres part, la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves n'interpelle de la même manière les communautés autochtones à cause des régimes juridiques différents qui régissent la gestion foncière dans les réserves. Ainsi à la lumière de ce qui a été dit, on peut avancer les remarques suivantes :

- 1. La situation des femmes autochtones dans les réserves en ce qui a trait aux partages des biens immobiliers matrimoniaux nécessite une action immédiate parce qu'elle est aggravée par une réalité de pauvreté et de manque de ressources ainsi que par un phénomène aigu de violence familiale.
- 2. Toute intervention législative au niveau national à travers la Loi sur les Indiens doit tenir compte des différents régimes juridiques de gestions foncières dans les réserves ainsi que des besoins réels des femmes autochtones. À cet égard, le gouvernement peut adopter des mesures provisoires qui visent d'abord à combler le vide juridique en matière des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves et à harmoniser les différentes façons dont la guestion des biens immobiliers sont traités dans les réserves.



- **3.** Plusieurs témoins ainsi que des participantes à la table de discussion ont insisté sur les réalités propres à chaque communauté et ont soulevé le rôle important que peuvent jouer les familles et les aînés dans les collectivités vu la spécificité autochtone; le gouvernement peut aussi, parallèlement aux dispositions législatives provisoires, instaurer une forme de conseil d'arbitrage propre à chaque communauté dont les modalités de fonctionnement seront uniformes et simples. Le recours aux tribunaux sera comme un ultime recours, soit une façon de sensibiliser et de responsabiliser les communautés en vue de permettre l'expression des valeurs autochtones. En bref, imaginer un recours extrajudiciaire simple qui s'inspire des traditions autochtones.
- 4. Nous sommes d'avis qu'une solution à long terme ne doit pas se faire dans le cadre de la Loi sur les Indiens. Comme nous l'avons dit précédemment, la question des biens immobiliers matrimoniaux n'est que la pointe de l'iceberg d'une panoplie de problèmes sociaux qu'il faut traiter de façon globale. Aussi, nous sommes d'avis que les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones sont pertinentes et restent d'actualité. Car la reconnaissance de la différence et de la spécificité autochtone doit logiquement mener à la reconnaissance de leur compétence inhérente quant à l'adoption de lois et dispositions juridiques adaptées à leur culture. D'ailleurs, en ce qui a trait au droit de la famille en général, ces recommandations ne contredisent aucunement la politique du gouvernement fédéral en matières d'autonomie gouvernementale.

Nous citons, entre autres, les deux recommandations 60 :

3.2.10:

Que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux reconnaissent sans tarder que le droit de la famille appartient généralement au champ de compétence des gouvernement autochtones autonomes et que les nations autochtones peuvent prendre des initiatives dans ce domaine sans obtenir au préalable l'accord du fédéral, des provinces ou des territoires.

3 2 12 -

Que les nations ou organisations autochtones consultent les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux dans les domaines du droit de la famille en vue :

- de modifier certaines dispositions législatives pour résoudre les anomalies rencontrées dans l'application du droit familial aux autochtones et combler les lacunes actuelles ;
- d'élaborer des mécanismes de transfert de responsabilité aux autochtones dans le cadre de l'autonomie gouvernementale ;
- de régler des questions d'intérêt mutuel concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions de leurs organes judiciaires respectifs.
- **5.** Toutefois, comme nous l'avons vu, l'élaboration d'un système juridique d'inspiration traditionnelle est une entreprise un peu hasardeuse dans le sens où la tradition n'est pas un objet fixe ou immuable, figée dans le temps. La coutume a toujours été apppelé à évoluer. La crainte des femmes autochtones de se voir faire les frais encore d'une tradition vue dans une perspective colonisée et sexiste est tout à fait légitime. Une tradition qui au nom de la collectivité pervertit et se pratique au détriment des droits individuels n'a plus sa place dans une société démocratique. Ainsi le droit coutumier, s'il est appelé à jouer un rôle dans la guérison des peuples autochtones, doit s'intégrer dans une perspective d'égalité, d'équité et de droit.

⁶⁰ Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Vol. 3, Vers un ressourcement, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1996, p.106



- **6.** Dans le cas où les Premières Nations sont appelées à traiter de la question des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves, il faut s'assurer que toutes les composantes des communautés et surtout les femmes participent significativement dans l'élaboration des textes législatifs. Un effort d'information, d'éducation et de soutien est nécessaire afin que la teneur de ces textes réponde réellement aux besoins réels dans les communautés.
- 7. Toute initiative ou réforme fédérale proposée doit aussi tenir compte des critères suivants :
 - Inclure les conjoints de faits ;
 - Inclure les personnes qui ont un statut juridique différent en ce qui a trait à l'appartenance de la bande ;
 - Donner la priorité au principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant ».
- **8.** La question d'aide juridique et des foyers de refuge pour femmes victimes de violence conjugale ou même pour les hommes violents est primordiale. Toutefois, diffuser de l'information au sujet de la violence familiale et au sujet des biens immobiliers matrimoniaux dans un langage simplifié et adapté au quotidien des autochtones est aussi important. Car comme l'ont rapporté des témoins, dans beaucoup de réserves la question des biens immobiliers matrimoniaux n'est pas à l'ordre du jour, les femmes n'ont pas même les mots pour le dire.



TABLE DE LÉGISLATION

Textes constitutionnels

Charte des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.-U. c. 11)]

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch.3 (R.-U.)

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)

Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.)

Textes fédéraux

Loi sur l'expropriation, L.R. 1985, ch. E-21

Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, L.C. 1999, ch.24

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch.I-5

Texte provincial

Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 121

Texte international

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Res. A.G. 222 (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (no 16) 52, Doc. N.U. A/6316 (1966)



TABLE DE JURISPRUDENCE

Bande indienne Tsartlip c. Canada (MAINC), [2000] 2 C.F. 314.

Calder c. P.G. Colombie-Britannique, [1973] R.C.S. 313.

Canada c. Boyer, [1986] 2 C.F. 395.

Construction Montcalm c. Commission du salaire minimun, [1979] 1 R.C.S. 754.

Derrickson c. Derrickson, [1986] 1 R.C.S. 285.

George c. George, (1996) [1997] 2 Canadian Native Law Reporter 62.

Johnstone c. Connolly, [1869] 17 R.J.R.Q. 266.

Lower Nicola Indian Band c. Trans-Canada displays Ltd, [2000] 4 Canadian Native Law Reporter 185.

Multiple Access Ltd c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161.

P.G. Canada c. Canard, [1976] 1 R.C.S. 170.

R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139.

R. c. Delgamuukw, [1997] 3 R.C.S. 1010.

R. c. Guérin, [1984] 2 R.C.S. 335.

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

R. c. Sundown, [1999] 1 R.C.S. 313.

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507.

Re Kitchooalik c. Tucktoo, [1972] 28 D.L.R. (3d) 483.

Wewaykum c. Canada, [2002] 4 R.C.S. 245.



BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

ABBOTT, K., Les femmes autochtones vivant dans des régions urbaines de la Colombie-Britannique et le régime des biens immobiliers matrimoniaux, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, Ottawa, 2003, 128 p.

BOURDIEU, P., Le sens pratique, Paris, Éditions de Minuit, 1980, 475 p.

BRODSKY G. et S. DAY, La *Charte canadienne et les droits des femmes: progrès ou recul ?*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989, 335 p.

BRUN, H. et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 3e édition, 1997, 1403 p.

CANADA, Rapport intérimaire du Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Un toit précaire : Les biens fonciers matrimoniaux situés dans les réserves*, novembre 2003, 58 p.

CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones.* Vol. 3 : *Vers un ressourcement,* Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1996, 813 p.

CANADA, Commission royale sur les peuples autochtones, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones. Vol. 4 : *Perspectives et réalités,* Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1996.

CANADA, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, *Après la rupture du mariage : information sur le foyer matrimonial dans la réserve,* Ottawa, Affaires Indiennes et du Nord Canada, 2003, 10 p.

Canada, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la bande de Champagne et Ashihik*, Ottawa, Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1993,

CANADA, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, *Entente sur l'autonomie qouvernementale de la bande de Selkirk*, Ottawa, Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1998, 58 p.

CANADA, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, *Politique sur l'analyse comparative de l'égalité des sexes*, Ottawa, Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1999, 13 p.

CANADA, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, *Pour mieux comprendre le cadre réglementaire du prêt commercial dans les réserves*, 1999, 58 p.

CORNET, Wendy, Les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves — document de travail, Ottawa, Affaires Indiennes du Nord Canada, 2002, 92 p.

35

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves



DUPUIS, R., La question indienne au Canada, Montréal, Boréal, 1991, 123 p.

DUPUIS, R., Le statut juridique des peuples autochtones en droit canadien, Scarborough, Toronto, Carswell, 1999, 302 p.

EBERTS, M., Mémoire juridique à l'Association des femmes autochtones du Canada, 1991.

ERICKSON, M. A., « Où sont les femmes ?: Rapport de la Représentante spéciale sur la protection des droits des femmes des Premières Nations », 12 janvier 2001.

GAULEJAC, V. et I.T. LEONETTI, La lutte des places, Paris, Epi, 1994, 286 p.

GREEN, J.A., Vers une détente de l'histoire. L'héritage colonial du Canada remis en question, Recherches amérindiennes au Québec. 1995, XXV 4 : 31-44

GREENE, Jo-Ann E.C., Recherche d'une solution au problème du partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve après une rupture conjugale : étude des tribunaux administratifs, de la fonction d'ombudsman et des modes de règlement extrajudiciaire, Ottawa. Affaires Indiennes du Nord Canada, Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes, 2003, 45 p.

HOGG, P.W., Constitutional Law of Canada, Ontario, Carswell, 2e éd., 1985, 1478 p.

MORGAN, L.H., League of the Iroquois, New-York, Corinth Books, 1962.

ONTARIO NATIVE WOMEN ASSOCIATION, *Breaking the Cycle of Aboriginal Family Violence. A Proposal for Change*, Thunder Bay, O.N.W.A., Novembre 1990.

THWAITES, R.G., The Jesuit Relations and Allied Documents, Cleveland, Burrows Brothers, 1896-1901.

SANDERS, D., Aboriginal People and the Law, Ottawa, Carleton University Press, 1985.

STOUT, M.D. et G.D. KIPLING, Les femmes au Canada: orientations de la recherche stratégiques en vue de l'élaboration de politiques, Ottawa, Condition féminine Canada, 1998, 54 p.

Articles et études

BISSONNETTE, A., « Droits autochtones et droits civils : opposition ou complémentarité, le cas de la propriété foncière », dans Droit civil et droits autochtones : confrontation ou complémentarité, Outremont, Association Henri Capitant, (section québecoise), 1992, pp. 115-132.

MONTURE-OKANEE, P.A., « *The Roles and Responsabilities of Aboriginal women : Reclaiming Justice* », (1992) 56 Sask. L. Rev., 237-266.

SLATTERY, B., « First Nations and the Constitution : a Question of Trust », (1992) 71 Can. Bar Rev. 261-293.

TURPEL, M.E., « Home/land », (1991) 10 Can. J. Fam.L. 17-40.







Lettre d'invitation Liste des thèmes



PAN FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC INC. QUEBEC NATIVE WOMEN INC.

Montréal, le 27 janvier 2004

Madame.

Nous vous informons par la présente que nous allons profiter de la tenue du prochain conseil d'administration pour solliciter votre aide à finaliser une étude en cours portant sur la question des biens immobiliers matrimoniaux sur la réserve.

Ainsi, nous vous invitons à participer à une table de discussion portant sur le même sujet le 21 février 2004. Vous trouverez, ci-joint, une liste non exhaustive des points à discuter lors de la table de discussion.

Nous vous remercions de votre collaboration et n'hésitez pas à communiquer avec moi au 514-954-9991 si vous avez des questions.

Louise Rock Analyste juridique Femmes autochtones du Québec

p.j.



THÈMES À DISCUTER LORS DE LA TABLE DE DISCUSSION

1. LA GESTION DES TERRES SUR LES RÉSERVES

- a. Y a-t-il encore une pratique d'attribution des terres selon les coutumes ancestrales ?
- b. La Loi sur les Indiens favorise-t-elle l'attribution des terres aux hommes plutôt qu'aux femmes ?
- c. Les femmes ont-elles des difficultés à obtenir des certificats de possession ?

2. LA QUESTION DES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX

- a. Pouvez-vous faire la lumière sur la situation des femmes des Premières Nations dans les réserves en vertu de la *Loi sur les Indiens* à la rupture de leur mariage ou de leur union de fait ?
- b. Connaissez-vous des femmes qui ont été obligées de quitter la réserve à cause d'une rupture de mariage ou d'une union de fait faut de ne plus avoir de foyer familial ?
- c. Connaissez-vous des femmes qui ont gardé le foyer familial après une rupture?
- d. Lors des ruptures de mariage, y a-t-il des mesures pour protéger le droit des femmes et de leurs enfants?

3. PROFIL SOCIOCULTUREL

- a. En quoi la *Loi sur les Indiens* a eu un impact négatif sur la place de la femme autochtone dans sa communauté et sa relation avec la terre?
- b. Pensez-vous que les femmes des Premières Nations peuvent endurer des violences conjugales de peur de perdre leur foyer familial ou pour le bien de leurs enfants?
- c. En quoi la crise du logement dans les réserves affecte-elle le comportement chez les couples lors d'un processus de rupture?
- d. Pensez-vous qu'une information adéquate peut aider les femmes et leurs enfants à mieux se protéger?

4. LES MESURES À PRENDRE

- a. Mesures législatives
- b. Mesures sociales





Annexe B

Atelier présenté lors du Rassemblement annuel 2004

43

Le partage des biens immobiliers matrimoniaux dans les réserves



Introduction

Dans le cadre des célébrations du 30^{ieme} anniversaire de Femmes Autochtones du Québec, une journée d'ateliers a été offerte aux membres afin de les informer des enjeux auxquels les femmes autochtones sont confrontées, de même que de leur rendre compte des dossiers que nos différents coordonnateurs ont poursuivis au cours de la dernière année. Le vendredi 22 octobre dernier, nos membres pouvaient s'inscrire à trois ateliers, tenus à l'Hôtel Four Points Montréal Centre-ville. L'un des ces ateliers portait sur les Biens Immobiliers Matrimoniaux (BIM).

Les participants à l'atelier

Dix-sept personnes s'étaient inscrites à l'atelier mais une dizaine seulement s'y sont présentées. L'attrait exerçé par l'atelier tenu simultanément par notre coordonnateur de l'aile-jeunesse, de retour d'un excitant voyage en Mongolie, y est certainement pour quelque chose. Cependant, diverses parties étaient représentées à cet atelier sur les BIM dont la Nation Mohawk de Kanesatake et Amnistie Internationale, par la voie d'un bénévole.

La présentation de l'atelier

L'atelier sur les s'est déroulé entre 14h45 et 15h45. Il visait deux objectifs. D'abord, d'informer les participants de l'actuel vide juridique au sujet des BIM et des conséquences de cette situation sur les femmes vivant dans les réserves. Ensuite, de leur présenter les conclusions et les recommandations d'une analyse juridique effectuée par madame Louise Rock, pour le compte de FAQ, au cours de la dernière année.

Une analyste des politiques à la Direction des questions féminines et égalité entre les sexes du Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canadien, madame Johanne Chambers, a dirigé la première partie de l'atelier. Madame Chambers a distribué aux participants des documents pour appuyer sa présentation assistée par ordinateur de même que des dépliants d'information sur les BIM. Elle a par la suite fait le résumé de la situation juridique et factuelle — Biens Immobiliers Matrimoniaux dans les réserves — au cours d'une présentation similaire à celle offerte dans tout le Canada par madame Wendy Cornet, à l'initiative d'AINC.

Parmi les sujets de discussion : les enjeux-clés (i.e. le besoin d'information dans les communautés, le manque flagrant de droits établis et de remèdes); la distribution des terres et le contexte du logement; ce que propose la loi sur les BIM; à qui cette loi s'applique-t-elle; une comparaison entres la situation dans les réserves et hors-réserve.

La présentation a été faite en français, avec plusieurs résumés en anglais.

La deuxième partie de l'atelier a été menée par madame Natasha Wallace, une employée de FAQ. Étant donné l'incapacité de madame Rock de se trouver parmi nous, madame Wallace a fait part des conlusions de l'analyse juridique effectuée pour FAQ plus tôt cette année.

Madame Wallace a d'abord rappelé que FAQ a été mandatée par AINC pour mener une recherche sur les BIM au Québec. Elle ensuite décrit le processus utilisé : une première recherche conduite par Hutchinson, Grant et Soroka (maintenant Hutchinson et Grant); une présentation devant le Comité Sénatorial Permanent effectuée par madame Michèle Audette (ancienne présidente de FAQ);



l'élaboration de sondages à l'intention des femmes dans les communautés, distribués par les directrices de FAQ; une recherche juridique et la préparation d'un rapport de FAQ intitulé Document de discussion : La division des biens fonciers matrimoniaux dans les réserves, rapport soumis à AINC en avril 2004.

La plus grande partie de la présentation de madame Wallace a porté sur les conclusions contenues dans le rapport. Ces conclusions se résument à une, simple et complexe à la fois dans son application pratique : toute solution conçue par le gouvernement fédéral ne doit pas être une solution fragmentaire. Étant donné les aspects complexes des BIM (i.e. l'égalité sexuelle, les biens et la possession des biens; les droits collectifs versus les droits individuels; le statut de membre et la résidence; la pauvreté et le manque de ressources; le pouvoir législatif et le vide juridique dans la Loi sur les Indiens; l'autonomie gouvernementale), FAQ demande une réponse à multiples facettes et globale. Cela, afin d'assurer que les autochtones et particulièrement les femmes amérindiennes soient non seulement traitées de façon équitable en ce qui touche les droits juridiques et les correctifs nécessaires, mais qu'on s'occupe également des considérations sociale, économique et politique, qui viennent aggraver en profondeur le problème des BIM, jusqu'à la résolution du vide juridique. (Voir la présentation assistée par ordinateur pour de plus amples détails).

Les questions soulevées

Les participants étaient encouragés à poser des questions. Parmi les préoccupations, on retrouve celle des droits collectifs et des droits individuels. Un participant se méfiait de la direction au conseil de bande actuel et des possibilités d'abus de privilèges. Il n'a été possible de fournir aucune solution concrète à cette inquiétude. Cependant, cette question, et d'autres liées au désespoir que certains semblent ressentir devant la situation, ont été inscrites dans une proposition afin que l'éducation et l'utilisation des médias deviennent des outils de prise en charge, pour les individus et les communautés.

De plus, des situations positives ont été décrites où les conseils de bande ont pris l'initiative de combler le vide juridique en agissant selon les coutumes; les participants ont discuté du droit coutumier comme moyen de redonner le pouvoir à la communauté. Madame Chambers a fait remarquer que ce droit d'agir selon la coutume ne serait pas nécessairement reconnu par le gouvernement fédéral. Cependant, elle croit que des solutions découlant des coutumes pourraient servir de mécanisme pour rajeunir et continuer de cultiver l'identité autochtone.

Même si elles constituent l'un des groupes les plus opprimés du pays, les femmes amérindiennes persévèrent devant l'adversité, comme elles l'ont toujours fait. Le défi continuel qui consiste à informer et à éduquer a aussi été discuté. De toutes évidence, les participants auraient aimé échanger davantage; cependant les contraintes de temps nous ont obligés à mettre fin à l'atelier. Les participants sont repartis avec des documents qui, nous l'espérons, leur seront utiles.

Conclusion

Malgré la déception causée par le nombre réduit de participants, l'environnement plus intime se prêtait mieux à une discussion ouverte et franche. L'atelier s'est déroulé en douceur. Il faut mentionner en terminant que la bénévole d'Amnistie Internationale effectuait un travail de recherche pour son organisme sur la question des BIM et qu'elle a loué l'utilité de cet atelier, comme l'ont fait d'autres participants.



LE PARTAGE DES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX DANS LES RÉSERVES

DIVISION OF MATRIMONIAL REAL PROPERTY (MRP) ON-RESERVE



Background/Survol

- Indian Act was and is the main legal instrument used by the government of Canada to impose legal change on the Aboriginal communities
- The interaction between
 Aboriginal institutions and
 Canadian institutions has
 resulted in the marginalization
 and devaluation of Aboriginal
 women i.e. Bill C-31
- Another recent example of this marginalization, is the inequality in regards to matrimonial real property (MRP) on-reserves and off-reserve
- La Loi sur les Indiens est l'outil que le gouvernement Canadien utilise pour gérer les différentes politiques concernant les Premières Nations
- L'interaction entre les institutions autochtones et Canadiennes a eu comme résultat la marginalisation et la discrimination des femmes autochtones – ex. le projet de loi C-31
- Un autre exemple de cette marginalisation est le vide qui est créé par la loi sur les biens immobiliers matrimoniaux (BIM) situé dans les réserves



QNW's Involvement/Le role de FAQ

- Given the concern about MRP, Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND) asked Québec Native Women (QNW) to conduct research on the law, its effects on aboriginal women and how to respond to the problem that it creates.
- Therefore, an initial research was conducted by lawyers at Hutchinson, Grant & Soroka, a law firm in Montreal
- This research was presented at the Senate Standing Committee in the fall of 2003 by Michèle Audette.
- ONW then created a survey, which was distributed to individual women in the communities by our directors
- Based on these survey, a report was prepared and submitted to DIAND in April 2004 by Louise Rock
- The rest of this presentation will share the findings of this report

- Étant donné les inquiétudes concernant les BIM, FAO a été mandaté par le ministère des Affaires indiennes pour faire une recherche sur la loi, les effets envers les femmes autochtones et trouver des pistes de solutions.
- Par conséquence, une première recherche a été faite par Hutchinson, Grant & Soroka, un cabinet d'avocat de Montréal.
- Cette recherche a été présentée au Comité sénatorial à l'automne 2003 par Michèle Audette, ancienne présidente de FAQ
- Par la suite, FAQ a organisé un sondage qui a été distribué dans les communautés par nos directrices
- Basé sur ces aperçus, un rapport a été préparé et soumis au MAINC en avril 2004 par Louise Rock, analyste juridique
- La suite de cette présentation décrira les conclusions et les pistes de solutions trouvées dans notre rapport.



#1. Conclusion: No Fragmented Solution/Pas de Solution Fragmentaire

- The issue of the division MRP upon the breakdown of the relationship affects many aspects of life on the reserve, including:
 - ☐ Sexual equality
 - ☐ Property and ownership
 - □ Collective vs. individual rights
 - Membership status and residency
 - Poverty and lack of resources
 - Legislative power and the legal void of the *Indian Act*
 - □ Self-government
- Given these numerous concerns QNW's first conclusion is a fragmented approach in resolving this issue will NOT suffice. Solutions must address socio-economic concerns as well as legal concerns
- La question du partage des BIM après la rupture matrimoniale ou de l'union de fait touche de nombreux aspects de la vie, particulièrement:
 - ☐ L'égalité entre les sexes
 - □ Les biens et la propriété
 - Les droits collectifs vs. Individuels
 - ☐ L'appartenance à la bande et la résidence La pauvreté et le manque de ressources
 - Les pouvoirs législatifs et le vide légal de la Loi sur les Indiens

 - □ Autonomie
- Étant donné ces nombreuses inquiétudes, la première conclusion est <u>qu'une</u> approche fragmentaire ne peut suffire à apprécier toute la portée de la question des BIM dans les réserves. Peu importe la solution, on doit prendre en compte les questions socio-économiques aussi bien du des les questions de droits. que les question de droits.

- The problem of on-reserve matrimonial real property is part of the initial struggle that Aboriginal women have faced in their fight to recover their rights as women and as Aboriginal persons. Aboriginal women have suffered under these policies is two-fold.
 - 1)They experience the disadvantages and discrimination inherent in Canada's justice system, as do all other Aboriginal persons.
 - 2) They have also suffer injustices in their own communities.
- Aboriginal women, in particular those living on the reserves, are going through a situation marked by the absence of fundamental rights to legal protection and redress, rights that non-Aboriginal society takes for granted.
- Le problème des BIM dans les réserves s'inscrit dans la lutte des femmes autochtones pour le recouvrement de leurs droits en tant que femmes et en tant qu'autochtones. Elles ont subies et subissent encore doublement les effets de ces politiques :
 - 1) elles subissent des désavantages et les discriminations du système comme tous les autres autochtones
 - 2) s'ajoute è cela les injustices dérivées à l'intérieur de leurs communautés.
- En fait, les femmes autochtones en général, et celles vivant dans les réserves en particulier, vivent une situation marquée par l'absence de protection et de recours juridiques fondamentaux comparativement à la situation des non autochtones hors réserve.

M

Conclusions & Recommendations

- The situation of MRP is being aggravated by poverty (i.e. housing shortages), a lack of resources and family violence that is taking on epidemic-like proportions.
- Any legislative intervention, by way of the *Indian Act*, must account for the different land management systems in the reserves and of the real needs of Aboriginal women. Thus, temporary measures are recommended to afford the government sufficient time to properly devise a solution which would harmonize current solutions to MRP on reserve lands
- La situation des femmes autochtones dans les réserves en ce qui a trait aux partages des BIM nécessite une action immédiate parce qu'elle est aggravée par la pauvreté et le manque de ressources ainsi que par un phénomène aigu de violence familiale.
- Toute intervention législative à travers la Loi sur les Indiens doit tenir compte des différents régimes juridiques de gestions foncières dans les réserves ainsi que des besoins réels des femmes autochtones. À cet égard, le gouvernement peut adopter des mesures provisoires qui visent d'abord à combler le vide juridique en matière des BIM dans les réserves et à harmoniser ces différences.

- It is necessary to ensure that all social groups in their communities, especially Aboriginal women, take a significant role in the work to elaborate legislation undertaken by the federal government.
- Information, education and support are needed so that the content of such legislation meets the real needs of the communities.
- Il faut s'assurer que toutes les composantes des communautés et surtout les femmes participent significativement à l'élaboration des textes législatifs.
- Un effort d'information, d'éducation et de soutien est nécessaire afin que la teneur de ces textes réponde réellement aux besoins réels dans les communautés.

M

Conclusions & Recommendations

- The elaboration of a legal system based on traditional values is a hazardous enterprise in the sense that traditions are not frozen in time or unchangeable. Customs have always had to evolve.
- But Aboriginal women fear having once again to pay the costs of tradition from a colonialist and sexist perspective. And that fear is wholly legitimate.
- A tradition that purports to act on behalf of its community but instead perverts the values it should uphold and works to the detriment of individuals' rights has no place in a democratic society.
- Therefore, customary law, if it is called on to play a role in the healing of the Aboriginal peoples, must take its place from the perspective of equality, fairness and rights.
- Toutefois, comme nous l'avons vu, l'élaboration d'un système juridique d'inspiration traditionnelle est une entreprise un peu hasardeuse dans le sens où la tradition n'est pas un objet fixe ou immuable, figé dans le temps.
- La coutume a toujours été appelée à évoluer. La crainte des femmes autochtones de devoir faire encore une fois les frais d'une tradition vue dans une perspective colonisée et sexiste est tout à fait légitime. Une tradition qui au nom de la collectivité se pratique au détriment des droits individuels n'a plus sa place dans une société démocratique.
- Ainsi le droit coutumier, s'il est appelé à jouer un rôle dans la guérison des peuples autochtones, le rapport suggère qu'il doit s'intégrer dans une perspective d'égalité, d'équité et de droit.

- Realities of each community must be taken into account, and solutions should stress the importance of families & elders in communities, in order to properly reflect the specific nature of the First Nations.
- The government could create an arbitration board for each community, with uniform and straightforward operating procedures as a temporary option.
- Legal action should be a recourse of last resort, i.e., a means for educating communities and helping them to take responsibility for expressing Aboriginal values should be given priority rather than resorting to legal action. In short, we must envision here a simple form of extrajudicial recourse that is based on Aboriginal traditions.
- Plusieurs témoins et participantes ont insisté sur les réalités propres à chaque communauté et ont soulevé le rôle important que peuvent jouer les familles et les aînés dans les collectivités vu la spécificité autochtone.
- Le gouvernement peut aussi, parallèlement aux dispositions législatives provisoires, instaurer une forme de conseil d'arbitrage propre à chaque communauté dont les modalités de fonctionnement seront uniformes et simples. Le recours aux tribunaux sera comme un ultime recours, soit une façon de sensibiliser et de responsabiliser les communautés en vue de permettre l'expression des valeurs autochtones. En bref, imaginer un recours extra[udiciaire simple qui s'inspire des traditions autochtones.



Conclusions & Recommendations

- Any proposed federal initiative or reform must, according to the research conducted by QNW, incorporate the following criteria:
 - It must cover common-law spouses.
 - It must take account of the fact that people may have different legal statuses with regard to band membership.
 - It must give priority to the principle of serving the best interests of the children.
- Toute initiative ou réforme fédérale proposée doit, selon notre rapport, aussi tenir compte des critères suivants :
 - ☐ Inclure les conjoints de faits;
 - Inclure les personnes qui ont un statut juridique différent en ce qui a trait à l'appartenance de la bande:
 - Donner la priorité au principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

- Provision to legal aid and shelters for women who are victims of conjugal violence and even for their male aggressors is required.
- Information on family violence and MRP needs to be better distributed in an easy-tounderstand language based on people's daily life experiences.
- We learned from the people we consulted that many reserves are not even looking at the issue of MRP because women do not have the vocabulary required to articulate their concerns.
- La question d'aide juridique et des foyers de refuge pour femmes victimes de violence conjugale ou même pour les hommes violents est primordiale.
- Toutefois, diffuser de l'information au sujet de la violence familiale et au sujet des BIM dans un langage simplifié et adapté au quotidien des autochtones est aussi important..
- Car comme l'ont rapporté des témoins, dans beaucoup de réserves la question des BIM n'est pas à l'ordre du jour, les femmes n'ont pas même les mots pour le dire.



QUESTIONS?

Thank you/Merci Please feel free to ask questions Veuillez posez des questions



NOTES DE BAS DE PAGE

- 1 Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, chap. I-5
- 2 Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, L.C. 1999, chap. 24, « ci-après citée LGTPN »
- 3 Vincent GAULEJAC et Isabel T. LEONETTI, La lutte des places, Paris, Epi, 1994.
- 4 Joyce A. GREEN, Vers une détente de l'histoire. L'héritage colonial du Canada remis en question, Recherches amérindiennes au Québec, 1995, XXV, 4 : p. 35
- 5 Renée DUPUIS, La question indienne au Canada. Montréal, Boréal, 1990, p. 48
- 6 Patricia A. MONTURE-OKANEE, « *The Roles and Responsibilities of Aboriginal Women: Reclaiming Justice* », (1992) 56 Sask. L. Rev. 237
- 7 Madeleine D. STOUT et Gregory D. KIPLING, Les femmes au Canada : orientations de la recherche stratégique en vue de l'élaboration de politique. Ottawa, Condition féminine Canada, 1998, p. 12
- Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Vol. 4, *Perspectives et réalités*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, Commission royale sur les peuples autochtones, 1996, chap. 2.
- 9 Loi sur les Indiens, S.R.C. c. 98, art. 2
- 10 Gwen BRODSKY et Shelagh DAY, *La Charte canadienne et les droits des femmes. Progrès ou recul ?*, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1989, p. 29
- 11 Mary EBERTS, Mémoire juridique à l'Association des femmes autochtones du Canada, 1991.
- 12 Mary Ellen TURPEL, *Home/land*, (1991) 10 Can. J. Fam. L. 17, p. 36
- 13 Ontario Native Women Association, *Breaking the Cycle of Aboriginal Family Violence. A Proposal For Change*, Thunder Bay, O.N.W.A., November 1990.
- 14 Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Vol. 5, *Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, dossier 13691.
- 15 [1976] 1 R.C.S. 170
- 16 [2002] 4 R.C.S. 245
- 17 id., par.81
- 18 id., par.76
- 19 Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, *Politique sur l'analyse comparative de l'égalité des sexes*, Ottawa, Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1999.
- 20 R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1112; R. c. Delgamuukw, [1997] 3 R.C.S. 1010, 1083.
- 21 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés. A.G. 222 (XX1), 21 N.U. GAOR, Supp. (no 16) 52, Doc. N.U. A/6316 (1966)
- 22 Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (R.-U.)
- 23 [1979] 1 R.C.S. 754, 777
- 24 Douglas SANDERS, Aboriginal people and the Law, Carleton University Press, Ottawa, 1985, p. 453
- 25 Derrickson c. Derrickson, [1986] 1 R.C.S. 285
- 26 Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121
- 27 [1982] 2 R.C.S. 161
- 28 id., 165



- 29 Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.), [1988] 1 R.C.S. 749
- 30 Peter W. HOGG, Constitutional Law of Canada, 2e édition, Toronto, Carswell, 1985, p. 554
- 31 Henri BRUN, Droit constitutionnel, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 3e édition, 1997, p. 532
- 32 [1972] 28 D.L.R. (3d) 483
- 33 id., 488
- 34 [1869] 17 R.J.R.Q. 266
- 35 Renée DUPUIS, *Le statut juridique des peuples autochtones en droit canadien*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 92
- 36 Brian SLATTERY, First Nations and the Constitution : a Question of Trust, (1992) 71 Rev. du Bar.can. 261, p. 278
- 37 Reuben G. THWAITES, *The Jesuit Relations and Allied Documents*, Cleveland, Burrows Brothers, 1896-1901.; Lewis H. MORGAN, *League of the Iroquois*, New-York, Corinth Books, 1962.
- 38 R. c. Calder, [1973] R.C.S. 313, 354
- 39 id., 375
- 40 Alain BISSONNETTE, « *Droits autochtones et droit civil : opposition ou complémentarité ? Le cas de la propriété foncière* », dans *Droit civil et droits autochtones : confrontation ou complémentarité,* Outremont, Association Henri-Capitant, juin 1992, p. 7
- 41 R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507
- 42 id., 538
- 43 R. c. Côté, [1996] 3 R.C.S. 139
- 44 id., par. 38
- 45 id., par. 174
- 46 R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1103
- 47 R. c. Guérin, [1984] 2 R.C.S. 335
- 48 id., 382
- 49 Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, précitée, note 2
- 50 Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, *Pour mieux comprendre le cadre réglementaire* du prêt commercial dans les réserves indiennes, Ottawa, 1999, p. 8
- 51 R. c. Sundown, [1999] 1 R.C.S. 313, 412
- 52 [1986] 2 C.F. 393 (C.A.) p.15
- 53 Lower Nicola Indian Band c. Trans-Canada displays Ltd, [2000] 4 Canadian Native Law Reporter 185, 2000 B.C.S.C. 1209 (C.S.C.B.)]
- 54 (1996) [1997] 2 Canadian Native Law Reporter 62
- 55 Bande indienne Tsartlip c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), [2000] 2 C.F. 314
- 56 Canada, *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Selkirk*, Ottawa, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1998.
- 57 Canada, Entente sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations de Champagne et Aishihik, Ottawa, Ministère des Affaires Indiennes et du Nord Canada, 1993, article 13.3.2, p. 29
- 58 Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, précitée, note 2
- 59 Loi sur la gestion des terres des Premières Nations, précitée note 2, al. 6 (1)



60 Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, Vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1996, p.106

